



Actes de conférence

2011

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

## Le Code de procédure civile. Aspects choisis

---

Foëx, Bénédicte (ed.); Jeandin, Nicolas (ed.)

### How to cite

FOËX, Bénédicte, JEANDIN, Nicolas, (eds.). Le Code de procédure civile. Aspects choisis. Genève : Schulthess, 2011.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:18192>

# Le Code de procédure civile

## Aspects choisis

Bernard Bertossa  
François Chaix  
Bernard Corboz  
Louis Gaillard  
Jacques Haldy  
Laura Jacquemoud-Rossari  
Nicolas Jeandin  
Christian Lüscher

Edité par  
Bénédict Foëx et Nicolas Jeandin

Le Code de procédure civile



UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE  
FACULTÉ DE DROIT

Bénédict Foëx / Nicolas Jeandin (éd.)

**Le Code de procédure civile**

Aspects choisis



Recueils de textes

# Le Code de procédure civile

## Aspects choisis

Bernard Bertossa  
François Chaix  
Bernard Corboz  
Louis Gaillard  
Jacques Haldy  
Laura Jacquemoud-Rossari  
Nicolas Jeandin  
Christian Lüscher

Edité par  
Bénédict Foëx et Nicolas Jeandin



UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE  
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess  
ÉDITIONS ROMANDES

§ 2011

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. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2011

ISBN 978-3-7255-6453-8

ISSN Collection genevoise: 1661-8963

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

---

## Avant-propos

En prévision de l'entrée en vigueur du Code de procédure civile, la Faculté de droit de l'Université de Genève a décidé d'organiser une Journée d'étude exceptionnelle, réunissant des orateurs réputés et faisant autorité. Nous avons réservé à cet effet le plus grand auditoire de l'Université. Le nombre d'inscriptions fut tel que nous avons dû déplacer cette manifestation dans un hôtel de la place disposant d'une salle plus vaste encore.

L'attente des très nombreux participants n'a pas été déçue : les exposés furent d'une clarté et d'une richesse impressionnantes, fournissant aux praticiens une multitude d'indications précieuses et d'éclaircissements bienvenus.

Nous sommes donc particulièrement heureux de publier aujourd'hui les textes de ces conférences, enrichis d'un appareil critique. Nos remerciements s'adressent en premier lieu aux auteurs, pour la qualité de leurs contributions, mais également aux participants de la Journée, dont les questions ont permis aux orateurs de poursuivre leur réflexion. Nous remercions en outre nos assistants, MM. Alexandre Alvarez et Mehdi Tedjani, de l'aide qu'ils nous ont apportée dans la publication de cet ouvrage.

Bénédict Foëx

Nicolas Jeandin





---

## Sommaire

Avant-propos .....	5
Sommaire .....	7
Table des abréviations.....	9
Table des matières .....	15

CHRISTIAN LÜSCHER, *Avocat, Conseiller national, Co-rapporteur  
de langue française au Conseil national sur le CPC*

<b>Bienvenue dans le nouveau Code de procédure civile .....</b>	<b>25</b>
---	-----------

BERNARD CORBOZ, *Juge au Tribunal fédéral*

<b>Les dispositions générales du CPC (Titres 3 à 6).....</b>	<b>31</b>
--	-----------

FRANÇOIS CHAIX, *Dr en droit, Juge à la Cour de justice de Genève*

<b>La procédure ordinaire (art. 219-242 CPC) .....</b>	<b>65</b>
--	-----------

NICOLAS JEANDIN, *Avocat, Professeur à l'Université de Genève*

<b>L'administration des preuves .....</b>	<b>89</b>
---	-----------

LAURA JACQUEMOUD-ROSSARI, *Juge au Tribunal fédéral*

<b>Les voies de recours</b>	
<b>L'appel et le recours limité au droit selon le CPC .....</b>	<b>111</b>

JACQUES HALDY, *Avocat, Professeur à la Faculté de droit et  
des sciences criminelles de l'Université de Lausanne*

<b>Les procédures spéciales .....</b>	<b>131</b>
---------------------------------------	------------

LOUIS GAILLARD, *Avocat, D.E.S. Genève*

**Quelques institutions juridiques nouvelles ..... 153**

BERNARD BERTOSSA, *Ancien Juge au Tribunal fédéral,  
Président du Groupe de travail chargé d'adapter le droit genevois au CPC*

**L'adaptation du droit genevois au code de procédure civile suisse ... 185**

---

## Table des abréviations\*

aCC	ancien Code civil suisse (dispositions abrogées)
ACJC	Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes
AJP	Aktuelle juristische Praxis
al.	alinéa (s)
aLOJ	ancienne Loi genevoise sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (RS GE E 2 05)
AP-CPC	avant-projet du Code de procédure civil suisse
art.	article (s)
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BOCE	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national
c.	considérant (s)
c/	contre
CAJ-CE	Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats
CAJ-CN	Commission des affaires juridiques du Conseil national
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCBL	Commission de conciliation en matière de baux et loyers
CE	Communauté européenne
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (RS 0.101)

---

\* Liste établie par MM. Alexandre Alvarez et Mehdi Tedjani, assistants à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre
CHF	franc(s) suisse(s)
CL	Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano; RS 0.275.12)
CO	Code des obligations (Loi fédérale complétant le Code civil suisse [Livre cinquième : Droit des obligations]), du 30 mars 1911 (RS 220)
consid.	considérant(s)
CP	Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile suisse, du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPC FR	ancien Code de procédure civile fribourgeois (RS FR 270.1)
CPP	Code de procédure pénale Suisse, du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
Cst (féd.)	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101)
éd.	édition, éditeurs
éds	éditeurs
<i>et al.</i>	<i>et alii</i>
ex.	exemple
FF	Feuille fédérale
fr.	franc(s) suisse(s)

---

<i>i.e.</i>	<i>id est</i>
LaCC	Loi genevoise d'application du code civil suisse et autres lois fédérales en matière civile, du 28 novembre 2010 (RS GE E 1 05)
LACI	Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (RS 837.0)
LaLP	Loi genevoise d'application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 29 janvier 2010 (RS GE E 3 60)
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, du 8 novembre 1934 (RS 952.0)
LCCBL	Loi genevoise organisant la commission de conciliation en matière de baux et loyers, du 28 novembre 2010 (RS GE E 3 15)
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 19 décembre 1986 (RS 241)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987 (RS 291)
let.	lettre(s)
LFLP	Loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 17 décembre 1993 (RS 831.42)
LFors	ancienne Loi fédérale sur les fors
LHJ	Loi genevoise sur la profession d'huissier judiciaire, du 19 mars 2010 (RS GE E 6 15)
litt.	<i>littera</i>

LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats, du 23 juin 2000 (RS 935.61)
LOJ	Loi genevoise sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (RS GE E 2 05)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite, du 11 avril 1989 (RS 281.1)
LPC (GE)	Loi genevoise de procédure civile, du 1 <sup>er</sup> août 1987 (RS GE E 3 05)
LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 25 juin 1982 (RS 831.40)
LTF	Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (RS 173.110)
LTP	Loi genevoise sur le Tribunal des prud'hommes, du 11 février 2010 (RS GE E 3 10)
Me	Maître
n.	numéro(s), note(s)
N	numéro(s)
n°	numéro(s)
N°	numéro(s)
not.	notamment
p.	page(s)
P-CPC	projet du Code de procédure civile suisse
pce	pièce
PL	projet de loi
pp.	pages
RBUR	<i>Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri</i>
réf. cit.	référence(s) citée(s)

---

rév.	révisé
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RS GE	Recueil systématique du droit genevois
RSPC	Revue suisse de procédure civile
s.	et suivant(e)
Sfr	Franc(s) suisse(s)
SJ	Semaine Judiciaire
spéc.	spécialement
ss	et suivant(e)s
ZPO	<i>Schweizerische Zivilprozessordnung</i>
ZPO BL	ancienne <i>Schweizerische Zivilprozessordnung Basel Land</i> (RS BL 22.34)
ZR	<i>Blätter für zürcherische Rechtsprechung</i>
ZSR/RDS	<i>Zeitschrift für schweizerisches Recht</i> / Revue de droit suisse
ZZZ	<i>Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht</i>





---

## Table des matières

Avant-propos.....	5
Sommaire .....	7
Table des abréviations.....	9
Table des matières .....	15

CHRISTIAN LÜSCHER

<b>Bienvenue dans le nouveau Code de procédure civile .....</b>	<b>25</b>
---	-----------

BERNARD CORBOZ

<b>Les dispositions générales du CPC (Titres 3 à 6).....</b>	<b>31</b>
I. Les principes de procédure.....	31
1. Le respect des règles de la bonne foi (art. 52) .....	31
2. Le droit d'être entendu (art. 53) .....	32
3. Le principe de publicité (art. 54).....	33
4. Maxime des débats ou maxime inquisitoire (art. 55).....	34
5. L'interpellation par le tribunal (art. 56) .....	36
6. L'application du droit d'office (art. 57) .....	37
7. Principe de disposition et maxime d'office (art. 58).....	38
II. Les conditions de recevabilité .....	39
1. Principe (art. 59 al. 1).....	39
2. L'examen d'office (art. 60).....	39
3. Les conditions de recevabilité (art. 59 al. 2) .....	40
4. L'existence d'une convention d'arbitrage (art. 61).....	41

III.	La litispendance et le désistement d'action .....	42
1.	Le début de la litispendance (art. 62) .....	42
2.	L'incompétence du tribunal ou l'erreur de procédure (art. 63) .....	43
3.	Les effets de la litispendance (art. 64) .....	44
4.	Le désistement (art. 65) .....	45
IV.	Les parties au procès en général .....	45
1.	La capacité d'être partie (art. 66) .....	45
2.	La capacité d'ester en justice (art. 67) .....	46
V.	La représentation des parties .....	47
1.	La représentation conventionnelle des parties (art. 68) .....	47
2.	La représentation d'office en cas d'incapacité de procéder (art. 69) .....	48
VI.	La consorité .....	49
1.	La consorité nécessaire (art. 70) .....	49
2.	La consorité simple (art. 71) .....	49
3.	Le représentant commun (art. 72) .....	50
VII.	La participation de tiers à la procédure .....	50
1.	Généralités .....	50
2.	L'intervention principale (art. 73) .....	51
3.	L'intervention accessoire (art. 74 à 77) .....	51
4.	La dénonciation d'instance (art. 78 à 80) .....	53
5.	L'appel en cause (art. 81 et 82) .....	54
VIII.	La substitution de parties .....	56
IX.	Les actions .....	57
1.	L'action condamnatoire .....	58
1.1	Généralités (art. 84) .....	58
1.2	L'action en paiement non chiffrée (art. 85) .....	59
1.3	L'action échelonnée .....	59
1.4	L'action partielle (art. 86) .....	60
2.	L'action formatrice (art. 87) .....	61
3.	L'action en constatation de droit (art. 88) .....	61
4.	L'action des organisations (art. 89) .....	62
5.	Le cumul d'actions (art. 90) .....	63

FRANÇOIS CHAIX

<b>La procédure ordinaire (art. 219-242 CPC)</b> .....	65
I. Introduction .....	65
II. Systématique de la loi .....	66
III. Le déroulement de la procédure ordinaire.....	67
A. Conciliation et médiation .....	67
1. Conciliation .....	67
2. Médiation .....	69
B. Échange d'écritures.....	69
1. Demande .....	69
a) <i>Contenu</i> .....	69
b) <i>Annexes</i> .....	72
2. Vérification d'office par le tribunal.....	72
3. Réponse.....	73
4. Demande reconventionnelle.....	75
5. Deuxième échange d'écritures .....	76
6. Défaut du défendeur .....	76
C. Préparation des débats principaux.....	77
1. Audience de débats d'instruction .....	77
2. Tenue d'un procès-verbal .....	78
3. Faits nouveaux.....	79
4. Modification de la demande.....	80
D. Débats principaux.....	81
1. Premières plaidoiries .....	81
2. Administration des preuves .....	81
3. Plaidoiries finales .....	82
a) <i>Présentation du système</i> .....	82
b) <i>Plaidoiries orales</i> .....	82
c) <i>Plaidoiries écrites</i> .....	83
E. Clôture de la procédure de première instance .....	85
1. Clôture par une décision.....	85
2. Clôture sans décision.....	86

IV. Conclusion..... 86  
 Bibliographie ..... 87

NICOLAS JEANDIN

**L'administration des preuves** ..... 89

I. L'unification et ses enjeux ..... 89

    A. Articulation entre droit de fin et procédure.....89

    B. L'article 8 CC, norme pivot .....90

    C. Exemple d'enjeu : le secret bancaire.....90

II. Les grands principes ..... 91

    A. L'objet de la preuve .....91

        1. Maîtrise des faits..... 91

        2. Type de faits à établir..... 92

    B. Preuve illicite.....92

    C. L'appréciation des preuves .....93

    D. Dispositions générales de procédure .....94

        1. Ordonnances de preuves ..... 94

        2. Modalité d'administration des preuves..... 95

        3. La sauvegarde d'intérêts dignes de protection ..... 95

        4. Preuve à futur ..... 96

III. Les moyens de preuves ..... 96

    A. Numerus clausus .....97

    B. Moyens de preuves "classiques" .....97

        1. Le témoignage..... 97

        2. Les titres..... 99

        3. L'inspection..... 100

        4. L'expertise ..... 100

            a) *L'expertise proprement dite*.....100

            b) *L'expertise-arbitrage* .....101

    C. Moyens de preuves "novateurs" .....102

        1. Les renseignements écrits ..... 102

2. Les dires des parties.....	103
a) <i>L'interrogatoire</i> .....	103
b) <i>Déposition</i> .....	103
IV. Obligation et refus de collaborer.....	104
A. Portée du devoir de collaborer .....	104
B. Les parties elles-mêmes .....	105
C. Les tiers.....	106
1. Le droit de refus absolu.....	106
2. Le droit de refus restreint.....	106
D. Conséquences du refus de collaborer .....	107
1. Refus justifié.....	107
2. Refus injustifié .....	108
V. Contestation de la modalité d'exécution .....	109
A. Remise en cause des décisions rendues en matière de preuve .....	109
B. Espace judiciaire unique en Suisse.....	109
VI. Conclusions .....	110

LAURA JACQUEMOUD-ROSSARI

### **Les voies de recours**

**L'appel et le recours limité au droit selon le CPC** ..... 111

Introduction..... 111

I. Les différentes voies de recours ..... 111

    A. Les voies de recours proprement dites.....111

    B. Les autres voies de droit .....
 112 |

    C. Les exceptions au principe de la double instance .....
 112 |

II. Principales caractéristiques de l'appel et du recours .....
 112 |

    A. L'appel : art. 308 ss CPC.....112

    B. Le recours : art. 319 ss CPC .....
 113 |

III. Les décisions susceptibles d'appel ou de recours..... 113

    A. L'appel .....
 113 |

1.	Les décisions finales et incidentes : art. 308 al. 1 let. a CPC .....	113
	<i>a) Les décisions finales</i> .....	114
	<i>b) Les décisions incidentes</i> .....	114
2.	Les décisions sur mesures provisionnelles : art. 308 al. 1 let. b CPC .....	115
3.	La valeur litigieuse : art. 308 al. 2 CPC .....	115
4.	Les décisions non susceptibles d'appel : art. 309 CPC .....	115
B.	Le recours .....	116
1.	Comme voie subsidiaire : art. 319 let. a CPC .....	116
2.	Comme voie principale : art. 319 let. b CPC .....	116
	<i>a) Les cas prévus par la loi : art. 319 let. b ch. 1 CPC</i> .....	117
	<i>b) Le préjudice difficilement réparable :</i> <i>art. 319 let. b ch. 2 CPC</i> .....	118
3.	Le recours pour retard injustifié : art. 319 let. c CPC .....	119
C.	Les décisions qui ne sont sujettes à aucun recours .....	119
IV.	Les motifs à l'appui de l'appel et du recours .....	119
A.	La violation du droit : art. 310 let. a – art. 320 let. a CPC .....	119
B.	Les constatations de fait : art. 310 let. b CPC – art. 320 let. b CPC .....	120
V.	Recevabilité .....	120
A.	La forme .....	120
B.	Les délais pour recourir, respectivement pour répondre .....	120
C.	Les actes manifestement irrecevables ou infondés : art. 312 al. 1 CPC – art. 322 al. 1 CPC .....	122
VI.	Instruction, effets et procédure .....	123
A.	La réponse et l'appel joint .....	123
1.	La réponse : art. 312 CPC – art. 322 CPC .....	123
2.	L'appel joint : art. 313 CPC .....	123
3.	La caducité de l'appel joint .....	123
B.	L'effet suspensif .....	124
1.	L'appel : art. 315 CPC .....	124
2.	Le recours : art. 325 CPC .....	125
C.	L'instruction .....	125
1.	L'appel .....	125

2. Le recours .....	126
D. Les faits et moyens de preuve nouveaux et la modification des conclusions.....	126
1. L'appel .....	126
a) <i>Les nova</i> .....	126
b) <i>La modification des conclusions</i> .....	127
2. Le recours .....	128
VII. La décision.....	128
A. L'appel.....	128
B. Le recours.....	129
Conclusion .....	129
Bibliographie .....	130

## JACQUES HALDY

<b>Les procédures spéciales</b> .....	131
I. Introduction .....	131
II. La procédure de conciliation et de médiation.....	132
A. L'objet de la conciliation et de la médiation .....	132
B. Champ d'application.....	132
C. L'autorité de conciliation .....	133
D. Le déroulement de la procédure.....	133
1. Requête .....	133
2. Audience.....	134
3. Fin de la procédure .....	134
E. La médiation.....	136
III. La procédure simplifiée.....	137
A. Champ d'application.....	137
B. Déroulement de la procédure .....	137
1. Demande .....	137
2. Echange d'écritures.....	137
3. Audience (s) .....	138

4. Jugement.....	138
C. Maximes applicables .....	138
IV. La procédure sommaire.....	139
A. Champ d'application.....	139
B. Déroulement de la procédure .....	140
1. Requête .....	140
2. Déterminations .....	141
3. Audience et jugement.....	141
C. Maximes applicables .....	142
D. Les mesures provisionnelles .....	142
1. Notion et conditions .....	142
2. Objet .....	143
a) <i>Interdiction (art. 262 litt. a CPC)</i> .....	143
b) <i>Ordre de cessation d'un état de fait illicite</i> <i>(art. 262 litt. b CPC)</i> .....	143
c) <i>Ordre donné à une autorité qui tient un registre ou à un tiers</i> <i>(art. 262 litt. c CPC)</i> .....	144
d) <i>Fourniture d'une prestation en nature (art. 262 litt. d CPC)</i> .....	144
e) <i>Versement d'une prestation en argent lorsque la loi le prévoit</i> <i>(art. 262 litt. e CPC)</i> .....	144
3. Les mesures préprovisionnelles .....	144
4. Les sûretés .....	145
5. Validation et exécution des mesures provisionnelles .....	146
a) <i>Validation</i> .....	146
b) <i>Exécution</i> .....	146
V. Les procédures de droit matrimonial.....	147
A. Types de procédures .....	147
B. Divorce sur requête commune.....	148
C. Divorce sur demande unilatérale .....	148
D. Principes communs aux deux procédures .....	149
E. Procédure sommaire .....	150
VI. Les procédures relatives aux enfants .....	151
A. Maximes applicables .....	151



B. Les procédures indépendantes .....	151
1. Cas de procédure simplifiée .....	151
2. Cas de procédure sommaire .....	152
C. Les procédures de droit matrimonial .....	152
VII. Conclusion.....	152

LOUIS GAILLARD

<b>Quelques institutions juridiques nouvelles.....</b>	<b>153</b>
I. L'allocation d'une prétention par la voie de l'art. 257 CPC (« Cas clairs ») .....	153
A. Notion.....	153
1. Ce qu'elle est .....	153
2. Ce qu'elle n'est pas.....	153
B. Origine.....	154
C. Conditions.....	155
1. Un état de fait sûr .....	155
2. ...et un état du droit sûr .....	157
3. ... en l'absence d'un moyen de défense au fond .....	158
4. ... pour une solution sûre .....	160
D. Compétence .....	160
E. L'appréciation en opportunité et la réunion des voies procédurales.....	161
F. Le rejet des conclusions du demandeur .....	162
G. Les voies de recours.....	162
H. Quelques exemples, du plus simple au plus compliqué.....	163
I. Une appréciation critique .....	164
II. La mise à ban générale .....	165
A. Notion.....	165
B. Procédure.....	166
III. Le mémoire préventif .....	167
A. Notion.....	167
B. Procédure .....	168

IV. Le tribunal de l'exécution.....	170
A. Le champ d'application du titre 10 du CPC .....	170
B. Une compétence matérielle étendue .....	171
C. Une compétence partiellement partagée avec celle du juge du fond.....	172
D. Une compétence exclusive en matière civile .....	173
E. La compétence territoriale.....	174
F. Le régime particulier de la Convention de Lugano.....	175
G. L'instruction .....	176
H. Les mesures d'exécution.....	177
I. Les dommages-intérêts et la conversion de l'obligation de faire en une obligation de payer (art. 345 CPC) .....	178
J. Le recours des tiers .....	183

BERNARD BERTOSSA

<b>L'adaptation du droit genevois au code de procédure civile suisse .....</b>	<b>185</b>
I. Introduction .....	185
II. La nouvelle organisation judiciaire civile.....	187
A. La juridiction civile ordinaire (art. 86, 87 et 120 LOJ) .....	187
B. La juridiction des baux et loyers (art. 89, 90 et 122 LOJ, 26 LaCC, 1ss. LCCBL) .....	188
C. La juridiction des prud'hommes (art. 110 et 124 LOJ, 1 ss LTP).....	189
D. La juridiction tutélaire (art. 105 et 126 LOJ).....	189
E. La surveillance des offices des poursuites et des faillites (art. 125 et 126 LOJ, 1 ss LaLP).....	190
III. Les dispositions de procédure.....	190
A. Les règles générales .....	190
B. Le contentieux des baux et loyers.....	192

---

# Bienvenue dans le nouveau Code de procédure civile

CHRISTIAN LÜSCHER

*Avocat, Conseiller national,  
Co-rapporteur de langue française au Conseil national sur le CPC*

Les contributions qui composent le présent ouvrage, bien plus scientifiques que la présente introduction, se veulent un voyage initiatique dans la nouvelle législation suisse en matière de procédure civile, désormais applicable à tous les cantons.

C'est un voyage plutôt rassurant, avec peu de turbulences et un nombre restreint de *terrae incognitae*.

Un bref retour en arrière s'impose pour rappeler où et quand est né le Code de procédure civile.

Le 12 mars 2000, le peuple et les cantons ont approuvé la réforme de la justice ; cette réforme, d'où sont issus notamment le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal pénal fédéral, emporte l'unification de la procédure civile et pénale. Le motif de cette réforme résidait dans le constat que notre pays connaissait une véritable jungle procédurale. Jusqu'en 2011, notre petit pays comptait 27 codes de procédure civile et 29 codes de procédure pénale. Il en résultait une situation confuse et anachronique. Bien téméraire était l'avocat qui décidait d'accepter de mener une procédure dans un autre canton, tant le risque de buter sur une incongruité locale était grand. Le Conseiller aux Etats Pierre BONHÔTE, rapporteur pour la Commission des affaires juridiques, l'a bien expliqué : « La coexistence de 26 codes de procédure civile, alors que le droit matériel est unifié depuis plus d'un siècle, était une curiosité intéressante au musée universel du droit »<sup>1</sup>.

La votation populaire du 12 mars 2000 a ceci d'intéressant qu'elle a recueilli l'aval de tous les cantons, ainsi que celui du peuple à 86,4 %. L'article 122 de la Constitution, accepté lors de cette votation populaire, prévoit que la législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération, tandis que l'organisation judiciaire et l'administration de la

---

<sup>1</sup> Bulletin officiel 2007 E 500.

justice en matière de droit civil sont du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi. Cette distinction entre procédure civile et organisation judiciaire est importante et, il faut le souligner, pas toujours aisée. Elle a été reprise dans les articles 3 et 4 CPC, sous des formulations différentes, mais avec un sens identique.

Avant même l'adoption de l'article constitutionnel, une commission d'experts a travaillé d'arrache-pied, en parallèle avec une autre commission d'experts qui planchait sur le CPP, si bien qu'en 2003 déjà, un avant-projet de CPC a été mis en consultation. De cette dernière, il est ressorti ce qui suit :

- l'unification a été unanimement saluée ;
- le souci des cantons que la réforme ne provoque pas de charge supplémentaire, ni en coût ni en temps, a été très souvent exprimé ;
- C'est dans ce même esprit qu'a été salué le renforcement des règlements extra-judiciaires des litiges. C'est le seul souffle anglo-saxon sur le code, la *discovery* ayant été écartée avant même que le projet ne soit élaboré, alors que la faculté d'utiliser, avec l'accord du tribunal et des parties, une autre langue que la langue officielle du canton (c'est évidemment l'anglais qui était visé) a été biffée par la Commission des affaires juridiques du Conseil national.
- Pour revenir au règlement extra-judiciaire des litiges, le Code consacre un renforcement de la conciliation par rapport à ce qui était prévu par plusieurs cantons ; la médiation a également fait son entrée dans le Code de procédure civile ; enfin, l'arbitrage interne a été remodelé pour que ses règles correspondent à celles prévues par la LDIP en matière d'arbitrage international.

Au terme de la consultation, le Conseil fédéral a présenté aux Chambres son message relatif au Code de procédure civile suisse<sup>2</sup>. Le Conseil des Etats a été nommé premier conseil et c'est sa Commission des affaires juridiques (CAJ) qui a hérité de l'étude du projet. On doit à l'honnêteté de dire que la CAJ-CE a survolé le projet, partant du principe que le deuxième conseil étudierait le dossier avec plus d'attention, la Commission s'est toutefois autorisée une petite frappe chirurgicale dans le projet, en proposant que soient biffées les dispositions sur la médiation. Quoique considéré comme étant la chambre conservatrice du Parlement, le Conseil des Etats n'a pas suivi sa commission sur ce point : il a adopté le projet le 21 juin 2007 avec très peu de modifications,

---

<sup>2</sup> FF 2006 6841 ss.

ce qui ne dénote pas d'un effet de paresse du Conseil des Etats, mais illustre au contraire la qualité du projet.

La CAJ-CN s'est ensuite mise au travail durant une dizaine de mois et a fait son rapport au Conseil national le 3 avril 2008.

Les rapporteurs ont fait le choix de s'exprimer relativement longuement devant le Conseil national. Les travaux de commission étant confidentiels et la pratique voulant que le deuxième conseil ne s'exprime que sur des dispositions particulières qui consacrent une divergence avec le premier conseil, les rapporteurs ont néanmoins voulu, dans le cas présent, que les tribunaux et la doctrine puissent, dans toute la mesure du possible, cerner la volonté du législateur, même si l'exercice a trouvé ses limites. Par exemple, l'ensemble des dispositions sur l'arbitrage interne, qui a été profondément remanié, n'a trouvé grâce aux yeux du Conseil des Etats que durant quelques minutes, le Conseil national n'y ayant pas consacré une seule ligne dans le Bulletin officiel. Or, le CPC étant du droit fédéral et pouvant faire l'objet d'un examen libre avec plein pouvoir de cognition par le Tribunal fédéral (art. 95 LTF), il était important que la volonté du législateur puisse s'exprimer, même si le message du Conseil fédéral est une source importante en la matière.

Entre les deux Conseils, une seule divergence importante est apparue et elle porte sur la question des *nova*, à savoir jusqu'à quand il est possible de modifier la demande d'une part, jusqu'à quand on peut alléguer des faits nouveaux d'autre part. Ici, la volonté du législateur a été clairement exprimée lors de l'élimination des divergences entre les deux chambres.

Finalement, le Code a été adopté le 19 décembre 2008.

Quels sont les enjeux et les particularités de cette loi ?

Tout d'abord, la procédure civile est désormais fédérale. Il n'y a pas de définition de la procédure civile dans la loi, mais en pratique il s'agira de tous les domaines dans lesquels la Confédération a adopté une norme. Dans cette hypothèse, les cantons ne peuvent plus légiférer. Il faut souligner par ailleurs qu'il ne s'agit pas d'un Code de procédure civile fédérale. Il s'applique devant les juridictions cantonales, la procédure civile fédérale étant encore applicable dans les causes dont le Tribunal fédéral connaît comme juridiction unique, dans les cas prévus par la loi (art. 120 LTF).

Par ailleurs, le CPC règle les procédures civiles contentieuses et les décisions judiciaires non contentieuses ; il ne s'applique pas aux actes de la juridiction gracieuse. Le CPC règle également les décisions judiciaires en matière de LP et, enfin, l'arbitrage interne. Comme les praticiens le savent, son entrée en

vigueur a entraîné l'abrogation de la LFors et rend le concordat intercantonal sur l'arbitrage dépourvu d'objet.

Le CPC prévoit que l'organisation judiciaire reste de la compétence des cantons. Par exemple, chaque canton décide s'il s'organise en arrondissements ou non, s'il recourt à des juridictions spécialisées (en matière de bail à loyer, droit du travail, droit de la famille ou en matière commerciale), de l'élection des juges et de la composition des tribunaux. Néanmoins, même dans le domaine de l'organisation des tribunaux, des exigences prévues par le CPC s'imposent aux cantons. Tel est notamment le cas du double degré de juridiction, de l'instance unique obligatoire (art. 5 CPC) et de la composition paritaire pour les autorités de conciliation en matière de baux et loyers. Le Code, comme déjà exprimé, renforce le rôle joué par la conciliation, en prévoyant notamment la comparution des parties et les praticiens devront y être attentifs. La proposition de jugement, qui intervient au stade de la conciliation, est également une nouveauté pour plusieurs cantons.

Dès lors que la présente introduction se veut générale, elle n'entre pas dans le détail des divers chapitres du Code qui seront traités par les autres intervenants. C'est pourquoi seules deux brèves observations seront encore faites ; tout d'abord, le CPC traite le défendeur défaillant avec indulgence, puisque des délais supplémentaires peuvent lui être accordés et que, même en son absence définitive, la procédure suit son cours comme si de rien n'était. Par ailleurs, les deux conseils ont passé beaucoup de temps à tenter de (puis à parvenir à) se mettre d'accord sur la question des *nova*. Sans entrer dans les détails, le législateur s'est finalement rangé à la « théorie de la deuxième chance » ; en résumé, les *echte nova* (faits nouveaux nouveaux) et les faits nouveaux anciens excusables sont toujours admissibles (à la condition qu'ils soient présentés immédiatement), tandis que les faits nouveaux anciens non excusables doivent être, sous peine d'irrecevabilité, présentés avant le début des premières plaidoiries et, lorsqu'il n'y a pas de deuxième échange d'écritures, ni de débat d'instruction, au début de l'audience des premières plaidoiries. Les faits nouveaux anciens non excusables ne sont toutefois pas admissibles en appel.

En conclusion, il semble juste de dire que le CPC, contrairement au CPP, ne crée pas un tremblement de terre judiciaire, que ce soit en termes d'organisation des tribunaux, de gestion des procédures ou de pratiques courantes pour les juges et les avocats. En effet, le CPC constitue une accumulation de procédures connues, comme si le législateur était allé grappiller dans les cantons les meilleurs raisins.

Le vœu du législateur était d'offrir un code *laienfreundlich* pour les justiciables et de faire en sorte que tous les tribunaux de notre pays appliquent la même loi de procédure, si possible de manière identique, sous le contrôle final

du Tribunal fédéral. L'avenir dira si ces cibles ont été atteintes. En toute hypothèse, il faut constater un certain engouement pour cette nouvelle loi auprès des auteurs, puisque de nombreux ouvrages lui ont déjà été consacrés, au nombre desquels celui-ci, dont les contributions permettront aux praticiens d'affiner leurs connaissances de notre procédure civile unifiée.





---

# Les dispositions générales du CPC (Titres 3 à 6)

BERNARD CORBOZ

*Juge au Tribunal fédéral*

## I. Les principes de procédure

### 1. Le respect des règles de la bonne foi (art. 52)

Le 10 décembre 1907, les Chambres fédérales adoptèrent le Code civil suisse, qui s'ouvre, dès l'art. 2, sur la proclamation du principe de la bonne foi.

Environ cent ans plus tard, le 19 décembre 2008, les Chambres fédérales ont adopté le Code de procédure civile suisse, dont les principes généraux de procédure commencent, à l'art. 52, par le principe de la bonne foi.

A une époque où l'on dit volontiers que le sens des valeurs se perd, ce principe initial, à un siècle de distance, a quelque chose de réconfortant.

Certes, il ne s'agit pas d'une innovation, puisque la jurisprudence avait déjà affirmé que le principe de la bonne foi s'applique aussi dans le domaine de la procédure<sup>1</sup>. Il y a toutefois, surtout dans le domaine de la procédure civile, quelque chose de roboratif à placer le principe de la bonne foi au frontispice de l'édifice.

En effet, les règles de procédure sont souvent ressenties comme rigoureuses, formalistes, voire tatillonnes, ce qui s'explique par le souci d'assurer la prévisibilité et la loyauté du débat judiciaire. Le législateur a tenu, avant d'énoncer ces règles dans le détail, à affirmer d'emblée que tout ce qui va suivre peut être écarté en cas de mauvaise foi. Ainsi, les règles formelles sont soumises à la censure d'un principe moral.

---

<sup>1</sup> ATF 126 I 165 consid. 3b p. 166 et les arrêts cités.

Le juge ne prêtera pas la main à une manœuvre déloyale. Le procès doit être propre. Celui qui utilise une institution juridique contrairement à sa destination, qui recourt à une manœuvre à des fins purement dilatoires, qui pousse son adversaire à la faute ou qui adopte une attitude contradictoire par rapport aux assurances qu'il avait données, ne sera pas protégé<sup>2</sup>. Les frais judiciaires, même dans les procédures gratuites, peuvent être mis à la charge de la partie qui a procédé de mauvaise foi (art. 115 CPC) ; par ailleurs, une amende disciplinaire peut être prononcée à son encontre ou à l'encontre de son représentant (art. 128 al. 3 CPC).

Il reste que l'application des règles ne doit être écartée en vertu du principe de la bonne foi que dans des cas exceptionnels correspondant à une manœuvre déloyale caractérisée, faute de quoi les dispositions perdraient leur valeur contraignante et la prévisibilité du débat judiciaire en serait gravement affectée. L'abus de droit doit être manifeste<sup>3</sup>. Le principe de la bonne foi n'est pas conçu pour repêcher le plaideur qui n'aurait pas procédé correctement.

La bonne foi dont on parle ici est celle que les parties se doivent l'une à l'égard de l'autre. L'obligation pour le juge de se comporter de bonne foi découle déjà de l'art. 9 Cst<sup>4</sup>.

## **2. Le droit d'être entendu (art. 53)**

Le droit d'être entendu est un principe de base de toute procédure civile (*et audiatur altera pars*).

Chacun sait que, lorsqu'une personne relate un litige qu'elle a avec un tiers, elle semble avoir raison ; en revanche, dès le moment où l'on entend la version du tiers et ses moyens de défense, tout devient beaucoup plus compliqué. Que toutes les parties puissent être entendues de manière égale est donc une règle fondamentale avant de pouvoir juger (on notera toutefois une exception pour les mesures superprovisionnelles : art. 265 al. 1 CPC).

Le droit d'être entendu occupe ainsi une place qui lui revient naturellement en tête du Code de procédure civile.

L'art. 53 al. 1 CPC ne fait que reproduire la garantie constitutionnelle déjà contenue à l'art. 29 al. 2 Cst. Que cette garantie soit répétée sur le plan législatif entraîne cependant pour conséquence que le Tribunal fédéral peut en examiner d'office le respect, l'art. 106 al. 2 LTF n'étant alors pas applicable.

---

<sup>2</sup> Voir, ATF 132 I 249 consid. 5 p. 252 s. ; 131 III 77 consid. 4.1 p. 76 ; 131 III 430 consid. 2 p. 437.

<sup>3</sup> Voir, ATF 131 V 97 consid. 4.3.4 p. 105 ; 129 III 618 consid. 5.2 p. 622.

<sup>4</sup> FF 2006 p. 6888.

Dans la formulation de l'art. 53 al. 1 CPC, le législateur est resté extrêmement succinct, sachant que les contours du droit d'être entendu sont délimités par la jurisprudence constitutionnelle. On aurait pu songer à parler du principe de la contradiction (qui permet de contester ce qui est avancé par la partie adverse, de présenter sa propre version des faits, d'offrir des contre-preuves et d'opposer sa propre argumentation juridique) ou celui de l'égalité des armes (qui exige que chaque partie ait les mêmes moyens de faire valoir ses droits). Le législateur n'en a pas parlé, considérant probablement que tout cela était inclus dans la répétition du principe constitutionnel.

Comme condition à l'exercice efficace du droit d'être entendu, le législateur a mentionné spécialement, à l'art. 53 al. 2 CPC, le droit de consulter le dossier et de s'en faire délivrer copie. Le dossier comprend les écritures des parties, les pièces qu'elles ont produites, les procès-verbaux et les actes relatifs aux mesures probatoires (par exemple : le rapport d'expertise), ainsi que les éventuelles observations de l'autorité précédente (cf. art. 324 CPC). Chaque partie peut consulter le dossier à sa demande et solliciter des copies à ses frais. L'arrivée d'une nouvelle pièce, en tout cas si elle est inattendue, devrait être signalée aux parties. Le détail est fixé par les règles de procédure elles-mêmes (cf. par exemple : l'art. 136 let. c CPC). Le Message du Conseil fédéral a rappelé en particulier la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme exigeant que les observations de l'autorité précédente soient portées à la connaissance des parties<sup>5</sup>.

Par exception à la règle, la consultation peut être refusée si un intérêt prépondérant, public ou privé, s'y oppose. Le Message du Conseil fédéral cite, à titre d'exemple, le secret d'affaires (cf. l'art. 156 CPC)<sup>6</sup>. La norme laisse une certaine marge d'appréciation. On pourrait imaginer, par exemple, de caviarder le nom des clients d'une banque.

### 3. Le principe de publicité (art. 54)

Après avoir posé le principe que les parties devaient se comporter de bonne foi et qu'elles ont le droit d'être entendues, le législateur a vu un troisième principe essentiel de procédure dans la règle de la publicité.

Il s'agit d'une préoccupation fortement ressentie dans la culture germanique, où l'on parle d'éviter la « *Kabinetjustiz* », qui permet au prince de juger en grand secret sans que personne ne puisse le savoir et réagir. Il est donc paru essentiel que la justice soit rendue non pas sous le contrôle, mais sous le regard du peuple. Pour utiliser une expression actuelle, il s'agit d'assurer la transpa-

<sup>5</sup> FF 2006 p. 6889.

<sup>6</sup> FF 2006 p. 6888.

rence de la justice<sup>7</sup>. La règle a surtout un caractère préventif, mais elle permet aussi des réactions populaires en cas de pratique choquante.

A l'origine, le Conseil fédéral voulait rendre publiques les délibérations des juges, comme c'est le cas devant le Tribunal fédéral<sup>8</sup>, mais le Parlement n'en a pas voulu.

Il a laissé au droit cantonal le soin de déterminer si les délibérations, c'est-à-dire la discussion des juges et leurs votes, sont ou non publiques (art. 54 al. 2 CPC).

Le droit cantonal peut aussi prévoir une communication orale du jugement (par quoi l'on entend normalement la lecture du dispositif), auquel cas, celle-ci doit être publique (art. 54 al. 1 CPC). On observera que les règles ne sont pas unifiées sur ces points et qu'une certaine latitude est laissée au législateur cantonal.

En revanche, le droit fédéral prescrit, en tant que règle générale, que les débats – par quoi il faut sans doute entendre les plaidoiries (cf. art. 228 à 234 CPC) – sont publics (art. 54 al. 1 CPC) et que les décisions doivent être accessibles au public (art. 54 al. 1 CPC). Cette dernière formule signifie certainement qu'il suffit – comme le fait le Tribunal fédéral – que les décisions soient déposées pendant un certain temps au greffe, à la disposition des personnes qui souhaiteraient les consulter.

Par exception au principe de la publicité, un huis clos total ou partiel (limité à certaines personnes) peut être ordonné si l'intérêt public ou l'intérêt digne de protection d'un participant l'exige (art. 54 al. 3 CPC). La formulation légale semble moins restrictive que pour refuser l'accès à un élément du dossier (art. 53 al. 2 CPC), puisqu'elle ne requiert pas que cet intérêt soit "prépondérant"<sup>9</sup>. Le prononcé d'un huis clos suppose une pesée des intérêts<sup>10</sup>.

Il existe par ailleurs une exception générale : les procédures relevant du droit de la famille ne sont jamais publiques (art. 54 al. 4 CPC).

#### **4. Maxime des débats ou maxime inquisitoire (art. 55)**

Après avoir posé trois principes essentiels de la procédure (les parties doivent être de bonne foi, elles ont le droit d'être entendues et la justice sera rendue

---

<sup>7</sup> FF 2006 p. 6889.

<sup>8</sup> FF 2006 p. 6889.

<sup>9</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, *Le Code de procédure civile*, Berne 2009, p. 26 s.

<sup>10</sup> FF 2006 p. 6889.

publiquement), le législateur a envisagé un problème entièrement différent, qui est celui du pouvoir d'examen et de décision du juge.

On sait que tout acte judiciaire, qu'il s'agisse du mémoire d'une partie ou de la décision du juge, comporte normalement trois parties : un exposé des faits, une argumentation juridique et des conclusions. Chaque partie expose sa version des faits, son raisonnement juridique et ce qu'elle demande (ses conclusions), tandis que le juge dresse l'état de fait qu'il retient, les considérants en droit qui le guident dans sa décision, puis le contenu lui-même de ce qui est décidé (le dispositif). Reprenant cette structure en trois volets, le législateur examine successivement, pour chacun d'eux, dans quelle mesure le juge est libre ou au contraire lié par les prises de position des parties.

Dans chaque cas, la loi pose une règle générale, sans exclure des exceptions. Pour que la règle générale soit écartée, il faut qu'une disposition spéciale le prévoie.

De manière logique, le code commence par examiner la question de l'établissement des faits.

Il pose le principe de la maxime des débats. En matière civile, il incombe aux parties d'alléguer les faits sur lesquels elles se fondent et d'apporter leurs preuves.

Ainsi, chaque partie assume le double fardeau de l'allégation et de la preuve pour les faits à l'appui de sa position juridique.

Cette règle est traditionnelle en procédure civile. Le juge connaît le droit, mais il ne peut pas connaître par avance les faits à l'origine du litige, puisqu'il n'y a pas assisté. On applique ici l'adage latin : « *da mihi facta tibi dabo ius* ».

Les règles de procédure exposent dans le détail quand et comment les faits doivent être allégués et les preuves offertes.

L'art. 55 al. 1 CPC est en harmonie avec l'art. 8 CC, lequel régit le fardeau de la preuve pour toutes les prétentions fondées sur le droit privé fédéral<sup>11</sup>.

Si la maxime des débats, selon laquelle chaque partie doit alléguer et prouver les faits qu'elle invoque, constitue la règle générale, l'art. 55 al. 2 CPC réserve les dispositions contraires qui prévoient que l'administration des preuves et l'établissement des faits ont lieu d'office. Il faut donc qu'une disposition spéciale le prévoie expressément pour que le juge doive rechercher et établir d'office les faits. On dit alors que la procédure est soumise à la maxime

---

<sup>11</sup> ATF 129 III 18 consid. 2.6 p. 24 ; 127 III 519 consid. 2a p. 522.

inquisitoire, qu'il ne faut pas confondre avec la maxime d'office de l'art. 58 CPC.

En réalité, il y a beaucoup de cas où la loi prévoit la maxime inquisitoire. La doctrine s'est parfois efforcée d'en dresser la liste<sup>12</sup>. Nous y renonçons ici, non seulement par crainte d'être incomplet, mais aussi parce qu'une énumération nous paraît superflue au stade des principes généraux. L'important est de retenir que la maxime des débats constitue la règle et qu'il ne peut y avoir maxime inquisitoire que si une disposition spéciale le prévoit. On signalera seulement, à titre d'exemple, que la maxime inquisitoire est prévue par l'art. 247 al. 2 CPC (dans le domaine de la procédure simplifiée), par l'art. 255 CPC (dans le domaine de la procédure sommaire), par l'art. 272 CPC (pour la procédure sommaire en droit matrimonial), par l'art. 277 al. 3 CPC (dans le domaine de la procédure de divorce) et par l'art. 296 al. 1 CPC (procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille). En dérogation à la règle selon laquelle les parties doivent offrir leurs preuves, certaines dispositions générales permettent au juge d'administrer une preuve d'office ; c'est ce que prévoient l'art. 153 al. 2 CPC (lorsqu'il existe des motifs sérieux de douter de la véracité d'un fait non contesté), l'art. 181 al.1 CPC (pour procéder à une inspection) et l'art. 183 al. 1 CPC (pour ordonner une expertise).

## **5. L'interpellation par le tribunal (art. 56)**

La règle selon laquelle les parties doivent alléguer les faits en temps utile et selon les formes prescrites peut conduire à un formalisme choquant. Dans une affaire de responsabilité civile, si l'on allègue que le meurtrier a vidé son chargeur sur sa pauvre victime, on peut objecter qu'il n'est pas allégué que cette dernière en est morte. Les allégués incomplets constituent, pour les avocats, un piège redoutable.

Pour éviter de tomber dans le formalisme excessif, le législateur a prévu une sorte de correctif, l'interpellation par le tribunal (art. 56 CPC). Cette institution n'est pas réservée à la maxime des débats et peut aussi s'appliquer dans des cas de maxime inquisitoire<sup>13</sup>.

Si le juge constate que les actes ou déclarations d'une partie sont peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets, il attire son attention sur ce point et lui donne l'occasion de clarifier ou de compléter sa position (art. 56 CPC).

---

<sup>12</sup> Voir DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER (cf. note 9), p. 28 ss.

<sup>13</sup> FF 2006 p. 6890.

Il s'agit d'une exigence qui découle du principe de la bonne foi due par l'autorité (art. 9 Cst.).

Il faut observer qu'il s'agit seulement de donner une occasion de clarifier ou de compléter ; si l'occasion n'est pas saisie, le juge doit en tirer toutes les conséquences.

Pour décider d'interpeller ou non les parties, le juge dispose d'un certain pouvoir d'appréciation. L'interpellation ne peut concerner qu'un fait pertinent dans un cas où une clarification ou un complètement seraient possibles. Si l'interpellation peut être largement admise dans les procédures soumises, par exception, à la maxime inquisitoire, elle ne doit intervenir que de manière restrictive dans les procédures soumises à la maxime des débats, afin d'éviter de vider celle-ci de sa substance<sup>14</sup>. Dans ces cas, l'interpellation ne devrait intervenir que s'il y a une lacune ou une obscurité manifestes conduisant, si l'on applique strictement la maxime des débats, à un formalisme choquant.

L'avenir dira quelle est l'importance pratique de cet élément correctif.

## 6. L'application du droit d'office (art. 57)

De manière logique, le législateur traite, après la question des faits, celle du droit.

Comme le juge connaît le droit, l'art. 57 CPC pose le principe qu'il doit l'appliquer d'office (*iura novit curia*).

La règle vise aussi bien le droit matériel que le droit de procédure<sup>15</sup>.

Le juge n'est donc pas lié par l'argumentation juridique présentée par les parties. S'il agit en tant qu'autorité de recours, il n'est pas davantage lié par la construction juridique retenue par l'autorité précédente. Le juge examine librement et d'office les questions de droit qui se posent.

Exceptionnellement, il devra, en raison du droit d'être entendu, donner préalablement l'occasion aux parties de s'exprimer s'il envisage de retenir une argumentation juridique avec laquelle les parties n'avaient pas à compter<sup>16</sup>.

Tel qu'il est formulé, l'art. 57 CPC ne semble comporter aucune exception. Ce n'est pas exact. Une exception reste possible si elle est prévue expressément par une disposition spéciale.

---

<sup>14</sup> FF 2006 p. 6890.

<sup>15</sup> FF 2006 p. 6890.

<sup>16</sup> ATF 131 V 9 consid. 5.4.1 p. 26.

Ainsi, l'art. 16 al. 1 LDIP prévoit, en matière patrimoniale, que la preuve du contenu du droit étranger peut être mise à la charge des parties. La règle est rappelée à l'art. 150 al. 2 CPC. Si la preuve du droit étranger est mise à la charge des parties, il en résulte nécessairement – contrairement au texte de l'art. 57 CPC – que le juge ne recherche pas d'office le contenu de ce droit.

On peut voir une autre exception dans la règle de l'art. 142 CO, selon laquelle le juge ne peut suppléer d'office le moyen résultant de la prescription. Il en résulte que le juge ne doit pas rechercher d'office – comme le ferait un juge pénal – si l'action est ou non prescrite. Il existe encore d'autres cas où une question juridique ne peut être examinée que si une exception a été soulevée en temps utile (par exemple pour la compétence *ratione loci*).

## 7. Principe de disposition et maxime d'office (art. 58)

Après les faits et le droit, le législateur traite des conclusions.

Conformément à la tradition en matière civile, il pose, pour principe, la maxime de disposition.

Le juge ne peut accorder plus ou autre chose que ce qui est demandé (*nec ultra aut extra petita*), ni moins que ce qui est reconnu par la partie défenderesse.

Autrement dit, le juge est lié par les conclusions des parties. Ce sont les parties qui, par leurs conclusions, déterminent le cadre dans lequel le juge peut statuer. Il appartient au demandeur de choisir ce qu'il réclame et le juge ne peut pas accorder davantage ou autre chose. Selon la jurisprudence, lorsqu'un lésé a décomposé son dommage en différents postes reposant sur la même cause, le juge n'est lié que par le montant total réclamé, si bien qu'il peut allouer davantage pour l'un des éléments du dommage et moins pour un autre<sup>17</sup>. Il appartient ensuite à la partie défenderesse de se déterminer et le tribunal est lié dans toute la mesure où elle admet la demande. En revanche, la décision sur les frais judiciaires (qui sont conçus dans l'intérêt de l'État) est prise d'office, même si aucune conclusion n'est prise à ce sujet (art. 105 al. 1 CPC). Des dépens ne sont en principe alloués que si la partie en a fait la demande<sup>18</sup> (jurisprudence divergente pour la procédure devant le Tribunal fédéral<sup>19</sup>).

---

<sup>17</sup> ATF 123 III 115 consid. 6d p. 119.

<sup>18</sup> FF 2006 p. 6908.

<sup>19</sup> ATF 111 Ia 154 consid. 4 et 5 p. 156 ss.



Le principe de disposition constitue la règle, mais des normes spéciales peuvent prévoir l'inverse, c'est-à-dire la maxime d'office. Lorsqu'il y a maxime d'office, le juge statue librement, sans être lié par les conclusions des parties.

On peut citer, par exemple, l'art. 296 al. 3 CPC (procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille) ou l'art. 265 al. 3 CPC (sûretés à fournir avant des mesures superprovisionnelles). On aurait tort de croire que toutes les exceptions se trouvent dans le Code de procédure civile. On peut citer aussi le nouvel art. 273 al. 5 CO qui prévoit que, lorsque l'autorité compétente rejette une requête en annulation du congé (ou en constat de nullité) introduite par le locataire, elle examine d'office si le bail peut être prolongé.

## **II. Les conditions de recevabilité**

### **1. Principe (art. 59 al. 1)**

Examinant ensuite de manière plus concrète l'hypothèse d'une demande en justice, le législateur traite de la première question qui se pose, à savoir les conditions de la recevabilité.

Il pose le principe que le juge doit toujours examiner les conditions de la recevabilité avant d'entrer en matière sur le fond. Même si le problème posé sur le fond lui paraît particulièrement intéressant, le juge doit rigoureusement s'abstenir de s'exprimer si la demande n'est pas recevable.

Lorsqu'il constate que la demande n'est pas recevable, il doit rendre une décision refusant d'entrer en matière. S'agissant du droit invoqué au fond, une telle décision n'a pas autorité de chose jugée.

### **2. L'examen d'office (art. 60)**

Le juge examine toujours d'office et librement si les conditions de recevabilité d'une demande (ou d'un recours) déposée devant lui sont remplies. On introduit ainsi dans la loi un principe général que le Tribunal fédéral rappelle régulièrement au sujet des recours déposés devant lui<sup>20</sup>.

Le juge peut examiner les conditions de recevabilité dès le début du procès, mais aussi au cours de celui-ci, notamment si une condition vient à disparaître<sup>21</sup>. L'important est que le juge examine les conditions de la recevabilité avant de statuer sur une question de fond. Il peut choisir, dans un premier

---

<sup>20</sup> Voir par exemple : ATF 135 III 1 consid. 1.1 p. 3, 212 consid. 1 p. 216, 331 consid. 1, 430 consid. 1 p. 431, 483 consid. 1 p. 485.

<sup>21</sup> FF 2006 p. 6891.

temps, de limiter le procès à la seule question de la recevabilité et de statuer séparément à ce sujet (art. 125 let. a, 222 al. 3 CPC).

S'il est vrai que le juge examine d'office le respect des conditions de recevabilité, il faut relever qu'il est nécessaire, dans certains cas (par exemple la litispendance ou l'autorité de chose jugée), que les parties allèguent les faits qui suscitent le problème<sup>22</sup>.

### 3. Les conditions de recevabilité (art. 59 al. 2)

L'art. 59 al. 2 CPC énonce, de manière non exhaustive (« *notamment* ») les conditions générales de la recevabilité. Il ne traite pas d'exigences particulières liées à une procédure déterminée, par exemple le problème de la conciliation obligatoire (art. 197 CPC) ou celui du délai pour agir ou pour recourir (cf. par exemple art. 209 al. 3 et 4 CPC). Il ne traite pas davantage des conditions formelles d'une demande en justice.

Le demandeur ou le requérant doit avoir un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC). Cette règle consacre un principe déjà formulé par le Tribunal fédéral selon lequel toute action en justice suppose l'existence d'un intérêt<sup>23</sup>. Cet intérêt doit être actuel au moment où le juge statue. Il doit apparaître digne de protection ; il peut s'agir d'un intérêt de fait ou d'un intérêt de droit<sup>24</sup>. Il n'est donc pas exigé un intérêt juridique et l'art. 76 al. 1 let. b LTF a été modifié simultanément pour s'adapter à cette définition et éviter une divergence insatisfaisante avec le recours en matière de droit public<sup>25</sup>.

Le juge doit aussi s'assurer qu'il est compétent à raison de la matière et du lieu. Bien que la loi ne le dise pas, il doit aussi s'assurer de sa compétence fonctionnelle, en ce sens qu'une autorité de recours ne peut pas être saisie en première instance. S'agissant de la compétence à raison du lieu, il faut nuancer le principe d'un examen d'office, en ce sens que la partie défenderesse, si elle ne soulève pas une exception d'incompétence, peut en principe accepter ainsi le for (cf. art. 6 LDIP ; art. 18 de la Convention de Lugano ; art. 18 CPC).

Les parties doivent avoir la capacité d'être parties et d'ester en justice (art. 59 al. 1 let. c CPC). Ces notions sont définies aux art. 66 et 67 CPC, que nous examinerons ultérieurement.

---

<sup>22</sup> FF 2006 p. 6890.

<sup>23</sup> ATF 130 II 102 consid. 1.3 p. 105 ; 127 III 429 consid. 1b p. 431.

<sup>24</sup> FF 2006 p. 6890.

<sup>25</sup> Sur cette question : BERNARD CORBOZ, in : Commentaire de la LTF : Loi sur le Tribunal fédéral (Bernard Corboz/Alain Wurzbürger/Pierre Ferrari/Jean-Maurice Frésard/Florence Aubry Girardin édés), Berne 2009, art. 76 N 33.

Il faut que le litige ne fasse pas l'objet d'une litispendance préexistante (art. 59 al. 2 let. d CPC). La notion de litispendance est explicitée aux art. 62 ss CPC. On observera que l'art. 59 al. 2 CPC prévoit, s'il y a déjà litispendance, que le juge saisi en second lieu refuse d'entrer en matière (donc déclare la demande irrecevable) ; or, il doit se borner à suspendre la cause dans plusieurs cas régis par des dispositions spéciales :

- si la cause est pendante devant un tribunal étranger dans une situation internationale relevant de la LDIP (art. 9 al. 1 LDIP) ;
- il en va de même si la situation internationale relève de la Convention de Lugano (art. 21 al. 1 CL) ;
- si la cause est déjà pendante devant un tribunal arbitral en cas d'arbitrage interne (art. 372 al. 2 CPC ; dans le cas de l'arbitrage international : cf. art. 186 al. 1bis LDIP).

Le litige ne doit pas faire l'objet d'une décision entrée en force reconnue en Suisse (exception d'autorité de chose jugée ; art. 59 al. 2 let. e CPC).

Les avances de frais et les sûretés en vue de garantir le paiement des frais du procès doivent avoir été versées en temps utile (art. 59 al. 2 let. f CPC).

Bien que la loi ne le dise pas expressément, le juge examinera de la même façon les conditions de recevabilité propres à une demande reconventionnelle (art. 224 CPC)<sup>26</sup>.

#### **4. L'existence d'une convention d'arbitrage (art. 61)**

Le législateur a choisi de traiter séparément l'hypothèse où il existerait une convention d'arbitrage obligeant les parties à soumettre leur différend à un tribunal arbitral.

Que cette hypothèse soit traitée après l'art. 60 CPC montre que la règle de l'examen d'office ne s'applique pas dans ce cas. Non seulement, on ne voit pas comment le juge pourrait avoir connaissance d'une convention d'arbitrage si aucune partie ne lui en parle, mais surtout les parties restent libres – comme cela ressort de l'art. 61 let. a CPC – de renoncer à leur convention d'arbitrage et de soumettre leur litige au juge étatique.

Si les parties ont conclu une convention d'arbitrage portant sur un litige arbitral, le juge étatique saisi doit en principe décliner sa compétence.

---

<sup>26</sup> JACQUES HALDY, La nouvelle procédure civile suisse, Bâle 2009, p. 18.

Cette règle connaît trois exceptions :

- Il ne déclinera pas sa compétence si le défendeur entre en matière sans réserve sur le fond (art. 61 let. a CPC). Si le défendeur entend se prévaloir de la convention d'arbitrage, il lui appartient de soulever d'entrée de cause (avant de discuter du fond) l'exception d'arbitrage. S'il ne le fait pas, on déduira de son attitude qu'il accepte la proposition implicite de sa partie adverse de soumettre le litige au juge étatique, renonçant ainsi à l'arbitrage.
- Le juge étatique ne déclinera pas non plus sa compétence s'il apparaît que le tribunal arbitral ne peut pas être constitué pour des raisons manifestement dues au défendeur dans la procédure arbitrale (art. 61 let. c CPC). Il s'agit ici de tenir compte d'une attitude d'obstruction contraire aux règles de la bonne foi qui empêche le déroulement de la procédure arbitrale. Dans un tel cas, il apparaît légitime que le demandeur puisse soumettre sa prétention à un juge étatique puisque sa partie adverse a saboté la procédure arbitrale.
- Enfin, le juge étatique ne déclinera pas sa compétence s'il est manifeste que la convention d'arbitrage n'est pas valable ou ne peut pas être appliquée (art. 61 let. b CPC). Il faut ici insister sur le mot « *manifestement* » figurant dans le texte légal, qui montre qu'il incombe en première ligne au tribunal arbitral de statuer lui-même sur sa compétence (cf. art. 359 al. 1 CPC pour l'arbitrage interne et art. 186 al. 1 et 1<sup>bis</sup> LDIP pour l'arbitrage international). Le projet du Conseil fédéral a d'ailleurs été modifié dans ce sens.

### III. La litispendance et le désistement d'action

#### 1. Le début de la litispendance (art. 62)

Faisant un pas de plus dans l'idée d'un procès qui se déroule, le législateur s'interroge ensuite sur le mécanisme qui fait que le procès se noue ou se dénoue.

Il traite en premier lieu du début de la litispendance, c'est-à-dire du moment à partir duquel le procès est noué.

Par litispendance, on entend le seul fait que le procès est pendant. Il ne faut pas confondre cette notion avec l'exception de litispendance de l'art. 59 al. 2 let. d CPC par laquelle une partie manifeste sa volonté de ne pas procéder pour le motif que le même litige est déjà pendant entre les mêmes parties devant un *autre* tribunal.

L'instance est introduite – c'est-à-dire qu'il y a litispendance – dès le dépôt de la requête en conciliation. S'il n'y a pas de procédure de conciliation, l'instance est introduite dès le dépôt de la demande ou de la requête en justice. Le législateur a choisi de mentionner séparément la requête commune en divorce, qui est introduite dès le moment où elle est déposée.

Par dépôt, il faut entendre le fait de remettre le document au greffe de l'autorité ou, à son adresse, à La Poste Suisse ou à une représentation consulaire ou diplomatique suisse à l'étranger (art. 143 al. 1 CPC). Une transmission par voie électronique est également possible (cf. art. 143 al. 2 CPC).

Pour faciliter la preuve de l'introduction, l'art. 62 al. 2 CPC prévoit qu'une attestation de dépôt doit être délivrée.

## **2. L'incompétence du tribunal ou l'erreur de procédure (art. 63)**

Il se peut que la demande ou la requête soit adressée à une autorité incompétente ; il se produit aussi que la partie demanderesse ou requérante se trompe sur la procédure à suivre ; dans ces cas, il n'est pas prévu une transmission d'office à l'autorité compétente<sup>27</sup> ou un délai pour corriger l'éventuelle erreur. La demande ou la requête sera donc déclarée irrecevable. Pour éviter une telle décision, le demandeur ou requérant peut être amené à la retirer.

Dans tous ces cas, on imagine que le demandeur ou requérant – dont les droits au fond ne sont pas perdus – recommencera la procédure en s'adressant au tribunal compétent ou en corrigeant son erreur. Dans cette hypothèse, l'art. 63 CPC prévoit que le demandeur ou requérant qui réintroduit l'instance dans le mois qui suit le retrait ou la décision d'irrecevabilité est réputé avoir agi à la date du premier dépôt. Autrement dit, s'il corrige son erreur dans le mois, il est mis au bénéfice de la date du premier dépôt pour ce qui est de contrôler le respect du délai pour agir.

L'art. 63 al. 3 CPC réserve les délais prévus par la LP, ce qui signifie que le délai d'un mois pour corriger le vice peut être réduit à vingt ou à dix jours<sup>28</sup>.

La règle qui vient d'être exposée rappelle évidemment celle qui était contenue à l'art. 139 CO, laquelle, perdant tout intérêt, a été abrogée simultanément.

---

<sup>27</sup> FF 2006 p. 6892.

<sup>28</sup> FF 2006 p. 6892.

### 3. Les effets de la litispendance (art. 64)

La litispendance (c'est-à-dire le fait que l'instance est introduite, que le procès est noué) entraîne plusieurs conséquences.

Elle permet tout d'abord d'invoquer l'exception de litispendance si la même cause<sup>29</sup> entre les mêmes parties est portée ultérieurement devant une autre autorité (art. 64 al. 1 let. a CPC). La litispendance entraîne l'irrecevabilité de la seconde demande, ce que le juge doit examiner d'office (art. 59 al. 2 let. d et art. 60 CPC).

Les conditions de recevabilité doivent en principe être réunies au moment où se crée la litispendance. La compétence à raison du lieu est perpétuée si la situation change après l'introduction de la demande. Cette règle vaut pour la compétence à raison du lieu (art. 64 al. 1 let. b CPC), où la compétence dépend normalement du domicile ou de la nationalité. Elle ne s'applique pas à l'exigence d'un intérêt pour agir, lequel doit subsister au moment où le juge statue.

Lorsqu'un délai de droit privé dépend du dépôt d'une demande, de l'ouverture d'une action ou d'un autre acte introductif d'instance, le moment déterminant est celui de la litispendance (art. 64 al. 2 CPC). Pour dire si un délai a été respecté, il faut donc se fonder sur le moment où la litispendance a été créée (art. 62 al. 1 CPC).

La litispendance a aussi pour effet de créer le for de la reconvention : dès le moment où le tribunal est saisi, la partie défenderesse peut, s'il y a connexité, former une demande reconventionnelle au for de la demande principale (art. 14 CPC).

En cas de demande non chiffrée (art. 85 CPC), l'évaluation initiale de la valeur litigieuse reste déterminante pour désigner le for compétent, même si la valeur qui se révèle par la suite dépasse la compétence du tribunal (art. 85 al. 2 CPC). Il faut cependant noter que cette règle ne s'applique pas en cas de modification de la demande (art. 227 CPC) ; si la valeur litigieuse de la demande modifiée dépasse la compétence matérielle du tribunal, celui-ci la transmet au tribunal compétent (art. 227 al. 2 CPC). Il en va de même s'il est formé une demande reconventionnelle qui dépasse la compétence du tribunal saisi (art. 224 al. 2 CPC).

On observera que la règle adoptée, en ce qui concerne le début de la litispendance, correspond à celle qui résulte, sur le plan international, de l'art. 9 al. 2 LDIP. En revanche, le refus d'entrer en matière de l'art. 59 al. 2 let. d CPC, n'est pas en harmonie avec l'art. 9 al. 1 LDIP qui prévoit, sur le plan interna-

---

<sup>29</sup> Sur cette notion : cf. ATF 128 III 284 consid. 3b p. 286.

tional, une suspension de la cause devant le tribunal suisse saisi en second lieu (de même l'art. 21 al. 1 de la Convention de Lugano et l'art. 372 al. 2 CPC en cas d'arbitrage interne).

#### **4. Le désistement (art. 65)**

Selon l'art. 65 CPC, le retrait de l'action devant le tribunal compétent ne permet pas de réintroduire la même cause entre les mêmes parties. Il s'agit donc en principe d'un désistement d'action, et non pas seulement d'instance. Le Message du Conseil fédéral relève que le retrait a les mêmes effets qu'un rejet de la demande sur le fond et qu'il revêt l'autorité de chose jugée empêchant une nouvelle action (art. 241 al. 2 CPC)<sup>30</sup>. La partie qui retire sa demande doit supporter les frais du procès comme si elle avait succombé (art. 106 al. 1 CPC).

Il n'est fait exception à cette règle rigoureuse que dans deux cas :

- si le retrait intervient avant que le tribunal n'ait notifié la demande au défendeur

ou

- si le défendeur accepte le retrait ; auquel cas, il faut admettre que les parties sont convenues d'un désistement d'instance (on parle ici d'un accord de la partie adverse au moment du retrait, et non au moment du dépôt d'une éventuelle demande nouvelle<sup>31</sup>).

Dès le moment où la demande a été notifiée à la partie défenderesse, le demandeur, qui entend la retirer sans perdre ses droits sur le fond, doit impérativement obtenir l'accord de sa partie adverse sur le principe d'un désistement d'instance. Cette règle rigoureuse doit permettre d'éviter une forme de harcèlement consistant à déposer des demandes successives sans jamais permettre à aucune d'elles de suivre son cours jusqu'à un éventuel déboutement.

## **IV. Les parties au procès en général**

### **1. La capacité d'être partie (art. 66)**

Le législateur envisage ensuite le procès sous l'angle subjectif, en ce sens qu'il traite des personnes qui y prennent part.

---

<sup>30</sup> FF 2006 p. 6893.

<sup>31</sup> Confusion : DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER (cf. note 9), p. 46.

La première question à résoudre est de savoir quelles sont les conditions à remplir pour être partie à un procès, c'est-à-dire, pour expliquer les choses plus simplement, pour donner son nom à la procédure.

L'art. 66 CPC prévoit deux conditions alternatives.

La première est d'avoir la jouissance des droits civils. On vise ainsi les êtres humains et les personnes morales.

La seconde condition alternative est d'avoir la qualité de partie en vertu du droit fédéral, ce qui signifie qu'une norme spéciale doit reconnaître à une entité le droit de conduire un procès en son propre nom. Les hypothèses sont assez nombreuses. Sans être absolument certain d'être exhaustif, nous citerons, en nous référant au Message du Conseil fédéral<sup>32</sup>, la communauté des propriétaires par étages (art. 712I al. 2 CC), la société en nom collectif (art. 562 CO), la société en commandite (art. 602 CO), la succession non partagée (pour une procédure devant le juge liée à une poursuite dont elle fait l'objet ; cf. art. 49 LP<sup>33</sup> ; bien que mentionné dans le Message, ce cas est discutable<sup>34</sup>), la masse en faillite (art. 240 LP) et la masse concordataire (art. 319 al. 4 LP). HALDY signale encore les caisses de chômage qui n'ont pas la personnalité juridique (art. 79 al. 2 LACI) et la masse successorale dans l'hypothèse particulière d'une liquidation officielle<sup>35</sup>.

## 2. La capacité d'ester en justice (art. 67)

On vise ici non pas la capacité d'apparaître sur le dossier comme partie à la procédure, mais la capacité de mener soi-même le procès, sans devoir nécessairement être représenté par un tiers.

Ce problème ne concerne pas les personnes morales représentées par leurs organes, qui ont toutes la capacité d'ester en justice (sous réserve des restrictions du droit de la faillite). La question ne concerne que les personnes physiques.

Pour avoir la capacité d'ester en justice, elles doivent avoir l'exercice des droits civils (art. 67 al. 1 CPC). Celles qui ne l'ont pas agissent par l'intermédiaire de leur représentant légal (art. 67 al. 2 CPC).

Par exception, une personne qui n'a pas l'exercice des droits civils, *à la condition d'être capable de discernement*, peut exercer des droits strictement person-

---

<sup>32</sup> FF 2006 p. 6893.

<sup>33</sup> ATF 116 III 4 consid. 2a p. 6 s. 113 III 79 consid. 3 p. 81 s.

<sup>34</sup> JACQUES HALDY (cf. note 26), p. 24 s.

<sup>35</sup> JACQUES HALDY (cf. note 26), p. 24.



nels (cf. art. 19 al. 2 CC) et accomplir provisoirement des actes s'il y a péril en la demeure (auquel cas, les actes de procédure doivent ensuite être ratifiés par le représentant légal).

## V. La représentation des parties

### 1. La représentation conventionnelle des parties (art. 68)

On envisage ici l'hypothèse où une partie souhaite se faire représenter dans la procédure par un mandataire.

En principe, une partie qui a la capacité d'ester en justice (art. 67 CPC) peut charger un tiers de la représenter au procès. Il n'est pas nécessaire que le représentant ait une quelconque formation juridique s'il rend ce service à titre gracieux ; la partie peut donc choisir comme représentant toute personne qui a sa confiance<sup>36</sup>. Il reste que le tribunal peut ordonner la comparution personnelle de la partie elle-même (art. 68 al. 4 CPC).

En revanche, la représentation à titre professionnel, en tant qu'activité exercée régulièrement moyennant rémunération, fait l'objet d'une réglementation contenue à l'art. 68 al. 2 CPC. Il s'agit d'une disposition qui a été profondément remaniée par rapport au projet du Conseil fédéral. Il faut dire que la question recouvre des intérêts professionnels importants, ce qui explique que la discussion ait été nourrie. En définitive, le Parlement a choisi une réglementation qui ne touche pas, en principe, aux situations acquises. Il en résulte un alinéa très long, assez complexe, qui fait largement référence au droit cantonal. Comme nous nous concentrons ici sur la procédure, nous choisissons de ne pas entrer dans le détail (le cas des avocats-stagiaires et des clercs est étudié par HOFMANN/LÜSCHER<sup>37</sup>).

Sont autorisés à représenter les parties à titre professionnel :

- les avocats autorisés à pratiquer selon la LCCA<sup>38</sup> et ceci dans toutes les procédures ;
- les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés lorsque le droit cantonal le prévoit, mais seulement devant une autorité de conciliation, en procédure sommaire ou dans une affaire patrimoniale soumise à la procédure simplifiée ;

---

<sup>36</sup> FF 2006 p. 6893.

<sup>37</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER (cf. note 9), p. 50 et 51.

<sup>38</sup> RS 935.61.

- les représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP (ce qui est réglé par le droit cantonal) pour les procédures sommaires de la LP (art. 251 LP) ;
- les mandataires professionnellement qualifiés lorsque le droit cantonal le prévoit et seulement devant les juridictions du bail et du travail, pour autant que le droit cantonal ait institué des tribunaux spécialisés.

Le représentant doit justifier de ses pouvoirs par une procuration (art. 68 al. 3 CPC).

Dans tous les cas, le tribunal peut ordonner la comparution personnelle des parties qui ont choisi un représentant (art. 68 al. 4 CPC). Il faut encore relever que la comparution personnelle est obligatoire dans certains cas (cf. art. 204 al. 1, 273 al. 2 et 278 CPC).

## **2. La représentation d'office en cas d'incapacité de procéder (art. 69)**

S'il apparaît qu'une partie est manifestement incapable de procéder elle-même, le juge l'invite à se désigner un représentant. Si cette injonction reste sans suite, il peut lui en désigner un.

On se trouve alors dans le cas de figure de l'avocat d'office, qui implique un rapport juridique spécial, relevant du droit public, noué entre la collectivité publique et l'avocat<sup>39</sup>. En l'absence d'une règle précise, il nous paraît judicieux de s'inspirer, pour la rémunération, de l'art. 41 al. 2 LTF (par analogie).

Le juge avise l'autorité tutélaire si des mesures de protection lui paraissent indiquées (art. 69 al. 2 CPC).

Le juge pourrait aussi prononcer une suspension de la procédure en application de l'art. 126 CPC<sup>40</sup>.

On trouve ici un mécanisme analogue à l'art. 41 LTF (qui est une reprise de l'ancien art. 29 al. 5 OJ<sup>41</sup>). Alors que cette règle ne joue guère de rôle en pratique devant le Tribunal fédéral, il n'est pas exclu qu'elle se révèle plus utile devant une juridiction de première instance.

---

<sup>39</sup> FF 2006 p. 6894.

<sup>40</sup> FF 2006 p. 6894.

<sup>41</sup> FF 2001 p. 4092.

## VI. La consorité

### 1. La consorité nécessaire (art. 70)

Lorsque l'on parle de consorité, on envisage l'hypothèse où, dans un procès déterminé, il y a plusieurs demandeurs ou plusieurs défendeurs. L'approche est donc purement subjective. Il ne faut pas confondre avec le cumul d'actions de l'art. 90 CPC, qui suppose que l'on exerce plusieurs actions dans le cadre du même procès.

Il y a consorité nécessaire lorsque deux ou plusieurs personnes sont, au même titre, parties à un rapport de droit qui ne peut donner lieu qu'à une décision unique (art. 70 al. 1 CPC). Le droit matériel détermine les cas où il y a consorité nécessaire<sup>42</sup> ; la notion est étroitement liée à l'idée que plusieurs personnes sont titulaires d'un droit en mains communes. L'exemple typique est celui des hoirs dans une succession non partagée. Dans un cas de consorité nécessaire, les consorts doivent agir tous ensemble pour disposer du droit litigieux. Si ce sont des demandeurs, ils doivent agir tous ensemble ; s'ils sont défendeurs, l'action doit être dirigée contre tous les consorts nécessaires (même s'ils n'adoptent pas une position commune) (art. 70 al. 1 CPC). On admettra qu'ils doivent agir ensemble pour interjeter un recours (art. 70 al. 2 CPC), transiger, acquiescer ou se désister<sup>43</sup>.

En revanche, pour un simple acte de la procédure, tel que déposer un mémoire, produire une pièce, présenter une liste de témoins, il résulte de la règle de l'art. 70 al. 2 CPC que l'acte accompli en temps utile par l'un d'eux vaut pour tous les autres, qui sont en quelque manière représentés par celui qui a agi<sup>44</sup>.

### 2. La consorité simple (art. 71)

Lorsque deux ou plusieurs personnes agissent ensemble comme parties demandereses ou sont actionnées conjointement en tant que parties défenderesses, sans qu'il y ait consorité nécessaire, mais seulement parce que les prétentions ou les obligations résultent de faits ou de fondements juridiques semblables, il y a consorité simple. Dans un tel cas, plusieurs actions sont exercées ensemble pour de purs motifs d'opportunité, mais il faut tout de même qu'elles présentent entre elles une similitude dans les faits ou dans les fondements juridiques invoqués (art. 71 al. 1 CPC).

---

<sup>42</sup> FF 2006 p. 6894.

<sup>43</sup> Du même avis : JACQUES HALDY (cf. note 26), p. 29.

<sup>44</sup> FF 2006 p. 6894.

L'exercice commun des actions est exclu si les causes relèvent de procédures différentes (art. 71 al. 2 CPC).

En cas de consorité simple, les actions ont un sort indépendant. Chaque consort agit donc pour lui-même et les prises de position peuvent diverger. Par exemple, l'un des consorts peut accorder une remise de dette, transiger, s'incliner ou renoncer à recourir, sans que cela n'affecte les droits procéduraux des autres (cf. art. 71 al. 3 CPC).

La consorité (nécessaire ou simple) entraîne une attraction de for : le tribunal compétent à l'égard de l'un des défendeurs l'est également à l'égard de tous les autres, à moins que sa compétence ne repose sur une élection de for (art. 15 al. 1 CPC).

### **3. Le représentant commun (art. 72)**

Les consorts (nécessaires ou simples) peuvent choisir un représentant commun, par exemple, un avocat. Dans ce cas, les notifications et communications sont faites en mains de ce représentant commun et valent pour tous les consorts.

S'il n'y a pas de représentant commun, l'autorité doit adresser une notification à chacun des consorts (art. 72 CPC).

## **VII. La participation de tiers à la procédure**

### **1. Généralités**

D'ordinaire, les parties sont désignées, dès le début de la procédure, dans l'acte introductif. Cependant, il arrive parfois que des tiers soient introduits dans la procédure en cours d'instance. On distingue fondamentalement deux cas de figures, suivant la personne qui prend l'initiative.

On parle d'*intervention* lorsque c'est le tiers qui prend l'initiative et qui manifeste la volonté de participer à une procédure déjà pendante.

On parle d'*appel en cause* lorsque ce n'est pas le tiers, mais une partie à la procédure qui prend l'initiative et qui souhaite introduire le tiers dans le procès déjà pendant.

Dans chacun de ces deux cas (l'intervention et l'appel en cause), on distingue encore une figure juridique principale, qui correspond à ce qui vient d'être expliqué, et une figure juridique secondaire, dont les effets sont moindres. Il faut donc étudier en réalité quatre cas de figures : l'*intervention*

*principale*, qui est la forme première de l'intervention, l'*intervention accessoire*, qui est la forme secondaire de l'intervention, la *dénonciation d'instance*, qui est la forme secondaire de l'appel en cause et l'*appel en cause*, qui est la forme principale de l'appel en cause au sens large.

## 2. L'intervention principale (art. 73)

Dans l'intervention principale, un tiers prend l'initiative de demander à participer, en tant que partie principale, à un procès qui est déjà pendant, pour y exercer une action qui lui appartient et prendre ses propres conclusions contre une partie. Il s'agit d'une forme d'intervention, puisque c'est le tiers qui prend l'initiative. Cette intervention est qualifiée de principale, parce qu'elle conduit à donner au tiers le statut de partie avec toutes les prérogatives qui s'y attachent, notamment celles de prendre ses propres conclusions indépendamment de celles des autres.

L'intervention principale est soumise à deux conditions. Premièrement, il faut que l'intervenant prétende à un droit préférable, excluant totalement ou partiellement celui qui fait l'objet du procès en cours. Deuxièmement, il faut que l'intervention se produise au stade de la procédure de première instance, après quoi elle n'est plus possible (art. 73 al. 1 CPC).

D'un point de vue procédural, la demande d'intervention est introduite sans conciliation préalable (art. 198 let. g CPC) et elle est portée directement devant le tribunal saisi du procès initial.

En présence d'une intervention principale, le juge saisi a deux possibilités : soit il suspend le procès initial jusqu'à ce que l'action de l'intervenant sur le droit préférable invoqué fasse l'objet d'un jugement entré en force, soit – ce qui sera probablement le plus fréquent – il décide de joindre les deux causes en vue de rendre un seul jugement (cf. art. 73 al. 2 CPC).

## 3. L'intervention accessoire (art. 74 à 77)

Dans le cas d'une intervention accessoire, un tiers prend l'initiative de demander à participer à un procès déjà pendant en vue d'y intervenir comme partie accessoire, c'est-à-dire pour appuyer les conclusions de l'une des parties initiales. Il s'agit d'une intervention, puisque c'est le tiers qui prend l'initiative, mais cette intervention revêt un caractère accessoire, puisque l'intervenant entend se borner à appuyer la position de l'une des parties. A titre d'exemple, le Message du Conseil fédéral cite le cas du fabricant d'un produit prétendument

défectueux qui souhaite participer, aux côtés du vendeur, au procès en dommages et intérêts intenté par l'acheteur<sup>45</sup>.

Pour que l'intervention accessoire soit possible, il faut que l'intervenant rende vraisemblable un intérêt juridique à ce que le litige soit tranché en faveur de l'une des parties (art. 74 CPC). Dans l'exemple du fabricant d'un produit défectueux, celui-ci a évidemment un intérêt à ce que la cause soit tranchée en faveur du vendeur, faute de quoi il s'expose à une action de ce dernier.

D'un point de vue procédural, l'intervention accessoire est possible en tout temps, donc même en seconde instance. L'intervenant adresse une requête en intervention au tribunal saisi, indiquant le motif de l'intervention et la partie en faveur de laquelle elle est déposée (art. 75 al. 1 CPC). Du fait que l'intervenant adresse sa requête directement au tribunal saisi (art. 74 CPC), on doit déduire qu'il n'y a pas de conciliation préalable<sup>46</sup>. Les parties initiales doivent être entendues sur la requête. Le tribunal statue sur la demande d'intervention et sa décision peut faire l'objet d'un recours (art. 75 al. 2 CPC). On ne voit toutefois pas qu'un recours soit possible si l'intervention accessoire n'est faite qu'en seconde instance.

Si l'intervention est admise, l'intervenant accessoire peut accomplir tous les actes de procédure possibles à ce stade et utiles à la partie en faveur de qui l'intervention a été faite. L'intervenant ne peut cependant rien faire qui contredise la volonté de cette partie. Ainsi, il ne peut pas disposer de l'objet du litige, retirer un recours ou prendre des conclusions reconventionnelles ; en revanche, la partie bénéficiant de l'intervention peut transiger contre la volonté de l'intervenant et même retirer le recours interjeté par celui-ci (art. 76 CPC)<sup>47</sup>. L'intervenant accessoire est donc dans une position dépendante qui est beaucoup plus faible que celle d'un intervenant principal, ce dont il faut tenir compte au moment de faire le choix entre une intervention principale ou une intervention accessoire.

L'intervention accessoire entraîne une conséquence importante : le jugement rendu sera opposable à l'intervenant accessoire dans un procès ultérieur que l'une des parties dirigerait contre lui (art. 77 CPC)<sup>48</sup>. Il faut ici rappeler que l'intervenant accessoire ne fait qu'appuyer les conclusions d'une partie, de sorte que le jugement à rendre ne peut pas le condamner personnellement ; en conséquence, le jugement n'étant pas rendu contre lui, il pourrait faire valoir qu'il n'est pas lié ; pour des raisons d'économie de procédure, l'art. 77 CPC prévoit que l'intervenant, dans un procès ultérieur, ne peut pas remettre en

---

<sup>45</sup> FF 2006 p. 6896.

<sup>46</sup> Du même avis : JACQUES HALDY (cf. note 26), p. 31

<sup>47</sup> FF 2006 p. 6896.

<sup>48</sup> FF 2006 p. 6896.

question les éléments tranchés par le jugement antérieur et qui lui sont défavorables<sup>49</sup>.

Il est fait exception à cette règle dans deux cas :

- si l'état du procès au moment de l'intervention ou les actes ou omissions de la partie principale l'ont empêché de faire valoir ses moyens (art. 77 let. a CPC) ;
- ou si la partie principale a omis, par faute grave, de faire valoir des moyens qui étaient inconnus de l'intervenant (art. 77 let. b CPC).

#### **4. La dénonciation d'instance (art. 78 à 80)**

Dans le domaine de la garantie en cas d'éviction qui est due par le vendeur, l'art. 193 CO prévoyait déjà que l'acheteur menacé d'éviction pouvait dénoncer l'instance au vendeur obligé à garantie. La plupart des cantons connaissent donc la dénonciation d'instance, afin de répondre à cette exigence du droit fédéral matériel. Cependant, trois cantons romands, Genève, Vaud et Valais, ont adopté une autre institution, inspirée du droit français, dénommée l'appel en cause. Le nouveau code a décidé de laisser subsister, côte à côte, ces deux institutions (la dénonciation d'instance et l'appel en cause). La partie qui souhaite la participation d'un tiers est en principe libre de choisir entre la dénonciation d'instance et l'appel en cause. Comme l'appel en cause est une institution nouvelle pour la plupart des cantons, le Conseil fédéral avait imaginé une disposition détaillée que les Chambres fédérales ont heureusement simplifiée ; par ailleurs, beaucoup d'explications ont été données pour faire comprendre en quoi consiste cette institution ignorée de la plupart des cantons. Par comparaison, la dénonciation d'instance, connue de la plupart des cantons, a donné lieu à très peu d'explications. Pour les trois cantons romands cités, la situation est plutôt inversée : il n'est pas très facile de comprendre comment se déroule la dénonciation d'instance, pas plus que d'en percevoir l'intérêt.

Toute partie peut dénoncer l'instance à un tiers, lorsqu'elle estime, pour le cas où elle succomberait, qu'elle pourrait faire valoir des prétentions contre lui ou être l'objet de prétentions de sa part (art. 78 al. 1 CPC). Le but de la dénonciation d'instance est de rendre opposable au tiers le jugement à intervenir, et ceci dans la perspective d'une action ultérieure qui serait dirigée contre ce tiers ou formée par lui.

La condition d'une dénonciation d'instance est d'avoir une prétention à faire valoir contre le tiers ou de risquer une prétention de sa part suivant l'is-

---

<sup>49</sup> FF 2006 p. 6896.

sue du procès. D'un point de vue procédural, la dénonciation d'instance est possible en tout temps, même au stade de la seconde instance<sup>50</sup>. Le dénoncé peut, à son tour, dénoncer l'instance à une autre personne (art. 78 al. 2 CPC), de sorte que l'on pourrait imaginer des dénonciations d'instance en cascade<sup>51</sup>. La dénonciation d'instance est un acte unilatéral, soumis à réception. Le droit fédéral n'exige aucune forme particulière. Il faut que le dénonçant puisse apporter la preuve qu'il a fait la dénonciation. Nous pensons donc que celle-ci devrait se faire sous la forme d'une lettre recommandée. Il serait certes courtois d'en informer le juge et la partie adverse, mais il ne s'agit pas d'une condition de validité. La dénonciation d'instance est une communication du dénonçant au dénoncé, qui ne peut donner lieu ni à une opposition de la partie adverse, ni à une décision du juge.

Lorsque la dénonciation a été faite, la balle est dans le camp du dénoncé. Trois possibilités s'ouvrent à lui :

- il peut choisir d'intervenir dans la procédure, auquel cas il faut appliquer les règles sur l'intervention qui ont déjà été expliquées ; dans cette hypothèse, il n'a pas à rendre vraisemblable un intérêt juridique, puisque son intérêt découle déjà de la dénonciation d'instance<sup>52</sup> ; si la dénonciation n'intervient qu'au stade de la seconde instance, seule une intervention accessoire reste possible ;
- il peut convenir avec le dénonçant de conduire le procès à sa place ; dans ce cas, il ne se substitue pas à lui, mais conduit le procès en vertu d'un mandat procédural<sup>53</sup> ; le consentement de la partie adverse n'est pas nécessaire<sup>54</sup> ;
- il peut aussi refuser la dénonciation ou décider de ne rien faire. En toute hypothèse, le jugement lui sera au moins opposable, comme en matière d'intervention accessoire (art. 80 CPC).

## 5. L'appel en cause (art. 81 et 82)

Dans le cas de l'appel en cause, une partie, pour l'hypothèse où elle succomberait, veut introduire un tiers dans la procédure afin d'exercer une action, c'est-à-dire prendre des conclusions contre ce tiers. L'exemple typique est celui du co-responsable recherché par le lésé, qui entend appeler en cause les autres co-

---

<sup>50</sup> FF 2006 p. 6897.

<sup>51</sup> Avis divergent : DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER (cf. note 9), p. 54.

<sup>52</sup> FF 2006 p. 6897.

<sup>53</sup> FF 2006 p. 6897.

<sup>54</sup> FF 2006 p. 6897.



responsables afin de statuer, dans le même procès, sur la répartition interne du fardeau de la réparation. L'avantage est évidemment de trancher sur plusieurs actions par un seul procès et avec une seule administration des preuves, en évitant d'éventuels jugements contradictoires. En contrepartie, l'appel en cause implique toujours, puisqu'il s'agit d'une action différente, un allongement et un renchérissement de la procédure initiale. Comme le choix est en principe libre entre la dénonciation d'instance et l'appel en cause, l'avenir dira si l'une de ces institutions prend le pas sur l'autre.

L'appel en cause est une véritable demande en justice, greffée sur celle qui est déjà pendante ; il conduit à donner à l'appelé en cause le statut de partie avec toutes les prérogatives qui s'y attachent.

En vertu de l'art. 81 al. 2 CPC, l'appelé en cause ne peut pas, à son tour, appeler un tiers en cause (appel en cause sur appel en cause ne vaut). L'idée est ici d'éviter qu'il se forme une chaîne d'appels en cause dont l'effet serait de paralyser la procédure. En revanche, l'appelé en cause pourrait dénoncer l'instance à un tiers. En vertu de l'art. 81 al. 3 CPC, l'appel en cause est exclu en procédure simplifiée ou en procédure sommaire, précisément parce que l'appel en cause est de nature à prolonger la procédure.

D'un point de vue procédural, la demande d'appel en cause, énonçant les conclusions contre l'appelé en cause et les motifs de celle-ci, doit être formée avec la réponse ou la réplique (art. 82 al. 1 CPC). Bien que la loi ne le dise pas clairement, l'appel en cause est normalement une réaction du défendeur pour le cas où il succomberait dans le procès initial. Que l'on mentionne aussi la réplique montre qu'il n'est pas exclu qu'une intervention émane du demandeur, mais ce cas de figure devrait plutôt être réservé à l'hypothèse d'une demande reconventionnelle. Pour éviter de retarder excessivement la procédure, l'appel en cause n'est donc plus admis après la réplique<sup>55</sup>. La demande d'appel en cause n'est pas soumise à l'essai préalable de conciliation (art. 198 let. g CPC) et suffit à créer la litispendance<sup>56</sup>. La partie adverse et l'appelé en cause peuvent se déterminer (art. 82 al. 2 CPC). Le tribunal statue sur l'admission de l'appel en cause. Il n'est pas prévu que le juge puisse refuser l'appel en cause pour le motif qu'il alourdirait la procédure, mais la doctrine se prononce en faveur de cette règle<sup>57</sup>. La décision sur l'admission de l'appel en cause peut faire l'objet d'un recours (art. 82 al. 4 CPC). S'il admet l'appel en cause, le juge fixe l'échange d'écritures qui en découle (art. 81 al. 3 CPC).

---

<sup>55</sup> FF 2006 p. 6898.

<sup>56</sup> FF 2006 p. 6898.

<sup>57</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER (cf. note 9), p. 56.

Sous l'angle de la compétence, il faut encore relever que l'art. 16 CPC prévoit que le tribunal compétent pour statuer sur l'action principale est également compétent pour statuer sur l'action donnant lieu à l'appel en cause. Il en résulte un inconvénient pour l'appelé en cause, lorsqu'il se trouve obligé de plaider en-dehors de son for ordinaire<sup>58</sup>.

### **VIII. La substitution de parties**

D'ordinaire, les parties sont déterminées dès le début de la procédure dans l'acte introductif. Nous avons vu que, dans certains cas, une nouvelle partie peut être ajoutée en cours de procédure. Il reste à examiner un dernier problème, qui est la substitution de parties en cours de procédure. Dans ce cas, il ne s'agit pas d'ajouter une partie à celles qui ont été initialement désignées, mais il s'agit de remplacer une partie par une autre.

La disposition consacrée à cette question n'est pas très heureuse, parce qu'elle part d'un cas particulier, rare, en laissant implicite la règle générale.

La règle générale, implicite, est qu'il n'y a en principe pas de substitution de parties en cours de procédure. Si le demandeur a mal dirigé son action, il ne peut pas corriger le tir en substituant une autre personne à celle qu'il avait choisi de désigner. La partie qui sent qu'elle va être condamnée ne peut pas se substituer un insolvable. Les parties sont en principe désignées au début du procès ; il est possible d'en ajouter d'autres en cours de procédure, mais il est exclu d'en retirer pour les remplacer par d'autres.

Cette règle connaît deux exceptions générales :

La première concerne le cas où toutes les parties consentent à la substitution de parties (art. 83 al. 4 CPC). Bien que la règle s'applique aussi en cas de maxime d'office, on peut y voir une émanation de la maxime de disposition : les parties peuvent disposer de l'objet du litige et défendre leurs intérêts comme elles l'entendent. L'accord des parties permet donc de remplacer une personne ou une entité par une autre ; cela n'a toutefois aucun effet sur le droit matériel qui seul détermine qui est titulaire d'un droit ou débiteur d'une créance.

La seconde exception générale concerne le cas où, en vertu d'une disposition spéciale, une personne succède au patrimoine d'une autre par la voie de la succession universelle (art. 83 al. 4 CPC). Ainsi, les hoirs succèdent au défunt et les biens saisissables du failli tombent dans la masse. De la même manière, il y aura substitution dans les cas de reprise avec actifs et passifs et on songe ici

---

<sup>58</sup> FF 2006 p. 6898.

aux fusions ou autres cas de cession de patrimoine. Dans ces hypothèses, la substitution s'opère sans que l'accord de la partie adverse ne soit nécessaire<sup>59</sup>.

L'art. 83 CPC est centré sur un cas particulier, à savoir l'aliénation en cours d'instance de l'objet en litige. Il faut donc supposer que le procès a pour objet une chose ou une créance ; on peut songer à la revendication d'un tableau vendu. L'existence d'un procès ne doit évidemment pas rendre les biens inaliénables. Deux solutions sont alors possibles :

- l'acquéreur continue le procès en lieu et place de l'aliénateur (art. 83 al. 1 CPC) ; dans ce cas, il répond de l'ensemble des frais et la partie qui se retire reste responsable solidairement des frais encourus jusqu'à la substitution (art. 83 al. 2 CPC) ; sur requête de la partie adverse, le juge peut astreindre le reprenant à fournir des sûretés (art. 83 al. 3 CPC) ; cette substitution suppose l'accord du substitué, mais non de la partie adverse<sup>60</sup> ; les actes de procédure antérieurs sont opposables au substitué qui reprend le cours de la procédure dans l'état où il se trouve ; on conçoit toutefois que le changement de partie devrait amener à retoucher les conclusions ;
- alternativement, l'aliénateur peut se charger de continuer le procès sur la base d'un accord avec l'acquéreur, auquel cas il continue le procès sur la base d'un mandat procédural, n'étant plus titulaire du droit en cause ; les conclusions peuvent alors être réadaptées<sup>61</sup>.

## IX. Les actions

Après avoir longuement examiné quelles sont les parties à la procédure, le législateur se tourne vers une autre question et se demande quelles sont les actions qui peuvent être exercées en justice. Il ne s'agit pas ici d'examiner le droit matériel, mais son revêtement procédural. Autrement dit, il s'agit d'examiner quels sont les moyens offerts par la procédure pour permettre d'obtenir en justice le respect du droit matériel. Le législateur classe les actions de manière logique aux art. 84 à 89 CPC, ce qui lui donne l'occasion d'examiner quelques questions délicates comme l'action en paiement non chiffrée (art. 85 CPC), puis il envisage, à l'art. 90 CPC, l'hypothèse d'un cumul d'actions, c'est-à-dire le cas où plusieurs actions sont exercées entre les mêmes parties dans la même procédure.

---

<sup>59</sup> FF 2006 p. 6899.

<sup>60</sup> FF 2006 p. 6899.

<sup>61</sup> FF 2006 p. 6899 ; contra : NICOLAS JEANDIN, Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, art. 83 n° 2.

## 1. L'action condamnatoire

### 1.1 Généralités (art. 84)

Il s'agit de l'action la plus fréquente en pratique.

Elle tend à obtenir l'exécution d'un droit invoqué par le demandeur<sup>62</sup>. Le demandeur soutient qu'il a un droit à faire valoir contre le défendeur et requiert le tribunal de condamner celui-ci à s'exécuter ; si le défendeur s'y refuse de manière persistante, le jugement, une fois entré en force, permettra de demander l'exécution forcée (art. 335 ss CPC).

L'action condamnatoire peut, du point de vue du droit matériel, avoir un fondement contractuel ou extra-contractuel. Il ne s'agit pas nécessairement d'obtenir une prestation convenue ou légalement due, mais aussi, le cas échéant, des dommages-intérêts pour inexécution ou mauvaise exécution de l'obligation ou encore la répétition de ce qui a été transféré à autrui. L'action condamnatoire peut donc être utilisée pour réclamer toutes prestations dues par autrui en vertu du droit privé. Elle peut tendre à l'exécution d'une obligation

- de faire,
- de s'abstenir ou
- de tolérer (art. 84 al. 1 CPC).

On vise ainsi toutes les formes d'obligations prévues par le droit privé. Parmi les obligations de faire, il faut mentionner en particulier l'obligation de payer une somme d'argent, dont l'importance pratique est prédominante.

S'agissant de l'action condamnatoire tendant à obtenir le respect d'une obligation de s'abstenir, elle suppose l'existence d'un intérêt pratique actuel, qui ne sera admis que s'il apparaît un risque concret que l'obligation soit violée ou qu'une violation se répète de manière imminente<sup>63</sup>. Sous peine de basculer dans une sorte de constatation de droit, le titulaire d'une créance en abstention ne peut pas agir en justice contre son débiteur s'il n'y a aucune raison concrète de penser que celui-ci va violer l'obligation.

Dans une action condamnatoire, la demande doit être suffisamment déterminée<sup>64</sup>. Dans ses conclusions, le demandeur doit indiquer avec précision

---

<sup>62</sup> FF 2006 p. 6899.

<sup>63</sup> FF 2006 p. 6899 ; ATF 124 III 72 consid. 2a p. 74.

<sup>64</sup> FF 2006 p. 6899.

quelle est la prestation qu'il requiert de sa partie adverse, de manière à ce que le tribunal puisse prononcer, s'il y a lieu, une condamnation susceptible d'exécution forcée. Un simple énoncé des obligations incombant à la partie adverse ne suffit pas ; le demandeur doit préciser quelle est la prestation qu'il réclame.

Ainsi, l'art. 84 al. 2 CPC précise qu'une demande en paiement doit être chiffrée. Ces exigences constituent des conditions de recevabilité de l'action condamnatoire.

## 1.2 L'action en paiement non chiffrée (art. 85)

En pratique, on sait qu'il n'est pas toujours facile de chiffrer une demande avant l'administration des preuves, notamment lorsqu'une expertise est nécessaire ou lorsque le demandeur n'a pas tous les documents en mains. Une demande excessive risque de générer des frais et dépens à la charge du demandeur, tandis qu'une demande insuffisante peut entraîner la prescription pour ce qui n'a pas été demandé<sup>65</sup>. Suivant la voie déjà tracée par la jurisprudence<sup>66</sup>, le législateur a admis, à l'art. 85 CPC, la possibilité de déposer une demande non chiffrée, mais seulement lorsque le demandeur est dans l'impossibilité d'articuler d'entrée de cause le montant de sa prétention ou si cette indication ne peut pas être exigée de lui. L'action non chiffrée est donc ouverte soit lorsqu'il est impossible de chiffrer, soit lorsque l'on ne peut raisonnablement exiger des conclusions chiffrées.

Dans ce cas de figure, le demandeur doit néanmoins évaluer le montant de la demande, en indiquant une valeur minimale à titre provisoire.

Dès que possible, le demandeur doit chiffrer sa demande (art. 85 al. 2 CPC) et il doit en tout cas la chiffrer après l'administration des preuves<sup>67</sup>.

Dans le cas particulier où, en vertu du droit cantonal, la compétence du tribunal dépend du montant de la demande, l'art. 85 al. 2 CPC prévoit que le tribunal, compétent selon la valeur initiale, le reste même si la valeur précisée par la suite dépasse sa compétence.

## 1.3 L'action échelonnée

Le nouveau droit ne mentionne pas l'hypothèse d'une action échelonnée, bien que ce cas de figure ait déjà été identifié et admis par la jurisprudence<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> Voir ATF 122 III 195 consid. 9c p. 203.

<sup>66</sup> ATF 126 II 97 consid. 2.

<sup>67</sup> FF 2006 p. 6900.

<sup>68</sup> ATF 123 III 140 consid. 2b p. 142.

Comme le relève le Message du Conseil fédéral, cette possibilité n'est pas supprimée<sup>69</sup>.

On parle d'une demande échelonnée (*Stufenklage*) lorsqu'il est présenté une première demande, qui est un préliminaire logique à une seconde demande. On vise ici plus concrètement le problème de la reddition des comptes, exigée de la partie adverse, lorsqu'elle est un préalable à une action en restitution ou en dommages-intérêts contre elle. Dans un tel cas de figure, le Message du Conseil fédéral relève que le demandeur a le choix<sup>70</sup>. Il peut présenter une demande non chiffrée et solliciter, au stade des offres de preuves, la reddition des comptes par la partie adverse. Il peut aussi prendre des conclusions préalables en reddition des comptes en tant qu'étape pour une demande provisoirement non chiffrée. Le tribunal peut toujours, pour simplifier le procès, décider de limiter la première phase de la procédure à la seule question de la reddition des comptes (art. 125 let. a CPC).

#### 1.4 L'action partielle (art. 86)

En vertu de la maxime de disposition (art. 58 al. 1 CPC), le demandeur est en principe libre, pour autant que sa prétention soit divisible, de ne réclamer qu'une partie de ce qui lui est dû et de se réserver de réclamer le solde ultérieurement<sup>71</sup> (opinion divergente : HOFMANN/LÜSCHER y voient une renonciation partielle<sup>72</sup>).

Le seul avantage de cette manière de procéder est de limiter les frais et dépens. Si le demandeur perd son procès, il sait qu'il n'a aucune chance de réclamer le solde ; s'il le gagne, il a toutes les chances que le défendeur paie volontairement le solde sans qu'il soit nécessaire de procéder pour cela.

Le défendeur est libre de ne pas accepter ce procédé et de former une demande reconventionnelle en constatation de droit pour faire trancher simultanément le sort du solde de la prétention<sup>73</sup>. Lorsque, en vertu du droit cantonal, la compétence du tribunal dépend du montant réclamé, il est alors possible que la demande reconventionnelle dépasse le seuil de compétence du tribunal saisi, auquel cas celui-ci devra transmettre la cause au tribunal devenu compétent (art. 224 al. 2 CPC).

La possibilité, ouvertement offerte aux parties, de se mettre ainsi d'accord sur un montant réduit de la prétention, sans abandonner le solde, mais dans le

---

<sup>69</sup> FF 2006 p. 6900.

<sup>70</sup> FF 2006 p. 6900.

<sup>71</sup> FF 2006 p. 6900.

<sup>72</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER (cf. note 9), p. 39.

<sup>73</sup> FF 2006 p. 6900.

seul but de réduire le montant des frais judiciaires dus à l'Etat, nous paraît un mécanisme discutable<sup>74</sup>.

## 2. L'action formatrice (art. 87)

L'action formatrice se distingue fondamentalement de l'action condamnatoire. Elle ne tend pas à l'exécution d'un droit déjà existant ou à une réparation pour la violation d'un droit préexistant ; son but est de créer une situation juridique nouvelle. Si l'action formatrice est admise, le jugement modifiera la situation de droit. L'action peut tendre à créer, modifier ou éteindre un droit ou un rapport de droit.

L'exemple le plus éclairant est celui du divorce (art. 111 ss CC). Lors du dépôt de la demande, les parties sont mariées l'une avec l'autre ; en cas d'admission de la demande, le jugement aura pour effet de modifier leur statut juridique en ce sens que les parties ne seront plus mariées l'une avec l'autre, mais auront le statut de conjoints divorcés.

On peut citer aussi l'action en dissolution d'une société anonyme pour de justes motifs (art. 736 ch. 4 CO). Dans ce cas, la société existe au moment du dépôt de la demande et, si cette dernière est fondée, le jugement aura pour effet de modifier la situation juridique en ce sens que la société sera dissoute et entrera en liquidation. Le Message du Conseil fédéral mentionne encore, toujours à titre d'exemple, l'attribution de la propriété foncière par jugement (art. 665 CC)<sup>75</sup>.

L'action formatrice conduit à un jugement constitutif au sens de l'art. 103 al. 2 let. a LTF. Pour présenter la notion de jugement constitutif dans la LTF, le Message du Conseil fédéral a donné les mêmes explications que pour l'action formatrice (ajoutant encore l'exemple de l'action en paternité), ce qui montre bien que les deux notions visent la même action<sup>76</sup>. Les adjectifs « *formateurs* » et « *constitutifs* » sont donc utilisés dans le même sens. On peut regretter que le législateur n'ait pas unifié sa terminologie dans deux lois adoptées à la même époque.

## 3. L'action en constatation de droit (art. 88)

L'action en constatation de droit avait déjà été admise par la jurisprudence comme une exigence pour une bonne application du droit fédéral matériel<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Critiques également : DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER (cf. note 9), p. 39.

<sup>75</sup> FF 2006 p. 6900.

<sup>76</sup> Voir FF 2001 p. 4140 et FF 2006 p. 6900.

<sup>77</sup> ATF 131 III 319 consid. 3.5 p. 324 s. et les arrêts cités.

Elle est maintenant expressément prévue par la loi, mais sans que sa réglementation ne change par rapport aux principes déjà posés par la jurisprudence.

L'action en constatation de droit tend à faire constater l'existence ou l'inexistence d'un droit ou d'un rapport de droit. A la différence de l'action formatrice, il n'est pas demandé au juge de modifier la situation juridique, mais seulement de constater un état de droit préexistant. A la différence de l'action condamnatoire, il n'est pas demandé au juge de condamner la partie adverse à fournir une prestation consistant à faire, ne pas faire ou tolérer quelque chose ; l'action ne tend qu'à une déclaration.

L'action en constatation de droit est subsidiaire par rapport à l'action condamnatoire<sup>78</sup>. Elle n'est ouverte que si une action condamnatoire n'est pas possible ou n'est pas encore possible. Il faut que le demandeur justifie d'un intérêt à la constatation de droit<sup>79</sup>. Il peut s'agir d'un intérêt de droit ou d'un intérêt de fait. L'intérêt suppose qu'il existe une incertitude (plus exactement un litige) sur une question de droit, que cette incertitude entrave le demandeur dans sa liberté de décision, que le jugement permette d'y mettre un terme et que l'on ne puisse exiger du demandeur qu'il attende davantage pour élucider la question<sup>80</sup>.

#### **4. L'action des organisations (art. 89)**

Il s'agit d'une innovation inspirée de la jurisprudence<sup>81</sup> et de dispositions contenues dans des lois spéciales<sup>82</sup>. Sachant qu'un individu répugnera à assumer les frais d'un procès pour défendre des intérêts non patrimoniaux, le législateur a voulu permettre une défense collective en cas d'atteinte à la personnalité.

Cette innovation a été vivement critiquée dans la procédure de consultation<sup>83</sup>. Il a été précisé qu'il ne s'agissait pas d'introduire en droit suisse une « *class action* »<sup>84</sup>. L'avenir dira si cette innovation répond à un besoin.

L'action est ouverte à une association ou une autre organisation. En s'exprimant de cette manière, le législateur a voulu montrer que la forme juridique était sans importance.

---

<sup>78</sup> Par exemple : ATF 114 II 253 consid. 2a p. 255.

<sup>79</sup> FF 2006 p. 6901.

<sup>80</sup> ATF 131 III 319 consid. 3.5 p. 324 s.

<sup>81</sup> ATF 125 III 82 consid. 1a p. 84.

<sup>82</sup> Voir FF 2006 p. 6901.

<sup>83</sup> FF 2006 p. 6901.

<sup>84</sup> FF 2006 p. 6902.



L'association ou autre organisation doit être d'importance nationale ou régionale. Nous en déduisons qu'un organisme purement local, communal ou même cantonal, ne remplirait pas cette exigence.

Il faut ensuite que l'association ou organisation soit habilitée, par ses statuts, à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé. Il n'est pas nécessaire que ces personnes soient ses membres<sup>85</sup>.

Le Message du Conseil fédéral précise que les exigences posées doivent exclure la constitution d'associations ad hoc pour mener un procès<sup>86</sup>.

Lorsque les conditions sont remplies, l'organisation agit en son propre nom et il n'y a pas à se demander si les individus pourraient eux-mêmes agir<sup>87</sup>. L'organisation ne peut agir que pour se plaindre d'une atteinte à la personnalité (à l'exclusion de tout autre domaine du droit) touchant une ou plusieurs personnes dont elle a mission statutaire de défendre les intérêts.

L'organisation ne peut demander que l'interdiction d'un acte illicite qui serait imminent, la cessation d'un acte illicite (s'il dure encore) ou la constatation du caractère illicite d'un acte déjà survenu si le trouble qu'il a créé subsiste (art. 89 al. 2 CPC). L'organisation ne peut pas réclamer des dommages-intérêts ou une indemnité pour tort moral en faveur des individus lésés<sup>88</sup>. Ainsi, l'organisation ne doit pas agir pour obtenir de l'argent, mais bien pour faire respecter des droits individuels dans un but idéal. Il ne faut cependant pas penser que l'action des organisations est réservée à des organisations poursuivant un but purement idéal, par exemple la lutte contre le racisme ; l'organisation peut aussi, à titre principal, défendre les intérêts économiques de ses membres, puisque le législateur a songé, en première ligne, aux associations professionnelles<sup>89</sup>.

L'art. 89 al. 3 CPC réserve les dispositions spéciales qui accorderaient un droit d'agir plus étendu aux organisations.

## 5. Le cumul d'actions (art. 90)

A l'art. 90 CPC, le législateur envisage l'hypothèse où le demandeur exerce simultanément plusieurs actions contre le même défendeur. Il ne s'agit pas ici

---

<sup>85</sup> FF 2006 p. 6902 ; JACQUES HALDY (cf. note 26), p. 34 ; erroné : DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER (cf. note 9), p. 41.

<sup>86</sup> FF 2006 p. 6902.

<sup>87</sup> FF 2006 p. 6902.

<sup>88</sup> FF 2006 p. 6902.

<sup>89</sup> FF 2006 p. 6902 ; JACQUES HALDY (cf. note 26), p. 34.

d'une pluralité de parties, mais d'une pluralité d'actions. Plusieurs actions sont exercées simultanément dans le même procès et entre les mêmes parties.

Pour être précis, il faut souligner qu'il n'y a pas cumul d'actions du seul fait que le défendeur répond à la demande en formant, de son côté, une demande reconventionnelle (art. 224 CPC). Le cumul d'actions suppose que le demandeur exerce plusieurs actions contre le même défendeur, éventuellement que le défendeur exerce plusieurs actions reconventionnelles contre le demandeur.

Le cumul d'actions est possible à la double condition que les actions qui sont jointes relèvent de la compétence du même tribunal et soient soumises à la même procédure.

Lorsque, en vertu du droit cantonal, la compétence du tribunal dépend de la valeur litigieuse, il faut, en cas de cumul d'actions, additionner les prétentions pour déterminer la valeur litigieuse, sauf si celles-ci s'excluent (art. 93 al. 2 CPC).

Il n'est pas exigé, pour pouvoir cumuler des actions, que celles-ci soient connexes<sup>90</sup>. La connexité n'est requise que pour provoquer l'attraction de compétence prévue par l'art. 15 al. 2 CPC ; ainsi, lorsqu'il y a connexité, le tribunal compétent pour statuer sur l'une des actions l'est également pour statuer sur les autres.

---

<sup>90</sup> FF 2006 p. 6903.

---

# La procédure ordinaire (art. 219-242 CPC)

FRANÇOIS CHAIX

*Docteur en droit*  
*Juge à la Cour de justice de Genève*

## I. Introduction

Le Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (ci-après CPC) prévoit trois types principaux de procédure comportant chacune des spécificités propres : procédure *simplifiée* lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 fr. (art. 243 al. 1 CPC) ou concerne certaines prétentions énumérées de manière limitative par la loi (art. 243 al. 2 CPC) et procédure *sommaire* pour les cas devant être réglés avec une rapidité accrue (art. 248 à 251 CPC)<sup>1</sup>. Quant à la procédure *ordinaire*, elle s'applique dès qu'aucune autre procédure n'entre en considération : c'est donc la procédure subsidiaire à toutes les autres, lorsque le litige n'est soumis ni à la procédure simplifiée (art. 243 CPC), ni à la procédure sommaire (art. 248 CPC), ni aux procédures spéciales en droit matrimonial (art. 271 et 295 CPC), ni à la procédure en matière de partenariat enregistré (art. 305 CPC).

Par ailleurs, la procédure ordinaire peut être considérée comme une sorte de partie générale à l'intérieur de la partie spéciale du CPC. En effet, il s'agit de la procédure de base du nouveau code et l'on applique ses règles par analogie aux autres procédures – dites spéciales – lorsque celles-ci ne contiennent pas de dispositions contraires (art. 219 CPC). Dès lors, l'étude des art. 219 à 242 CPC est un préalable nécessaire à tout praticien du nouveau code.

---

<sup>1</sup> Le CPC mentionne encore les procédures spéciales en droit matrimonial (art. 271 CPC), la procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille (art. 295 CPC) et la procédure en matière de partenariat enregistré (art. 305 CPC). Il s'agit cependant chaque fois d'un renvoi, soit à la procédure simplifiée, soit à la procédure sommaire avec quelques aménagements spécifiques au domaine concerné. On ne peut donc pas parler d'un type propre de procédure.

## II. Systématique de la loi

Le titre 3 ("*Procédure ordinaire*") de la deuxième partie du CPC ("*Dispositions spéciales*") contient les dispositions spécifiques à la procédure ordinaire. Il s'agit de 23 articles répartis dans six chapitres (art. 219 à 242 CPC). A eux seuls, ces articles ne sont pas suffisants pour comprendre la procédure ordinaire : il faut ainsi se reporter à certaines dispositions de la première partie du CPC ("*Dispositions générales*"), en particulier celles sur la "*conduite du procès*" (art. 124 à 128 CPC) et celles sur la "*forme des actes de la procédure*" (art. 129 à 141 CPC) qui dictent le travail du juge. L'administration des preuves, phase essentielle de la procédure, est également contenue dans les dispositions générales (art. 150 à 196 CPC). Enfin, la conciliation et la médiation ne font pas partie du titre dévolu à la procédure ordinaire, mais ne doivent pas être ignorées puisqu'elles constituent une phase le plus souvent obligatoire de la procédure.

La procédure ordinaire concerne principalement les litiges d'une valeur pécuniaire supérieure à 30'000 fr. S'agissant plus spécifiquement du domaine contractuel, le droit du travail est mis à la même enseigne que n'importe quel autre contrat<sup>2</sup>, sous réserve de l'application de la maxime inquisitoire pour les litiges d'une valeur inférieure à 30'000 fr. (art. 247 al. 2 let. b CPC). Le droit du bail, en revanche, connaît un régime particulier pour les litiges concernant la consignation du loyer, la protection contre les loyers abusifs, la protection contre les congés et la prolongation du bail à loyer, lesquels sont soumis à la procédure simplifiée (art. 243 al. 2 let. c)<sup>3</sup>. Enfin, les litiges pour lesquels est prévue une instance cantonale unique sont soumis à la procédure ordinaire, indépendamment de la valeur litigieuse (art. 243 al. 3 CPC) : à Genève, c'est le cas de la Cour de justice statuant en matière de propriété intellectuelle (art. 5 CPC et art. 120 al. 1 let. a LOJ dans sa version au 1<sup>er</sup> janvier 2011).

Pour les litiges relevant de la procédure ordinaire, on part du principe que les parties disposent des moyens nécessaires pour assurer elles-mêmes leur défense : c'est donc à elles d'alléguer les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et c'est également à elles de produire les preuves qui s'y rapportent (maxime des débats : art. 55 al. 1 CPC). En matière de droit du travail et, dans une moindre mesure, de droit du bail, c'est un changement important par rapport à la situation genevoise.

<sup>2</sup> Dès 30'000 fr., le litige est ainsi soumis à la maxime de disposition (art. 55 CPC), contrairement à ce que prévoit l'art. 29 de la Loi genevoise sur la juridiction des prud'hommes dans sa version du 1<sup>er</sup> mars 2000 (RS-GE E 3 10), au terme duquel "*le tribunal établit d'office les faits, sans être limité par les offres de preuve des parties*".

<sup>3</sup> Les autres litiges relevant du bail sont soumis à la procédure ordinaire, avec application de la maxime des débats, si la valeur pécuniaire est supérieure à 30'000 fr. On rencontrera des problèmes lorsque, dans un même litige, seront émises des prétentions dont certaines seront comprises dans le catalogue de l'art. 243 al. 2 let. c CPC (consignation de loyer pour défaut de la chose louée) et d'autres pas (demande en paiement résultant d'un défaut de la chose louée).

### III. Le déroulement de la procédure ordinaire

La loi décrit de manière détaillée les différentes étapes de la procédure ordinaire qui vont du dépôt de la demande jusqu'à la décision finale du tribunal. Ces étapes sont cependant, pour la plupart, facultatives<sup>4</sup> : les parties – sous la conduite du tribunal (art. 124 CPC) – seront ainsi en mesure d'adopter les mesures les plus adéquates à leur litige. Il n'y a donc pas un déroulement type, invariable et immuable, de la procédure ordinaire, mais autant de formes différentes de celle-ci que de types distincts de litiges<sup>5</sup>. Il convient cependant, dans un but didactique, de passer en revue toutes les étapes proposées par le législateur. De cette manière, les plaideurs seront en mesure d'apprécier l'utilité de tel ou tel acte de la procédure et, en toute connaissance de cause, d'y renoncer éventuellement.

En suivant la loi, mais pas nécessairement sa systématique, on examinera la phase de conciliation et de médiation (A.), celle d'échange d'écritures (B.), la préparation des débats principaux (C.), les débats principaux eux-mêmes (D) et la phase de clôture de la procédure de première instance (E). Il convient encore de préciser que la présente contribution est consacrée à la procédure devant la juridiction de première instance, à l'exclusion de la procédure d'appel ou de recours<sup>6</sup>.

#### A. Conciliation et médiation

##### 1. Conciliation<sup>7</sup>

En règle générale, les litiges soumis à la procédure ordinaire sont précédés d'une tentative de conciliation (art. 197 CPC). En cela, le nouveau droit s'inspire du principe "*concilier d'abord, juger ensuite*"<sup>8</sup>.

Des dérogations à cette règle existent. Elles résultent soit de la loi, soit – dans certains cas – de la volonté des parties ou de l'une d'elles. Les dérogations légales sont énumérées à l'art. 198 let. e, f et g : il s'agit de certaines procédures fondées sur la LP (par exemple l'action en libération de dette), des litiges de la

---

<sup>4</sup> "Le tribunal peut ordonner des débats d'instruction (...)"(art. 226 al. 1 CPC) ; "(...) les parties peuvent se prononcer sur les résultats de l'administration des preuves et sur la cause" (art. 232 al. 1 CPC) ; "Les parties peuvent, d'un commun accord, renoncer aux débats principaux" (art. 233 CPC).

<sup>5</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 140 ; CHRISTOPH LEUENBERGER, p. 337 ; DENIS TAPPY, Déroulement de la procédure, p. 194.

<sup>6</sup> Voir sur ce point : CPC-TAPPY, ad art. 219 N 9.

<sup>7</sup> Voir en détail : BASTIEN SANDOZ, p. 57 ss.

<sup>8</sup> Message CPC, p. 6936.

compétence d'une instance cantonale unique<sup>9</sup>, des cas d'intervention principale, de demande reconventionnelle, d'appel en cause, ainsi que lorsque le tribunal a fixé un délai pour le dépôt de la demande<sup>10</sup>. En outre, pour les litiges patrimoniaux d'une valeur litigieuse de 100'000 fr. au moins, les deux parties peuvent renoncer à la procédure de conciliation (art. 199 al. 1 CPC); cette faculté est également donnée au seul demandeur, indépendamment de la valeur litigieuse, en particulier lorsque le lieu de résidence du défendeur se trouve à l'étranger ou est inconnu (art. 199 al. 2 let. a et b CPC)<sup>11</sup>.

La procédure de conciliation est décrite aux art. 202 à 212 CPC. Elle commence par le dépôt d'une requête contenant la désignation de la partie adverse, les conclusions et la description de l'objet du litige (art. 202 al. 2 CPC); cette requête est écrite, mais la loi réserve la possibilité d'une dictée au procès-verbal de l'autorité de conciliation (art. 202 al. 1 CPC). Les exigences de forme et de contenu de cette requête sont ainsi moins élevées que celles requises pour la demande de l'art. 221 CPC. Il en découle que ces deux actes de procédure ne sont pas nécessairement identiques<sup>12</sup>: ceux-ci doivent cependant décrire le même objet du litige, désigner les mêmes parties et prendre les mêmes conclusions<sup>13</sup>. L'échec de la conciliation doit être consigné dans un procès-verbal contenant certaines indications et valant "*autorisation de procéder*" (art. 209 al. 1 et 2 CPC)<sup>14</sup>. Pour les litiges soumis à la procédure ordinaire, le demandeur dispose d'un délai de trois mois pour porter l'action devant la juridiction compétente (art. 209 al. 3 CPC)<sup>15</sup>.

---

<sup>9</sup> Comme l'art. 198 let. f CPC renvoie uniquement aux litiges prévus aux art. 5 et 6 CPC, les litiges portant sur les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale (art. 7 CPC) restent soumis à l'essai préalable de conciliation.

<sup>10</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 109.

<sup>11</sup> Par rapport au droit genevois (art. 50 à 53 LPC), la conciliation est renforcée. Pour le législateur genevois, le demandeur était supposé renoncer à la conciliation dans certaines situations, notamment en cas de domicile du défendeur hors du canton (art. 51 CPC). Le CPC instaure le système inverse (art. 199 CPC) et ne prévoit en outre pas de dispense de conciliation en cas d'urgence (cf. art. 53 LPC).

<sup>12</sup> En cela, le CPC diverge de la LPC qui prévoit que l'acte déposé en conciliation doit être le même que celui déposé devant le juge du fond en cas d'échec de cette conciliation (art. 7, 58 al. 1 et 72 al. 1 LPC).

<sup>13</sup> CPC-BOHNET, ad art. 202 N 4; DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 137.

<sup>14</sup> En droit genevois, l'autorisation de citer de l'art. 64 al. 2 LPC prend la forme d'un timbre humide signé par le juge conciliateur et apposé sur la première page de la demande. Cette pratique n'est pas compatible avec le CPC.

<sup>15</sup> La longueur de ce délai s'explique par la nécessité que peut avoir le demandeur de consulter un avocat et/ou de rédiger une demande conforme à l'art. 221 CPC (DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 117). En droit genevois, ce délai est de trente jours (art. 64 al. 3 LPC).

## 2. Médiation<sup>16</sup>

Le Conseil fédéral place le règlement amiable des litiges comme une "priorité, non pas parce qu'il allège d'autant les tribunaux, mais parce qu'en général, les solutions transactionnelles sont plus durables et subséquentement plus économiques du fait qu'elles peuvent tenir compte d'éléments qu'un tribunal ne pourra retenir"<sup>17</sup>. Cette volonté affirmée du législateur<sup>18</sup> tranche avec la pratique encore restreinte de cet exercice.

En réalité, la pratique de la médiation dépendra essentiellement de la volonté des personnes impliquées, que ce soit le tribunal qui la propose (art. 214 al. 1 CPC) ou les parties qui la demandent (art. 213 al. 1 et 214 al. 2 CPC). Un exercice de formation est certainement nécessaire auprès de tous les acteurs de la justice pour que cette institution prenne sa place dans le droit de procédure suisse<sup>19</sup>. A ce stade, on peut remarquer que la médiation peut avoir lieu à tous les moments de la procédure, pour autant que les parties la sollicitent (art. 214 al. 2 CPC) ; ce sont également les parties qui se chargent de l'organisation et du déroulement de la médiation (art. 215 CPC) ; elles assument aussi les frais de celle-ci (art. 218 CPC).

### B. Échange d'écritures

La première phase du procès est exclusivement écrite<sup>20</sup>.

#### 1. Demande

La procédure commence par le dépôt de la demande (art. 220 CPC) : celle-ci prend la forme d'un document signé, écrit ou électronique (art. 130 al. 1 CPC) ; son contenu ainsi que les annexes sont décrits à l'art. 221 al. 1 et 2 CPC.

##### a) Contenu

L'art. 221 al. 1 CPC décrit certains éléments habituels d'une demande en justice qui ne méritent pas de développements particuliers : il s'agit de la désignation des parties et, le cas échéant, de celle de leur représentant (let. a), des conclusions (let. b), de l'indication de la valeur litigieuse (let. c)<sup>21</sup>, de la date et de

<sup>16</sup> Voir en détail : SAMUEL MONBARON, p. 93 ss.

<sup>17</sup> Message CPC, p. 6860.

<sup>18</sup> Voir à ce propos les débats parlementaires (cf. DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 134).

<sup>19</sup> Voir notamment à ce sujet : JEAN MIRIMANOFF, p. 20.

<sup>20</sup> Contrairement au système actuel genevois, il n'y pas d'audience d'introduction en présence des parties ou de leur mandataire (art. 121 LPC).

<sup>21</sup> La valeur litigieuse se détermine conformément aux art. 91 à 94 CPC selon un système inspiré de l'art. 50 LTF. Il s'agit d'une nouveauté par rapport au droit genevois : l'indication de la valeur liti-

la signature (let. f)<sup>22</sup>. Deux exigences posées par la loi méritent que l'on s'y attarde : ce sont la nécessité de poser des allégations de fait (let. d) et l'obligation d'indiquer, pour chaque allégation, les moyens de preuve proposés (let. e).

Le CPC insiste ainsi sur la précision nécessaire à l'allégation des faits contenus dans la demande : il s'agit de la conséquence du fardeau de l'allégation objectif<sup>23</sup>. Ainsi, chaque allégué doit être bref et renfermer un unique élément de fait ; il doit en outre mentionner comme référence un – ou plusieurs – des moyens de preuve prévus à l'art. 168 CPC. S'il s'agit d'un témoignage (art. 168 al. 1 let. a CPC), il faut indiquer l'identité complète du témoin avec mention du domicile si celui-ci est connu<sup>24</sup>. Les titres (art. 168 al. 1 let. b CPC) doivent être décrits avec suffisamment de précision pour être identifiés sans peine, en particulier si le titre ne se trouve pas en possession de la partie qui l'invoque comme moyen de preuve<sup>25</sup> ; dans les autres cas, une référence au bordereau joint à la demande suffit (art. 221 al. 2 let. d CPC). Lorsqu'une inspection locale ou une expertise (art. 168 al. 1 let. e et d CPC) sont requises, il appartient au demandeur d'expliquer en quoi la mesure est nécessaire à la solution du litige<sup>26</sup>.

La rédaction des demandes devrait donc, par exemple, prendre la forme suivante :

**1.**

*Le 1<sup>er</sup> août 2009, Anatole PRETEUR a remis à Bernard EMPRUNTEUR la somme de 100'000 fr. en présence de Charles TIERS.*

*Moyen de preuve :*

*Audition à titre de témoin de Charles TIERS, domicilié 13, rue du Tilleul, 74294 Village (France).*

**2.**

*Cette somme était remise à titre de prêt.*

---

gieuse permet non seulement de faciliter la perception des éventuels frais judiciaires, mais elle détermine la procédure que doit appliquer le tribunal. Enfin, cela aide le tribunal à indiquer dans sa décision les voies de recours disponibles (art. 238 let. f CPC).

<sup>22</sup> Sur toutes ces questions, voir en détails : CPC-TAPPY, ad art. 221 N 6-25 ; BaK – SYLVIA FREI/DANIEL WILLISEGGER, ad art. 221 N 3 à 13 et 26 s.

<sup>23</sup> BaK – SYLVIA FREI/DANIEL WILLISEGGER, ad art. 221 N 15 ; FABIENNE HOHL, N 785-801.

<sup>24</sup> BaK – SYLVIA FREI/DANIEL WILLISEGGER, ad art. 221 N 24. Contra : CPC-TAPPY, ad art. 221 N 24.

<sup>25</sup> BaK – SYLVIA FREI/DANIEL WILLISEGGER, ad art. 221 N 23.

<sup>26</sup> BaK – SYLVIA FREI/DANIEL WILLISEGGER, ad art. 221 N 25.



Moyen de preuve :

Art. 1 du contrat du 1<sup>er</sup> août 2009 (pce 2 bordereau de titres demandeur)

3.

Un intérêt de 10% l'an était convenu.

Moyen de preuve :

Art. 2 al. 1 du contrat du 1<sup>er</sup> août 2009 (pce 2 bordereau de titres demandeur)

4.

Le remboursement devait avoir lieu le 1<sup>er</sup> août 2010.

Moyen de preuve :

Art. 2 al. 1 du contrat du 1<sup>er</sup> août 2009 (pce 2 bordereau de titres demandeur)

5.

La somme de 100'000 fr. n'a pas été restituée le 1<sup>er</sup> août 2010.

Moyen de preuve :

Courrier du 3 août 2010 d'Anatole PRETEUR (pce 3 bordereau de titres demandeur)

Il ne faut pas, à ce stade de la demande, mélanger des éléments factuels avec des arguments juridiques ; des notions juridiques doivent également être évitées. Ainsi, des termes, tels que "faute" ou "défaut de l'ouvrage" n'ont pas leur place dans la partie « en fait » d'une demande. La demande ne comporte d'ailleurs pas obligatoirement de motivation juridique (art. 221 al. 3 CPC)<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Par rapport au droit genevois, c'est une nouveauté puisque l'assignation doit contenir les "moyens de droit" (art. 7 al. 2 LPC).

## b) Annexes

Les annexes à la demande sont énumérées à l'art. 221 al. 2 CPC. Lorsque le demandeur a un représentant, la procuration de celui-ci doit être jointe à la demande (let. a). S'il y a eu conciliation, il faut produire l'autorisation de procéder décrite à l'art. 209 CPC (let. b 1<sup>ère</sup> hypothèse) ; si les parties ont renoncé à la conciliation, elles joignent leur déclaration de renonciation à la procédure de conciliation (let. b 2<sup>ème</sup> hypothèse). Ce dernier document, à l'instar de tout acte des parties, doit revêtir une forme écrite ou électronique et être muni d'une signature (art. 130 al. 1 CPC).

Les titres disponibles invoqués comme moyen de preuve doivent être joints à la demande (let. c) et être énumérés dans un "*bordereau des preuves invoquées*" (let. d)<sup>28</sup>. Les titres sont tous les documents, enregistrements sonores, fichiers électroniques et données analogues décrits à l'art. 177 CPC ; l'adjectif "*disponible*" vise tous les titres alors en possession de la partie ou de son conseil. En d'autres termes, la loi part du présupposé que le demandeur produit dès le dépôt de la demande tous les documents utiles à sa démonstration. Il est certes possible, jusqu'à l'ouverture des débats principaux, d'invoquer sans restriction des preuves non encore produites (art. 229 al. 1 let. a *a contrario* CPC). La loyauté des débats (cf. art. 52 CPC) voudrait cependant que le demandeur ne garde pas par devers lui des documents qu'il sait essentiels pour l'issue du litige. Une production tardive peut d'ailleurs entraîner des conséquences sur la répartition des frais du procès (art. 108 CPC)<sup>29</sup>.

## 2. Vérification d'office par le tribunal

Il appartient au tribunal de vérifier d'office les conditions de recevabilité de la demande (art. 60 CPC)<sup>30</sup>. Si celle-ci est entachée de vices de forme, telle l'absence de signature ou de procuration, le juge fixe au demandeur un délai pour la rectification de ces vices ; il agit de même pour faire rectifier les demandes illisibles, inconvenantes, incompréhensibles ou prolixes (art. 132 al. 1 et 2 CPC). Si le demandeur ne procède pas à la rectification dans le délai imparti, la demande n'est pas prise en considération : en d'autres termes, elle est irrecevable<sup>31</sup>. Cette irrecevabilité n'empêchera pas le demandeur de déposer à nou-

---

<sup>28</sup> Il s'agit du "chargé de pièces" du droit genevois ou du "bordereau de preuves littérales" du droit neuchâtelois. On peut suggérer à l'avenir la dénomination de "bordereau de titres".

<sup>29</sup> DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, ad art. 108 N 3.

<sup>30</sup> Voir en détail : FRANÇOIS BOHNET, Exceptions, p. 150 ss.

<sup>31</sup> L'art. 42 al. 5 et 6 LTF reprennent les mêmes termes pour ces situations, dans lesquelles le Tribunal fédéral rend des décisions d'irrecevabilité (FLORENCE AUBRY GIRARDIN, ad art. 42 LTF N 53 et 58).

veau une demande ultérieurement<sup>32</sup> ; s'agissant d'une irrecevabilité pour cause de forme et non de compétence, l'art. 63 CPC ne s'applique pas.

Le tarif des frais judiciaire reste de la compétence des cantons (art. 96 CPC). Comme dans le système actuel<sup>33</sup>, le tribunal peut faire dépendre la suite de la procédure du paiement par le demandeur d'une avance des frais judiciaires (art. 98 et 101 al. 3 CPC). Le délai pour procéder au paiement n'est pas prévu par la loi (art. 101 al. 1 CPC) ; en revanche, s'agissant d'un délai fixé judiciairement, il peut être prolongé pour des motifs suffisants lorsque la demande en est faite avant son expiration (art. 144 al. 2 CPC) ; en cas de non-paiement, le tribunal doit fixer un délai supplémentaire<sup>34</sup> et ce n'est qu'à l'expiration de ce délai-là que le tribunal est autorisé à ne pas entrer en matière (art. 101 al. 3 CPC). Une décision d'irrecevabilité pour non-paiement n'emporte pas autorité de chose jugée, de sorte que la même demande peut être déposée ultérieurement<sup>35</sup>.

Une fois que le tribunal a tranché les questions de recevabilité formelle que nous venons d'évoquer, il notifie la demande au défendeur et lui fixe un délai pour déposer une réponse écrite (art. 222 al. 1 CPC). Ce délai - dont la durée est laissée à l'appréciation du tribunal<sup>36</sup> - peut à nouveau être prolongé pour des motifs suffisants et pour autant que la demande en soit faite avant son expiration (art. 144 al. 2 CPC).

### 3. Réponse

La réponse doit remplir les conditions de forme et de contenu imposées pour la demande (art. 221 al. 1 CPC). Le défendeur doit en outre y exposer quels faits allégués dans la demande sont reconnus ou contestés (art. 221 al. 2 CPC) et ensuite seulement alléguer les faits qu'il estime pertinents : par rapport à l'art. 219 al. 2 du projet de CPC, qui imposait seulement des "*déterminations sur les faits allégués dans la demande*", les exigences en matière de charge de la contestation ont été renforcées. Il appartient ainsi au défendeur de prendre position par rapport à chacun des allégués de sa partie adverse : une contestation globale n'a aucune portée<sup>37</sup>. Le défendeur doit au contraire motiver sa

<sup>32</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 44.

<sup>33</sup> Art. 3 du Règlement fixant le tarif des greffes en matière civile : "*L'émolument de mise au rôle (...) est perçu auprès de la partie demanderesse sous peine d'irrecevabilité de la demande*".

<sup>34</sup> Ce délai peut être "*bref*" (DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 61).

<sup>35</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 61.

<sup>36</sup> La durée du délai de réponse doit tenir compte "*de la longueur de la demande et de la complexité du litige*" (Message CPC, p. 6946). Par rapport au droit genevois, le CPC n'apporte pas de nouveauté (cf. art. 122 LPC). La loi n'interdit pas au juge de fixer des délais échelonnés en présence de plusieurs défendeurs, par exemple un entrepreneur général et ses sous-traitants (DENIS TAPPY, Déroulement de la procédure, p. 197).

<sup>37</sup> Message CPC, p. 6921 et 6947 ; DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 138.

contestation d'une façon suffisamment précise, de manière à permettre au demandeur de faire ensuite administrer la preuve dont le fardeau lui incombe<sup>38</sup>. Cette rédaction devrait, par rapport à l'exemple précédent, prendre la forme suivante.

Ad 1

*Contesté : la somme de 100'000 fr. a été remise à titre de donation.*

Moyen de preuve :

*Audition des parties*

Ad 2 à 4

*Contesté : les parties n'ont jamais signé le contrat de prêt.*

Moyen de preuve :

*Audition des parties ; pièce 2 bordereau de titres demandeur*

Ad 5

*Admis*

Quelles sont les conséquences procédurales qu'entraîne le dépôt d'un mémoire de réponse ne respectant pas les prescriptions qui viennent d'être énoncées? Un mémoire de réponse illisible, incompréhensible ou prolix peut être renvoyé à son expéditeur en vue de rectification (art. 132 al. 1 et 2 CPC). En revanche, la réponse qui ne contient pas de détermination suffisante par rapport aux allégués de la demande n'a pas à être retournée en vue de rectification : elle est considéré comme une reconnaissance judiciaire de ces faits. On peut réserver une situation tout à fait exceptionnelle où l'art. 132 CPC serait applicable : une partie plaidant en personne ignore son obligation de reconnaître ou de contester les faits allégués par le demandeur. Le mémoire pourrait lui être retourné. Des carences procédurales pourraient également être réparées lors des débats d'instruction (art. 226 al. 2 CPC).

Lorsqu'il impartit au défendeur un délai pour répondre, le tribunal peut limiter cette réponse à des questions ou à des conclusions déterminées, par exemple la compétence matérielle de la juridiction saisie ou la prescription de

---

<sup>38</sup> Arrêt 4P.255/2004 du 17 mars 2005 consid. 4.2, SJ 2006 I 61.

l'action (art. 222 al. 3 et 125 let. a CPC)<sup>39</sup>. Il s'agit d'une des conséquences du rôle central attribué au juge pendant le procès<sup>40</sup>.

#### 4. Demande reconventionnelle

Le dépôt d'une demande reconventionnelle contenue dans la réponse est autorisé, même en l'absence de connexité entre les deux prétentions. Cette affirmation est exacte pour autant que le for de la demande principale et celui de la demande reconventionnelle soient les mêmes. Si tel n'est pas le cas, une connexité est nécessaire conformément à l'art. 14 CPC<sup>41</sup>. En revanche, il est indispensable que la prétention invoquée à titre reconventionnel soit soumise à la même procédure que la demande principale (art. 224 al. 1 CPC). Ainsi, en cas de prétention reconventionnelle portant sur une valeur litigieuse inférieure ou égale à 30'000 fr. et soumise par conséquent à la procédure simplifiée (art. 243 al. 1 CPC), la demande reconventionnelle est exclue. Dans un tel cas, le tribunal renvoie la demande reconventionnelle à une procédure séparée (art. 125 let. d CPC). La rigueur de cette règle paraît peu en phase avec les impératifs de simplification et d'accélération du Code (cf. art. 124 CPC). Ainsi, le défendeur à une action en paiement de 31'000 fr. – soumise à la procédure ordinaire – qui invoque une prétention reconventionnelle de 29'000 fr. – soumise à la procédure simplifiée – ne devrait pas être renvoyé à un procès séparé : dans la mesure où il accepte de soumettre sa prétention reconventionnelle à la procédure ordinaire, il n'y a pas d'intérêt fondé à l'en empêcher<sup>42</sup>.

C'est le tribunal qui notifie lui-même la réponse au demandeur (art. 222 al. 4 CPC)<sup>43</sup>. En présence d'une demande reconventionnelle, il fixe un délai (approprié et prolongeable) au demandeur pour sa réponse écrite (art. 224 al. 3 *in initio* CPC). Une demande reconventionnelle émanant du demandeur est exclue (art. 224 al. 3 *in fine* CPC).

<sup>39</sup> Le message cite en outre le cas où le tribunal limite la réponse à la question de la compétence territoriale (Message CPC, p. 6947). Sur ce point, il ne faut pas perdre de vue que, s'agissant d'un litige soumis à la procédure ordinaire, le juge agit en fonction de la maxime des débats. Il n'a dès lors pas à signaler d'office son éventuelle incompétence à raison du lieu lorsqu'aucun for impératif n'est prévu (cf. art. 18 CPC).

<sup>40</sup> Message CPC, p. 6868.

<sup>41</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 139 s.

<sup>42</sup> Dans ce sens : DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, ad art. 224 N 3 ; CPC-TAPPY, ad art. 224 N 14. Pour le renvoi, à titre seulement exceptionnel, de la demande reconventionnelle à une autre procédure et pour son refus en cas de compensation des créances réciproques : THOMAS SUTTER-SOMM/Franz HASENBÖHLER/CHRISTOPH LEUENBERGER, ad art. 224 N 26-28.

<sup>43</sup> Le système genevois de la communication par le défendeur de sa réponse directement au demandeur est abandonné (cf. art. 122 al. 1 LPC).

## 5. Deuxième échange d'écritures

Un deuxième échange d'écritures est possible lorsque les circonstances le justifient (art. 225 CPC). Selon l'intention du législateur, cette faculté conférée par le juge aux parties doit demeurer l'exception et vise les cas complexes<sup>44</sup>. Un second échange d'écritures doit uniquement être ordonné sur requête d'une partie ; même en cas de requête commune des parties, le juge n'est pas tenu d'autoriser une réplique et une duplique<sup>45</sup>. Ce caractère exceptionnel s'explique par le fait que les parties auront la possibilité par la suite de la procédure d'exposer leurs arguments, tant en fait qu'en droit, en particulier lors des débats d'instruction (art. 226 al. 2 CPC). Enfin, un deuxième échange d'écritures systématique s'oppose à une conduite rapide de la procédure (cf. art. 124 al. 1 CPC).

## 6. Défaut du défendeur

Lorsque le défendeur ne produit pas de réponse, se pose la question de savoir comment se poursuit la procédure. Le CPC ne connaît pas le système de la procédure par défaut, au terme de laquelle un jugement – par défaut – octroie le plein de ses conclusions au demandeur (cf. art. 79 al. 1 et 80 let. b LPC). Ainsi, en l'absence de réponse, le tribunal doit d'abord fixer au défendeur "*un bref délai supplémentaire*" (art. 223 al. 1 CPC), lequel peut exceptionnellement être prolongé aux conditions de l'art. 144 al. 2 CPC. A l'issue de ce délai de grâce, le tribunal rend la décision finale si la cause est en état d'être jugée (art. 223 al. 2 CPC).

En procédure ordinaire, un fait non contesté est considéré comme étant établi judiciairement, de sorte que – en application stricte du principe de maxime des débats – le juge doit pouvoir se satisfaire des allégués de la demande pour rendre son jugement. Le code a cependant réservé la situation où il existe des motifs sérieux de douter de la véracité d'un fait non contesté (art. 153 al. 2 CPC)<sup>46</sup>. Tel peut être le cas si les allégués apparaissent en contradiction avec les pièces déposées ou incompatibles avec des faits notoires<sup>47</sup>. Dans de telles situations, la cause est alors citée aux débats principaux (art. 223 al. 2 *in fine* CPC). Comme en droit genevois, des mesures d'instruction devraient être admises à titre exceptionnel<sup>48</sup>. Enfin, il faut signaler que le défen-

---

<sup>44</sup> Message CPC, p. 6948.

<sup>45</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 139 ; DENIS TAPPY, Déroulement de la procédure, p. 201.

<sup>46</sup> En détails : DENIS TAPPY, Déroulement de la procédure, p. 214-219.

<sup>47</sup> La situation en droit genevois n'est pas différente : à teneur de l'art. 80 let. b LPC, ne sont pas adjugées les conclusions qui ne sont pas fondées sur les faits articulés ou les pièces produites.

<sup>48</sup> Selon la jurisprudence, l'art. 80 LPC a pour but d'empêcher de faire droit à une requête dont le bien-fondé est contredit par les pièces du dossier. En tant que telle, cette exception doit cependant être interprétée de manière restrictive (ACJC/1234/2009 du 16 octobre 2009 consid. 2).

deur dont le défaut ne lui est pas imputable ou n'est imputable qu'à une faute légère de sa part (art. 148 al. 1 CPC) peut demander la répétition des débats principaux dans un délai de dix jours dès la fin de l'empêchement et de six mois dès l'entrée en force de la décision (art. 148 al. 3 CPC)<sup>49</sup>.

## C. Préparation des débats principaux

Après une phase purement écrite, le procès se poursuit en règle générale par des audiences en présence des parties et du tribunal. Lorsque celui-ci est une juridiction collégiale, il peut déléguer un de ses membres (art. 124 al. 2 CPC)<sup>50</sup>. Quant aux parties, sauf comparution personnelle ordonnée par le tribunal (art. 68 al. 4 et 191 CPC), elles peuvent être représentées par des mandataires (art. 68 CPC).

### 1. Audience de débats d'instruction

La tenue d'une audience devant le tribunal n'est pas une règle absolue : on a déjà signalé, en cas de défaut du défendeur, la faculté du tribunal de rendre immédiatement une décision au fond, sans ordonner de débats (art. 223 al. 2 1<sup>ère</sup> hypothèse CPC). Comme les parties peuvent, d'un commun accord, renoncer aux débats principaux (art. 233 CPC), cela exclut la tenue d'audience pour les premières plaidoiries et l'administration des preuves ; en revanche, sauf requête écrite des deux parties, des débats d'instruction auront eu lieu pour permettre justement aux parties de manifester au juge leur renonciation aux mesures d'instruction.

Après avoir pris connaissance des écritures des parties, le tribunal convoquera en règle générale une audience de débats d'instruction (art. 226 al. 1 CPC). Cette audience a pour but d'organiser la procédure. Elle n'est pas sans rappeler l'actuelle "*comparution personnelle des mandataires*" du droit genevois ou l'audience préliminaire du droit vaudois<sup>51</sup>. Ces "*débats d'instruction*"<sup>52</sup> sont facultatifs. Ils paraissent toutefois tellement essentiels dans l'esprit de la loi qu'ils devraient être la règle à ce stade de la procédure<sup>53</sup>. A teneur de l'art. 226 al. 2 CPC, ces débats servent :

- à déterminer de manière informelle l'objet du litige ;

---

<sup>49</sup> Message CPC p. 6920.

<sup>50</sup> A Genève, cette faculté intéressera la Chambre civile de la Cour de justice statuant - à trois juges (art. 119 LOJ dans sa version au 1<sup>er</sup> janvier 2011) - comme juridiction cantonale unique (art. 120 al. 1 let. a LOJ dans sa version au 1<sup>er</sup> janvier 2011).

<sup>51</sup> DENIS TAPPY, Déroulement de la procédure, p. 202.

<sup>52</sup> *Instruktionsverhandlung ; Udienza istruttoria*.

<sup>53</sup> Message CPC, p. 6948. DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 141 ; DENIS TAPPY, Déroulement de la procédure, p. 202.

- à compléter l'état de fait ;
- à trouver un accord entre les parties ;
- à préparer les débats principaux ;
- éventuellement à administrer les preuves (art. 226 al. 3 CPC).

Les objets que peut traiter le tribunal lors de cette audience sont ainsi très variés : certains relèvent du pragmatisme du juge (détermination de l'objet du litige, tentative de trouver un accord, complément de l'état de fait) ; d'autres sont plus empreints de formalisme (préparation des débats principaux et administration des preuves). Le fait est que, là encore, le tribunal dispose d'une grande marge de liberté pour organiser et présider cette audience. Selon notre perception du système, le tribunal doit à ce moment de la procédure consacrer suffisamment d'énergie pour réellement mettre sur les rails le procès : il conviendra d'interroger les parties sur leurs offres de preuve, sur la nécessité d'entendre tous les témoins, sur leur temps d'audition, etc. ; il faudra rechercher si des actes d'instruction particuliers sont nécessaires, tels que l'inspection, l'expertise ou l'interrogatoire des parties (cf. art. 168 CPC). S'agissant d'une procédure ordinaire soumise à la maxime des débats, il appartient aux parties de produire les preuves qui se rapportent aux faits qu'elles allèguent (art. 55 al. 1 CPC). En d'autres termes, le rôle du tribunal est de s'assurer que ces preuves portent sur des faits pertinents et contestés (art. 150 al. 1 CPC). Le tribunal doit également interpellier les parties lorsque leurs actes ou déclarations sont peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets et leur donner l'occasion de les clarifier ou de les compléter (art. 56 CPC). Il n'a en revanche pas lui-même à proposer des moyens de preuve<sup>54</sup>.

## 2. Tenue d'un procès-verbal

Comme pour toutes les audiences, le tribunal doit tenir un procès-verbal des débats d'instruction (art. 235 CPC). Outre certains réquisits formels<sup>55</sup>, ce document contient les ordonnances du tribunal (art. 235 al. 1 let. e CPC) : il peut s'agir de la décision d'ouvrir les débats principaux, de la convocation à une prochaine audience ou de l'énumération des mesures d'instruction qui seront administrées<sup>56</sup>. Cette dernière "*ordonnance de preuve*" (art. 154 CPC) peut également faire l'objet d'un document séparé que le tribunal rédigera en fonction

---

<sup>54</sup> La faculté pour le juge d'instruire selon son appréciation et d'administrer des preuves de son propre chef existe uniquement lorsque le litige est soumis à la maxime inquisitoire renforcée (art. 296 al. 1 CPC ; ATF 128 III 416 consid. 3.2.1), ce qui n'arrive pas en procédure ordinaire.

<sup>55</sup> Par rapport au droit genevois, l'art. 235 al. 1 let. f CPC introduit la signature du préposé au procès-verbal (cf. art. 210 LPC).

<sup>56</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 142 ; DENIS TAPPY, Déroulement de la procédure, p. 204.



des arguments invoqués par les parties. Le procès-verbal contient au besoin, de manière résumée, "*les allégués des parties qui ne se trouvent pas dans leurs actes écrits*" (art. 235 al. 2 CPC)<sup>57</sup>.

Les débats d'instruction peuvent faire l'objet d'une ou de plusieurs audiences, au gré de l'appréciation du tribunal (art. 124 al. 1 CPC). De notre point de vue, une seule audience est suffisante, pour autant qu'elle soit bien préparée. Après ces débats d'instruction, le juge ouvre les débats principaux. Cette décision détermine un moment important de la procédure en ce qui concerne l'apport des faits au procès et la modification de l'objet du litige.

### 3. Faits nouveaux<sup>58</sup>

Tant que les débats principaux n'ont pas été ouverts, le Code octroie un droit illimité d'alléguer des faits : cela concerne aussi bien les faits qui reposent sur des circonstances survenues depuis le début du procès que des faits qui auraient été oubliés, même fautivement<sup>59</sup>, par une partie ou son mandataire (art. 229 al. 1 *a contrario* CPC). Le dernier moment pour exercer ce droit à la "deuxième chance"<sup>60</sup> sera celui du second échange d'écritures (art. 225 CPC) ou celui des débats d'instruction (art. 226 CPC), exceptionnellement le début des premières plaidoiries (art. 228 CPC) si le tribunal a renoncé au second échange d'écritures et aux débats d'instruction (art. 229 al. 2 CPC).

Après l'ouverture des débats principaux, le cadre du procès est en principe fixé. Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 229 al. 1 CPC, les parties ne peuvent plus librement invoquer des faits nouveaux. Le régime d'exception de cette norme impose d'abord que les faits soient invoqués "*sans retard*", c'est-à-dire dès que le plaideur en a connaissance : cela concerne d'abord les *novas* proprement dits, soit ceux qui sont survenus depuis l'ouverture des débats principaux (art. 229 al. 1 let. a CPC), mais également les faits survenus avant, mais qui ne pouvaient pas être invoqués antérieurement bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (*novas* improprement dits : art. 229 al. 1 let. b CPC). A notre sens, le plaideur qui entend se prévaloir de faits nouveaux au cours des débats principaux doit solliciter du Tribunal des débats d'instruction : si les faits sont recevables, l'état de fait pourra être complété à cette audience (art. 226 al. 2 CPC)<sup>61</sup>. Le dernier moment pour alléguer des *novas* correspond aux plaidoiries finales (art. 232 CPC). Pour les litiges

<sup>57</sup> CPC-TAPPY, ad art. 235 N 14-18.

<sup>58</sup> Voir en détail : FRANÇOIS CHAIX, p. 129 ss.

<sup>59</sup> Un retard fautif d'invoquer des faits peut toutefois entraîner des conséquences en matière de répartition des frais judiciaires (art. 108 CPC).

<sup>60</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 145 ; CPC-TAPPY, ad art. 229 N 18.

<sup>61</sup> Voir également CPC-TAPPY, ad art. 229 N 15.

soumis à la maxime inquisitoire, ce moment est même repoussé jusqu'aux délibérations du tribunal (art. 229 al. 3 CPC).

#### 4. Modification de la demande

A l'instar de ce qui vaut en matière d'apport des faits au procès, le régime relatif au dépôt de conclusions nouvelles est réglé différemment selon que la modification de l'objet du litige intervient avant ou après l'ouverture des débats principaux. Dans la première hypothèse, l'art. 227 al. 1 CPC autorise des conclusions nouvelles pour autant que la prétention nouvelle relève de la même procédure que celle déjà applicable au litige<sup>62</sup>. En outre, l'une des deux conditions suivantes doit être réalisée : soit la prétention nouvelle ou modifiée présente un lien de connexité avec la dernière prétention (let. a), soit la partie adverse consent à la modification de la demande (let. b). Si, en raison de l'augmentation de la valeur litigieuse consécutive à la modification des conclusions, le tribunal saisi n'est plus compétent *ratione materiae*, il doit transmettre la cause au tribunal compétent (art. 227 al. 2 CPC)<sup>63</sup>. Enfin, le Code rappelle que les conclusions du demandeur principal ou reconventionnel peuvent être réduites à tous les stades de la procédure (art. 227 al. 3 CPC).

Après le début des débats principaux, les parties ne peuvent en principe plus prendre de nouvelles conclusions : l'objet du litige est alors arrêté. L'art. 230 al. 1 let. b CPC réserve toutefois les situations où la modification des conclusions repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux au sens de l'art. 229 CPC<sup>64</sup>. Dans ces cas particuliers, il faut encore que les conditions de l'art. 227 al. 1 CPC soient réalisées pour que l'objet du litige puisse être modifié (art. 230 al. 1 let. a CPC). En ce sens, admission des faits nouveaux et recevabilité des conclusions nouvelles sont intimement liées.

---

<sup>62</sup> Cette règle découle de l'art. 90 let. b CPC : sa rigueur a été déjà relevée en relation avec l'art. 224 al. 1 CPC relatif à la demande reconventionnelle.

<sup>63</sup> Tel pourrait être le cas d'une demande en paiement fondée sur la violation du contrat et soumise à Genève au Tribunal civil (art. 86 LOJ dans la version au 1<sup>er</sup> janvier 2011) si des conclusions nouvelles déduites de la violation de la LCD sont déposées. Dans une telle situation, le Tribunal civil devrait transmettre la cause à la Chambre civile de la Cour de justice, instance unique en matière de violation de la LCD et dépassant la valeur litigieuse de 30'000 fr. (art. 5 al. 1 let. d CPC et 120 al. 1 let. a LOJ dans sa version au 1<sup>er</sup> janvier 2011).

<sup>64</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 146.

## D. Débats principaux<sup>65</sup>

### 1. Premières plaidoiries<sup>66</sup>

Les débats principaux commencent par les premières plaidoiries (art. 228 CPC). Celles-ci permettent aux parties de présenter leurs conclusions et de les motiver. Il s'agit d'un exposé oral<sup>67</sup>. Ce moment est l'occasion – pour la partie qui ne l'a pas encore fait (cf. art. 221 al. 3 et 222 al. 1 CPC) – d'exposer son argumentation juridique.

A notre sens, les premières plaidoiries se résumeront le plus souvent pour l'avocat à une formule telle que "*Mon client persiste dans les termes de ses écritures*". Dans la mesure où cette audience ne paraît pas avoir une grande nécessité, elle devrait fréquemment être regroupée avec les débats d'instruction<sup>68</sup>. Pour permettre la tenue d'une audience unique regroupant ces deux actes de procédures, le tribunal veillera à préciser l'objet de l'audience, dans la citation adressée aux parties (art. 133 let. e CPC). Cette précision a, en l'espèce, une importance capitale, à laquelle les plaideurs doivent être rendus attentifs : l'ouverture des débats principaux fige en effet l'objet du litige, tant en ce qui concerne les conclusions prises, que les faits allégués et les preuves invoquées, sous réserve des exceptions prévues aux art. 229 et 230 CPC (cf. *supra* C. 3 et 4).

### 2. Administration des preuves

Après les premières plaidoiries, le tribunal administre les preuves (art. 231 CPC). Le déroulement de cette phase de la procédure est décrit aux art. 168 ss CPC : sur ces points, il peut être entièrement renvoyé à la contribution du Professeur JEANDIN. Par rapport au droit genevois<sup>69</sup>, un mot s'impose en ce qui concerne la signature des procès-verbaux d'instruction : ceux-ci sont signés par le témoin, l'expert ou la partie dont les déclarations sont protocolées (art. 176 al. 1, 187 al. 2 et 193 CPC). En outre, dans la mesure où l'art. 235 CPC constitue la norme générale sur le sujet, le procès-verbal doit aussi être signé par le préposé au procès-verbal (art. 235 al. 1 let. f CPC)<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> *Hauptverhandlung ; Dibattimento.*

<sup>66</sup> *Erste Parteivorträge ; Prime arringhe.*

<sup>67</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 141; CPC-TAPPY, ad art. 228 N 15 qui réserve la forme écrite pour les situations complexes.

<sup>68</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 141. Avec des réserves : CPC-TAPPY, ad art. 228 N 10.

<sup>69</sup> La pratique genevoise devra changer puisque, à teneur des art. 232 et 210 LPC, le procès-verbal n'est pas signé par les témoins, les experts ou les parties.

<sup>70</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 90.

### 3. Plaidoiries finales<sup>71</sup>

#### a) *Présentation du système*

Après l'administration des preuves, les parties peuvent encore s'exprimer sur le résultat des probatoires et sur la cause. Elles le font au moyen des plaidoiries finales prévues à l'art. 232 CPC. Celles-ci se déroulent en principe oralement (al. 1) ; toutefois, si toutes les parties le requièrent, elles prennent une forme écrite (al. 2). Pour les plaidoiries orales, la loi prévoit l'ordre dans lequel s'expriment les parties (demandeur, puis défendeur : al. 1, 2<sup>ème</sup> phrase) et réserve le droit à un second tour de plaidoiries (al. 1, 3<sup>ème</sup> phrase)<sup>72</sup>. Pour les "*plaidoiries écrites*", la loi ne réserve pas expressément la possibilité de réagir - par écrit ou oralement - aux écritures de la partie adverse ; elle mentionne uniquement qu'un - unique - délai est fixé pour le dépôt des écritures (al. 2, 2<sup>ème</sup> phrase).

Plusieurs questions se posent pour l'organisation de ces dernières plaidoiries : les parties ont-elles le droit de remettre au tribunal un document écrit à l'issue de leurs interventions orales ? Si elles optent pour des "*plaidoiries écrites*", sont-elles autorisées à répliquer et à dupliquer ? Et dans l'affirmative, sous quelle forme ?

#### b) *Plaidoiries orales*

Si le texte du projet (art. 228 P-CPC) n'a pas changé par rapport au texte définitif, l'avant-projet (art. 223 AP-CPC) était en revanche différent : les plaidoiries étaient alors uniquement orales (al. 1 et 2) ; pour éviter de ténoriser entièrement cet exposé oral, l'avant-projet autorisait les parties à déposer des notes au début de leur plaidoirie, lesquelles étaient intégrées dans le procès-verbal. Le projet du Conseil fédéral, qui a été entièrement repris dans le texte définitif, a renoncé au caractère exclusivement oral des dernières plaidoiries ; on a ainsi introduit la possibilité de déposer des écritures, que l'on a maladroitement dénommées "*plaidoiries écrites*"<sup>73</sup>. Il ressort ainsi du projet et du texte définitif que les dernières plaidoiries prennent dorénavant la forme, soit d'un exposé oral, soit d'un document écrit. Selon les travaux parlementaires, une combinaison de ces deux formes d'expression est proscrite<sup>74</sup>. Cela s'est d'ailleurs traduit dans le texte légal par l'abandon des notes de plaidoiries accompagnant les

---

<sup>71</sup> *Schlussvorträge ; Arringhe finali.*

<sup>72</sup> Le même droit existe pour les premières plaidoiries (art. 228 al. 2 CPC).

<sup>73</sup> Selon le dictionnaire Littré, plaider signifie d'abord "*défendre, soutenir de vive voix la cause d'une partie devant un tribunal*".

<sup>74</sup> BOCN 2008 p. 966.

plaidoiries orales. Comme l'indique le Message, l'art. 232 CPC interdit donc la remise au tribunal de documents écrits au moment de l'intervention orale<sup>75</sup>.

Il faut encore relever que le système du CPC érige en principe l'oralité des dernières plaidoiries. Sauf avis contraire des parties, celles-ci s'exprimeront de manière orale devant le tribunal, charge à celui-ci d'établir un procès-verbal conforme à l'art. 235 CPC, en particulier en ce qui concerne les "*conclusions prises*" et les "*les requêtes déposées*" (al. 1 let. d). Le principe de l'oralité de ces plaidoiries est encore renforcé par le fait qu'il ne peut y être dérogé qu'en présence d'une requête des parties exprimant un "*commun accord*". En d'autres termes, il suffit qu'une seule partie au litige<sup>76</sup> s'oppose à la forme écrite pour que les dernières plaidoiries aient lieu oralement. En cas de défaut d'une partie, il ne sera pas non plus possible d'organiser des plaidoiries écrites à l'issue des débats principaux, lorsque ceux-ci auront été nécessaires<sup>77</sup>.

### c) *Plaidoiries écrites*

Le CPC est muet sur la question du deuxième tour de plaidoiries écrites. Faut-il y voir un silence qualifié ou une omission du législateur? En se fondant sur la lettre de l'art. 232 al. 2, 2<sup>ème</sup> phrase CPC, on peut soutenir que la mention d'un (unique) délai pour déposer les écritures signifie qu'il n'y a pas lieu à réplique et duplique écrites : c'est l'avis du Professeur TAPPY<sup>78</sup>. Le Message du Conseil fédéral, de son côté, affirme que "*dans les deux cas [i.e. pour les plaidoiries orales et écrites], les parties ont le droit de répliquer et de dupliquer*"<sup>79</sup>. Les débats parlementaires n'ont pas abordé cette question et les auteurs divergent sur la question<sup>80</sup>.

A notre sens, il faut s'en tenir au texte du CPC : en mentionnant un unique délai, la loi ne permet pas de fixer des délais échelonnés qui donneraient l'oc-

<sup>75</sup> Dans ce sens : Message CPC, p. 6950 ; DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 141. *Contra* : BaK-FREI/WILLISEGGER, ad art. 232 N 3 ; DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, ad art. 232 N 1 ; LEUENBERGER, in : THOMAS SUTTER-SOMM/Franz HASENBÖHLER/CHRISTOPH LEUENBERGER, ad art. 232 N 6 ; LUCA MARAZZI, p. 400 ; CPC-TAPPY, ad art. 232 N 17 ; DENIS TAPPY, Déroulement de la procédure, p. 209. A noter que la procédure bernoise, qui n'admet que des plaidoiries orales à l'issue des débats principaux, interdit également le dépôt de notes de plaidoiries (GEORG LEUCH/OMAR MARBACH/Franz KELLERHALS/MARTIN STERCHI, ad art. 200 ZPO-BE N 2).

<sup>76</sup> Une partie appelée en cause sur un pan très minime du litige peut-elle s'opposer au dépôt d'écritures de ses parties adverses? Si elle agit ainsi pour réduire ses frais d'avocat, cela ne contrevient pas aux règles de la bonne foi (art. 52 CPC). Elle devrait alors accepter de déposer une simple lettre.

<sup>77</sup> Aucune disposition particulière ne règle en effet la question du défaut au stade des dernières plaidoiries (art. 232 et 234 en relation avec l'art. 147 al. 2 CPC).

<sup>78</sup> DENIS TAPPY, Déroulement de la procédure, p. 209 note 118.

<sup>79</sup> Message CPC, p. 6950.

<sup>80</sup> Pour l'admission d'un second échange d'écritures : BAK – SYLVIA FREI/DANIEL WILLISEGGER, ad art. 232 N 4 ; DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, ad art. 232 N 2 ; contre ce second échange d'écritures : DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 141.

casation de répondre aux arguments d'une partie adverse ; la loi ne donne pas non plus la possibilité de réagir aux écritures de sa partie adverse. Cet argument littéral est conforté par la logique de l'art. 232 CPC : en effet, si les parties optent pour la forme écrite, elles s'écartent du système considéré par le législateur comme étant la règle ; elles renoncent ainsi à la garantie - inconditionnelle - de répliquer et de dupliquer oralement. Dans la mesure où elles renoncent par elles-mêmes à un système leur offrant la possibilité de prendre position par rapport aux arguments de sa partie adverse, elles ne peuvent plus - après avoir fait ce choix - se prévaloir d'une éventuelle violation de leur droit d'être entendu<sup>81</sup>. Par conséquent, nous sommes d'avis que le tribunal peut garder la cause à juger à l'échéance du délai fixé pour le dépôt des "*plaidoiries écrites*"<sup>82</sup>.

Contrairement à ce qui est prévu pour la phase préliminaire du procès (art. 222 al. 1 et 4 CPC), la loi ne prévoit pas la notification par le tribunal des "*plaidoiries écrites*" de la partie adverse. Il n'est cependant pas envisageable que le tribunal puisse rendre sa décision sur la base d'un dossier qui ne serait pas entièrement connu des parties<sup>83</sup>. L'art. 53 al. 2 CPC confère d'ailleurs le droit aux plaideurs de consulter le dossier et de s'en faire délivrer une copie. De même, l'art. 136 let. c CPC impose de manière générale au tribunal de notifier les actes de la partie adverse. Par conséquent, il faut retenir à charge du tribunal l'obligation - même non spécifiquement prévue à ce stade de la procédure - de communiquer les "*plaidoiries écrites*" de la partie adverse. La question qui suit celle de la communication des plaidoiries est de savoir si le plaideur est en droit de se déterminer par rapport à celles-ci.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit d'être entendu garanti par les art. 29 Cst. et 6 CEDH comprend en principe aussi celui de répliquer. Lorsque le droit de procédure applicable ne prévoit pas de communication de la prise de position, l'autorité doit informer la partie du dépôt de celle-ci et de la possibilité de se déterminer à son sujet. S'il ne prévoit en principe qu'un seul échange d'écritures, l'autorité peut se limiter dans un premier temps à communiquer la prise de position à titre d'information, sans avis formel de la possibilité de répliquer ; la partie est ainsi mise en situation de faire ou non usage de cette possibilité ; si elle s'en abstient, elle est censée y avoir renoncé<sup>84</sup>. La jurisprudence précise que, si une partie entend se prononcer une nouvelle fois sur la cause, elle doit tout de suite faire parvenir ses observations au tribunal,

<sup>81</sup> CPC-TAPPY, ad art. 232 N 16.

<sup>82</sup> Comme ce délai est fixé par le tribunal, il s'agit d'un délai judiciaire, qui peut être prolongé aux conditions de l'art. 144 al. 2 CPC.

<sup>83</sup> Sur le droit d'accès au dossier en matière judiciaire : arrêt 1B\_71/2010 du 10 mai 2010 consid. 2.1, SJ 2010 I 479. Voir également Message CPC, p. 6889 ; DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 26.

<sup>84</sup> ATF 133 I 100 consid. 4.6, SJ 2007 I 487. Contrairement à la jurisprudence rendue sous l'empire de l'ancien art. 4 Cst. féd., le droit à la réplique apparaît être inconditionnel : peu importe que les observations contiennent de nouveaux faits ou arguments et peu importe que celles-ci soient effectivement de nature à influencer sur la décision du tribunal (ATF 133 I 100 consid. 4.3, SJ 2007 I 487).

sans requérir au préalable un délai à cette fin<sup>85</sup>. Appliqués au nouveau CPC, ces principes imposent au tribunal d'attendre des éventuelles ultimes observations avant de rendre sa décision. En revanche, il n'a pas lui-même à interpellier les parties car il revient à celles-ci – et seulement à celles-ci – d'apprécier si un document ou un argument nécessite un commentaire complémentaire<sup>86</sup>. En tout état, les parties n'ont pas le droit à pouvoir s'exprimer oralement à ce stade de la procédure : c'est un changement fondamental par rapport au système genevois<sup>87</sup>.

Ce qui précède doit néanmoins être tempéré par la possibilité pour le tribunal, même après les plaidoiries finales, d'ordonner des débats d'instruction si nécessaire (art. 226 al. 1 CPC). Tel devrait être le cas si l'une des parties invoque des faits nouveaux recevables, susceptibles d'influer sur l'issue du litige. Dans une telle situation, une nouvelle instruction pourra être ouverte.

## **E. Clôture de la procédure de première instance**

### **1. Clôture par une décision**

La procédure de première instance se termine en principe par une décision d'irrecevabilité ou par une décision au fond (art. 236 CPC). A Genève, cette décision est qualifiée de jugement (cf. art. 86 al. 1 let. a LOJ dans sa teneur au 1<sup>er</sup> janvier 2011). Le contenu formel et matériel du jugement est décrit à l'art. 238 CPC. Il faut signaler deux nouveautés par rapport au droit genevois : le jugement doit indiquer les voies de recours (art. 238 let. f CPC) et il ne contient pas nécessairement les motifs en fait et en droit (art. 238 let. g et 239 CPC). Cette dernière particularité se traduit en matière de communication du jugement aux parties : en l'absence de motivation écrite, seul le dispositif est communiqué, soit à l'audience<sup>88</sup> accompagné d'une motivation orale sommaire (art. 239 al. 1 let. a CPC), soit par notification judiciaire (art. 239 al. 1 let. b

<sup>85</sup> Arrêt 4A\_3/2010 du 15 avril 2010 publié in SJ 2010 I 446 ; ATF 133 I 98 consid. 2.2.

<sup>86</sup> ATF 133 I 100 consid. 4.3, SJ 2007 I 487. Un arrêt du 26 octobre 2010 de la Cour européenne des droits de l'homme (Schaller-Bossert c/ Suisse, n° 41718/05) semble cependant considérer que l'envoi au recourant des observations de la partie adverse à titre d'information n'est pas suffisant pour respecter le droit d'être entendu du recourant. Cette décision, dont les considérants ne sont pas encore disponibles, concernait une partie en personne. A notre sens, cette jurisprudence ne devrait pas s'appliquer à un plaideur bénéficiant des conseils d'un représentant professionnellement qualifié.

<sup>87</sup> Selon les art. 131 à 138 LPC, la plaidoirie orale qui suit le dépôt de conclusions écrites (art. 132 LPC) est la règle. Quant à la faculté pour le juge d'ordonner le dépôt des dossiers en lieu et place de plaidoiries, elle n'était que très exceptionnellement utilisée (BERNARD BERTOSSA/LOUIS GAILLARD/JACQUES GUYET/ANDRÉ SCHMIDT, ad art. 138 LPC-GE N 2).

<sup>88</sup> Il s'agit soit de l'audience de délibérations - pour autant que le droit cantonal permette qu'elle soit publique (art. 54 al. 2 CPC) - soit de l'audience de plaidoiries finales - auquel cas le tribunal devrait suspendre cette audience pour avoir le temps de prendre sa décision avant de la communiquer (DENIS TAPPY, Déroulement de la procédure, p. 212).

CPC). Il faut cependant insister sur le fait que le tribunal reste libre de choisir de rendre un jugement d'emblée motivé ou de prononcer un simple dispositif<sup>89</sup>. Il est également important de signaler qu'en cas de communication du seul dispositif de la décision la partie qui renonce à demander la motivation dans le délai de dix jours est considérée avoir renoncé à l'appel ou au recours (art. 239 al. 2 CPC). Il s'agit d'une véritable fiction, soit d'une présomption irréfragable contre laquelle le plaideur qui a omis de demander la motivation écrite ne pourra rien faire<sup>90</sup>.

## 2. Clôture sans décision

La procédure peut également prendre fin par une transaction, un acquiescement ou un désistement d'action (art. 241 CPC). Dans ces situations, le procès-verbal contenant ces opérations est signé par toutes les parties (al. 1) ; il a les effets d'une décision entrée en force (al. 2), mais n'en est - à lire la systématique du Code ("*chapitre 6 Clôture de la procédure sans décision*") - pas une. Preuve en est le fait que le tribunal se contente dans ces cas de rayer l'affaire du rôle (art. 241 al. 3 CPC). Contrairement au système actuel genevois, le procès-verbal n'est pas repris dans un jugement "*statuant d'accord entre les parties*".

La loi réserve en outre les situations où la procédure devient sans objet (art. 242 CPC) : c'est le cas du défaut des deux parties lors des débats principaux (art. 234 al. 2 CPC) ; le Message cite également la disparition de l'objet litigieux<sup>91</sup>. Dans ces situations, la décision de rayer la cause du rôle n'entraîne pas autorité de la chose jugée sur les droits en question<sup>92</sup>.

Il faut enfin signaler les cas où le tribunal rend une décision incidente (art. 237 al. 1 CPC) : contrairement au droit genevois, une telle décision est sujette à recours immédiat et ne peut plus être attaquée ultérieurement avec la décision au fond (art. 237 al. 2 CPC).

## IV. Conclusion

Les règles en matière de procédure ordinaire ne devraient pas provoquer de bouleversements trop importants chez les plaideurs et les juges, notamment en raison de la latitude laissée aux parties pour organiser leur procès selon leurs besoins. Ce caractère libéral sera néanmoins contrebalancé par le rôle actif désormais imparti au tribunal. Cela entraînera à charge du juge une connaissance

---

<sup>89</sup> DENIS TAPPY, Déroulement de la procédure, p. 212.

<sup>90</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 150.

<sup>91</sup> Message CPC, p. 6953.

<sup>92</sup> Message CPC, p. 6953 ; DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, p. 148.



complète du dossier à tous les stades de la procédure et en particulier lors des débats d'instruction. Ces dernières audiences paraissent d'ailleurs être un outil indispensable au bon déroulement de la procédure ordinaire : les juges et les parties devront donc apprendre à manier ce nouvel instrument procédural.

De manière générale, le nouveau code est rédigé de manière claire et compréhensible. Des situations ont néanmoins été identifiées où une incertitude demeure sur l'interprétation à donner à certaines dispositions : tel est le cas de la problématique des faits nouveaux et des conclusions nouvelles, ainsi que des plaidoiries finales. Il est intéressant de noter à ce sujet que, sur tous ces points, la loi a fait l'objet de modifications substantielles jusqu'à la phase des débats devant l'Assemblée fédérale. Malgré ces quelques incertitudes, le nouveau code devrait apporter des solutions adéquates dans la plupart des situations. Enfin, il s'agit du premier outil qui permettra aux juristes, avocats et juges de Suisse de parler la même langue en matière de procédure civile : c'est déjà un événement considérable!

## Bibliographie

- AUBRY GIRARDIN Florence, *Commentaire de la LTF*, Berne 2009 ; cité : *Commentaire LTF*
- BERTOSSA Bernard / GAILLARD Louis / GUYET Jacques / SCHMIDT André, *Commentaire de la loi de procédure civile genevoise*, Genève 2005
- BOHNET François / HALDY Jacques / JEANDIN Nicolas / SCHWEIZER Philippe / TAPPY Denis, *Code de procédure civile commenté*, Bâle 2011
- BOHNET François, *Les défenses en procédure civile suisse*, RDS 2009 p. 185-322  
*La face cachée du Code de procédure civile suisse*, Plädoyer 2010 32  
*Les exceptions en procédure civile suisse*, in *Procédure civile suisse : les grands thèmes pour les praticiens*, Neuchâtel 2010, p. 141-157 ; cité : *Exceptions*
- CHAIX François, *L'apport des faits au procès*, in *Procédure civile suisse : les grands thèmes pour les praticiens*, Neuchâtel 2010, p. 115-140
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC)*, FF 2006 p. 6841-7132
- GASSER Dominik / RICKLI Brigitte, *Schweizerische Zivilprozessordnung : Kurzkomentar*, Zürich-St-Gall 2010
- HALDY Jacques, *La nouvelle procédure civile suisse*, Bâle 2009
- HOFMANN David / LÜSCHER Christian, *Le code de procédure civile*, Berne 2009
- HOHL Fabienne, *Procédure civile, tome I : Introduction et théorie générale*, Berne 2001

- LEUCH Georg / MARBACH Omar / KELLERHALS Franz / STERCHI Martin, *Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern : Kommentar samt einem Anhang zugehöriger Erlasse*, 5<sup>ème</sup> éd., Berne 2000
- LEUENBERGER Christoph, *Das ordentliche Verfahren*, ZZZ 2007 p. 327-338
- MARAZZI Luca, *Erranze alla scoperta del nuovo Codice di procedura civile svizzero*, RDS 2009 p. 323-437
- MEIER Isaak, *Schweizerisches Zivilprozessrecht : eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre*, Zurich/Bâle/Genève 2010
- MIRIMANOFF Jean, *L'orientation préalable des parties à un différend*, in : *Revue de l'Avocat* 2010, p. 19-26
- MONBARON Samuel, *La médiation*, in *Procédure civile suisse : les grands thèmes pour les praticiens*, Neuchâtel 2010, p. 93- 113
- SANDOZ Bastien, *La conciliation*, in *Procédure civile suisse : les grands thèmes pour les praticiens*, Neuchâtel 2010, p. 57-91
- SPÜHLER Karl / TENCHIO Luca / INFANGER Dominik, *Basler Kommentar : Schweizerische Zivilprozessordnung*, Bâle 2010
- SUTTER-SOMM Thomas / HASENBÖHLER Franz / LEUENBERGER Christoph, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Zurich/Bâle/Genève 2010
- TAPPY Denis, *Le déroulement de la procédure (procédure ordinaire et procédure simplifiée en première instance)*, in *Le projet de code de procédure civile fédérale*, travaux CEDIDAC, Lausanne 2008, p. 161-229 ; cité : *Déroulement de la procédure*
- Les décisions par défaut – Les voies de droit et les remèdes aux décisions par défaut*, in *Procédure civile suisse : les grands thèmes pour les praticiens*, Neuchâtel 2010, p. 409-451 ; cité : *Décisions par défaut*

---

# L'administration des preuves

NICOLAS JEANDIN

*Avocat, Professeur à l'Université de Genève*

## I. L'unification et ses enjeux

### A. Articulation entre droit de fond et procédure

A première vue, il existe une corrélation évidente entre le droit de fond et sa mise en œuvre. C'est la raison pour laquelle, dans la plupart des pays qui nous entourent, l'unification du droit matériel s'est accompagnée, parfois avec un certain décalage temporel, de l'unification du droit de la procédure<sup>1</sup>. En d'autres termes et toutes autres considérations mises à part, le législateur en charge du droit de fond devrait être le même que celui qui édicte les règles de procédure.

Cette corrélation ne va pas de soi en Suisse, comme on le sait, pour des raisons à la fois historiques et constitutionnelles. Le fédéralisme veut en effet que les cantons disposent d'une autonomie importante pour ce qui concerne le fonctionnement de leurs institutions. Or, la mise en œuvre du droit et son exécution sont l'une des expressions les plus perceptibles de son pouvoir par l'Institution politique.

Ainsi, nonobstant le processus d'unification du droit privé concrétisé dès le début du XX<sup>ème</sup> siècle par l'avènement du Code civil puis du Code des obligations, la Suisse a pu s'enorgueillir d'un foisonnement de cultures procédurales différentes, puisque chaque canton disposait de ses règles de procédure. Or, c'est précisément dans le processus d'administration des preuves que ces particularismes ressortent d'une manière très perceptible.

---

<sup>1</sup> NICOLAS JEANDIN, Conclusion générale, in : Unification de la procédure civile, Journée en l'honneur du Professeur François Perret (R. Trigo Trindade et N. Jeandin, eds), Genève – Zurich – Bâle, 2004, p. 173.

## B. L'article 8 CC, norme pivot

Le législateur helvétique n'a pas attendu l'unification de la procédure civile entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2011 pour édicter des règles de droit matériel ayant une incidence directe en matière procédurale. Ainsi l'article 8 CC selon lequel "*chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit*". Cette norme instaure le fardeau de la preuve objectif, en ce sens qu'elle désigne la partie qui supporte le risque lié au non apport de la preuve<sup>2</sup>.

Or, la façon de "*prouver les faits*" dépend du cadre procédural dans lequel se déroule le procès. En d'autres termes, au gré de la loi de procédure applicable, la partie en charge du fardeau de la preuve devra user de procédés qui, hier encore, pouvaient varier considérablement d'un canton à l'autre. Ce constat n'est pas neutre et peut parfois aboutir à des conséquences surprenantes.

## C. Exemple d'enjeu : le secret bancaire

A rigueur de texte aujourd'hui en vigueur, l'article 47 de la loi sur les banques (RS 952.0) punit celui qui, intentionnellement, en sa qualité d'organe, d'employé, de mandataire ou de liquidateur d'une banque, aura révélé un secret à lui confié ou dont il a eu connaissance en raison de sa charge ou de son emploi (art. 47 al. 1 lit a LB), étant précisé que les dispositions de la législation fédérale et cantonale sur l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice sont réservées (art. 47 al. 5 LB).

Or, les anciennes dispositions cantonales de procédure civile sur ce point varient d'un canton à l'autre. Certains retiennent la solution de l'opposabilité du secret bancaire (ainsi Genève<sup>3</sup>), tandis qu'à l'inverse, la solution de l'inopposabilité prévaut (ainsi à Bâle-Campagne<sup>4</sup>). Un troisième type de cantons instaure une solution intermédiaire faisant dépendre la question du résultat d'une pesée d'intérêts (*Interessenabwegung*), à l'instar de Fribourg<sup>5</sup>.

Ainsi, le demandeur qui supporte le fardeau de la preuve objectif de l'article 8 CC eu égard à un fait pertinent, contesté et essentiel ne pouvant être établi que par le biais du témoignage d'une personne soumise à l'obligation de garder le secret bancaire, perdait son procès à Genève, le gagnait à Bâle-Campagne, tandis que dans le canton de Fribourg la solution dépendait du résultat de la pesée d'intérêts opérée par le juge entre l'intérêt à la découverte

---

<sup>2</sup> OSCARVOGEL/KARL SPÜHLER, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 8e éd., Berne, 2006, § 10 N 29ss.

<sup>3</sup> Voir l'art. 227 de la Loi de procédure civile du 10 avril 1987 (LPC GE ; RS E 3 05).

<sup>4</sup> Voir le § 161 ch. 2 *Zivilprozessordnung* du 21 septembre 1961 (ZPO BL ; RS 22.34).

<sup>5</sup> Voir ainsi l'art. 214 al. 2 du Code de procédure civile du 28 avril 1953 (CPC FR ; RS 270.1).

de la vérité et celui de l'ayant-droit au secret bancaire. En d'autres termes, pour le même litige entre les mêmes plaideurs portant sur les mêmes faits et ayant le même objet, le juge parvenait à une solution différente au gré du canton dans lequel se plaidait l'affaire ce qui, assurément, n'est pas satisfaisant...

On le voit, le terrain de l'administration des preuves est certainement l'un des plus sensibles eu égard aux enjeux de l'unification de la procédure.

## II. Les grands principes

Le Code de procédure civile (CPC) entré en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2011 est empreint d'une structure claire et dénote une vision très pédagogique de la matière. Ainsi le titre 10 consacré à la preuve (art. 150 à 193 CPC) comprend un premier chapitre consacré aux *Dispositions générales* (art. 150ss CPC) suivi d'un chapitre 2 intitulé "*obligation de collaborer et droit de refuser de collaborer*" (art. 160ss CPC), puis d'un chapitre 3 consacré aux "*moyens de preuves*" (art. 168ss CPC).

Les dispositions générales brossent quelques principes fondamentaux en matière de preuve, qui vont être brièvement évoqués.

### A. L'objet de la preuve

*Da mihi facta dabo tibi jus* : cet adage exprime un principe général de procédure civile selon lequel les parties doivent apporter les faits à la procédure, charge au juge de dire le droit<sup>6</sup>.

#### 1. Maîtrise des faits

La question de la maîtrise des faits se résout en fonction de la procédure applicable. La maxime des débats consacre l'autonomie des parties qui – seules – ont la possibilité (mais aussi la charge) d'alléguer les faits sur la base desquels le juge tranchera : "*quod non est in actes non est in mundo*"<sup>7</sup>. C'est avant tout dans le cadre de la maxime des débats qu'on retient le précepte selon lequel "*les parties allèguent les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et produisent les preuves qui s'y rapportent*" (art. 55 al. 1 CPC). Dans cette optique, le juge n'a pas le choix : il ne prend en compte des faits que dans la mesure où ils sont allégués, est lié dès lors qu'une partie allègue un fait et que l'autre le reconnaît, et ne peut en conséquence faire porter l'administration des preuves que sur des

<sup>6</sup> OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER (cf. note 2), § 6 N 62.

<sup>7</sup> OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER (cf. note 2), § 6 N 18ss.

faits à la fois pertinents et contestés. C'est ce principe que rappelle l'article 150 al. 1 CPC.

A l'opposé de la maxime des débats, on trouve la maxime inquisitoire en vertu de laquelle le juge doit procéder d'office à l'établissement des faits et à l'administration des preuves<sup>8</sup>, ce que le CPC retient dès lors que des dispositions spécifiques de droit fédéral le prévoiraient (art. 55 al. 2 CPC). On trouve ces dispositions spéciales, notamment, à l'article 247 al. 2 CPC ou encore à l'article 277 al. 3 CPC. C'est à la maxime inquisitoire que se réfère l'article 153 al. 1 CPC aux termes duquel "*le tribunal administre les preuves d'office lorsque les faits doivent être établis d'office*".

Il convient encore de relever que le CPC offre une sorte de "*garde-fou*" permettant au juge de se prémunir contre une mise en œuvre absolue de la maxime des débats pouvant dans certains cas mener à des situations absurdes, voire abusives. L'article 153 al. 2 CPC permet en effet au juge d'administrer les preuves d'office "*lorsqu'il existe des motifs sérieux de douter de la véracité d'un fait non contesté*".

## 2. Type de faits à établir

Le législateur a jugé utile de préciser qu'il convenait d'assimiler à des faits l'usage, les usages locaux et, dans les litiges patrimoniaux, le droit étranger (art. 150 al. 2 CPC).

De plus, le législateur prend la peine de préciser que certains faits n'ont pas à être établis dès lors qu'ils sont "*notoires ou notoirement connus du Tribunal*" ou encore lorsqu'il s'agit de "*règles d'expérience généralement reconnues*" (art. 151 CPC). La jurisprudence a eu l'occasion de préciser la notion de faits notoires ; récemment, elle a assimilé à de tels faits le taux de conversion d'une monnaie étrangère par rapport au franc suisse<sup>9</sup>.

## B. Preuve illicite

Faut-il prendre en considération un moyen de preuve illicite ? La question est délicate et mène souvent à des situations paradoxales dans la mesure où il est difficile d'attendre d'un juge ayant eu accès à un moyen de preuve aussi percutant qu'illicite d'en faire totalement abstraction au moment où il devra procéder à l'appréciation des preuves selon son intime conviction<sup>10</sup>...

---

<sup>8</sup> OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER (cf. note 2), § 6 N 54ss.

<sup>9</sup> ATF 135 III 88 consid. 4.1.

<sup>10</sup> Sur la problématique : LOUIS GAILLARD, Le sort des preuves illicites dans le procès civil, SJ 1998, p. 649-670.

En l'occurrence, le législateur fédéral a renoncé à adopter une position absolutiste tout en adoptant la solution de la pesée d'intérêts : "*le Tribunal ne prend en considération les moyens de preuves obtenus de manière illicite que si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant*" (art. 152 al. 2 CPC). On peut ainsi penser au cas dans lequel le demandeur plaide en dommages intérêts en alléguant des actes de concurrence déloyale et produit, à l'appui de ses allégués, un listing de clients généré sur la base de données informatiques de son concurrent qu'il a obtenues illicitement...

A propos de preuves susceptibles d'être inutilisables, on relèvera que l'article 161 al. 1 CPC impose au tribunal de rendre les parties et les tiers attentifs à leur obligation de collaborer tout comme à leur droit de refuser de collaborer, ainsi qu'aux conséquences du défaut de collaboration. Or, à supposer que le tribunal omette de fournir une telle information, il ne pourra tenir compte des preuves ainsi administrées "*à moins que la personne concernée n'y consente ou que son refus de collaborer n'ait été injustifié*" (art. 161 al. 2 CPC). Dans un tel cas, les preuves ainsi obtenues seront assimilées à des preuves illicites. Même si la loi ne le précise pas, il nous semble que le tempérament prévu au principe de la non prise en compte par l'article 152 al. 2 CPC (caractère prépondérant de l'intérêt à la manifestation de la vérité) devrait être appliqué par analogie dans le cadre de l'article 161 al. 2 CPC<sup>11</sup>.

### C. L'appréciation des preuves

L'article 157 CPC pose un principe fondamental propre à toute procédure moderne : celui de la libre appréciation des preuves. Ainsi, le juge n'est pas tenu de donner la priorité à certains moyens de preuves par rapport à d'autres, n'est tenu par aucune règle de pondération et forgera sa conviction sur la base de sa seule appréciation de toutes les preuves qui auront été réunies au cours de la phase probatoire. Le juge se trouve certes affranchi de systèmes de pondération entre moyens de preuves qu'on pouvait trouver par le passé, ce qui ne l'affranchit pas de la prise en compte de certaines présomptions légales (par ex. art. 930 CC et 97 CO), du respect du *numerus clauses* en matière de preuves (art. 168 CPC), de l'interdiction de prendre en compte un témoignage indirect (art. 169 CPC *a contrario*) ou une preuve illicite (art. 152 al. 1 CPC), ou encore de tenir compte d'un refus de collaborer injustifié de l'une des parties (art. 164 CPC)<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Il serait surprenant que les preuves obtenues en violation de l'art. 161 al. 1 CPC soient frappées d'une interdiction d'usage absolue tandis que des preuves illicites au sens de l'art. 151 al. 1 CPC ne le seraient pas.

<sup>12</sup> DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, St Gall, 2010, art. 157 N 2.

## D. Dispositions générales de procédure

Le chapitre I consacré aux dispositions générales en matière de preuves (art. 150ss CPC) contient quelques règles supplémentaires qui valent la peine d'être mentionnées.

### 1. Ordonnances de preuves

Avant que ne débute la phase d'administration des preuves proprement dite, il est souhaitable que le juge et les parties connaissent précisément le champ sur lequel porteront ces investigations, ce qui est le corollaire indispensable à une saine administration de la justice.

Autant dire que les pratiques varient d'un canton à l'autre sur ce point. Les juges et avocats vaudois sont aujourd'hui rompus à ce type d'exercice, parfois envisagé de manière fort rigide ; on ne saurait en dire autant à Genève où prévaut un laxisme certain.

Le nouveau droit fédéral de procédure civile prévoit en l'occurrence que des ordonnances de preuves devront être rendues "*avant l'administration des preuves*", tout en en précisant le contenu : "*elles désignent en particulier les moyens de preuves admis et déterminent pour chaque fait à quelle partie incombe la preuve ou la contre-preuve*" (art. 154 CPC). En procédure ordinaire, l'ordonnance de preuve pourra être rendue lors des débats d'instruction (art. 226 CPC) ou lors des débats principaux (art. 228ss CPC)<sup>13</sup>.

L'ordonnance de preuve doit être mise en relation avec les obligations faites aux plaideurs relativement au contenu de leurs écritures. A teneur de l'article 221 al. 1 lit d et e CPC, il incombe au demandeur d'alléguer les faits et de procéder à l'indication "*pour chaque allégation, des moyens de preuves proposés*", ce qui prévaut avec d'autant plus d'acuité lorsque s'applique la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC)<sup>14</sup>. Cette disposition s'applique par analogie à la réponse, dans laquelle le défendeur doit notamment exposer "*quels faits allégués dans la demande sont reconnus ou contestés*" (art. 222 al. 2 CPC).

Au terme de leurs écritures, les parties se référeront soit directement aux pièces qu'elles produisent (art. 221 al. 2 lit c et d CPC), soit à l'un ou l'autre type de preuve prévus par la loi (*infra*, p. 97 ss), sans qu'il ne soit nécessaire à ce stade d'indiquer le nom de tel ou tel témoin pressenti.

---

<sup>13</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, Le Code de procédure civile, Berne, 2009, p. 81.

<sup>14</sup> Etant rappelé que le juge doit procéder d'office à la recherche des faits et à l'administration des preuves lorsque s'applique la maxime inquisitoire (art. 55 al. 2 CPC).



L'ordonnance de preuves peut être modifiée ou complétée en tout temps (art. 154 CPC dernière phrase) si bien qu'elle ne lie pas le juge et s'assimile en réalité à une ordonnance préparatoire par laquelle le Tribunal détermine le cadre et le cours de l'administration des preuves. Une telle décision ne pourra faire l'objet d'un recours immédiat que dans les limites prévues à l'article 319 lit b ch. 2 CPC ; dans les autres cas, elle ne sera remise en cause qu'avec le jugement final<sup>15</sup>.

## 2. Modalité d'administration des preuves

Le CPC confère aux parties "*le droit de participer à l'administration des preuves*" (art. 155 al. 3 CPC). Ceci n'a rien de véritablement surprenant et découle du principe du contradictoire ainsi que du droit d'être entendu rappelé à l'article 53 al. 1 CPC<sup>16</sup>.

Le principe de l'immédiateté des preuves est en outre précisé par le législateur qui autorise une juridiction collégiale à déléguer la phase probatoire "*à un ou plusieurs membres du Tribunal*" (art. 155 al. 1 CPC). Ce pouvoir de délégation peut toutefois être remis en cause par l'une ou l'autre des parties qui, "*pour de justes motifs*", peut requérir que les preuves soient administrées par le Tribunal dans sa composition complète (art. 155 al. 2 CPC). On peut penser, par exemple, à l'audition d'un témoin important, ou encore à une mesure d'inspection telle le transport sur place destiné à apprécier la portée concrète d'une servitude de vue droite. En revanche, toute délégation de l'administration des preuves à d'autres membres du pouvoir judiciaire (un greffier, un huissier) est exclue<sup>17</sup>.

## 3. La sauvegarde d'intérêts dignes de protection

Il se peut que l'administration des preuves soit susceptible de porter à la connaissance des parties des faits dont la divulgation pourrait porter atteinte "*à des intérêts dignes de protection des parties ou de tiers, notamment à des secrets d'affaires*". Dans ce cas, le CPC fait obligation au Tribunal d'ordonner les mesures propres à éviter la survenance de telles atteintes (art. 156 CPC). On peut penser, par exemple, à la production de pièces dont certaines données seraient caviardées, voire même à l'audition d'un témoin par le juge seul et à l'issue de laquelle le juge rédigerait un rapport d'interrogatoire circonstancié permettant

---

<sup>15</sup> DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI (cf. note 12), art. 154 N 1 (par ex. lorsque l'ordonnance de preuves prévoit une répartition du fardeau de la preuve erronée) ; DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER (cf. note 13), p. 81. Le recours immédiat pourra se justifier lorsque l'ordonnance de preuves admet un moyen de preuve contraire à la loi.

<sup>16</sup> DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI (cf. note 12), art. 155 N 3.

<sup>17</sup> Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6841ss, p. 6923.

aux parties de se prononcer néanmoins sur cette mesure d'administration des preuves<sup>18</sup>.

#### 4. Preuve à futur

L'administration des preuves, pour ce qui concerne la procédure ordinaire, se déroule après les premières plaidoiries (art. 231 CPC). Des situations peuvent toutefois survenir, dans lesquelles on ne saurait attendre cette étape procédurale, voire même qu'une procédure ne soit déjà introduite pour administrer certaines preuves. On peut penser à la nécessité d'inspecter une chose dans son état à un moment donné (inspection d'une construction présentant un risque d'effondrement), de même qu'à l'audition d'un témoin essentiel se trouvant à l'article de la mort ou sur le point de partir durablement pour l'étranger. Dans de telles situations, les preuves doivent pouvoir être administrées afin d'être utilisées dans une future procédure ou encore dans la même procédure mais à un stade ultérieur<sup>19</sup>.

L'article 158 CPC régit cette question et rend la preuve à futur possible "*en tout temps*" :

- soit lorsque la loi confère le droit d'en faire la demande (lit a), ce que le droit matériel prévoit dans certains types de contrats (art. 204 et 367 CO par exemple) ;
- soit lorsque la mise en danger des preuves ou un intérêt digne de protection est rendu vraisemblable par le requérant (lit b).

Comme le prévoit l'article 158 al. 2 CPC, l'administration des preuves à futur se déroulera selon les dispositions applicables aux mesures provisionnelles (art. 261ss CPC), lesquelles relèvent de la procédure sommaire (art. 248 CPC). En soi, l'article 158 CPC s'applique à tout moyen de preuve prévu par la loi (art. 168 CPC)<sup>20</sup>.

### III. Les moyens de preuves

C'est le rôle de tout code de procédure civile que d'indiquer aux parties les moyens mis à leur disposition en vue d'apporter la preuve des faits pertinents et contestés. Il s'agit en quelque sorte d'un "*mode d'emploi*" indiquant au plaideur les moyens de preuves dont il dispose.

---

<sup>18</sup> JACQUES HALDY, *La nouvelle procédure civile suisse*, Bâle, 2009, p. 50. Voir aussi Message, p. 6924.

<sup>19</sup> Message, p. 6925.

<sup>20</sup> DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI (cf. note 12), art. 158 N 8.

## A. Numerus clausus

Le CPC pose le principe du *numerus clausus* des moyens de preuves, ce qu'indique l'article 168 al. 1 CPC par le biais d'une énumération exhaustive desdits moyens<sup>21</sup>. Comme le relèvent GASSER et RICKLI, le *numerus clausus* se situe au carrefour entre le droit à la preuve prévu à l'article 152 al. 1 CPC et le principe de la libre appréciation des preuves issu de l'article 157 CPC<sup>22</sup>. En l'occurrence, le législateur propose six moyens de preuves mis à la disposition des parties. Quatre d'entre eux peuvent être considérés comme "*classiques*" (le témoignage, les titres, l'inspection et l'expertise), tandis que les deux derniers revêtent un caractère que l'on qualifiera de "*novateur*", du moins en ce qui concerne certains cantons (les renseignements écrits [art. 190 CPC] d'une part, l'interrogatoire et la déposition des parties [art. 191ss CPC] d'autre part).

## B. Moyens de preuves "classiques"

### 1. Le témoignage

Prévu aux articles 169ss CPC, le témoignage figure sans surprise parmi les moyens de preuves "*classiques*". Ainsi, l'article 169 CPC énonce le principe en vertu duquel "*toute personne qui n'a pas la qualité de partie peut témoigner sur des faits dont elle a eu une perception directe*"<sup>23</sup>. Le défaut de la qualité de partie d'une part, l'exigence d'une perception directe des faits d'autre part, sont des attributs essentiels du témoignage<sup>24</sup> ; il n'y a ici pas de surprise par rapport à ce qui prévalait dans les procédures cantonales.

On relèvera la disparition de l'assermentation du témoin<sup>25</sup>, prévue par certains codes de procédure civile<sup>26</sup>, qui consacre l'abandon d'un certain rituel, ce qu'on peut regretter à certains égards<sup>27</sup>. L'article 171 al. 1 CPC se contente en effet d'une exhortation à répondre conformément à la vérité, tout en stipulant que tout témoin âgé d'au moins 14 ans sera rendu attentif aux conséquences pénales du faux témoignage prévues par l'article 307 al. 1 CP. Le témoin surpris à ne pas dire la vérité demeurera punissable pour faux témoignage, sans

<sup>21</sup> DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI (cf. note 12), art. 168 N 1.

<sup>22</sup> DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI (cf. note 12), art. 168 N 1.

<sup>23</sup> FRANÇOIS VOUILLOZ, La preuve dans le Code de procédure civile suisse (art. 150 à 193 CPC), AJP 7/2009 830-848, p. 841s.

<sup>24</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER (cf. note 13), p. 89.

<sup>25</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER (cf. note 13), p. 90.

<sup>26</sup> Ainsi l'art. 231 LPC GE.

<sup>27</sup> Selon certains auteurs, l'assermentation obligatoire contreviendrait à l'art. 15 al. 4 Cst : BERNARD BERTOSSA/LOUIS GAILLARD/JACQUES GUYET/ANDRÉ SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, art. 231 N 1 ; PETER GUYAN, in : Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger), art. 171 N 2.

toutefois que n'intervienne le faux témoignage qualifié prévu à l'article 307 al. 2 CP, faute d'assermentation<sup>28</sup>.

L'audition du témoin se déroulera en principe dans les locaux du pouvoir judiciaire, demeurant ouverte la possibilité pour le tribunal de prévoir l'audition au lieu de résidence du témoin (art. 170 al. 3 CPC)<sup>29</sup>. Les témoins seront en principe entendus séparément (art. 171 al. 2 CPC) ; ils pourront toutefois être confrontés entre eux, de même qu'avec les parties, dans la mesure où le Tribunal le jugerait opportun (art. 174 CPC).

Contrairement à ce qui prévaut à l'heure actuelle dans certains cantons, le procès-verbal, qui devra ténoriser "*l'essentiel des dépositions*", sera signé par le témoin (art. 176 al. 1 CPC). A noter que, sur demande de l'une des parties, les questions complémentaires posées par l'une d'entre elles et qui auront été rejetées seront également portées au procès-verbal (art. 176 al. 1 CPC, 2<sup>ème</sup> phrase).

Le CPC offre en outre la possibilité pour le tribunal – en sus de l'établissement du procès-verbal – d'enregistrer les dépositions d'un témoin "*sur bandes magnétiques vidéo ou par tout autre moyen technique approprié*" (art. 176 al. 2 CPC). Autre innovation à certains égards : l'apparition de cette race parfois honnie qui est celle du "*témoin expert*" : l'article 175 CPC prévoit en effet que "*lorsqu'un témoin possède des connaissances spéciales, le tribunal peut également l'interroger aux fins d'apprécier les faits de la cause*"<sup>30</sup>. A rigueur de texte légal (voir l'adverbe "*également*"), il n'est pas possible de convoquer un "*témoin expert*" aux seules fins de l'entendre sur ses connaissances spéciales. En revanche, une fois interrogé sur les faits dont il aura eu la perception directe, le témoin pourra l'être au regard des connaissances spéciales prévues par l'article 175 CPC<sup>31</sup>. Une telle déposition ne saurait toutefois être confondue avec un rapport d'expert présenté oralement au sens de l'article 187 al. 1 CPC.

Enfin, la loi résout la fameuse problématique de l'audition de certains organes de la personne morale à propos de laquelle les parties s'écharpent souvent pour savoir si elle doit avoir lieu sous forme de témoignage ou de comparution personnelle des parties. L'article 159 CPC prévoit que les organes d'une personne morale partie au procès "*sont traités comme une partie dans la procédure d'administration des preuves*", ce qui revient à exclure qu'ils soient entendus en

<sup>28</sup> A teneur de l'art. 307 al. 2 CP : "*Si le déclarant a prêté serment ou s'il a promis solennellement de dire la vérité, la peine sera une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins*". L'art. 307 al. 1 CP prévoit la même peine privative de liberté maximale, tout comme l'alternative de la peine pécuniaire mais sans minimum.

<sup>29</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER (cf. note 13), p. 89, soulignant que l'audition du témoin hors les locaux du tribunal devrait rester l'exception, tout en donnant l'exemple du témoin qui serait interrogé à l'occasion d'une inspection de son bien-fonds.

<sup>30</sup> François Vouilloz (cf. note 23), p. 842 s.

<sup>31</sup> Message, p. 6930.

qualité de témoin. Le champ d'application de cette disposition devra sans doute être précisé par la jurisprudence. Le législateur ne se limite pas aux organes dirigeants, la simple qualité d'organe étant suffisante pour exclure son audition en qualité de témoin. Toute personne habilitée à extérioriser la volonté de la personne morale devra en tout état de cause être considérée comme organe (ainsi celui qui dispose de la signature au Registre du commerce, mais aussi dans certaines circonstances l'organe de fait)<sup>32</sup>.

## 2. Les titres

Le législateur érige le titre en deuxième moyen de preuve. Il le définit comme étant "*des documents, tels 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). En d'autres termes, il s'agit des pièces que les parties doivent joindre à leur demande, respectivement à leur réponse (art. 221 al. 2 lit c et 222 al. 2 CPC). Ces documents peuvent en principe être produits sous forme de copie, en lieu et place de l'original (art. 180 al. 1 CPC, 1<sup>ère</sup> phrase). Le législateur confère toutefois la faculté au tribunal ou aux parties d'exiger la production d'un original ou d'une copie certifiée conforme "*lorsqu'il y a des raisons fondées de douter de l'authenticité du titre*" (art. 180 al. 1 CPC, 2<sup>ème</sup> phrase). Cette disposition est à mettre en relation avec l'art. 178 CPC à teneur duquel la partie qui invoque un titre "*doit en prouver l'authenticité si la partie adverse la conteste sur la base de motifs suffisants*". Cela signifie que la partie mettant en doute l'authenticité d'une pièce doit alléguer des indices suffisant à rendre vraisemblable l'existence de doutes sur ce point<sup>33</sup>.

La faculté donnée au tribunal de ne pas se contenter d'une copie et d'exiger la production de l'original devrait aussi s'étendre au cas dans lequel la partie produit la copie d'un titre au porteur duquel elle se prévaut titulaire, puisqu'à défaut d'être en possession de l'original du titre, elle ne saurait être mise au bénéfice de l'effet de légitimation propre à ce type de papier-valeur (art. 978 al. 1 CO)<sup>34</sup>.

Le CPC ne répond pas à la question de savoir si on peut envisager de produire un support électronique qui reflète le contenu d'un document écrit en lieu et place d'un chargé de pièces sous format "papier" (ainsi, une disquette ou une clé USB). On devrait répondre à cette question par l'affirmative, compte tenu des développements technologiques ambiants et de la place

<sup>32</sup> DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI (cf. note 12), art. 159 N 1.

<sup>33</sup> DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI (cf. note 12), art. 179 N 2 (une simple contestation ne suffit pas).

<sup>34</sup> On peut imaginer qu'en lieu et place de l'original soit produit une attestation émanant de l'autorité officielle étant elle-même en possession du titre (par ex. dans le cas d'une saisie pénale).

qu'entend donner le législateur à la loi électronique, en matière de respect des délais<sup>35</sup>. C'est d'ailleurs dans ce sens que semble aller le Message dont les auteurs relèvent que *"la force probante de la copie électronique n'est pas moindre que celle de l'original lorsque l'archivage est conforme aux règles du droit commercial"*<sup>36</sup>.

Enfin, la partie qui produit un titre volumineux (ainsi une comptabilité) ne peut se contenter d'un renvoi général à cet ensemble de documents mais doit au contraire signaler les passages ou pièces relevant (art. 180 al. 2 CPC) : cela relève tant du principe de la bonne foi applicable en procédure civile (art. 52 CPC) que du devoir des parties de collaborer à l'administration des preuves prévu à l'art. 160 CPC<sup>37</sup>.

### 3. L'inspection

L'inspection, prévue aux articles 181 et 182 CPC, ne nécessite pas de commentaire particulier. Elle vise, par exemple, le cas d'un transport sur place, ou encore l'expertise de l'état de santé de la partie qui se prévaudrait de dommages et intérêts pour atteinte à son avenir économique. Au gré des nécessités induites par les circonstances, le tribunal peut synchroniser l'inspection avec l'administration d'autres moyens de preuve tels le témoignage ou l'expertise (art. 181 al. 2 CPC)<sup>38</sup>. Il peut en outre arriver que l'inspection se fasse dans la salle d'audience lorsque l'objet à inspecter peut être déplacé (art. 181 al. 3 CPC)<sup>39</sup>.

### 4. L'expertise

L'expertise est prévue aux articles 183 à 189 CPC, et apparaît sous deux formes distinctes :

#### a) L'expertise proprement dite

Il s'agit de l'expertise classique par laquelle le juge commet un expert aux fins de l'aider à apprécier des faits dont la compréhension nécessite des connaissances techniques spécifiques. Il en va ainsi de la question de savoir si tel ou tel

<sup>35</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER (cf. note 13), p. 93, lesquels se réfèrent en outre à l'art. 130 CPC qui régit le dépôt d'écritures et de pièces par voie électronique. Voir aussi, ANNETTE DOLGE, in : Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger), art. 180 N 10.

<sup>36</sup> Message, p. 6932.

<sup>37</sup> DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI (cf. note 12), art. 55 N 8.

<sup>38</sup> Message, p. 6932.

<sup>39</sup> Ainsi le livre vendu faisant l'objet du litige et dont l'état est contesté.

édifice a été érigé selon les règles de l'art, de la fixation de la valeur d'un objet immobilier ou d'une œuvre d'art, ou encore d'une analyse en écriture<sup>40</sup>.

Les diverses dispositions du CPC en rapport avec l'expertise n'emportent point de commentaire particulier, et il convient de s'y référer.

A relever que le CPC prévoit la faculté pour le Tribunal, lorsque l'occasion se présente, de faire appel aux connaissances spéciales de l'un de ses membres en lieu et place d'un expert, pourvu qu'il en ait informé au préalable les parties afin qu'elles puissent se déterminer à ce sujet (art. 183 al. 3 CPC). Il arrive en outre que l'expert soit amené à procéder personnellement à des investigations (ainsi un transport sur place, l'audition de tel ou tel responsable de chantier ou d'un médecin traitant). Ce type d'investigation nécessite toutefois l'autorisation préalable du Tribunal, charge à l'expert d'en exposer les résultats dans son rapport (art. 186 al. 1 CPC). Selon les circonstances, que ce soit à la demande de l'une des parties ou d'office, le Tribunal pourra ordonner que lesdites investigations soient effectuées une nouvelle fois selon les dispositions applicables à l'administration des preuves (art. 186 al. 2 CPC ; ainsi l'audition du responsable de chantier ou du médecin en qualité de témoin, ou encore une inspection)<sup>41</sup>.

#### *b) L'expertise-arbitrage*

A teneur de l'article 189 CPC – il s'agit en soi d'une nouveauté au sein des institutions procédurales communément admises jusqu'ici en Suisse, même si le législateur l'insère discrètement parmi les dispositions relatives à l'expertise – les parties peuvent convenir que des faits contestés soient établis par un expert-arbitre (art. 189 al. 1)<sup>42</sup>. Dans un tel cas de figure, l'expert non seulement apporte ses connaissances spécifiques, mais encore tranche lui-même (en lieu et place du juge) des faits contestés, de façon à lier les parties et le juge. L'expertise-arbitrage s'assimile à une convention de procédure qui relève du droit privé : conclue entre les parties à un litige (faisant l'objet d'une procédure déjà pendante ou à venir), elle est soumise aux exigences de forme applicables à l'élection du for (art. 189 al. 2 renvoyant à l'art. 17 al. 2 CPC)<sup>43</sup>.

Le Tribunal est lié par les faits ainsi constatés pour autant que les conditions cumulatives prévues à l'article 189 al. 3 CPC soient réalisées : le litige est laissé à la libre disposition des parties (lit a)<sup>44</sup>, l'expert-arbitre n'est pas récu-

<sup>40</sup> Pour un exposé détaillé : FRANÇOIS VOUILLOZ (cf. note 23), p. 844ss.

<sup>41</sup> ANNETTE DOLGE (cf. note 35), art. 186 N 6s.

<sup>42</sup> FRANÇOIS VOUILLOZ (cf. note 23), p. 846s.

<sup>43</sup> ANNETTE DOLGE (cf. note 35), art. 189 N 5ss.

<sup>44</sup> Ce qui exclut les litiges concernant l'état des personnes ou le droit de la famille du champ d'application de cette disposition : ANNETTE DOLGE (cf. note 35), art. 189 N 21ss.

sable (lit b), tandis que le rapport a été établi avec impartialité et n'est entaché d'aucune erreur manifeste (lit c). Autrement dit, le juge doit en quelque sorte homologuer le rapport de l'expert-arbitre en conformité avec l'art. 189 al. 3 CPC pour que les conclusions de ce dernier le lient<sup>45</sup>.

L'article 189 CPC ne s'applique que dans la mesure où l'appréciation des faits contestés nécessite des connaissances techniques particulières<sup>46</sup>.

## C. Moyens de preuves "novateurs"

### 1. Les renseignements écrits

En doctrine traditionnelle, les renseignements qu'un tiers fournit en souscrivant une déclaration que l'une ou l'autre des parties porte à la procédure sous forme de pièces sont dépourvus de valeur probatoire tant que ce souscripteur n'en confirme pas le contenu par le biais d'un témoignage. En l'occurrence, l'article 190 al. 1 CPC permet au Tribunal de "*requérir des renseignements écrits de services officiels*". Par ce biais, et dans ces limites, le renseignement écrit est désormais érigé en véritable moyen de preuve, même si l'effet probatoire ne saurait nécessairement équivaloir à celui d'un témoignage<sup>47</sup>. Les services officiels visés seront les services de l'administration fédérale, cantonale ou communale. On peut aussi songer à certaines entreprises publiques ou agissant au bénéfice de concession, à l'instar de La Poste, voire à des organismes officiels étrangers<sup>48</sup>.

Le législateur élargit toutefois le champ d'application de cette disposition aux personnes "*dont la comparution au titre de témoin ne semble pas nécessaire*". Cet élargissement doit s'interpréter de façon restrictive<sup>49</sup>, le Message donnant l'exemple du médecin qui rédige une attestation médicale<sup>50</sup>. La jurisprudence aura l'occasion de préciser les contours de cet élargissement. Il est toutefois d'emblée exclu que les juridictions civiles cantonales ne deviennent submergées d'affidavit en tout genre à l'instar de ce qui prévaut dans les procédures de type anglo-américaines. A relever enfin que le tiers requis par le tribunal en vue de fournir des renseignements écrits n'est pas soumis à l'obligation de col-

<sup>45</sup> THOMAS WEIBEL, in : Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung. (Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger), art. 189 N 11ss.

<sup>46</sup> Message, p. 6933.

<sup>47</sup> HEINRICH WEIBEL/SABINA NÄGELI, in : Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung. (Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger), art. 190 N 8. FRANÇOIS VOUILLOZ (cf. note 23), p. 847.

<sup>48</sup> HEINRICH WEIBEL/SABINA NÄGELI (cf. note 47), art. 190 N 9.

<sup>49</sup> FRANÇOIS VOUILLOZ (cf. note 23), p. 847 ; HEINRICH WEIBEL/SABINA NÄGELI (cf. note 47), art. 190 N 10.

<sup>50</sup> Message, p. 6934.



laborer dans la mesure où cet apport à l'administration des preuves n'est pas couvert par l'un ou l'autre des trois champs visés à l'art. 160 al. 1 CPC<sup>51</sup>.

## 2. Les dires des parties

Elever les dires des parties au rang de moyen de preuve ne va pas de soi : pourquoi faire venir une partie à la barre pour confirmer ce qu'elle a déjà exposé sous la plume de son avocat ? A y réfléchir toutefois, la comparution personnelle n'est pas sans fournir d'utiles éléments d'appréciation au juge quant à la crédibilité d'une partie : le juge pourra en apprécier la spontanéité et tirer d'utiles indications sur la façon dont celle-ci réagit, placée devant certaines contradictions ou à l'occasion d'une confrontation<sup>52</sup>. Cette élévation de la comparution personnelle au rang de moyen de preuve intervient fréquemment en matière d'arbitrage.

Il convient enfin de rappeler qu'en application de l'article 157 CPC, le juge dispose de la libre appréciation des preuves, ce qui lui permettra en tout état de cause de donner la pondération qu'il jugera nécessaire ou utile à ce moyen de preuve confronté à d'autres<sup>53</sup>.

Le CPC prévoit deux modes d'audition des parties, à savoir l'interrogatoire (art. 191 CPC) et la déposition (art. 192 CPC), étant par ailleurs précisé que de telles auditions ne doivent être confondues avec la participation des plaideurs aux débats d'instruction visés à l'art. 226 CPC.

### a) *L'interrogatoire*

L'article 191 al. 1 CPC prévoit la faculté pour le Tribunal d'auditionner les deux parties ou l'une d'entre elles sur les faits de la cause. Au début de l'audience, les parties seront exhortées à répondre conformément à la vérité (art. 191 al. 2 CPC). Elles n'encourront toutefois aucune sanction pénale si elles mentent : le Tribunal doit néanmoins les rendre attentives au fait qu'en cas de "*mensonge délibéré*", elles s'exposent à une contravention de procédure, à savoir une amende disciplinaire de Sfr. 2'000 au plus et, en cas de récidive, de Sfr. 5'000 au plus (art. 191 al. 2 CPC)<sup>54</sup>.

### b) *Déposition*

On passe ici au stade supérieur, à savoir celui d'une audition qualifiée que le législateur appelle "*déposition des parties*". Dans ce cas, le Tribunal peut en effet

<sup>51</sup> HEINRICH WEIBEL/SABINA NÄGELI (cf. note 47), art. 190 N 5.

<sup>52</sup> HEINRICH WEIBEL/SABINA NÄGELI (cf. note 47), art. 191/192 N 6.

<sup>53</sup> WEIBEL TH., in : Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, ZPO Komm., art. 191/192 N 6.

<sup>54</sup> FRANÇOIS VOUILLOZ (cf. note 23), p. 847s.

contraindre les deux parties ou l'une d'entre elles à faire une déposition, sous menace de sanctions pénales (art. 192 al. 1 CPC). Cette menace de sanction vise les conséquences d'une fausse déclaration, prévues par l'article 306 CP dont les éléments constitutifs seraient alors réalisés, dès lors qu'à teneur de l'article 192 al. 2 CPC (lequel renvoie explicitement à l'art. 306 CP), les parties "*sont exhortées au préalable à répondre conformément à la vérité*"<sup>55</sup>.

En revanche, le Tribunal ne saurait faire usage de la contrainte pour amener les parties à déposer, qu'elle soit directe ou simplement psychologique (menace de sanctions au sens de l'art. 292 CP). La partie qui refuserait de comparaître alors qu'elle est citée en application de l'article 192 CPC s'expose toutefois aux conséquences prévues par le CPC en cas de refus injustifié de l'une des parties de collaborer (art. 164 CPC)<sup>56</sup>.

## IV. Obligation et refus de collaborer

Les moyens de preuve prévus par l'article 168 al. 1 CPC nécessitent la collaboration, sous une forme ou sous une autre, des parties elles-mêmes (production de pièces, déposition) ou de tiers (témoins, experts). Dans quelle mesure, alors qu'elles en sont requises, ces personnes sont-elles tenues de collaborer et de participer à l'administration des preuves ? Ce sont à ces questions que répondent les articles 160 à 167 CPC, lesquels constituent le chapitre 2 ("*Obligation de collaborer et droit de refus de collaborer*" du titre 10 du CPC).

### A. Portée du devoir de collaborer

Le CPC pose le principe selon lequel "*les parties et les tiers sont tenus de collaborer à l'administration des preuves*" (art. 160 al. 1 CPC *in initio*). Cette obligation de collaborer porte sur les trois aspects mentionnés par l'article 160 al. 1 CPC :

- faire une déposition, laquelle doit être conforme à la vérité, que ce soit en qualité de partie ou de témoin (lit a) ;
- produire les documents requis (lit b). A ce sujet, la loi mentionne l'exception de la correspondance d'avocat, dans la mesure où celle-ci concerne la représentation à titre professionnel d'une partie ou d'un tiers<sup>57</sup> ;

---

<sup>55</sup> François Vouilloz (cf. note 23), p. 848.

<sup>56</sup> PETER HAFNER, in : Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger), art. 192 N 9.

<sup>57</sup> DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI (cf. note 12), art. 160 N 8ss.

- tolérer un examen de leur personne ou une inspection de leurs biens par un expert (lit c)<sup>58</sup>.

On relèvera que le Tribunal statue librement sur le devoir de collaborer des mineurs sans qu'une limite d'âge ne soit précisée, tout en tenant compte du bien de l'enfant (art. 160 al. 2 CPC)<sup>59</sup>.

La loi prévoit l'obligation par le Tribunal de rendre les parties et les tiers attentifs à leur obligation de collaborer, à leur droit de refuser de collaborer et aux conséquences du défaut (art. 161 al. 1 CPC). Il est important que le juge se conforme à cette obligation, à défaut de quoi les preuves administrées ne pourraient pas être prises en compte, à moins que la personne concernée n'y consente ou que son refus de collaborer eût été injustifié (art. 161 al. 2 CPC)<sup>60</sup>.

## B. Les parties elles-mêmes

La loi prévoit deux cas de figure dans lesquels une partie peut refuser de collaborer. Tout d'abord, le législateur envisage celui dans lequel l'administration des preuves pourrait exposer un proche à une poursuite pénale, ou encore engager la responsabilité civile de celui-ci (art. 163 al. 1 lit a CPC). Ce n'est pas elle-même que la partie doit vouloir protéger mais un tiers, pour autant que ce dernier entre dans le cercle de personnes visées à l'article 165 CPC<sup>61</sup>.

La partie peut aussi refuser de collaborer lorsque la révélation d'un secret pourrait être punissable en vertu de l'article 321 CP (art. 163 al. 1 lit b CPC). Les réviseurs ne peuvent se prévaloir de leur secret professionnel dans ce type de situation, l'article 166 al. 1 lit b CPC étant au surplus applicable par analogie<sup>62</sup>. Lorsque la partie est dépositaire d'autres secrets protégés par la loi (à l'instar du secret bancaire), c'est en fonction d'une pondération entre l'intérêt à garder le secret (à rendre vraisemblable par la partie qui s'en prévaut) et l'intérêt à la manifestation de la vérité que le Tribunal tranchera (art. 163 al. 2 CPC)<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> Voir à propos de l'art. 160 al. 1 CPC : FRANÇOIS VOUILLOZ (cf. note 23), p. 835s.

<sup>59</sup> DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI (cf. note 12), art. 160 N 4.

<sup>60</sup> ERNST E. SCHMID, in : Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger), art. 161 N 10ss.

<sup>61</sup> FRANÇOIS VOUILLOZ (cf. note 23), p. 836.

<sup>62</sup> FRANZ HASENBÖHLER, in : Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung. (Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger), art. 163 N 14s.

<sup>63</sup> JOËLLE LENDENMANN, in : ZPO Kommentar : Schweizerische Zivilprozessordnung (Myriam A. Gehri/Michael Kramer), art. 163 N 11ss.

## C. Les tiers

Pour ce qui concerne les tiers, le CPC se réfère à deux types de refus de collaborer, à savoir le droit de refus absolu et le droit de refus restreint.

### 1. Le droit de refus absolu

L'article 165 CPC prévoit un droit (pas une obligation) de refuser de collaborer en raison de liens du tiers concerné avec l'une ou l'autre des parties à la procédure. Il s'agit d'un droit de refus absolu dès lors que ce lien suffit à lui seul pour justifier le refus. Ainsi, à teneur de l'article 165 al. 1 CPC, ce droit de refus échoit au conjoint, à l'ex-conjoint ou encore à la personne qui mène de fait une vie de couple avec l'une des parties (lit a), à la personne qui a des enfants communs avec l'une des parties (lit b), aux parents et alliés en ligne directe jusqu'au 3<sup>ème</sup> degré, les parents et alliés en ligne collatérale (lit c), aux parents nourriciers, enfant recueilli ou élevé comme frère et sœur d'une partie (lit d), et enfin à la personne désignée comme tuteur, conseil légal ou curateur d'une partie (lit e)<sup>64</sup>.

A noter que le partenariat enregistré est assimilé au mariage (art. 165 al. 2), les demi frères et sœurs étant assimilés aux frères et sœurs (art. 165 al. 3 CPC).

### 2. Le droit de refus restreint

Dans certaines circonstances, le tiers appelé à collaborer peut s'y refuser à raison de faits spécifiques qu'il ne peut être tenu de révéler compte tenu d'obligations légales. Ce droit de refus n'est pas absolu mais restreint, en ce sens que le même tiers n'est pas habilité à refuser de collaborer pour des faits non couverts par lesdites obligations.

L'article 166 al. 1 CPC procède à l'énumération d'une série de faits visés par les probatoires et pour lesquels le tiers n'est pas tenu de collaborer :

- les faits similaires à ceux permettant à une partie de collaborer au sens de l'article 163 al. 1 lit a CPC si ce n'est que, contrairement à une partie à la procédure, le tiers peut se prévaloir non seulement du besoin de protéger un proche, mais aussi de la nécessité de se protéger lui-même<sup>65</sup> ;
- tout fait dont la révélation serait punissable en vertu d'une obligation de garder le secret au sens de l'article 321 CP, les réviseurs n'étant toutefois pas habilités à s'en prévaloir. A relever que le détenteur du secret soumis à

---

<sup>64</sup> FRANÇOIS VOUILLOZ (cf. note 23), p. 837.

<sup>65</sup> DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI (cf. note 12), art. 166 N 3.

une obligation de dénoncer ou qui en a été délié doit 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 (art. 166 al. 1 lit b *in fine*). Cela étant, les avocats et les ecclésiastiques conservent la maîtrise absolue de leur secret (art. 166 al. 1 lit b CPC)<sup>66</sup> ;

- les faits couverts par le secret de fonction au sens de l'article 110 ch. 4 CP, le tiers étant tenu de collaborer toutefois lorsqu'il est soumis à une obligation de dénoncer ou que l'autorité dont il relève l'y a habilité (art. 166 lit c CPC)<sup>67</sup> ;
- les faits dont l'Ombudsman ou le médiateur ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions (art. 166 al. 1 lit d CPC)<sup>68</sup> ;
- des faits dont la révélation porterait atteinte au droit d'un média à caractère périodique de ne pas révéler l'identité de l'auteur ou le contenu et les sources de ses informations (art. 168 al. 1 lit e CPC)<sup>69</sup>.

Le droit de refus restreint est de surcroît relativisé s'agissant de faits couverts par "*d'autres droits de garder le secret qui sont protégés par la loi*", tel le secret bancaire (art. 47 LP). En effet, c'est ici la solution de la pesée d'intérêts qui prévaut, en vertu de laquelle le tiers doit rendre vraisemblable que son intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité (art. 166 al. 2 CPC)<sup>70</sup>.

## D. Conséquences du refus de collaborer

La partie ou le tiers appelé à collaborer refuseront parfois de s'exécuter, cas de figure dont il s'agit d'analyser les conséquences.

### 1. Refus justifié

L'article 162 CPC pose le principe général selon lequel "*le Tribunal ne peut inférer d'un refus légitime de collaborer d'une partie ou d'un tiers que le fait allégué est prouvé*". Le législateur fait ainsi clairement interdiction au juge de déduire quoi que ce soit sur le plan de l'administration des preuves d'un refus de collaborer justifié. Dans un tel cas, le refus est justifié, un point c'est tout. Le juge ne saurait se livrer à des procès d'intention en spéculant sur les raisons pour les-

<sup>66</sup> ERNST E. SCHMID (cf. note 60), art. 166 N 5ss.

<sup>67</sup> ERNST E. SCHMID (cf. note 60), art. 166 N 11.

<sup>68</sup> ERNST E. SCHMID (cf. note 60), art. 166 N 12.

<sup>69</sup> ERNST E. SCHMID (cf. note 60), art. 166 N 13ss.

<sup>70</sup> ERNST E. SCHMID (cf. note 60), art. 166 N 16ss.

quelles la personne concernée (tiers ou partie) a décidé de faire usage de son droit de refus de collaborer<sup>71</sup>.

## 2. Refus injustifié

Si le refus injustifié émane d'une partie, le juge ne dispose d'aucune mesure de pression ou d'exécution forcée en vue de contraindre la partie à s'exécuter, qu'il s'agisse, par exemple, d'un interrogatoire, d'une déposition ou encore d'une production de pièces.

En revanche, le Tribunal prendra en compte un tel refus "*lors de l'appréciation des preuves*" (art. 164 CPC)<sup>72</sup>. Cette règle découle de la concrétisation du principe de la bonne foi consacré à l'article 52 CPC, que certaines législations cantonales mettaient en œuvre de façon similaire<sup>73</sup>. Cette absence d'exécution forcée distingue le CPC de la *Discovery* du droit anglo-américain.

Lorsqu'il émane d'un tiers, le refus injustifié permet en revanche au Tribunal de prendre diverses mesures prévues par l'article 167 al. 1 CPC, à savoir :

- le prononcé d'une amende d'ordre de Sfr. 1'000 au plus (lit a) ;
- la menace des sanctions prévues à l'article 292 CP (lit b) ;
- la mise en œuvre de la force publique (lit c) ;
- la mise des frais causés par le refus de collaborer à la charge du tiers (lit d)<sup>74</sup>.

Le simple défaut (absence de comparution en vue d'une audition en qualité de témoin ou absence de production de pièces sans qu'il n'ait été précédé d'un refus explicite) est assimilé à un refus de collaborer injustifié (art. 167 al. 2 CPC). A relever que toute mesure prononcée par le Tribunal en application de l'article 167 CPC pourra faire l'objet d'un recours (art. 167 al. 3 et 319 lit b ch. 1 CPC)<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> FRANZ HASENBÖHLER (cf. note 62), art. 162 N 4.

<sup>72</sup> ERNST E. SCHMID (cf. note 60), art. 164 N 1ss ; FRANÇOIS VOUILLOZ (cf. note 23), p. 836s.

<sup>73</sup> Ainsi par exemple l'art. 186 al. 2 LPC GE : voir BERNARD BERTOSSA/LOUIS GAILLARD/JACQUES GUYET/ANDRÉ SCHMIDT (cf. note 27), art. 186 N 5.

<sup>74</sup> Voir pour l'ensemble de ce cas de figure : FRANZ HASENBÖHLER (cf. note 62), art. 167 N 9ss.

<sup>75</sup> FRANZ HASENBÖHLER (cf. note 62), art. 167 N 15ss.

## V. Contestation et modalités d'exécution

### A. Remise en cause des décisions rendues en matière de preuve

Une ordonnance de preuve, comme déjà évoqué, ne peut en principe faire l'objet d'un recours dès lors qu'elle peut être modifiée ou complétée en tout temps et qu'elle ne lie par conséquent pas le juge (art. 154 CPC *in fine*). Il faut réserver le cas où une telle ordonnance prévoirait un moyen de preuves illécites, ce qui la rendrait alors susceptible de causer un préjudice difficilement réparable au sens de l'article 319 lit b ch. 2 CPC.

Il faut en outre mentionner la possibilité du recours s'agissant d'autres décisions et ordonnances d'instruction de première instance, lorsque la loi le prévoit (art. 319 lit b ch. 1 CPC). Nous mentionnerons les décisions rendues en matière d'avance de frais d'administration des preuves (art. 102 et 103 CPC), les décisions rendues par le Tribunal en cas de refus injustifié de collaborer de la part du tiers (art. 167 al. 3 CPC), de même que les décisions relatives à la rémunération de l'expert (art. 184 al. 3 CPC).

### B. Espace judiciaire unique en Suisse

Le titre 11 du CPC ("*Entraide judiciaire entre tribunaux suisses*") est constitué des articles 194 à 196 CPC.

Il y a ici, de par le droit fédéral désormais, la création d'un espace judiciaire unique en Suisse issu des principes fixés par l'article 194 CPC : d'une part les tribunaux ont l'obligation de s'entraider (alinéa 1), d'autre part ils correspondent directement entre eux à ces fins (alinéa 2).

Un tribunal peut accomplir directement les actes de procédure nécessaires dans un autre canton, notamment en y tenant audience et y administrant des preuves (art. 195 CPC), ou alors peut choisir la voie de l'entraide (art. 196 CPC)<sup>76</sup>.

Ces principes de droit fédéral ont pour conséquence de rendre sans objet le concordat intercantonal sur l'entraide judiciaire en matière civile qu'il incombera aux cantons d'abroger le moment venu<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER (cf. note 13), p. 103.

<sup>77</sup> DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER (cf. note 13), p. 103 ; NOËLLE KAISER JOB, in : Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger), art. 194-196 N 12.

## VI. Conclusions

Le législateur en charge du CPC a, fondamentalement, repris des principes de base connus de la plupart des législations cantonales alors en vigueur, même si chaque canton se retrouve désormais confronté à des spécificités inconnues jusqu'ici. On peut dire que, *grosso modo*, le CPC est conforme à une certaine culture helvétique de la procédure issue de principes découlant pour partie de la Constitution, pour partie d'un processus d'unification à froid entamé depuis plusieurs années par le législateur fédéral sous le couvert de norme de droit matériel.

Pour ce qui tient à l'administration des preuves, le législateur fédéral a dû faire des choix, à l'image du *numerus clausus* et de l'instauration de six moyens de preuves admis par la loi. Toujours dans ce domaine, la mise en œuvre du CPC va indubitablement générer des changements de pratiques pour certains cantons. On peut penser, par exemple, à la structure de la demande qui devra comprendre des allégations de fait avec, pour chacune d'elle, l'indication des moyens de preuves proposés, le même principe valant *mutatis mutandis* pour la réponse (art. 221 al. 1 lit d et e, art. 222 al. 2 CPC), de même qu'à l'ordonnance de preuve prévue par l'article 154 CPC (tous procédés qui n'effaroucheront point les juges et avocats vaudois mais auxquels leurs homologues genevois – habitués à une application approximative de la LPC GE – devront s'adapter).

La venue du CPC emporte toutefois un changement fondamental puisque, désormais, le Tribunal fédéral pourra revoir l'application du droit de procédure avec un pouvoir de cognition complet (art. 95 lit a LTF), ce droit n'étant plus cantonal mais fédéral. Ces changements, opérés sous le contrôle ciselé du Tribunal fédéral, auront certainement des incidences très concrètes sur cette matière aussi sensible et aux incidences locales marquées qu'est l'administration des preuves.

La disparition du cantonalisme en la matière sonne la fin d'une époque pour les nostalgiques, mais s'annonce comme un départ pour l'inconnu – par définition fascinant – aux yeux de tout juriste épris de créativité...



---

# Les voies de recours

## L'appel et le recours limité au droit selon le CPC

LAURA JACQUEMOUD-ROSSARI

*Juge au Tribunal fédéral*

### Introduction

Après un bref rappel de l'ensemble des voies de droit, la présente contribution est consacrée exclusivement à l'appel et au recours limité au droit. Pour l'un comme pour l'autre, le texte suit la systématique de loi. Les dispositions légales sont présentées en parallèle pour chacun des recours dans une perspective de mise en exergue immédiate des différences et des similitudes de leurs conditions d'application.

### I. Les différentes voies de recours

Le CPC traite sous titre 9 des "voies de recours". Ce titre, subdivisé en quatre chapitres, a trait à l'appel (chapitre I, art. 308 ss CPC), au recours (chapitre II, art. 319 ss CPC), à la révision (chapitre III, art. 328 ss CPC), à l'interprétation ainsi qu'à la rectification (chapitre IV, art. 334 CPC)<sup>1</sup>.

#### A. Les voies de recours proprement dites

Seuls l'appel et le recours sont de véritables voies de recours, par quoi il faut comprendre la faculté de déférer la décision de première instance à une autorité cantonale de recours. Pour respecter les exigences de l'art. 75 LTF relatives à l'épuisement des voies de droit cantonales, d'une part (al. 1), et à l'instauration

---

<sup>1</sup> À noter que les textes allemand et italien emploient les termes de "*Rechtsmittel*" et "*mezzi di impugnazione*", à savoir les voies de droit, terminologie plus appropriée à notre sens, parce que plus large, que la dénomination "voies de recours" qui recouvre tant le sens large de voie de droit que le sens précis de recours auprès d'une autorité cantonale supérieure.

d'une double instance, d'autre part (al. 2), cette autorité doit être une autorité cantonale de dernière instance et constituer désormais un tribunal supérieur<sup>2</sup>.

## **B. Les autres voies de droit**

La révision, l'interprétation et la rectification ne sont pas des voies de recours proprement dites, mais des voies de droit permettant de revoir, aux conditions prévues par la loi, une décision par l'autorité qui l'a rendue<sup>3</sup>.

## **C. Les exceptions au principe de la double instance**

La volonté du législateur de soumettre toute cause à une double instance cantonale connaît des exceptions énoncées aux art. 5 à 8 CPC<sup>4</sup>, à savoir :

- lorsqu'une loi fédérale impose une instance cantonale unique (art. 5 CPC) ;
- dans les cantons qui ont institué un tribunal de commerce qui statue en instance cantonale unique dans les litiges commerciaux (art. 6 CPC) ;
- dans les cantons qui ont institué un tribunal qui statue en instance cantonale unique dans les litiges relatifs aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale (art. 7 CPC) ;
- lorsque les parties saisissent directement le tribunal cantonal supérieur comme instance unique, ce qu'elles ne sont autorisées à faire que pour les litiges patrimoniaux dont la valeur atteint au moins 100'000 fr. (art. 8 CPC) ;
- en matière d'arbitrage interne (art. 356 al. 1 let. a CPC).

# **II. Principales caractéristiques de l'appel et du recours**

## **A. L'appel : art. 308 ss CPC**

L'appel est un recours ordinaire, avec un effet dévolutif complet, qui permet à l'autorité supérieure de revoir avec un plein pouvoir de cognition l'application du droit (art. 310 let. a CPC) et la constatation des faits (art. 310 let. b CPC). Il a un effet suspensif sur la décision (art. 315 al. 1 CPC). Les nova sont admissibles

---

<sup>2</sup> Constitue un tribunal supérieur celui dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours ordinaire sur le plan cantonal et qui n'est pas hiérarchiquement subordonné à une autre autorité judiciaire cantonale ; cf. TAPPY, p. 84.

<sup>3</sup> MEIER, p. 463.

<sup>4</sup> Cf. art. 75 al. 2 LTF.

(art. 317 CPC). Un appel joint peut être formé (art. 313 CPC). L'appel est une voie de recours qui tend à la réforme de la décision entreprise (art. 318 CPC).

## **B. Le recours : art. 319 ss CPC**

Le recours est généralement qualifié de voie de droit extraordinaire<sup>5</sup>. L'autorité de recours dispose d'un pouvoir d'examen limité à la "constatation manifestement inexacte des faits" (art. 320 let. b CPC), en d'autres termes à l'arbitraire<sup>6</sup>, alors qu'elle revoit librement l'application du droit (art. 320 let. a CPC). Le recours est subsidiaire en tant qu'il n'est ouvert que contre les décisions qui ne sont pas attaques par la voie de l'appel (art. 319 let. a CPC)<sup>7</sup>. Il est principal pour les autres décisions (art. 319 let. b et c CPC). Il n'a pas d'effet suspensif automatique (art. 325 CPC). Le recours joint et les nova ne sont pas admis (art. 323 et 326 CPC). C'est une voie de recours principalement cassatoire (art. 327 al. 3 let. a CPC), mais qui peut aboutir à la réforme de la décision si la cause est en état d'être jugée (art. 327 al. 3 let. b CPC).

L'emploi du terme "recours" dans le CPC peut parfois prêter à confusion selon qu'il désigne véritablement la voie de recours visée par les art. 319 ss CPC, à savoir le "recours limité au droit", ou qu'il est pris dans son acception générale de voie de droit. A titre d'exemple, on peut citer l'art. 237 al. 2 CPC qui prévoit le "recours immédiat" contre les décisions incidentes alors que, nous le verrons ultérieurement (cf. III.A.1.b), ces décisions peuvent donner lieu à un appel.

## **III. Les décisions susceptibles d'appel ou de recours**

### **A. L'appel**

#### **1. Les décisions finales et incidentes : art. 308 al. 1 let. a CPC**

A teneur de cette disposition, l'appel est ouvert contre toutes les décisions finales (art. 236 CPC) et incidentes (art. 237 CPC) de première instance, de nature patrimoniale ou non, qu'elles aient été instruites en procédure ordinaire,

<sup>5</sup> Message p. 6976 ; CHAIX, p. 258 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 191 ; JEANDIN, p. 351 ; GASSER/RICKLI, p. 257 ; MEIER, p. 455 s. et 458 qui s'appuie sur l'absence d'effet suspensif pour qualifier le recours de voie de droit extraordinaire, tout en s'opposant à cette distinction ; pour une distinction entre l'appel ordinaire et extraordinaire en procédure civile genevoise, cf. note A. Braconi, SJ 1998 p. 29 ss.

<sup>6</sup> Sur cette notion voir par exemple, ATF 135 V 2 c. 1.3.

<sup>7</sup> LEUENBERGER, p. 37 ; SPÜHLER, n. 1 ad art. 319.

simplifiée, sommaire ou de droit de la famille<sup>8</sup>. L'objet de la décision peut être de nature contentieuse ou gracieuse.

a) *Les décisions finales*

Par décision finale, on entend toute décision qui met fin au procès, qu'il s'agisse d'une décision d'irrecevabilité (incompétence du tribunal, autorité de la chose jugée) ou de fond (art. 236 al. 1 CPC). Bien que l'art. 308 al. 1 let. a CPC ne la mentionne pas, la décision partielle (ou jugement sur partie), qui constitue une décision finale, est également susceptible d'appel, comme le relève le Message en renvoyant à l'art. 91 LTF<sup>9</sup>.

b) *Les décisions incidentes*

L'art. 237 al. 1 CPC définit la décision incidente comme étant celle pouvant être rendue par le tribunal "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". On pense, par exemple, aux décisions portant sur la compétence territoriale (acceptation de la compétence), la prescription du droit allégué (négation de la prescription) ou le principe de la responsabilité (s'il est admis). En effet, dans ces trois cas, si l'autorité d'appel réforme la décision entreprise en niant la compétence, en admettant la prescription ou en rejetant le principe de la responsabilité, la décision rendue conduira à une décision finale d'irrecevabilité ou de rejet<sup>10</sup>. En revanche, dans l'hypothèse inverse, la décision de première instance est une décision finale. La notion définie à l'art. 237 CPC correspond à celle visée par l'art. 93 al. 1 let. b LTF<sup>11</sup>. Elle n'inclut pas les autres décisions rendues à titre préjudiciel ou préalable pour lesquelles le recours, et non l'appel, est possible "lorsqu'elles peuvent causer un préjudice difficilement réparable" (art. 319 let. b ch. 2 CPC). Dans la procédure de recours fédérale, les décisions incidentes sur la compétence sont régies par l'art. 92 al. 1 LTF.

Les décisions incidentes doivent être attaquées immédiatement, à défaut de quoi elles ne pourront plus l'être avec la décision finale (art. 237 al. 2 CPC). Dans cette mesure, l'appel n'a pas de force attractive. La disposition diffère sur ce point de l'art. 93 LTF qui réserve en son alinéa 3 la faculté, mais non l'obligation, de recourir immédiatement contre les décisions incidentes, à l'exception des décisions sur la compétence (art. 92 al. 2 LTF)<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Message p. 6977 s.

<sup>9</sup> Message p. 6951, 6952 ; cf. ATF 133 V 477 c. 4.1.2 qui qualifie de partiellement finale la décision prise en vertu de l'art. 91 LTF, voir aussi ATF 134 III 426 c.1.1.

<sup>10</sup> Message p. 6951 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 435 ; HALDY, p. 61.

<sup>11</sup> Voir, LEUENBERGER, p. 31.

<sup>12</sup> CORBOZ, n. 20 ad art. 92 et n. 7 ad art. 93.

## 2. Les décisions sur mesures provisionnelles : art. 308 al. 1 let. b CPC

L'appel est également ouvert contre les décisions de première instance sur mesures provisionnelles (art. 261 et 308 al. 1 let. b CPC)<sup>13</sup>.

## 3. La valeur litigieuse : art. 308 al. 2 CPC

La recevabilité de l'appel dans les affaires patrimoniales est soumise à une valeur litigieuse qui doit être égale ou supérieure à 10'000 fr. "au dernier état des conclusions" (art. 308 al. 2 CPC). La valeur litigieuse correspond au montant qui était contesté au moment du jugement de première instance<sup>14</sup>. Elle se détermine ainsi de la même manière que pour les recours devant le Tribunal fédéral (art. 51 LTF). Compte tenu de la systématique de la loi, la valeur litigieuse s'applique aussi aux décisions incidentes et provisionnelles de nature patrimoniale. Pour les décisions incidentes, elle devrait être déterminée sur la base des conclusions restées litigieuses dans la cause principale, comme pour la réglementation applicable aux recours devant le Tribunal fédéral (art. 51 al. 1 let. c LTF). Il devrait en aller de même pour les mesures provisionnelles<sup>15</sup>. Toutefois, quand les mesures provisionnelles sont qualifiées de décisions finales, à l'instar de ce qui a été jugé en procédure fédérale pour certaines mesures provisoires en droit de la famille<sup>16</sup>, la valeur litigieuse devra être calculée indépendamment des conclusions prises dans la procédure au fond. En outre, lorsqu'elles portent sur des chefs de conclusions pécuniaires (contributions d'entretien, attribution du logement conjugal) et non pécuniaires (droit de garde, droit de visite), il faudra déterminer si, comme pour la procédure fédérale, il y a une attraction en faveur de la nature non pécuniaire du litige<sup>17</sup>.

## 4. Les décisions non susceptibles d'appel : art. 309 CPC

Les décisions qui ne sont pas susceptibles d'appel sont énumérées par cette disposition. Il s'agit des décisions du tribunal de l'exécution (let. a, art. 335 ss CPC), ainsi que diverses décisions relevant de la LP (let. b ch. 1 à 7).

Figurent dans la liste des exceptions les décisions pour lesquelles le tribunal de la faillite ou du concordat est compétent en vertu de la LP (let. b ch. 7). Il

<sup>13</sup> Les mesures provisionnelles sont instruites selon les règles de la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC).

<sup>14</sup> Message p. 6978 ; LEUENBERGER, p. 32 ; HALDY, p. 81 ; JEANDIN, p. 341 ; SPÜHLER, n. 8 ad art. 308.

<sup>15</sup> La question est toutefois controversée, cf. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 437 qui considèrent que la valeur litigieuse est examinée indépendamment des conclusions au fond ; *contra* SPÜHLER, n. 8 ad art. 308.

<sup>16</sup> La décision de mesures protectrices de l'union conjugale : ATF 133 III 393 c.4 et 5, celle de mesures provisoires dans la procédure en divorce, ATF 134 III 426 c. 2.2.

<sup>17</sup> 5A\_865/2009 c. 1 et réf. citées en matière de mesures protectrices ; 5A\_561/2009 c. 1.1.

faut être attentif à la nature des décisions rendues par le juge de la faillite (art. 159 ss LP) ou du concordat (art. 293 ss LP). À notre avis, la norme concerne uniquement les décisions relevant du pur droit des poursuites<sup>18</sup>, soit des décisions unilatérales prises par le juge en sa qualité d'organe de la poursuite<sup>19</sup>, parmi lesquelles figurent le jugement de faillite (art. 171 s. LP), l'ajournement de la faillite (art. 173 s. LP) et l'octroi d'un sursis concordataire provisoire ou définitif (art. 293 al. 3 et 295 LP)<sup>20</sup>. Les décisions qui ont des incidences sur le droit matériel<sup>21</sup>, comme la collocation (art. 250, 321 al. 2 LP), la revendication dans la faillite ou dans le concordat par abandon d'actifs (art. 242, 319 al. 2 LP), ou encore l'action révocatoire (art. 285 ss LP) ne devraient pas tomber dans le champ d'application de la disposition.

## B. Le recours

### 1. Comme voie subsidiaire : art. 319 let. a CPC

Selon l'art. 319 let. a CPC, le recours est recevable contre "les décisions finales, incidentes et provisionnelles de première instance qui ne peuvent faire l'objet d'un appel" ainsi que contre les décisions partielles de première instance. Il s'agit, d'une part, des décisions rendues dans les affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse est inférieure au seuil de 10'000 fr. et, d'autre part, des décisions qui ne sont pas sujettes à l'appel parce que la loi l'exclut expressément (art. 309 let. a CPC *a contrario* pour les décisions du tribunal de l'exécution et 309 let. b CPC). Le recours est également ouvert contre la décision en matière de frais quand elle est attaquée séparément (art. 110 CPC), contre la décision rendue par l'autorité de conciliation quand elle rend une décision dans les limites de ses compétences (art. 212 al. 1 CPC)<sup>22</sup> ou au tiers contre les décisions du tribunal de l'exécution (art. 346 CPC). Dans toutes ces hypothèses, le recours est une voie de recours subsidiaire.

### 2. Comme voie principale : art. 319 let. b CPC

La disposition ouvre un recours principal contre les autres décisions ou ordonnances d'instruction de première instance, soit dans les cas prévus par la loi (art. 319 let. b ch. 1), soit lorsqu'elles peuvent causer un préjudice difficile-

<sup>18</sup> Dans ce sens, Staehelin/Staehelin/Grolimund, p. 437.

<sup>19</sup> BRACONI, p. 252 s.

<sup>20</sup> Ou encore, la déclaration de la faillite de change (art. 189 LP), la suspension de la faillite faute d'actif (art. 230 LP), la liquidation sommaire de la faillite (art. 231 LP), la clôture de la faillite (art. 268 LP), l'homologation du concordat (art. 304 LP), la suspension de la réalisation des gages immobiliers (art. 306a LP) ou la révocation du concordat (art. 316 LP).

<sup>21</sup> On parle aussi de "contestations de droit des poursuites avec effet réflexe sur le droit matériel", ATF 131 III 227 c. 3.3 ; dans ce sens, STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, p. 437.

<sup>22</sup> Message p. 6942 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 124.

ment réparable (art. 319 let. b ch. 2). Il conviendra préalablement de qualifier correctement l'acte attaqué pour déterminer s'il s'agit d'une décision ou d'une ordonnance, puisque le délai de recours diffère suivant la nature de l'acte (art. 321 al. 1 et 2 CPC).

a) *Les cas prévus par la loi : art. 319 let. b ch. 1 CPC*

Le CPC a expressément prévu la faculté d'interjeter un recours limité au droit contre des décisions ou ordonnances d'instruction de première instance qui ne sont ni finales (art. 236 CPC) ni incidentes (art. 237 al. 1 CPC), mais de type procédural, à savoir des décisions qui concernent le déroulement ou l'organisation du procès. Le Message les qualifie de "décisions sur incident"<sup>23</sup>. Dans les cas visés par l'art. 319 let. b ch. 1 CPC, le recours est immédiatement ouvert, et cela sous peine de forclusion selon certains auteurs<sup>24</sup>.

Il s'agit des décisions rendues en matière de récusation (art. 50 al. 2 CPC), d'intervention accessoire (art. 75 al. 2 CPC), d'appel en cause (art. 82 al. 4 CPC), de fixation d'avance de frais ou de sûretés (art. 103 CPC), de retrait ou de refus d'assistance judiciaire (art. 121 CPC) et de suspension ou de renvoi pour cause de connexité de la procédure (art. 126 al. 2 et art. 127 al. 2 CPC). Il convient de relever au sujet de ces deux dernières dispositions que le texte français diverge des textes allemand et italien. Dans la version française, il s'agit d' "ordonnance", alors que le texte italien parle de "*decisione*" et que le texte allemand ne les qualifie pas, les dénommant directement par leur fonction à savoir "*Sistierung*" ou "*Überweisung*". Certains auteurs les qualifient de décisions et non d'ordonnances<sup>25</sup>. Cette distinction n'est pas anodine pour déterminer le délai de recours, qui n'est pas nécessairement le même selon qu'il s'agit d'une ordonnance ou d'une décision (art. 321 al. 1 et 2 CPC).

Le recours est également ouvert à des tiers en cas de prononcé d'une amende disciplinaire (art. 128 al. 4 CPC), de sanction pour refus injustifié de collaborer (art. 167 al. 3 CPC) et de rémunération de l'expert (art. 184 al. 3 CPC). Dans la procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille<sup>26</sup>, l'enfant capable de discernement "peut" recourir contre le refus de l'entendre ou de lui désigner un représentant (art. 298 al. 3 et art. 299 al. 3 CPC).

<sup>23</sup> Message p. 6983 ; cf. opinion de MEIER, p. 470.

<sup>24</sup> JEANDIN, p. 350 qui se réfère au Message p. 6983 qui parle de recours "sans délai" ; voir cependant SPÜHLER, n. 6 ad art. 319 qui dit que les parties peuvent ("*können*"), mais n'ont pas besoin d'attendre la décision au fond.

<sup>25</sup> Dans ce sens, HOFMANN/LÜSCHER, p. 199 n. 354 ; JEANDIN, p. 352 ; HALDY, p. 86.

<sup>26</sup> Titre 7 CPC.

Sont également susceptibles de recours limité au droit les décisions sur demande de révision, interprétation ou rectification quand elles émanent de l'autorité de première instance (art. 332 et art. 334 al. 3 CPC), ou encore les sentences arbitrales au niveau cantonal si les parties l'ont expressément prévu (art. 356 al. 1 let. a et art. 390 CPC).

b) *Le préjudice difficilement réparable : art. 319 let. b ch. 2 CPC*

Toute autre décision ou ordonnance non visée par l'art. 319 let. b ch. 1 CPC n'est susceptible de recours que pour autant que la condition du "préjudice difficilement réparable" soit remplie. La restriction ainsi posée vise à ne pas retarder inutilement le cours du procès<sup>27</sup>.

Il faut être attentif à la teneur du texte légal. La notion de "préjudice difficilement réparable" se distingue de celle visée par l'art. 93 al. 1 let. a LTF qui traite du "préjudice irréparable", à savoir un préjudice d'ordre juridique<sup>28</sup>. A l'origine, la commission d'experts avait repris la formulation de la LTF dans l'Avant-projet (art. 310 let. b AP-CPC) tout en précisant cependant que le préjudice ne devait pas nécessairement être juridique, mais pouvait être de nature purement factuelle<sup>29</sup>. L'abandon dans le CPC du terme "irréparable" au profit de celui "difficilement réparable", soit une formulation large, permet de penser que le préjudice peut couvrir, outre des inconvénients de nature juridique, également des inconvénients de fait. Il pourrait alors consister dans un dommage économique<sup>30</sup>.

L'admission d'une preuve interdite pourrait donner lieu à un recours immédiat<sup>31</sup>. En revanche, le recours ne devrait pas être ouvert contre une preuve non pertinente, une citation à comparaître (art. 133 CPC), un renvoi d'audience (art. 135 CPC) ou la prolongation d'un délai (art. 144 al. 2 CPC). Si le recours immédiat n'est pas ouvert, faute de préjudice difficilement réparable, l'acte peut alors être attaqué avec la décision finale<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> Message p. 6984.

<sup>28</sup> CORBOZ, n. 15 ss ad art. 93. Sur la notion de préjudice irréparable : ATF 133 IV 139 c. 4 ; 133 III 629 c. 2.3 ; sous la LOJ, voir aussi : ATF 128 I 177 c. 1.1 ; 127 I 92 c.1c.

<sup>29</sup> Rapport explicatif accompagnant l'Avant-projet, ad art. 310 p. 146.

<sup>30</sup> STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 445 s. ; *contra* SPÜHLER, n. 7 ad art. 319 qui ne discute toutefois pas la distinction de terminologie avec la LTF.

<sup>31</sup> HOFMANN/LÜSCHER, p. 199.

<sup>32</sup> Message p. 6984.



### 3. Le recours pour retard injustifié : art. 319 let. c CPC

Le recours limité au droit est ouvert contre le retard injustifié du tribunal compris au sens large, soit également les autorités de conciliation<sup>33</sup>. Comme dans la procédure de recours devant le Tribunal fédéral (art. 94 LTF), la disposition vise aussi bien l'autorité qui tarde à rendre une décision que celle qui refuse expressément ou tacitement de statuer. Il faut cependant que le retard ou le refus ne trouve pas de justification<sup>34</sup>. La disposition pourrait aussi viser certaines ordonnances de procédure non susceptibles d'être attaquées par la voie de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC, faute de préjudice difficilement réparable, mais qui retarderaient inutilement le procès<sup>35</sup>. Le tribunal sera invité à donner son avis (art. 324 CPC). Il n'y a pas de délai pour recourir pour retard injustifié<sup>36</sup>.

### C. Les décisions qui ne sont sujettes à aucun recours

Certaines décisions ne sont susceptibles ni d'appel ni de recours. Il en va ainsi de la décision du juge en procédure sommaire sur l'opposition pour non-retour à meilleure fortune de l'art. 265a al. 1 LP<sup>37</sup>, des décisions rendues en instance cantonale unique (art. 5 à 8 CPC), des décisions à titre incident rendues par la deuxième instance cantonale, des décisions sur mesures superprovisionnelles<sup>38</sup> (art. 265 CPC), des décisions de radiation consécutives à un acquiescement, à un désistement ou à une transaction ou de procès devenu sans objet pour d'autres raisons (art. 241<sup>39</sup> et 242 CPC).

## IV. Les motifs à l'appui de l'appel et du recours

### A. La violation du droit : art. 310 let. a – art. 320 let. a CPC

L'examen de la violation du droit est libre tant sur appel que sur recours. Par droit, on entend l'ensemble du droit fédéral (droit de procédure, droit matériel, droit constitutionnel), mais aussi le droit cantonal (organisation judiciaire et autres lois cantonales) ; l'autorité de recours examine également librement la

<sup>33</sup> Message p. 6984.

<sup>34</sup> Il sera rappelé à cet égard que la surcharge des tribunaux n'est pas une excuse, cf. CORBOZ, n. 10 ad art. 94.

<sup>35</sup> Pour des exemples, cf. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 448, qui mentionnent une expertise superflue, une ordonnance de preuve inutile.

<sup>36</sup> SPÜHLER, n. 7 ad art. 321.

<sup>37</sup> La décision du juge sur l'opposition pour non-retour à meilleure fortune de l'art. 265a al. 1 LP n'est sujette à aucun recours, comme sous l'empire du droit actuel : ATF 134 III 524, 131 I 24 c. 2.2, car elle ne fait que déterminer le rôle des parties pour la suite de la procédure. Message p. 6977 ; MARAZZI, n. 845 p. 413.

<sup>38</sup> Message p.6964 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 170 ; JEANDIN, p. 341.

<sup>39</sup> Ces décisions sont sujettes à révision, cf. art. 328 al. 1 let. c CPC.

mauvaise application ou la non application du droit étranger, et cela quelle que soit la nature du litige, patrimoniale ou non<sup>40</sup>.

## **B. Les constatations de fait : art. 310 let. b CPC – art. 320 let. b CPC**

Comme déjà relevé, le pouvoir d'examen en matière de faits est différent en appel ou sur recours. L'autorité d'appel revoit librement l'appréciation des preuves et l'établissement des faits ; elle peut les corriger s'ils sont inexacts (art. 310 let. b CPC), alors que l'autorité de recours ne procédera à leur rectification que s'ils sont *manifestement* inexacts (art. 320 let. b CPC) et pour autant que le recourant s'en soit plaint. Le recourant ne peut donc les critiquer que sous l'angle de l'arbitraire, à l'instar de ce qui est prévu à l'art. 97 al. 1 LTF<sup>41</sup>.

## **V. Recevabilité**

Il est procédé d'office à l'examen des conditions de recevabilité de l'appel, respectivement du recours (art. 60 CPC d'application générale), soit en particulier le respect de la forme, du délai, des conclusions ainsi que du degré de motivation de l'acte.

### **A. La forme**

Le CPC fixe des exigences de forme identiques tant pour l'appel que pour le recours. Les actes sont déposés auprès de l'autorité de recours. Ils doivent être écrits et motivés (art. 311 al. 1 et 321 al. 1 CPC) et respecter les conditions des art. 129 à 132 CPC. Sur le plan formel, l'appelant ou le recourant doit joindre à son écriture une copie de la décision querellée (art. 311 al. 2 et 321 al. 3 CPC).

### **B. Les délais pour recourir, respectivement pour répondre**

Les délais pour recourir sont identiques pour les deux voies de recours, soit 30 jours contre les décisions rendues en procédure ordinaire ou simplifiée (art. 311 al. 1 et 321 al. 1 CPC) et 10 jours contre les décisions rendues en procédure sommaire (art. 314 al. 1 et 321 al. 2 CPC) ainsi que contre les ordonnances d'instruction sujettes à recours.

---

<sup>40</sup> Message p. 6979 ; LEUENBERGER, p. 33 ; CHAIX, p. 270 ; SPÜHLER, n. 4 ad art. 311. En revanche, le Tribunal fédéral ne revoit que sous l'angle de l'arbitraire l'application du droit étranger en matière patrimoniale et librement dans les autres litiges, notamment en droit de la famille, sauf s'il est de nature pécuniaire (art. 95 let. a et 96 let. a et b LTF) ; cf. ATF 133 III 446.

<sup>41</sup> Sur la notion de faits établis de façon manifestement inexacte, il est renvoyé à la jurisprudence en application de l'art. 97 al. 1 LTF : ATF 135 III 397 c. 1.5 et 134 V 53 c. 4.3, voir aussi 135 V 2 c. 1.3.

L'art. 321 al. 2 CPC réserve en outre les lois qui prévoient d'autres délais de recours, comme par exemple l'art. 185 LP qui fixe un délai de 5 jours pour recourir en matière de poursuite pour effets de change.

Le délai de recours dépend ainsi de plusieurs facteurs. Il faut examiner le type de procédure pour déterminer si le délai est de 30 ou de 10 jours. Pour le recours limité au droit, il faut aussi distinguer si l'acte sujet au recours est une ordonnance ou une décision, puisque la loi prévoit un délai de 10 jours uniquement pour les ordonnances d'instruction (art. 319 let. b ch. 2 CPC en lien avec art. 321 al. 2 CPC). L'art. 321 al. 2 CPC ne vise en effet pas les *autres décisions* de l'art. 319 let. b ch. 1 CPC, soit celles pour lesquelles la loi prévoit expressément qu'elles sont sujettes au recours. Pour ces décisions, la détermination du délai est plus délicate, sous réserve des cas où la loi prévoit qu'elles sont rendues en procédure sommaire, comme pour le refus de l'assistance judiciaire (art. 119 al. 3 CPC), auquel cas le délai est de 10 jours. La question se pose de savoir si cette distinction quant au délai de recours entre les "autres décisions" et les "ordonnances d'instruction de première instance" a réellement été voulue par le législateur, et s'il n'y a pas lieu de considérer que toutes les décisions visées par l'art. 319 let. b CPC sont soumises au délai de 10 jours prévu par l'art. 321 al. 2 CPC<sup>42</sup>, compte tenu des impératifs de célérité qui régissent l'esprit du CPC. On pourrait aussi envisager de fixer le délai de recours à 10 ou 30 jours en fonction de la nature de la procédure principale dans laquelle la décision sur incident aura été rendue. Ainsi, le refus de l'appel en cause, qui n'est possible qu'en procédure ordinaire (art. 81 al. 3 *a contrario* CPC), sera soumis à un délai de recours de 30 jours ; en revanche le délai pour recourir contre une décision de récusation (art. 50 al. 2 CPC) sera de 10 ou de 30 jours suivant la procédure dans laquelle elle a été prononcée. La jurisprudence devra clarifier cette question.

Le délai court à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 et 321 al. 1 CPC).

La partie intimée dispose du même délai pour répondre que la partie appelante, respectivement recourante, soit 30 jours ou 10 jours, suivant la nature de la procédure (art. 312 al. 2 et art. 314 al. 1 CPC pour l'appel, art. 322 al. 2 CPC qui renvoie à l'art. 321 CPC pour le recours).

Il s'agit de délais légaux<sup>43</sup>, non susceptibles de prolongation (art. 144 al. 1 CPC)<sup>44</sup>, sous réserve d'une décision sur restitution de délai (art. 148 CPC). Il

<sup>42</sup> GASSER/RICKLI, N. 3 ad art. 319 qui critiquent cette distinction terminologique et les conséquences qui s'ensuivent sur la question des délais pour recourir.

<sup>43</sup> Dans la LTF, le délai pour répondre est un délai judiciaire, donc prolongeable (art. 47 al. 2 et art. 102 al. 1 LTF).

<sup>44</sup> Cf. art. 47 al. 1 LTF ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 194, 200 ; SPÜHLER, N. 3 ad art. 321.

faut être attentif à la suspension des délais légaux ainsi que de ceux fixés judiciairement, qui ne s'applique en particulier pas à la procédure sommaire (art. 145 al. 2 let. b CPC).

### **C. Les actes manifestement irrecevables ou infondés : art. 312 al. 1 CPC - art. 322 al. 1 CPC**

Tout recours fait l'objet d'un examen préalable qui permet de le liquider d'entrée de cause s'il est manifestement irrecevable ou infondé, auquel cas la partie adverse n'est pas invitée à répondre<sup>45</sup>. Le recourant doit cependant bénéficier d'un bref délai pour remédier à certains vices de forme réparables, tel le défaut de signature ou de procuration (art. 132 al. 1 CPC). Il en va de même pour les écritures illisibles, prolixes ou inconvenantes (art. 132 al. 2 CPC). Le délai ne permet cependant pas au recourant de compléter son acte<sup>46</sup>. Les actes abusifs ou introduits de manière procédurière sont renvoyés à l'expéditeur (art. 132 al. 3 CPC), sans fixation d'un délai supplémentaire. Il faut cependant veiller à ne pas tomber dans un formalisme excessif qui irait à l'encontre d'un des buts du législateur<sup>47</sup>. Il y aura donc lieu de faire preuve d'une certaine souplesse dans l'application de ces dispositions. Le défaut de toute motivation, le simple renvoi aux actes de la procédure antérieure<sup>48</sup>, ou encore l'absence de conclusions<sup>49</sup>, conduiront à l'irrecevabilité du recours.

---

<sup>45</sup> Voir aussi pour la révision, art. 330 al. 1 CPC ; Message p. 6977.

<sup>46</sup> DONZALLAZ, n. 1042 ss, CHAIX, p. 260 n.17, contrôle difficile et délicat à exercer pour les écritures illisibles et/ou prolixes.

<sup>47</sup> L'art. 132 CPC reprend en substance l'art. 42 al. 5 à 7 LTF, mais en des termes moins précis ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 13 ; CHAIX, p. 260 n. 16.

<sup>48</sup> Message p. 6980 ; voir art. 42 al. 2 LTF.

<sup>49</sup> Elles seront cependant considérées comme suffisantes si elles résultent clairement de la motivation, cf. ATF 135 I 119 c. 4.

## VI. Instruction, effets et procédure

### A. La réponse et l'appel joint

#### 1. La réponse : art. 312 CPC – art. 322 CPC

La réponse à l'appel, respectivement au recours, doit satisfaire aux mêmes exigences de motivation que l'appel principal<sup>50</sup>. Le CPC ne contient pas de disposition sur le droit de l'appelant ou du recourant de se déterminer sur la réponse. Au regard du respect du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst ; 6 §1 CEDH), l'autorité doit lui offrir cette faculté, soit par écrit, soit oralement, selon les règles de procédure qu'elle appliquera (art. 316 al. 1 ou 2 CPC pour l'appel et art. 327 al. 2 CPC par la tenue d'une audience pour le recours)<sup>51</sup>.

#### 2. L'appel joint : art. 313 CPC

La réponse peut être assortie d'un appel joint (art. 313 al. 1 CPC) pour autant que la cause soit instruite selon les règles de la procédure ordinaire ou simplifiée. Contrairement à ce que prévoyait le projet du Conseil fédéral<sup>52</sup>, l'appel joint est irrecevable en procédure sommaire (art. 314 al. 2 CPC). Le CPC exclut également expressément le recours joint (art. 323 CPC). L'appel joint n'est pas circonscrit à l'objet de l'appel principal. Il peut porter sur des points qui ne sont pas attaqués. Si la réponse à l'appel comporte un appel joint, il y aura lieu d'inviter l'appelant principal à se déterminer.

Bien que la loi ne contienne aucune disposition sur la forme et le contenu de l'appel joint, il paraît évident, pour des motifs tenant à l'égalité de traitement entre les parties, que l'appel joint doit satisfaire aux mêmes exigences que l'appel principal. L'autorité d'appel devrait ainsi pouvoir liquider d'emblée un appel joint manifestement irrecevable ou infondé, comme le prescrit l'art. 312 al. 1 CPC pour l'appel principal.

#### 3. La caducité de l'appel joint

Comme l'appel joint dépend du sort de l'appel principal, l'art. 313 al. 2 CPC prévoit la caducité de l'appel joint dans trois hypothèses :

- l'autorité de recours déclare l'appel irrecevable (let. a) ;
- l'appel principal est rejeté parce que manifestement infondé (let. b) ;

<sup>50</sup> Message p. 6980.

<sup>51</sup> GASSER/RICKLI, n. 4 ad art. 312, n. 2, 3 ad art. 316, n. 2 ad art. 322.

<sup>52</sup> Art. 311 P-CPC.

- l'appel principal est retiré avant le début des délibérations (let. c).

La caducité de l'appel joint au motif que l'appel principal est manifestement infondé (art. 313 al. 2 let. b CPC)<sup>53</sup> paraît toutefois insolite, dès lors que l'autorité d'appel peut déjà, lors de l'examen préalable, rejeter l'appel pour ce même motif (art. 312 al. 1 CPC). Le recours à une terminologie identique dans les deux dispositions permet raisonnablement de penser que le législateur vise la même situation et que, si le filtre du rejet a échappé lors de l'examen préalable, l'autorité de recours pourra toujours rejeter l'appel pour ce même motif. Une partie de la doctrine relève que la solution est contestable en tant qu'elle avantage l'appelant principal qui dépose un acte "manifestement infondé" en le préservant d'une *reformatio in pejus* par la caducité de l'appel joint, alors que l'appelant qui a déposé un mémoire qui n'est pas manifestement mal fondé, mais dont l'appel serait rejeté, s'expose lui à une aggravation de sa situation juridique si l'appel joint est accueilli<sup>54</sup>. A noter que ce motif de caducité de l'appel joint ne figurait pas dans l'avant-projet<sup>55</sup>. Si l'appel joint est déclaré caduc pour les motifs prévus par cette disposition, les frais et dépens de l'appel joint seront à la charge de l'appelant principal (art. 106 CPC).

## B. L'effet suspensif

### 1. L'appel : art. 315 CPC

L'appel suspend la force de chose jugée et la force exécutoire de la décision dans la mesure des conclusions prises (art. 315 al. 1 CPC). *A contrario*, la décision est immédiatement exécutoire et en force de chose jugée sur les points non attaqués<sup>56</sup>.

L'exécution anticipée de la décision peut toutefois être ordonnée, au besoin en l'assortissant de mesures conservatoires ou de sûretés (art. 315 al. 2 CPC), sauf si l'appel porte sur une décision formatrice (art. 315 al. 3 CPC)<sup>57</sup>. L'exécution anticipée doit être requise dans les procédures régies par la maxime des

<sup>53</sup> Cf. les textes allemand et italien, "*manifestamente infondato*" et "*offensichtlich unbegründet*".

<sup>54</sup> HALDY, p. 82 ; JEANDIN, n. 39 p. 345.

<sup>55</sup> L'art. 296 al. 2 AP-CPC n'envisageait la caducité de l'appel joint que dans les deux autres hypothèses de l'art. 313 al. 2 CPC.

<sup>56</sup> Message p. 6981 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 195 ; Leuenberger, p. 33 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 440.

<sup>57</sup> Cf. art. 87 CPC pour la définition d'une action formatrice. Il s'agit par exemple du prononcé du divorce (art. 111 ss CC ; art. 103 al. 2 let. a LTF), de l'attribution de la propriété (art. 665 CC), de la dissolution d'une personne morale (art. 78 CC, art. 736 ch. 4 CO). Plus délicate est la question de savoir si une décision formatrice qui n'est pas de droit matériel, comme des décisions rendues en matière de LP (action en contestation de revendication) est susceptible ou non d'exécution anticipée. Voir aussi art. 103 al. 2 let. a LTF applicable selon la doctrine uniquement pour un jugement formateur de droit matériel.

débats (art. 55 CPC). Elle est justifiée quand il existe un intérêt à ce que la protection du droit soit accordée à temps. On peut penser aux décisions rendues dans les cas clairs (art. 257 CPC)<sup>58</sup>. L'exécution provisoire peut aussi être ordonnée quand la décision porte sur le paiement d'une somme d'argent ; elle permet au créancier d'obtenir la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer alors même que le jugement n'a pas encore la force de chose jugée<sup>59</sup>. L'art. 79 LP a été modifié dans cette mesure (cf. Annexe 1 CPC, ch. 17 art. 79).

L'appel n'a pas d'effet suspensif en matière de droit de réponse (art. 28g et 28h CC)<sup>60</sup> et de mesures provisionnelles (art. 315 al. 4 CPC). Dans ce dernier cas, l'exécution des mesures provisionnelles peut exceptionnellement être suspendue si la partie concernée risque de subir un "préjudice difficilement réparable" (art. 315 al. 5 CPC).

## 2. Le recours : art. 325 CPC

Le recours n'emporte pas d'effet suspensif automatique (art. 325 al. 1 CPC). Cependant, l'autorité de recours peut suspendre, en principe sur requête, le caractère exécutoire de l'acte attaqué, en ordonnant au besoin des mesures conservatoires ou des sûretés (art. 325 al. 2 CPC).

## C. L'instruction

### 1. L'appel

L'art. 316 CPC laisse à l'autorité d'appel toute latitude d'ordonner des débats, de statuer sur pièces (al. 1), d'ordonner un deuxième échange d'écritures (al. 2). Elle peut aussi administrer des preuves (al. 3) si nécessaire. Elle sera tenue par les maximes de procédure qui auront régi les débats de première instance. En cas de procédure sommaire, l'instruction sera le plus souvent l'objet d'une procédure écrite<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Message p. 6981 ; JEANDIN, n. 41 p. 346 ; SPÜHLER, n. 2 ad art. 315.

<sup>59</sup> Message p. 6981 ; LEUENBERGER, p. 34.

<sup>60</sup> L'entrée en vigueur du CPC a conduit à l'abrogation de l'art. 28l al. 4 CC (cf. Annexe 1 CPC, ch. 3 art. 28 l).

<sup>61</sup> Message p. 6982 ; *contra* : SPÜHLER, n. 4 ad art. 316 qui relève que l'oralité est privilégiée en procédure sommaire.

## 2. Le recours

L'exclusion de tout débat, comme initialement prévue dans l'avant-projet<sup>62</sup> a été abandonnée. L'autorité de recours qui demande le dossier à l'autorité précédente (art. 327 al. 1 CPC) peut statuer sur pièces (art. 327 al. 2 CPC) ; elle conserve toutefois la faculté d'ordonner des débats, voire de procéder à l'administration de preuves<sup>63</sup>, ce qui devrait rester exceptionnel<sup>64</sup>.

L'art. 324 CPC prévoit que l'autorité de recours peut inviter l'autorité précédente à donner son avis. Il s'agit d'une faculté et non d'une obligation. Cette disposition vise les cas dans lesquels le recours porte sur une décision dépourvue de motivation, telle une ordonnance d'instruction (art. 319 let. b ch. 2 CPC), ou en cas de recours pour retard injustifié (art. 319 let. c CPC)<sup>65</sup>. En revanche, il n'y aura pas lieu de l'appliquer en cas de décision motivée, l'esprit de la loi n'étant pas de permettre à l'autorité inférieure de compléter, améliorer ou encore de modifier sa motivation<sup>66</sup>. Une telle faculté n'existe du reste pas dans la réglementation relative à l'appel. L'avis de l'instance précédente devra être communiqué aux parties pour détermination<sup>67</sup>, la seule communication de l'avis "pour information" sans fixation d'un délai pour présenter des observations ne suffira vraisemblablement pas à respecter leur droit d'être entendu<sup>68</sup>.

## D. Les faits et moyens de preuve nouveaux et la modification des conclusions

### 1. L'appel

#### a) *Les nova*

La question de l'admissibilité des *nova*<sup>69</sup> en appel, vrais<sup>70</sup> ou faux<sup>71</sup>, excusables ou non, a fait l'objet d'un débat très nourri aux Chambres<sup>72</sup>. Régis désormais

---

<sup>62</sup> Art. 318 al. 1 AP-CPC.

<sup>63</sup> Message p. 6986.

<sup>64</sup> LEUENBERGER, p. 40.

<sup>65</sup> Message p. 6985 ; pour une critique du Message sur ce point, SPÜHLER, n. 2 ad art. 324.

<sup>66</sup> Voir cependant SPÜHLER, n. 2 ad art. 324 qui envisage aussi la faculté de solliciter l'autorité précédente dans des affaires complexes.

<sup>67</sup> Art. 53 CPC sur le droit de consulter le dossier ; LEUENBERGER, p. 40.

<sup>68</sup> Voir sur la question : ATF 133 I 98, 132 V 368, 132 I 42 ; 9C\_843/2009 ; arrêt CEDH du 17 décembre 2009 *Werz c. Suisse* ; LEUENBERGER, p. 40 qui distingue selon la pertinence des allégués de l'instance inférieure ; plus catégoriques : GASSER/RICKLI, n. 3 ad art. 324.

<sup>69</sup> Cf. art. 229 CPC sur les faits et moyens de preuve nouveaux.

<sup>70</sup> Faits ou moyens de preuve nouveaux proprement dits.

<sup>71</sup> Faits ou moyens improprement dits, soit des faits en réalité anciens, mais que l'on invoque pour la première fois.

<sup>72</sup> Cf. BOCN 2008 969-971 ; BOCE 2008 730 ; BOCN 2008 1633-1634.



par l'art. 317 al. 1 CPC, ils sont le fruit d'un compromis<sup>73</sup> qui s'aligne sur ce que la majeure partie des codes de procédure cantonaux connaissaient. Leur admissibilité dépend de deux conditions : ils doivent avoir été invoqués ou produits sans retard (art. 317 al. 1 let. a CPC), soit en principe avec l'acte d'appel ou la réponse et, pour les "faux *nova*", ils ne pouvaient l'être en première instance en dépit de la diligence requise (art. 317 al. 1 let. b CPC). Moyennant respect de ces conditions, tant les vrais *nova* que les faux *nova*, ainsi excusables, pourront être invoqués en appel. Sont ainsi exclus les faits ou moyens de preuve anciens que les parties ont omis fautivement, que ce soit intentionnellement ou par négligence, de mentionner en première instance<sup>74</sup>.

Il convient de relever qu'on parle de "vrais faits nouveaux" en instance d'appel à partir du moment où le premier juge n'est plus en mesure d'en recevoir<sup>75</sup>. En revanche, tous les faits qui auraient pu être présentés en première instance, qu'il s'agisse de vrais ou de faux *nova* du point de vue de la première instance, sont de toute manière des "faux *nova*"<sup>76</sup> en instance d'appel.

L'art. 317 CPC ne contient pas de disposition relative à l'admission sans restriction des *nova* lorsque la maxime inquisitoire est applicable, comme c'est le cas en première instance selon l'art. 229 al. 3 CPC, alors que l'art. 314 al. 1 P-CPC le prévoyait expressément par renvoi à l'art. 225 al. 2 et 3 P-CPC. Dans la mesure où le législateur a abandonné la version proposée par le Conseil fédéral à l'appui de son projet, il faut considérer que l'art. 317 al. 1 CPC vaut tant pour les procès régis par la maxime des débats que pour ceux soumis à la maxime inquisitoire<sup>77</sup>. Cependant, les parties devraient pouvoir se plaindre d'une violation de la maxime inquisitoire par le premier juge si ce dernier n'a pas pris en considération certains faits.

b) *La modification des conclusions*

L'art. 317 al. 2 CPC régit cette question. Deux conditions sont exigées :

La demande ne peut être modifiée devant l'autorité d'appel qu'aux conditions fixées par l'art. 227 al. 1 CPC, selon lequel il faut que la procédure soit la même et que la prétention nouvelle ou modifiée présente un lien de connexité avec la dernière prétention (let. a), ou que la partie adverse consente à la modification (let. b).

<sup>73</sup> BOCN 2008 1634.

<sup>74</sup> ATF 119 III 108 c. 3a ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 197.

<sup>75</sup> Cf. tableau HOFMANN/LÜSCHER, p. 147 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 443.

<sup>76</sup> STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 443.

<sup>77</sup> Message p. 6982 ; dans ce sens, MEIER, p. 490 ; *contra* HOFMANN/LÜSCHER, p. 197 qui y voient une lacune de la loi.

Le CPC exige en outre que la modification repose sur des faits ou moyens nouveaux recevables (let. b) au sens de l'art. 317 al. 1 CPC<sup>78</sup>. Cette condition supplémentaire exclut que le consentement de la partie adverse suffise à lui seul à permettre la modification de la demande, comme en première instance (art. 227 al. 1 let. b CPC)<sup>79</sup>.

## 2. Le recours

En vertu de l'art. 326 al. 1 CPC, les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables, même si la maxime d'office est applicable<sup>80</sup>. Cette règle est cohérente dans la mesure où le recours, qui est une voie de recours extraordinaire, a pour fonction de vérifier la conformité au droit de la décision attaquée sur la base de l'état de fait qui était soumis au premier juge et non pas de continuer la procédure.

L'art. 326 al. 2 CPC réserve les dispositions spéciales de la loi, comme dans le cas du recours contre la décision de faillite (art. 174 LP) ou contre la décision de séquestre (278 al. 3 LP).

## VII. La décision

### A. L'appel

En règle générale, l'autorité d'appel confirmera la décision querellée ou la réformera en statuant à nouveau (art. 318 al. 1 let. a et b CPC). Selon l'art. 318 al. 1 let. c CPC, l'autorité a la faculté, mais non l'obligation de renvoyer la cause. Le renvoi doit demeurer l'exception<sup>81</sup>. Il est en outre soumis à des conditions restrictives : un élément "essentiel" de la demande n'a pas été jugé, ou alors il est nécessaire de compléter l'état de fait sur des "points essentiels". La jurisprudence déterminera ce qu'il faut entendre par "essentiel"<sup>82</sup>. Si le renvoi est ordonné, l'autorité de première instance sera alors liée par les considérants de l'arrêt de renvoi<sup>83</sup>.

---

<sup>78</sup> HOFMANN/LÜSCHER, p. 197 ; HALDY, p. 83 s. ; LEUENBERGER, p. 35.

<sup>79</sup> STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 443.

<sup>80</sup> Message p. 6986 ; HALDY, p. 87 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 450 ; MARAZZI, n. 938 p. 422 ; d'un avis divergent, CHAIX, p. 261 ; également SPÜHLER, n. 2 ad art. 326 qui s'appuie sur l'art. 138 al. 1 aCC relatif à la procédure de divorce.

<sup>81</sup> Message p. 6983 ; voir aussi STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 443.

<sup>82</sup> MARAZZI, p. 419 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 443, LEUENBERGER, p. 36 qui parle de lacune (*Lücke*).

<sup>83</sup> Message p. 6983 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 443-444 ; MEIER, p. 453 ; SPÜHLER, n. 3 ad art. 318 qui précise que l'autorité de première instance est également liée par le dispositif et non seulement par les considérants.

L'art. 318 al. 2 CPC prévoit que la décision doit être motivée par écrit, cela pour satisfaire aux exigences de l'art. 112 al. 1 LTF<sup>84</sup>.

## B. Le recours

Si le recours est admis, l'autorité de recours peut annuler la décision ou l'ordonnance d'instruction et renvoyer la cause à l'autorité précédente (art. 327 al. 3 let. a CPC) : l'effet est ainsi purement cassatoire. La décision sur recours permet aussi de réformer la décision attaquée et de rendre une nouvelle décision au fond, si la cause est en état d'être jugée (art. 327 al. 3 let. b CPC). Cela pourra être le cas pour des décisions rendues en matière sommaire, telles la mainlevée, la déclaration de faillite ou encore l'octroi d'un sursis concordataire<sup>85</sup>. La réforme est limitée aux décisions, à l'exclusion des ordonnances d'instruction (art. 327 al. 3 let. b CPC *a contrario*)<sup>86</sup>.

Enfin, si l'autorité constate un retard injustifié, elle peut impartir à l'autorité précédente un délai pour traiter la cause (art. 327 al. 4 CPC).

Tout comme pour l'appel, la décision doit être motivée par écrit (art. 327 al. 5 CPC).

## Conclusion

Un nouveau texte légal de cette ampleur n'est pas sans susciter réflexions, critiques et interrogations. Ainsi, il faudra clarifier des divergences terminologiques d'ordre linguistique, veiller à préciser le sens de la norme lorsqu'elle contient des termes trop vagues et généraux, se familiariser avec de nouveaux concepts, ne pas perdre de vue les différences et les similitudes entre les voies de recours du CPC et celles de la LTF, combler le cas échéant les lacunes de la loi, l'interpréter quand il y aura lieu, tout en préservant les objectifs du législateur : célérité, simplicité, efficacité et souplesse. La jurisprudence contribuera au fil des décisions à lever ces incertitudes et à veiller à une application uniforme de la procédure civile, désormais fédérale. Il reste à saluer le travail considérable accompli par les experts, le Conseil fédéral, les parlementaires et tous ceux qui ont été associés à l'élaboration de cette loi. Si la perfection n'existe pas, la contribution de chacun y participe.

<sup>84</sup> Selon le Message p. 6983, une brève motivation suffit quand la décision est confirmée ; un renvoi aux motifs du tribunal est aussi envisageable si l'autorité d'appel reprend à son compte la motivation ; dans ce sens art. 109 al. 3 LTF. Cf. LEUENBERGER, p. 36, STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 444.

<sup>85</sup> Message p. 6986.

<sup>86</sup> HOFMANN/LÜSCHER, p. 201.

## Bibliographie

- BOHNET FRANÇOIS, Les défenses en procédure civile suisse, in *Revue de droit suisse* 128 (2009), n° 2, p. 185-322.
- BRACONI ANDREA, Les voies de recours au Tribunal fédéral dans les contestations de droit des poursuites, in *Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel*, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 249-259.
- BRACONI ANDREA, Note sur la recevabilité de l'appel extraordinaire contre le jugement de faillite rendu dans la poursuite pour effet de change, *SJ* 1998 p. 29 ss.
- CHAIX FRANÇOIS, Introduction au recours de la nouvelle procédure civile fédérale, *SJ* 2009 II p. 257-273.
- CORBOZ BERNARD, *Commentaire de la LTF*, Berne 2009.
- DONZALLAZ YVES, *Loi sur le Tribunal fédéral : Commentaire*, Berne 2008.
- GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, *Schweizerische Zivilprozessordnung*, Zurich 2010.
- HALDY JACQUES, *La nouvelle procédure civile suisse*, Bâle 2009.
- HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, *Le code de procédure civile*, Berne 2009.
- JEANDIN NICOLAS, Les voies de droit et l'exécution des jugements, in *Le projet de code de procédure civile fédérale*, travaux CEDIDAC édités par Suzana Lukic, Lausanne 2008, p. 333-371.
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Die Rechtsmittel, in *Haftpflichtprozess 2009 : Schweizerische Zivilprozessordnung, Bundesgerichtsgesetz, Beweis, richterliche Fragepflicht und Rechtsmittel*, Zurich 2009.
- MARAZZI LUCA, Erranze alla scoperta del nuovo Codice di procedura civile svizzero, in *Revue de droit suisse* 128 (2009), p. 323-437.
- MEIER ISAAK, *Schweizerisches Zivilprozessrecht : eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre*, Zurich 2010.
- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK, *Schweizerische Zivilprozessordnung*, Basler Kommentar, Bâle 2010.
- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, *Zivilprozessrecht : nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen - unter Einbezug des internationalen Rechts*, Zurich 2008.
- TAPPY DENIS, Le recours en matière civile, in *Nouvelle loi sur le Tribunal fédéral*, Lausanne 2007, p. 51-119.

---

# Les procédures spéciales

JACQUES HALDY

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

## I. Introduction

Avant d'examiner les différentes procédures spéciales du CPC, il convient de savoir ce que l'on entend par « procédures spéciales » et quel type de procédures elles recouvrent.

Il y a plusieurs manières de définir les procédures spéciales : l'on peut considérer qu'est spéciale une procédure qui s'applique dans un domaine particulier par rapport aux procédures « générales » qui ne s'appliquent pas spécifiquement à tel ou tel domaine. L'on peut aussi considérer qu'est « spéciale » toute procédure qui n'est pas la procédure ordinaire ; c'est la délimitation que nous avons utilisée dans la présente contribution. En vertu de cette conception, la notion de « procédures spéciales » recouvre plusieurs types de procédures :

- celles qui sont prescrites non pas en fonction d'un domaine particulier, justifiant des exigences spécifiques, mais pour privilégier quel que soit le domaine l'exigence de simplicité ou de rapidité par rapport à l'exigence de sécurité (exemple : procédure simplifiée, procédure sommaire) ;
- celles qui sont prescrites dans certains domaines en fonction des spécificités de ceux-ci (exemple : divorce, procédure concernant les enfants) ;
- enfin, celles qui n'ont pas pour objectif qu'une décision judiciaire soit rendue, mais qui sont prévues pour favoriser un autre règlement des litiges : conciliation, médiation.

La présente contribution vise à présenter les principales caractéristiques de ces différentes procédures et les innovations essentielles, de façon à permettre au praticien d'appréhender dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011 les procédures spéciales mises à disposition et instituées par le nouveau code.

## II. La procédure de conciliation et de médiation

### A. L'objet de la conciliation et de la médiation

L'objet d'une procédure de conciliation ou de médiation n'est pas de tendre à la notification d'une décision judiciaire, mais d'aboutir si possible à un accord. S'agissant de la conciliation, le CPC élargit cependant cet objet sous deux angles :

- dans les litiges patrimoniaux de moins de fr. 5'000.- ainsi que dans certaines autres hypothèses (en particulier en matière de bail), l'autorité de conciliation peut soumettre une proposition de jugement<sup>1</sup>, qui déploiera les effets d'un jugement si aucune des deux parties ne s'y oppose (art. 210 et 211 CPC). Dans la même perspective, pour les litiges patrimoniaux de moins de fr. 2'000.-, le demandeur peut requérir de l'autorité de conciliation qu'elle rende une décision sur le fond (art. 212 CPC) ;
- d'autre part, dans les litiges relatifs aux baux ainsi qu'en matière de loi sur l'égalité, la procédure de conciliation a aussi pour objet de prodiguer des conseils juridiques aux parties (art. 201 al. 2 CPC).

### B. Champ d'application

Comme c'est déjà le cas en droit cantonal actuel, il existe des hypothèses où la procédure de conciliation est obligatoire, facultative ou exclue :

- le principe est celui de la conciliation obligatoire, sauf exceptions prévues par la loi (art. 197 CPC) ;
- la conciliation préalable est exclue dans les cas décrits à l'art. 198 CPC. Cette liste a été passablement remaniée par les Chambres fédérales. Il faut noter en particulier qu'il n'y a pas de tentative de conciliation préalable dans les procédures en divorce, qu'il s'agisse du divorce sur requête commune ou sur demande unilatérale ; la conciliation préalable est facultative dans les cas prévus à l'art. 199 CPC. En vertu de cette disposition, les parties peuvent d'un commun accord renoncer à la procédure de conciliation dans les litiges patrimoniaux d'une valeur supérieure à fr. 100'000.-. Une telle clause de renonciation au préalable de la conciliation peut être contenue dans le contrat conclu entre les parties<sup>2</sup>. D'autre part, le demandeur

---

<sup>1</sup> Par rapport au droit précédent du bail, il s'agit d'un assouplissement puisque, dans les cas qui étaient prévus par le Code des obligations (art. 259 I, 273, 274 e al. 2. 274 f al. 1a CO), l'autorité de conciliation non seulement pouvait, mais *devait* rendre une proposition de jugement.

<sup>2</sup> FRANÇOIS BOHNET/JACQUES HALDY/NICOLAS JEANDIN/PHILIPPE SCHWEIZER/DENIS TAPPY, Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, art. 199 N 8.

peut renoncer unilatéralement à la procédure de conciliation lorsque le défendeur a son domicile ou son siège à l'étranger, lorsque son lieu de résidence est inconnu ou encore dans les litiges relevant de la loi sur l'égalité.

### C. L'autorité de conciliation

La question de savoir quelle est l'autorité en charge de la procédure préalable de conciliation relève de l'organisation judiciaire cantonale, en vertu de l'art. 3 CPC. Il peut donc s'agir d'une autorité judiciaire, mais également d'une autorité administrative. La seule exigence prévue par le code tient dans le caractère paritaire de l'autorité de conciliation en matière de bail et de loi sur l'égalité (art. 200 CPC). Pour permettre aux parties de s'exprimer librement lors de cette conciliation préalable, il est préférable pour les cantons de prévoir que cette tentative de conciliation ne soit pas l'apanage du juge qui serait appelé à trancher au fond si la procédure doit continuer.

### D. Le déroulement de la procédure

#### 1. Requête

La procédure de conciliation est introduite par une requête, qui doit répondre aux exigences prévues par l'art. 202 CPC, qui vaut acte d'ouverture d'instance (cf. art. 62 CPC). Que se passe-t-il si la requête de conciliation n'est pas recevable (*ratione fori, materiae*, conciliation exclue) ou ne respecte pas les exigences de l'art. 202 CPC ? Dans la première hypothèse, l'autorité de conciliation devrait refuser d'entrer en matière en vertu de l'art. 59 CPC<sup>3</sup> à tout le moins si la requête est manifestement irrecevable<sup>4</sup>. En cas de requête irrégulière, l'art. 132 CPC prévoit que l'acte est renvoyé à son expéditeur avec un délai pour le rectifier, faute de quoi il ne sera pas pris en considération. Si, en principe, la requête est notifiée à la partie adverse avec la citation pour l'audience, un échange préalable d'écritures peut exceptionnellement être ordonné en vertu de l'art. 202 al. 4 CPC si une proposition de jugement ou une décision est envisagée dans les causes pendantes devant une autorité paritaire de conciliation (bail, loi sur l'égalité, cf. art. 200 CPC)<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Cf. dans le même sens TAPPY DENIS, Le déroulement de la procédure (procédure ordinaire et procédure simplifiée en première instance), in Le projet de code de procédure civile fédérale (S. Lukic, éd), Lausanne 2008, p. 176 ; *contra* REYMOND JEAN-MARC, Les conditions de recevabilité, la litispendance et les preuves, in Le projet de code de procédure civile fédérale (S. Lukic, éd), Lausanne 2008, p. 27).

<sup>4</sup> Selon BOHNET (BOHNET FRANÇOIS, Les défenses en procédure civile suisse, ZSR/RDS 2009 II p. 216), si la question de la recevabilité est douteuse, l'autorisation de procéder devrait être délivrée, le juge du fond étant invité à trancher.

<sup>5</sup> Cette possibilité exceptionnelle d'échange préalable d'écritures sera utilisée dans les affaires complexes, où une proposition de jugement est envisagée, les affaires où une décision est requise étant

## 2. Audience

A la suite du dépôt de la requête de conciliation, une audience est fixée. Les caractéristiques de cette audience sont les suivantes :

- la comparution personnelle est en principe exigée (cf. art. 204 al. 1 CPC, des exceptions étant prévues à l’art. 204 al. 3) ; la partie peut se faire assister d’un conseil juridique ou d’une personne de confiance (art. 204 al. 2 CPC)<sup>6</sup> ;
- les déclarations des parties sont en principe confidentielles (art. 205 CPC)<sup>7</sup>, l’audience n’étant pas publique (art. 203 al. 3 CPC)<sup>8</sup> ;
- l’administration de preuves est en principe limitée à la production de pièces, voire une inspection (cf. art. 203 al. 2 CPC) « pour se faire une idée de la cause »<sup>9</sup> ; d’autres preuves peuvent également être administrées en cas de proposition de jugement ou de jugement (art. 203 al. 2 CPC) à condition que la procédure ne soit pas substantiellement retardée ;
- la partie intimée peut annoncer des conclusions reconventionnelles, ainsi que cela ressort de l’art. 209 al. 2 litt. b CPC, qui pourront ensuite de toute manière être introduites le cas échéant en réponse sans nouvelle procédure de conciliation (art. 198 litt. g CPC).

## 3. Fin de la procédure

La conciliation se termine par :

a) un accord ou une transaction (cf. art. 208 CPC), qui peut porter sur d’autres objets que la requête de conciliation (cf. art. 201 al. 1 CPC), voire faire intervenir d’autres parties ; la transaction porte sur des objets à la disposition des parties, en précisant qu’il n’y a pas de procédure préalable de conciliation dans les procès d’état civil nécessitant un jugement (art. 198 litt. b CPC) ;

---

limitées aux causes d’une valeur litigieuse de moins de fr. 2’000.-, l’art. 212 al. 2 CPC prévoyant au demeurant une procédure orale dans ces cas.

<sup>6</sup> A notre sens, la notion de « conseil juridique » se recoupe avec celle de l’art. 68 al. 2 CPC (lettres a, b et d), et cela dans un souci de protection du justiciable (BOHNET FRANÇOIS, MARTENENT VINCENT, Droit de la profession d’avocat, Berne 2009, N 945).

<sup>7</sup> L’art. 205 al. 2 CPC réserve cependant la prise en compte des dépositions des parties dans une proposition de jugement (art. 210 CPC) ou une décision (art. 212 CPC). Dans ces hypothèses, les parties risquent alors de ne pas s’exprimer librement.

<sup>8</sup> Avec une possibilité d’exception pour les affaires soumises à une autorité paritaire de conciliation.

<sup>9</sup> FF 2006, p. 6939.



b) en cas d'échec de la tentative de conciliation ou de défaut du défendeur (art. 206 CPC), une autorisation de procéder, qui doit être validée en principe dans les trois mois (art. 209 CPC), avec une exception pour les litiges en matière de baux, le délai étant de 30 jours (art. 209 al. 4 CPC). L'art. 209 al. 4 réserve les autres délais d'action légaux ou judiciaires prévus dans une loi spéciale. Le Message<sup>10</sup> cite le cas de l'art. 279 LP relatif à la validation du séquestre. Cependant, comme HOFMANN/LÜSCHER<sup>11</sup> l'observent, le délai de 10 jours prévu par l'art. 279 LP paraît applicable à l'introduction de la requête de conciliation et non pas à la validation de l'autorisation de procéder. Le délai pour valider relève déjà de la procédure de fond ; il est donc soumis aux fêtes si celles-ci s'appliquent à la procédure de fond<sup>12</sup>. L'autorisation de procéder conserve sa validité dans la mesure où l'objet du litige n'est pas modifié d'une façon incompatible avec les art. 227 et 230 CPC<sup>13</sup>, une prétention nouvelle ou modifiée étant ainsi admissible si elle est soumise à la même procédure<sup>14</sup> que la prétention originelle et qu'elle est en lien de connexité avec celle-ci ou que la partie adverse donne son consentement. Si une prétention peut être introduite à plusieurs fors, la validation doit se faire au for où la requête de conciliation a été introduite en vertu de l'art. 64 al. 1 litt. b CPC<sup>15</sup>.

c) Dans les hypothèses prévues (art. 210 CPC), une proposition de jugement qui peut se transformer en autorisation de procéder s'il y a opposition (art. 211 CPC) ; la proposition de jugement peut contenir une brève motivation (art. 210 al. 2 CPC). Qu'en est-il s'il y a une proposition de jugement frappée d'une opposition se transformant ainsi en autorisation de procéder et que celle-ci n'est pas utilisée ? Il faut distinguer deux hypothèses :

- dans le domaine du bail à loyer, l'autorisation de procéder est délivrée à l'opposant (art. 211 al. 2 litt. a CPC), qui n'est pas forcément demandeur ; dans ce cas, si l'autorisation de procéder n'est pas utilisée, la proposition de jugement entre en force (art. 211 al. 3 CPC) ;
- dans les autres domaines, l'autorisation de procéder est délivrée en cas d'opposition au demandeur (art. 211 al. 2 litt. b CPC) ; si celui-ci ne la valide pas, la proposition de jugement n'entre pas en force.

<sup>10</sup> FF 2006, p. 6941.

<sup>11</sup> HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, *Le code de procédure civile*, Berne 2009, p. 118.

<sup>12</sup> Cf. art. 145 CPC, BOHNET (n. 4) p. 264 ; HOFMANN/LÜSCHER (n. 11), p. 75-76 ; BSK-INFANGER, art. 209 N 21.

<sup>13</sup> BOHNET (n. 4) p. 265.

<sup>14</sup> Cette exigence n'est pas applicable selon BOHNET (n. 4) p. 266 dès lors qu'elle ne s'appliquerait que dès que la procédure au fond est engagée.

<sup>15</sup> *Contra* : BOHNET (n. 4) p. 267.

d) Dans l'hypothèse prévue (art. 212 CPC), une décision finale qui doit alors le cas échéant être motivée puisqu'il y a possibilité de recours<sup>16</sup>. Si la maxime inquisitoire est applicable, il s'agira alors de la seule hypothèse où l'autorité de conciliation devra établir d'office les faits<sup>17</sup>.

e) Le retrait de la requête, qui, contrairement à une transaction, n'entraîne pas l'autorité de la chose jugée.

A l'exception des hypothèses où la procédure de conciliation est gratuite (cf. art. 113 CPC), hypothèses qui peuvent être étendues en vertu du droit cantonal (cf. art. 116 CPC), l'autorité de conciliation statuera sur les frais conformément à l'art. 207 CPC. Il n'y a pas d'allocation de dépens en procédure de conciliation (art. 113 al. 1 CPC). Sandoz<sup>18</sup> soutient cependant que des dépens doivent être alloués lorsque l'autorité de conciliation rend une décision.

## E. La médiation

La médiation<sup>19</sup> peut remplacer la conciliation (art. 213 CPC). Les parties doivent en faire la demande ; il ne suffit pas qu'une partie en fasse la requête. Le code ne prévoit pas que les parties peuvent s'engager par avance à une médiation<sup>20</sup>. La médiation peut aussi intervenir pendant la procédure au fond, qui est alors suspendue (cf. art. 214 CPC)<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Cf. TAPPY (n. 3) p. 185.

<sup>17</sup> SANDOZ BASTIEN, *La conciliation*, in Bohnet (éd), *Procédure civile suisse : les grands thèmes pour les praticiens*, Neuchâtel 2010, p. 77.

<sup>18</sup> SANDOZ (n. 17), p. 81.

<sup>19</sup> Qui est confiée comme son nom l'indique à des médiateurs, dont le titre n'est cependant pas protégé ; le canton de Vaud a prévu (art. 40 du Code de droit privé judiciaire vaudois) de mettre à disposition des parties une liste des médiateurs civils agréés, sans qu'il n'y ait naturellement d'obligation de faire appel à eux.

<sup>20</sup> Cf. MONBARON SAMUEL, *La sanction et l'inexécution des clauses de médiation et de conciliation en Suisse et en France*, RSPC 2008 p. 425 ss spéc. 434-436 ; *contra* : BOHNET (n. 4) p. 262-3 qui considère que le non-respect d'une clause conventionnelle préalable de médiation devrait entraîner l'irrecevabilité de la demande sauf acceptation tacite. Dans le CPC commenté (art. 213 N 8), il semble cependant admettre qu'une clause dans un contrat ne suffit pas pour exiger une médiation mais qu'il faut une requête des parties.

<sup>21</sup> Selon MONBARON (n. 20) p. 435, il ne s'agirait cependant pas d'une suspension de plein droit ; il incomberait au juge d'ordonner la suspension en vertu de l'art. 126 CPC ; à notre avis, le texte de l'art. 214 al. 3 CPC prévoyant que la procédure judiciaire « reste suspendue jusqu'à la révocation de la requête par une partie ou jusqu'à la communication de la fin de la médiation » paraît plutôt impliquer une suspension de plein droit dès la requête commune des parties tendant à une médiation. La médiation débouche soit sur un accord, qui peut être ratifié pour avoir autorité de la chose jugée (art. 217 CPC), soit sur l'échec de la médiation, ce qui entraîne la délivrance de l'autorisation de procéder ou la reprise de la procédure au fond.

### III. La procédure simplifiée

#### A. Champ d'application

La procédure simplifiée s'applique essentiellement aux causes où l'exigence de simplicité et de rapidité a été considérée comme justifiant l'adoption de règles instituant une procédure moins formelle et plus rapide que la procédure ordinaire. Il s'agit surtout des litiges patrimoniaux d'une valeur litigieuse de moins de fr. 30'000.- ainsi que certains types de litiges, en particulier en matière de bail<sup>22</sup>. Il faut noter que cette procédure simplifiée ne s'applique en principe pas aux litiges pendants devant une instance cantonale unique ou devant un tribunal de commerce (art. 243 al. 3 CPC) ; en revanche, elle s'applique aux litiges concernant les assurances maladie complémentaires (art. 243 al. 2 litt. f CPC), que les cantons instituent ou non une instance cantonale unique (cf. art. 7 CPC).

#### B. Déroulement de la procédure

##### 1. Demande

La procédure simplifiée est introduite par une demande, dont les exigences sont allégées (art. 244 CPC) et qui constitue un acte introductif d'instance s'il n'y a pas de procédure de conciliation préalable (art. 62 CPC). La demande peut être motivée ou non motivée (art. 244 al. 2 CPC). Le Conseil fédéral devra mettre à disposition des parties des formulaires de demande (art. 400 CPC).

En vertu de l'art. 68 al. 2 litt. b CPC, le droit cantonal peut élargir la possibilité de représentation professionnelle des parties aux agents d'affaires et agents juridiques brevetés pour les affaires patrimoniales soumises à la procédure simplifiée.

##### 2. Echange d'écritures

Un délai de réponse n'est imparti à la partie défenderesse que si la demande est motivée (art. 245 CPC)<sup>23</sup>. En vertu des art. 219 et 224 CPC, cette réponse

<sup>22</sup> SIDONIE MORVAN et DAVID HOFMANN (SJ 2008 II 122) regrettent que tous les litiges en matière de bail ne soient pas soumis à la procédure simplifiée, ce qui pourra occasionner des difficultés pratiques de mise en œuvre, en présence d'un conflit en matière de bail portant sur un objet mentionné à l'art. 243 al. 2 litt. c et un autre objet, par exemple une prétention relevant de la protection contre les loyers abusifs (art. 243 al. 2 litt. c CPC) et une autre prétention concernant un défaut de la chose louée avec une valeur litigieuse supérieure à fr. 30'000.-. En vertu de l'art. 90 CPC, compte tenu du fait que ces prétentions ne sont pas soumises à la même procédure, elles ne pourront être cumulées dans la même action.

<sup>23</sup> S'agissant des délais, les fêtes s'appliquent à la procédure simplifiée (cf. art. 145 al. 2 CPC *a contrario*).

peut le cas échéant comprendre des conclusions reconventionnelles, dans la mesure où celles-ci sont à l'instar des conclusions principales soumises à la procédure simplifiée (art. 224 al. 1 CPC). De telles conclusions peuvent être prises aussi par la suite si un échange d'écritures est ordonné ultérieurement. En revanche, il n'y a pas d'appel en cause possible (art. 81 al. 3 CPC).

### 3. Audience(s)

Une audience est appointée, qui – dans l'idéal<sup>24</sup> – devrait permettre d'instruire et de liquider l'affaire (art. 246 al. 1 CPC). Cet objectif paraît largement illusoire, dès lors que l'on voit difficilement comment éviter au moins une audience pour déterminer les preuves<sup>25</sup> et une audience de jugement, sauf si les parties y renoncent (art. 233 CPC applicable selon l'art. 219 CPC). Une seule audience pourra peut-être être tenue en cas de décision incidente selon l'art. 237 CPC<sup>26</sup>.

### 4. Jugement

Le code fédéral ne contient pas de dispositions sur le jugement en procédure simplifiée ; il en résulte que les règles sur la procédure ordinaire (art. 236 ss CPC) s'appliquent.

## C. Maximes applicables

En ce qui concerne la maxime de disposition et la maxime d'office, ce sera la première qui va s'appliquer en vertu de l'art. 58 CPC, avec cependant le maintien de l'exception en vertu de laquelle, dans le domaine du droit du bail, si l'autorité compétente rejette une requête en annulabilité de congé introduite par le locataire, elle examine d'office si le bail peut être prolongé (cf. art. 273 al. 5 CO dans sa nouvelle mouture).

En principe, l'on appliquera en procédure simplifiée une maxime des débats atténuée (art. 247 al. 1 CPC), le juge amenant si nécessaire les parties à

---

<sup>24</sup> Cf. FF 2006 p. 6955.

<sup>25</sup> Audience qui sera suivie d'une ordonnance sur preuves (art. 154 CPC). Pour atteindre l'objectif d'une seule audience, l'on pourrait imaginer que l'ordonnance sur preuves ne soit pas précédée d'une audience, mais prise sur la base des propositions écrites des parties. Il n'y aurait ainsi qu'une audience au cours de laquelle les preuves seraient le cas échéant administrées avant que les parties ne plaident.

<sup>26</sup> Cette décision est définie ainsi par l'art. 237 al. 1 CPC : « Le tribunal 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 » ; cela sera par exemple le cas d'une décision rejetant l'exception de prescription ou admettant la légitimation d'une partie ; de telles décisions doivent être distinguées des ordonnances d'instruction ou décisions sur incident (cf. en particulier FF 2006 p. 6983).

compléter des allégations insuffisantes et à désigner des moyens de preuve ; cela signifie en conséquence que les parties pourront ainsi compléter les faits et moyens de preuve après le dépôt de leurs écritures. On appliquera cependant la maxime inquisitoire selon l'art. 247 al. 2 CPC dans certaines hypothèses, en particulier dans les causes de droit du travail et de bail soumises à la procédure simplifiée.

S'agissant de la maxime éventuelle et des *novas*, il convient de distinguer :

- lorsque la maxime inquisitoire est applicable, les faits et moyens de preuve nouveaux peuvent être introduits jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 applicable en vertu du renvoi de l'art. 219 CPC). Quant à la modification des conclusions, elle est possible aux conditions de l'art. 227 en vertu du même renvoi (la prétention nouvelle ou modifiée relève de la procédure simplifiée ; elle présente un lien de connexité avec la prétention originelle ou elle est introduite avec le consentement de la partie adverse) ;
- lorsque la maxime des débats atténuée est applicable, il résulte de l'art. 247 al. 1 CPC qu'il sera possible d'introduire en audience, après le dépôt des écritures, des nouveaux faits et moyens de preuve. Quant à la modification des conclusions, elle est également possible aux conditions de l'art. 227 CPC.

Il n'y a pas de règle particulière sur le défaut, les articles non spécifiques à la procédure simplifiée concernant le défaut (cf. art. 147 et 234 CPC) s'appliquant dès lors ; l'art. 223 CPC consacré à la sanction du défaut si la réponse n'est pas déposée ne sera cependant pas applicable comme en procédure ordinaire, dès lors qu'une réponse n'est pas toujours nécessaire (cf. art. 245 CPC).

## IV. La procédure sommaire

### A. Champ d'application

La procédure sommaire est destinée à des hypothèses où il convient de privilégier, encore davantage que s'agissant de la procédure simplifiée, l'exigence de rapidité et de simplicité par rapport à celle de sécurité. Cela ne signifie cependant pas qu'elle est réservée à des cas de mesures urgentes fondés sur la vraisemblance. Elle va également s'appliquer à des hypothèses dans lesquelles une décision dotée de l'autorité de la chose jugée est rendue, notamment dans le cadre de la protection des cas clairs, qui est traitée dans la contribution de Me Gaillard (p. 153 ss).

Ce sont les art. 248 à 251 CPC qui définissent le champ d'application de la procédure sommaire. Si les let. b à e de l'art. 248 – qui constitue la disposition de principe – font référence à des hypothèses précises et des notions connues, la let. a mérite quelques explications ; il s'agit de déterminer les hypothèses dans lesquelles la loi prévoit l'application de la procédure sommaire.

Il y a deux catégories d'hypothèses où la loi prévoit l'application de la procédure sommaire :

a) Celles prévues par le CPC, à commencer par les listes contenues aux art. 249-251, qui ne sont pas toujours exhaustives<sup>27</sup>, mais le code prévoit aussi d'autres cas de procédure sommaire (art. 119 al. 3 : assistance judiciaire ; art. 302 : procédure concernant les enfants ; art. 339 al. 2 : exécution de décisions non pécuniaires) y compris dans des domaines où la procédure sommaire est soumise à des caractéristiques spécifiques (art. 271-273 : mesures protectrices de l'union conjugale ; art. 305 et 306 : partenariat enregistré).

L'on relèvera que les actions possessoires ne figurent pas dans la liste de l'art. 249 CPC, ce qui signifie qu'elles sont soumises soit à la procédure ordinaire soit à la procédure simplifiée dans l'hypothèse d'une valeur litigieuse de moins de fr. 30'000.–<sup>28</sup>. Il sera cependant possible d'obtenir des mesures provisionnelles dans le cadre d'une action possessoire, qui seront alors soumises à la procédure sommaire (art. 248 litt. d CPC).

b) Celles prévues par d'autres lois, telle que la loi fédérale sur le Tribunal fédéral des brevets ou par le droit cantonal lorsqu'il s'agit de matières régies par ce droit<sup>29</sup>.

## **B. Déroulement de la procédure**

### **1. Requête**

Contrairement à la procédure ordinaire ou simplifiée, où il est prévu une demande, la procédure sommaire est introduite par une requête, qui n'est jamais précédée d'une requête de conciliation (art. 198 litt. a CPC). Cette requête est en principe écrite, mais peut éventuellement être orale par une dictée au procès-verbal, dans les cas simples ou urgents (art. 252 CPC).

---

<sup>27</sup> Par exemple, en attendant l'entrée en vigueur de la réforme des droits immobiliers, l'art. 249 litt. d ch. 10 vise non seulement l'annulation des cédulas hypothécaires mais encore celle des lettres de rente.

<sup>28</sup> TAPPY DENIS, Note sur le régime des actions possessoires en droit actuel et dans la future procédure civile unifiée, JdT 2009 III 85 ss.

<sup>29</sup> Par exemple : art. 105 du Code judiciaire privé vaudois.

## 2. Déterminations

Si la requête n'est pas manifestement irrecevable ou infondée, le tribunal impartit en principe un délai à la partie adverse pour se déterminer. En vertu de l'art. 253 CPC, il peut aussi donner la possibilité à la partie intimée de se déterminer oralement. Des conclusions reconventionnelles sont possibles<sup>30</sup>, mais il n'y a pas d'appel en cause (art. 81 al. 3 CPC).

## 3. Audience et jugement

Dès lors que les preuves sont en principe rapportées par titres (art. 254 al. 1 CPC), une audience n'est pas forcément nécessaire (cf. art. 256 al. 1 CPC), sauf si la loi le prévoit (exemple : art. 273 CPC : mesures protectrices de l'union conjugale) ou si une partie l'exige en invoquant notamment l'art. 6 CEDH. Il faut cependant relever que, selon l'art. 6 CEDH, l'obligation de tenir des débats n'est pas absolue ; elle ne s'applique en particulier pas pour les mesures provisionnelles<sup>31</sup> ou lorsque la cause soulève uniquement des questions de fait ou de droit ne pouvant être liquidées sur la base de mémoires<sup>32</sup>. Tel sera par exemple le cas d'affaires où seules des questions juridiques ou techniques sont à trancher<sup>33</sup> ; une audience publique n'est alors pas indispensable.

Une audience peut se révéler nécessaire si d'autres moyens de preuve que celle par pièces doivent être administrés, ce qui n'est pas exclu, mais limité par l'art. 254 al. 2 CPC. Si les let. a et c de l'art. 254 CPC ne nécessitent pas d'explications particulières, la let. b a vocation à s'appliquer notamment quand une décision finale doit être rendue, par exemple dans l'hypothèse de la protection des cas clairs. Les autres moyens de preuves que les titres doivent cependant être l'exception, ce qui ne signifie pas à notre sens que l'on peut remplacer la preuve par témoins par des déterminations écrites de témoins<sup>34</sup>. De telles déclarations doivent être limitées, y compris en procédure sommaire, aux hypothèses visées par l'art. 190.

S'agissant de la communication du jugement, en l'absence de dispositions spécifiques, l'art. 239 CPC va s'appliquer compte tenu du renvoi de l'art. 219 CPC.

---

<sup>30</sup> Cf. FF 2006 p. 6957.

<sup>31</sup> Cf. ATF 129 I 103 ; RSPC 2005, 65.

<sup>32</sup> Cf. BOHNET (n. 4) p. 274-5.

<sup>33</sup> Cf. ATF 132 III 668.

<sup>34</sup> *Contra* : BOHNET (n. 2), art. 254 N 3.

## C. Maximes applicables

En ce qui concerne les maximes de disposition et d'office, la maxime de disposition s'applique en vertu de l'art. 58 CPC, sous réserve de l'art. 265 al. 3 CPC permettant au juge, dans le cadre de mesures prévisionnelles, d'ordonner d'office la fourniture de sûretés.

En ce qui concerne la maxime inquisitoire et la maxime des débats, il ressort de l'art. 255 CPC que la maxime des débats s'applique en principe, sauf dans les deux cas prévus à cette disposition (faillite et concordat, juridiction gracieuse).

Cela signifie que la maxime des débats s'applique en particulier à la protection dans les cas clairs, y compris dans les causes où – si la procédure usuelle était appliquée – il y aurait application de la maxime inquisitoire (droit du travail jusqu'à fr. 30'000.-, bail, cf. art. 247 CPC). Cette solution résulte du caractère exhaustif de l'art. 255 CPC.

Compte tenu du caractère informel de la procédure, on doit pouvoir alléguer les faits et produire les preuves jusqu'à la dernière audience<sup>35</sup> quelle que soit la maxime applicable.

## D. Les mesures provisionnelles

### 1. Notion et conditions

La notion de mesures provisionnelles est connue<sup>36</sup>. Elle ne subit pas de révolution. Comme déjà actuellement, les mesures provisionnelles peuvent être conservatoires, mais elles peuvent aussi dans certaines hypothèses permettre l'exécution anticipée des prestations ; il peut enfin s'agir de mesures de réglementation comme celles ordonnées dans le cadre d'un divorce (art. 276 CPC). Les dispositions sur les mesures provisionnelles sont également applicables en matière de preuve à futur (art. 158 CPC).

Jugées sous l'angle de la vraisemblance (art. 261 al. 1 CPC), les mesures provisionnelles n'ont pas autorité de la chose jugée : en vertu de l'art. 268 CPC, elles sont valables en principe jusqu'à l'entrée en force du jugement au fond et, jusque-là, elles peuvent être modifiées ou révoquées en cas de modification des circonstances.

---

<sup>35</sup> BOHNET FRANÇOIS, La procédure sommaire selon le Code de procédure civile suisse, RJJ 2008, p. 273.

<sup>36</sup> Cf. en particulier PELET VINCENT, Réglementation fédérale des mesures provisionnelles et procédure civile cantonale contentieuse, thèse Lausanne 1986 ; cf. également SJ 2010 I 356.



Les conditions pour obtenir des mesures provisionnelles sont décrites aux art. 261 et 266 CPC et sont reprises du droit actuel :

- il faut en principe une situation d’urgence (art. 261 al. 1 litt. a CPC), mais il y a des exceptions par exemple en matière de mesures de réglementation dans le cadre d’un divorce ;
- l’absence de mesures provisionnelles pourrait causer un préjudice patrimonial ou immatériel<sup>37</sup> difficilement réparable (art. 261 al. 1 litt. b CPC).

La compétence pour ordonner des mesures provisionnelles est régie territorialement par l’art. 13 CPC (sous réserve cependant des art. 23 et 24 CPC). Quant à la compétence matérielle, elle ressort du droit cantonal sous réserve de dispositions fédérales spécifiques (cf. art. 5 al. 2, 6 al. 5 CPC). La procédure sommaire est applicable (art. 248 litt. d CPC).

## 2. Objet

L’art. 262 CPC détermine à titre non exhaustif les différentes mesures qui peuvent être ordonnées par le juge lorsque les conditions pour obtenir des mesures provisionnelles sont remplies.

### a) *Interdiction (art. 262 litt. a CPC)*

Lorsqu’il y a atteinte ou risque d’atteinte aux droits du requérant, le juge peut tout d’abord prononcer une mesure d’interdiction, par exemple celle de poursuivre des travaux qui pourraient porter atteinte à une servitude ou à une propriété. Une interdiction peut également être prononcée non pas à titre conservatoire mais aussi à titre d’exécution anticipée du droit au fond. Tel est par exemple le cas d’une interdiction de prohibition de concurrence. Mais, dans une telle hypothèse, la jurisprudence se montre stricte sur les conditions d’octroi des mesures provisionnelles, qui sont de nature à porter une atteinte grave aux intérêts de la partie intimée. La protection juridique provisoire ne doit être accordée que lorsque la demande apparaît fondée de manière relativement claire au vu d’un état de fait rendu vraisemblable<sup>38</sup>.

### b) *Ordre de cessation d’un état de fait illicite (art. 262 litt. b CPC)*

Il peut s’agir par exemple d’évacuer des locaux occupés sans droit. Mais dans cette hypothèse, les mesures provisionnelles peuvent également avoir pour conséquence (comme dans l’hypothèse précitée de l’interdiction de concurrence) de vider le litige de son objet, la jurisprudence se montrant alors plus

<sup>37</sup> Cf. BOHNET (n. 35) p. 294.

<sup>38</sup> Cf. ATF 131 III 473 ; SJ 2005 I 517.

rigoureuse sur la vraisemblance du droit compte tenu de l'atteinte aux intérêts de la partie intimée<sup>39</sup>.

- c) *Ordre donné à une autorité qui tient un registre ou à un tiers*  
(art. 262 litt. c CPC)

Cette mesure peut consister dans l'ordre donné au registre foncier d'un blocage, mais il peut également s'agir d'un ordre donné à un tiers, par exemple à une banque ou à Switch pour prescrire un transfert de nom de domaine sur Internet<sup>40</sup>.

- d) *Fourniture d'une prestation en nature* (art. 262 litt. d CPC)

Il peut s'agir par exemple d'ordonner la livraison de marchandises périssables, pour éviter un dommage irrémédiable. Dans de telles hypothèses, si l'exécution à titre anticipé d'une prestation est ainsi ordonnée, il y aura lieu de se montrer également rigoureux dans l'examen de la vraisemblance du droit comme indiqué plus haut<sup>41</sup>.

- e) *Versement d'une prestation en argent lorsque la loi le prévoit*  
(art. 262 litt. e CPC)

L'hypothèse typique est celle du versement d'une pension alimentaire en vertu du droit de la famille.

Il convient d'être attentif au fait que, comme actuellement, la LP est réservée (art. 269 litt. a CPC). Cela signifie que, lorsqu'il s'agit de mesures de sûretés en rapport avec une créance pécuniaire, la LP est applicable, en particulier ses dispositions sur le séquestre. En clair, et même si cela est tentant, il ne servira à rien, lorsque les conditions du séquestre LP ne sont pas réalisées (par exemple parce que le débiteur est domicilié en Suisse) de tenter une requête de mesures provisionnelles selon le CPC, car le juge devra refuser une telle requête (« séquestre déguisé ») compte tenu de la réserve mentionnée à l'art. 269 litt. a CPC.

### 3. Les mesures préprovisionnelles

Comme en droit actuel, en vertu de l'art. 265 CPC, le tribunal peut ordonner des mesures d'extrême urgence sans entendre la partie intimée (sous réserve du dépôt d'un mémoire préventif selon l'art. 270 CPC). Dans cette hypothèse, il doit simultanément fixer une audience ou du moins donner à la partie ad-

---

<sup>39</sup> Cf. JdT 2004 III 107.

<sup>40</sup> Cf. BOHNET (n. 35) p. 297.

<sup>41</sup> Cf. ATF 125 III 451, JdT 2000 I 163.

verse la possibilité de s'exprimer par écrit, à la suite de quoi un prononcé de mesures provisionnelles doit être rendu, après avoir ainsi respecté le droit d'être entendu des parties.

Ce système est déjà connu. Se pose la question de savoir s'il existe une voie de recours à l'encontre de la décision de mesures préprovisionnelles. La décision rendue, qu'elle accorde ou rejette des mesures préprovisionnelles, ne paraît pas assimilable à une décision de mesures provisionnelles après audition des parties et, à notre sens, elle ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'un appel au sens de l'art. 308 al. 1 litt. b CPC<sup>42</sup> ou d'un recours au sens de l'art. 319 litt. a CPC. En revanche, il me paraît que l'on pourrait envisager de considérer une ordonnance de mesures préprovisionnelles comme une décision au sens de l'art. 319 litt. b ch. 2 CPC, susceptible de recours aux conditions posées, soit en présence d'un préjudice difficilement réparable.

En ce qui concerne les voies de droit au Tribunal fédéral, il nous paraît qu'il n'y a pas lieu à modification de la jurisprudence actuelle en matière de mesures préprovisionnelles : un recours n'est pas recevable faute d'épuisement des instances cantonales, le remplacement de la décision de mesures préprovisionnelles par une ordonnance de mesures provisionnelles constituant une voie de droit selon cette jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>43</sup>.

#### 4. Les sûretés

Comme actuellement selon le droit cantonal, l'art. 264 CPC permet d'obtenir du requérant des sûretés pour garantir le dommage qui pourrait être causé à l'intimé en raison des mesures provisionnelles qui se révéleraient injustifiées ultérieurement. Selon l'art. 265 al. 3 CPC, des sûretés peuvent être ordonnées d'office en cas de mesures préprovisionnelles. Des mesures provisionnelles peuvent être ordonnées avant la fourniture des sûretés (art. 101 al. 2 CPC), la non fourniture de celles-ci dans le délai imparti entraînant alors le refus d'entrer en matière (art. 101 al. 3 CPC).

L'innovation du code réside dans l'introduction d'une responsabilité causale pour celui qui a requis des mesures provisionnelles se révélant ensuite injustifiées. Le for d'une telle action est régi par l'art. 37 CPC. Cette responsabilité causale est cependant relativisée du fait que le juge peut réduire le montant alloué, voire renoncer à l'octroyer, si les mesures provisionnelles ont été demandées de bonne foi.

<sup>42</sup> *Contra* : BOHNET (n. 35), p. 302.

<sup>43</sup> JdT 2004 III 113, RSPC 2005, 2 ; arrêt du Tribunal fédéral du 8.1.2008, 5A\_678/2007.

Ces sûretés doivent être distinguées de celles prévues par l'art. 261 al. 2 CPC, selon lesquelles les mesures provisionnelles peuvent être remplacées par la fourniture de sûretés provenant alors de l'intimé. Tel est fréquemment le cas en matière d'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, l'inscription de l'hypothèque provisoire pouvant être évitée par la fourniture de sûretés en faveur de l'artisan ou de l'entrepreneur requérant. On peut aussi imaginer une requête de mesures provisionnelles visant à séquestrer un véhicule (pour garantir une créance non pécuniaire), l'intimé pouvant déposer des sûretés pour pouvoir continuer à utiliser le véhicule.

## 5. Validation et exécution des mesures provisionnelles

### a) *Validation*

Si l'action au fond n'est pas encore pendante, en vertu de l'art. 263 CPC, les mesures provisionnelles doivent alors être validées par l'introduction d'une procédure au fond déposée dans un délai fixé par le juge, faute de quoi les mesures provisionnelles seront caduques. Cette validation, par dépôt d'une demande devant le tribunal matériellement et territorialement compétent, peut se faire sans procédure de conciliation préalable (art. 198 litt. h CPC). La validation peut se faire le cas échéant sous la forme d'une requête de protection dans les cas clairs<sup>44</sup>.

Le délai pour valider les mesures provisionnelles n'est-il pas soumis aux fêtes en vertu de l'art. 145 al. 2 litt. b CPC ? Nous considérons que le délai pour valider relève déjà de la procédure au fond et que les fêtes s'appliqueront donc à ce délai si la procédure au fond est soumise à des fêtes<sup>45</sup>.

Il faut enfin noter que, dans le domaine du droit de la famille, l'on a conservé une réglementation spéciale, des mesures provisionnelles ne pouvant être ordonnées que si l'action est pendante au fond compte tenu de la possibilité d'obtenir des mesures protectrices de l'union conjugale avant la litispendance (cf. art. 276 CPC).

### b) *Exécution*

En ce qui concerne l'exécution des mesures provisionnelles, selon l'art. 267 CPC, la décision de mesures provisionnelles contient des dispositions d'exécution directe, ce qui permet une exécution immédiate sans passer par une procédure d'exécution (cf. art. 337 al. 1 CPC).

---

<sup>44</sup> Cf. BOHNET (n. 35) p. 300.

<sup>45</sup> Cf. art. 145 CPC, n. 12 ci-dessus.

Ce dispositif permet ainsi rapidité et efficacité pour l'exécution des mesures provisionnelles. Mais il faut relever un problème lié à la notification des décisions de mesures provisionnelles. Il n'existe pas de dispositions particulières sur la communication des décisions en procédure sommaire et, en particulier pour les mesures provisionnelles, cela signifie, selon l'art. 239 CPC ainsi applicable, que le tribunal peut communiquer le dispositif écrit de sa décision avant la motivation, qui peut être demandée par les parties dans les 10 jours. Par rapport en particulier à des décisions de mesures provisionnelles se pose la question du caractère exécutoire de décisions dont uniquement le dispositif est communiqué aux parties. Si un dispositif non motivé n'est pas encore exécutoire, l'intimé pourrait être amené à prendre des mesures pour se soustraire à l'exécution de la décision entre la communication du dispositif et sa motivation. En l'état actuel de la jurisprudence<sup>46</sup>, il paraît bien qu'un dispositif non motivé n'est pas encore exécutoire. La décision de mesures provisionnelles devient ainsi exécutoire dès notification des considérants motivés, cela notwithstanding (cf. art. 315 al. 4 CPC) ou recours (cf. art. 325 CPC).

Pour des mesures provisionnelles, le tribunal serait ainsi bien avisé de notifier directement les considérants motivés de l'ordonnance, qui sera ainsi immédiatement exécutoire.

## V. Les procédures de droit matrimonial

### A. Types de procédures

Pour l'essentiel, les dispositions de procédure contenues actuellement dans le Code civil sont reprises dans le CPC. Il existe trois types de procédures de droit matrimonial :

- divorce sur requête commune ;
- divorce sur demande unilatérale ; cette procédure va s'appliquer aux actions en séparation et en annulation en vertu de l'art. 294 CPC, ce qui pourrait laisser supposer que, au contraire de la solution de l'art. 117 al. 2 aCC, il ne pourrait y avoir de séparation de corps sur requête commune ; une telle séparation est cependant possible, le Conseil fédéral expliquant dans son Message<sup>47</sup> que cela est tellement évident qu'il n'est pas nécessaire de le préciser. Cette procédure va également s'appliquer en cas de modification contentieuse du jugement de divorce (art. 284 al. 3 CPC) ;
- les cas procédure sommaire, telles les mesures protectrices.

<sup>46</sup> JdT 2004 III 110 et TAPPY (n. 28), p. 115 ss spéc. 120.

<sup>47</sup> FF 2006 p. 6973.

## B. Divorce sur requête commune

Il n'y a pas de grande innovation par rapport à la solution actuelle. Les conditions du divorce (art. 111 et 112 CC) sont laissées dans le Code civil. La procédure débute sans requête de conciliation par une requête commune, qui peut être signée par un conseil commun (nonobstant le texte littéral de l'art. 285 litt. f CPC)<sup>48</sup>.

S'il y a désaccord sur les effets accessoires du divorce, les règles de la procédure ordinaire s'appliquent (cf. art. 288 al. 2 CPC)<sup>49</sup>.

En cas de divorce sur requête commune, la décision de divorce ne peut faire l'objet que d'un appel pour vice du consentement (art. 289 CPC)<sup>50</sup>, ce qui constitue une solution moins complète que l'art. 149 al. 1 CC, qui réservait également la possibilité d'un recours pour violation des dispositions fédérales de procédure relatives au divorce sur requête commune. La suppression du délai de réflexion qui était prescrit à l'art. 111 CC ne rend cependant plus nécessaire une possibilité de recours dans l'hypothèse où le divorce était prononcé sans confirmation de la volonté de divorcer à l'échéance du délai de réflexion.

## C. Divorce sur demande unilatérale

La demande unilatérale n'est pas obligatoirement motivée (art. 290 al. 1 CPC). Elle n'est pas précédée d'une tentative préalable de conciliation, mais celle-ci sera tentée à l'audience appointée à la suite du dépôt de la demande (art. 291 CPC). Lors de cette audience, le tribunal doit demander aux parties si le motif de divorce est contesté ou non<sup>51</sup> :

- si tel est le cas, la procédure contradictoire continue, avec d'abord la motivation de la demande (art. 291 al. 3 CPC) ;
- si tel n'est pas le cas, il faut distinguer :

---

<sup>48</sup> BOHNET FRANÇOIS, Les procédures spéciales, *in* Le projet de code de procédure civile fédéral (S. Lukic, éd.) Lausanne 2008 p. 315.

<sup>49</sup> FF 2006 p. 6971.

<sup>50</sup> En revanche, la décision sur les effets accessoires du divorce peut être attaquée par les voies de recours ordinaires, cf. FF 2006 p. 6971.

<sup>51</sup> A notre avis, c'est à tort que le texte de l'art. 291 al. 2 CPC mentionne la question de savoir si le motif de divorce est ou non « avéré » ; l'administration des preuves, nécessaire pour déterminer ou non l'existence du motif de divorce, n'a pas lieu en effet lors de cette audience de conciliation à ce stade de la procédure, raison pour laquelle il nous paraît que le juge doit en réalité simplement déterminer si le motif de divorce est ou non contesté ; cf. également dans ce sens BOHNET (n. 48) p. 319 ; *contra* TAPPY DENIS, Les procédures en droit matrimonial, *in* Bohnet (éd.), Procédure civile suisse : les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, p. 310-311.

- si les époux n'ont pas vécu séparés pendant deux ans, l'on appliquera la procédure de divorce sur requête commune (cf. art. 292 CPC) ;
- si les époux ont vécu séparés pendant plus de deux ans, la procédure sur demande unilatérale restera applicable. Avant la suppression du délai de réflexion dans la procédure sur requête commune, cela permettait aux époux ayant vécu séparés pendant plus de deux ans d'éviter l'application de ce délai. Cette différence n'existe plus depuis lors sans pour autant que le législateur n'ait modifié l'art. 292 CPC.

#### D. Principes communs aux deux procédures

Outre la caractéristique commune aux procédures du droit de la famille qu'elles ont lieu à huis clos (art. 54 al. 4 CPC), l'on peut évoquer les deux principes suivants :

- la maxime inquisitoire s'applique en principe<sup>52</sup>, sauf s'agissant de deux points (art. 277 CPC) :
  - régime matrimonial ;
  - les contributions d'entretien après divorce.

Pour ces points, la maxime des débats s'applique, avec une certaine atténuation (devoir d'interpellation du juge, cf. art. 56 et 277 al. 2 CPC et contrôle de la convention sur les effets accessoires du divorce, cf. art. 279 al. 1 et 280 al. 1 CPC) ;

- le principe de l'unité du jugement de divorce (art. 283 CPC)<sup>53</sup>, avec trois exceptions :
  - renvoi de la liquidation du régime matrimonial à une procédure séparée ; cette hypothèse sera toutefois rare compte tenu de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui fait obstacle à la détermination des contributions d'entretien avant la liquidation du régime matrimonial<sup>54</sup> ;

<sup>52</sup> Ce qui aura pour conséquence que les faits et moyens de preuves nouveaux seront admis jusqu'aux délibérations, cf. art. 229 al. 3 CPC. Cette disposition, comme les autres sur les *novas* (art. 227, 229, 230 CPC) s'appliquent en vertu de l'art. 219 CPC sauf dispositions spécifiques de la loi.

<sup>53</sup> Selon la jurisprudence (ATF 134 III 426, JdT 2008 I 231, SJ 2009 I 18), le principe de l'unité du jugement de divorce n'interdit pas à une autorité de recours de statuer sur une partie seulement des questions encore litigieuses et de renvoyer la cause à la juridiction inférieure pour nouvelle décision sur les autres. Le procès se poursuit ainsi et prendra fin une fois réglés tous les effets accessoires du divorce.

<sup>54</sup> Cf. ATF 130 III 537.

- lorsqu'il y a renvoi à la juridiction des assurances (art. 281 al. 3 CPC) en cas de désaccord sur le partage des prestations de sortie LPP ; le renvoi sera cependant plus rare qu'auparavant, car s'il n'y a pas d'accord et que les prestations de sortie sont fixées<sup>55</sup>, le juge du divorce statuera (art. 281 al. 1 CPC) ; le renvoi n'interviendra ainsi pratiquement que dans les hypothèses où les prestations de sortie ne sont pas fixées ;

- en vertu de l'art. 315 al. 1 CPC, un appel suspend la force de chose jugée et le caractère exécutoire de la décision dans la mesure des conclusions prises, ce qui laisse ainsi la possibilité d'une entrée en force partielle du jugement de divorce.

## E. Procédure sommaire

Il s'agit essentiellement de la procédure prévue pour les mesures protectrices de l'union conjugale en précisant que les dispositions régissant celles-ci s'appliquent aux mesures provisionnelles dans le cadre de la procédure en divorce (art. 276 al. 1 CPC). On peut relever trois observations :

- l'art. 273 al. 1 CPC prévoit la tenue d'une audience, avec cependant la possibilité pour le juge d'y renoncer « s'il résulte des allégués des parties que l'état de fait est clair ou incontesté ». Une telle renonciation paraît difficilement compatible avec l'art. 172 al. 2 CC qui impose au juge de rappeler les époux à leurs devoirs et de tenter la conciliation ; elle devra donc être exceptionnelle, par exemple si l'un des époux a disparu ou est parti au loin ;
- il n'existe pas de dispositions sur les mesures d'extrême urgence. Selon Hofmann/Lüscher<sup>56</sup> et Vouilloz<sup>57</sup>, le renvoi de l'art. 271 al. 1 CPC à la procédure sommaire permet l'application de l'art. 265 CPC, car il y a effectivement nécessité comme en matière de mesures provisionnelles de prévoir la possibilité de rendre des mesures d'extrême urgence, par exemple s'il y a danger pour l'un des époux ;
- la maxime inquisitoire est applicable à cette procédure sommaire et aux mesures protectrices (art. 272 CPC), ce qui a pour effet que le juge instruit

---

<sup>55</sup> Par « fixées », il faut entendre selon toute vraisemblance « estimées », car, en l'état de l'art. 22 LFLP, il faut se fonder sur l'état de la prestation au moment du mariage jusqu'à celui au moment du divorce, qui n'est pas connu précisément avant la date du jugement. Comme l'explique VOUILLOZ (n. 57, p. 12), il est cependant question de modifier l'art. 22 LFLP pour remplacer le moment du divorce par le moment du dépôt de la demande en divorce, ce qui permettra le cas échéant d'effectuer un calcul précis.

<sup>56</sup> HOFMANN/LÜSCHER, n. 11, p. 175.

<sup>57</sup> VOUILLOZ FRANÇOIS, Les procédures du code de procédure civile suisse relatives au droit de la famille (art. 271 à 307 CPC), in Jusletter du 8.2.2010, p. 3.



d'office y compris sur les contributions d'entretien entre époux alors que, s'agissant de la procédure au fond, la maxime des débats s'applique à la fixation de celles-ci. Une telle solution peut cependant se justifier dès lors que, souvent, en mesures protectrices, les parties ne sont pas assistées.

## **VI. Les procédures relatives aux enfants**

### **A. Maximes applicables**

Comme en droit actuel, les procédures concernant les enfants dans les affaires du droit de la famille ont une caractéristique essentielle : dès lors qu'il s'agit pour le tribunal d'agir dans l'intérêt de l'enfant, l'on appliquera la maxime inquisitoire (art. 296 al. 1 CPC) et la maxime d'office (art. 296 al. 3 CPC).

### **B. Les procédures indépendantes**

Par « procédures indépendantes », le législateur entend les procédures concernant les enfants qui ne sont pas liées à un procès matrimonial, comme par exemple une procédure de divorce. Les procédures indépendantes peuvent être soit soumises à la procédure simplifiée soit à la procédure sommaire.

#### **1. Cas de procédure simplifiée**

Pour les procédures indépendantes soumises à la procédure simplifiée, l'on peut distinguer celles qui sont soumises à la conciliation préalable et celles qui en sont exclues en vertu de l'art. 198 litt. b (procès d'état civil) :

- avec conciliation préalable : ce sont essentiellement les actions des enfants pour leur entretien (cf. art. 276 ss CC) ;
- sans conciliation préalable : il s'agit des actions en paternité (art. 261 ss CPC, en précisant que le code prévoit des règles particulières aux art. 303 et 304 CPC sur les mesures provisionnelles et la compétence), des actions en désaveu (art. 256 ss CC) et des actions en contestation de la reconnaissance (art. 260 a ss CC) ; pour les actions nécessitant des examens relatifs à l'établissement de la filiation, l'art. 296 al. 2 CPC introduit, en dérogation aux dispositions générales en matière de preuves, une obligation de collaboration des parties et des tiers dans la mesure où leur santé n'est pas mise en danger.

## 2. Cas de procédure sommaire

L'art. 302 CPC prévoit l'application de la procédure sommaire dans certaines hypothèses spécifiques.

### C. Les procédures de droit matrimonial

En ce qui concerne le sort des enfants dans le cadre d'une procédure de droit matrimonial, les règles sur l'audition des parents, de l'enfant<sup>58</sup> et la représentation de celui-ci sont reprises, voire précisées (art. 297 à 301 CPC) ; il faut signaler que ce sera dorénavant le tribunal (et non plus l'autorité tutélaire) qui désigne le curateur de l'enfant (cf. art. 299 al. 1 CPC).

## VII. Conclusion

Hormis le caractère obligatoire de la conciliation préalable, les procédures spéciales prévues par le nouveau code, telles que nous venons de les exposer, n'introduisent pas de révolution importante, les innovations essentielles étant traitées dans la contribution de Me Gaillard, en particulier la protection dans les cas clairs.

La boîte à outils procédurale change de forme, mais les instruments nécessaires pour une justice expédiente restent à disposition des praticiens et des juges.

---

<sup>58</sup> En vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 131 III 553, JdT 2006 I 83), les enfants sont entendus à partir de 6 ans voire plus tôt si les circonstances le justifient. Sur les conditions de délégation de l'audition à un tiers, cf. arrêt du TF du 14.7.2011, 5A\_397/2011.

---

# Quelques institutions juridiques nouvelles

LOUIS GAILLARD

*Avocat, D.E.S. Genève*

## I. L'allocation d'une prétention par la voie de l'art. 257 CPC (« Cas clairs »)

L'allocation d'un droit prétendu par la voie du « cas clair » est une figure procédurale nouvelle décrite par une seule disposition, l'art. 257 CPC. Certes, cette forme juridique est soumise aux dispositions de la procédure sommaire (art. 248 litt. b CPC). Toutefois, les conditions de sa mise en œuvre ainsi que les effets de la décision rendue en font une voie originale.

### A. Notion

La protection pour les cas clairs décrit une véritable procédure sur le fond (*Erkenntnisverfahren*), mais régie par des règles particulières. On décrit ici ce qu'elle est et ce qu'elle n'est pas.

#### 1. Ce qu'elle est

Ainsi qu'on le verra dans le détail plus loin, la voie de l'art. 257 CPC décrit une procédure rapide soumise aux règles de la procédure sommaire, qui, si les faits pertinents ne sont pas contestés ou s'ils peuvent être aisément établis *et* si le droit est clair, permet au demandeur d'obtenir une décision sur le fond de la contestation assortie de la force exécutoire *et* de la force de chose jugée, que cette décision consacre une obligation de faire ou de s'abstenir, ou encore une obligation de payer ou de constituer des sûretés.

#### 2. Ce qu'elle n'est pas

On peut aussi définir la voie de l'art. 257 CPC par ce qu'elle n'est pas : elle ne décrit pas une procédure fondée sur la vraisemblance du droit prétendu ; elle ne conduit pas à une proposition de jugement ; elle n'est non plus pas une

procédure incidente s'inscrivant comme une péripétie d'un litige soumis au juge du fond ; elle n'est enfin pas une procédure s'inscrivant dans le cadre d'un processus d'exécution forcée. Ces diverses dénégations nécessitent quelques précisions.

La protection pour les « cas clairs » n'est pas une procédure fondée sur la *vraisemblance* : en rendant son jugement qui par hypothèse est favorable au demandeur, le juge doit être assuré, au-delà de tout doute raisonnable, que les faits qui fondent la prétention ont été admis ou prouvés. On voit ainsi ce qui distingue la voie du « cas clair » de la procédure de mainlevée provisoire où la preuve se limite aux documents immédiatement disponibles.

La décision rendue par la voie de l'art. 257 CPC n'est pas une *proposition de jugement* : si elle fait droit aux conclusions du demandeur, qu'elle n'est pas frappée d'appel ou de recours ou qu'elle est confirmée par les autorités supérieures, la décision est définitive.

Saisir le juge par une requête selon l'art. 257 CPC n'ouvre pas une *procédure incidente* : cette démarche fait naître un véritable procès sur le fond ; ne peut ainsi prospérer simultanément une demande sur le fond par voie de procédure ordinaire ou simplifiée devant quelconque tribunal et une requête de protection pour les cas clairs ; l'exception de litispendance donne la priorité à la première instance ouverte (art. 59 al. 2 litt. d ; art. 64 al. 1 litt. a CPC). D'ailleurs, véritable procès sur le fond, la protection pour les cas clairs peut venir en validation d'une ordonnance de mesures provisionnelles.

Une requête de protection pour les cas clairs n'est enfin pas un *incident de la poursuite*. Certes, comme en procédure ordinaire ou simplifiée, il est possible de conclure à une condamnation pécuniaire et, s'il y eut poursuite préalable, au prononcé de la mainlevée définitive, voire, par cumul d'actions (art. 90 CPC), au prononcé à titre subsidiaire de la mainlevée provisoire (cf. litt. E ci-après). Il n'en reste pas moins que la voie de l'art. 257 CPC, à la différence de celle des art. 80ss LP, ne constitue pas un processus d'exécution forcée.

## B. Origine

Cette procédure a son origine en droit zurichois. L'institution appelée *Befehlsverfahren* remonte à 1831<sup>1</sup>. Elle s'est étendue par la suite à 12 législations de cantons alémaniques. Elle n'avait trouvé en Suisse romande qu'un accueil partiel : Genève connaissait depuis 1981 une procédure atypique permettant au demandeur d'obtenir à la manière d'une mesure provisionnelle une protection

---

<sup>1</sup> Cf. SCHMID HANS, « Klares Recht » als Prozessvoraussetzung im zürcherischen Befehlsverfahren, in Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Festschrift für Oscar Vogel, Fribourg, 1991, pp. 109ss, 111.

dans les cas clairs mais limitée à la seule reddition de comptes (art. 324 al. 2 litt. b LPC)<sup>2</sup>.

Dans le champ zurichois comme d'ailleurs dans les autres cantons alémaniques, la voie de la *Befehlsverfahren* a toujours été perçue comme exceptionnelle, pas tellement par les rigueurs du texte légal que par le fait que, par dérogation à la règle ordinaire de la collégialité, la compétence pour en connaître était dévolue à un juge unique<sup>3</sup>. S'y ajoutaient des restrictions dans l'administration des preuves ainsi que dans l'évocation de faits nouveaux.

Ce caractère exceptionnel explique que, dans la pratique alémanique - et sans que les textes ne l'aient exigé - la protection n'était accordée que si la requête répondait à des conditions appréciées restrictivement. La doctrine décrit cette exigence par les termes *hohe Hürde*<sup>4</sup>.

Cela étant, la voie de la *Befehlsverfahren* n'était donnée que pour les obligations de faire ou de s'abstenir. On verra que le nouveau droit l'a étendue aux prétentions en paiement et en constitution de sûretés.

### C. Conditions

Le texte légal prévoit deux conditions positives : un état de fait sûr et un droit sûr. Et une condition négative : il ne faut pas que la contestation relève de la maxime d'office, avec la précision que cette exclusion semble devoir aussi viser la procédure de divorce qui répond à un système de normes procédurales spécifiques (art. 274ss CPC).

#### 1. Un état de fait sûr ...

Celui-ci bien entendu ne porte que sur les faits pertinents.

Cette sécurité est donnée au juge soit par aveu des faits pertinents soit par administration des preuves immédiatement disponibles.

Le défendeur peut admettre les faits pertinents soit formellement, soit par défaut de produire une écriture de réponse si le tribunal a opté pour une détermination du défendeur sous forme écrite, soit par défaut de comparaître si

<sup>2</sup> JACQUEMOUD-ROSSARI LAURA, Reddition de comptes et droit aux renseignements, SJ 2006 II p. 23ss ; BERTOSSA BERNARD/GAILLARD LOUIS/GUYET JACQUES/SCHMIDT ANDRÉ, Commentaire de la Loi de procédure civile genevoise, ad art. 324 n° 5. Pour une description comparée des institutions zurichoise et genevoise en matière de reddition de comptes, cf. VISSON ARIELLE ELAN, Droit à la production de pièces et *discovery*, 1997, p. 153ss et 162ss.

<sup>3</sup> Il est révélateur que la doctrine suisse-allemande désigne le juge chargé de statuer sur la protection dans les cas clairs par le terme *Einzelrichter* (cf. SCHMID (cf. note 1), dès la page 109).

<sup>4</sup> ZÜRCHER JOHANN JAKOB, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich, 1998, page 342.

l'audition des parties a été ordonnée (art. 253 CPC)<sup>5</sup>. On soulève ici une contradiction de normes : dans les causes soumises à la procédure simplifiée selon les art. 243ss CPC, le juge est tenu d'interpeller les parties (*Fragepflicht*, art. 247 al. 1 CPC) voire d'instruire d'office les faits de la cause (art. 247 al. 2 CPC). Cette exigence légale ne se retrouve plus sitôt que le demandeur fait le choix d'agir par la voie de l'art. 257 CPC. On voit la difficulté : la protection de la partie faible au litige – qui paraît le fondement de la règle de l'art. 247 CPC – se perd par la suite d'un choix procédural revenant exclusivement au demandeur. La seule manière de réintroduire une cohérence des normes est de postuler que le devoir d'interpellation et d'instruction trouve aussi application dans le cadre de la protection pour les cas clairs si le dépôt de la demande selon la voie des art. 243ss CPC aurait conduit à l'application de l'art. 247 CPC<sup>6</sup>.

La contestation des faits pertinents ne fait pas obstacle à la protection des cas clairs dans les espèces où les faits peuvent être aisément établis. La preuve la plus évidemment adaptée à ce type de procédure est la preuve par titres. Toutefois, d'autres moyens de preuve sont envisageables (à la différence notable de la procédure de mainlevée) selon les prévisions de l'art. 254 al. 2 CPC<sup>7</sup>. Le caractère d'immédiateté de l'administration de la preuve (*immédiatement, sofort, immediatamente*) exclut l'expertise. L'audition de témoins si ceux-ci peuvent être rapidement convoqués et entendus ainsi que l'inspection si la constatation directe des faits ne suscite pas un long déplacement paraissent des moyens de preuve compatibles avec cette exigence.

Il faut qu'à la fin de l'administration abrégée de la preuve des faits pertinents, le juge puisse être assuré au-delà de tout doute raisonnable de la réalité des faits au soutien des conclusions – ou de la partie des conclusions – qu'il alloue<sup>8</sup>. De fait, le juge procédera à la manière d'une appréciation anticipée des preuves. Il se demandera si, concrètement, telle autre preuve envisageable serait de nature à ébranler sa conviction<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Il reste que le juge ne peut pas retenir telle allégation de la partie requérante s'il a des motifs concrets de douter de la véracité du fait allégué (art. 153 al. 2 CPC). C'est ainsi que nous comprenons la réserve de HALDY JACQUES, *in* La nouvelle procédure civile suisse, Bâle 2009, p. 72. *Contra* : BOHNET FRANÇOIS, Code de procédure civile commenté, 2011, art. 257 N° 7 et HOHL FABIENNE, Procédure civile, Tome II, 2010, N° 1661, dont les avis nous paraissent négliger la maxime des débats avec son corollaire, le fardeau de la dénégation des faits allégués par la partie adverse.

<sup>6</sup> Voir aussi MEIER ISAAK, *Schweizerisches Zivilprozessrecht, Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre*, 2010, p. 378-379.

<sup>7</sup> *Contra* : Message, FF 2006, p. 6959.

<sup>8</sup> En procédure zurichoise, cf. Kassationsgericht Zürich, Décision du 3 juillet 2009 (AA080134), consid. 3.

<sup>9</sup> DESCHENAU HENRI, *Traité de droit civil suisse, II.1, Le Titre préliminaire du Code civil*, 1969, p. 226.

## 2. ...et un état du droit sûr ...

Les termes « droit clair » sont évidemment empruntés à l'expression allemande *klares Recht*, et plus précisément au § 222 du ZPO (*zur schnellen Handhabung klaren Rechtes*). Ils décrivent l'exigence que le raisonnement du juge puisse s'appuyer sur une base légale claire ou suffisamment consacrée par la jurisprudence ou la doctrine<sup>10</sup>. Le droit clair n'est pas nécessairement le droit facile<sup>11</sup>. Le contraire de *clair* n'est pas *compliqué, difficile, mais douteux, incertain*.

L'exigence de la sécurité du droit ne s'oppose *a priori* pas au prononcé d'une solution sûre dans ces hypothèses :

- la prétention peut s'appuyer sur des argumentations alternatives ; on peut hésiter par exemple quant à la qualification du contrat mais les deux contrats spéciaux envisagés conduisent à la même solution ; l'idée est ici que, peu importe l'incertitude quant à la voie juridique, la sécurité doit se porter sur la solution retenue<sup>12</sup>,
- la prétention s'appuie sur des clauses contractuelles<sup>13</sup>, statutaires ou testamentaires<sup>14</sup>, toutes dispositions qu'il y a lieu, le cas échéant, d'interpréter,
- la prétention s'appuie sur une législation étrangère<sup>15</sup>.

Il est en revanche plus délicat, bien que cela ne soit pas exclu, d'admettre une solution sûre dans ces hypothèses :

- le principe de la bonne foi est débattu<sup>16</sup>,
- la prétention fait appel au pouvoir d'appréciation du juge (art. 42 CO) ou à une pondération par le juge des intérêts en présence (critère de la balance des intérêts)<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> ATF 118 II 302, consid. 3 et réf. cit..

<sup>11</sup> SCHMID (cf. note 1), page 122 ch. 8.

<sup>12</sup> Voir cependant ATF, 5A\_699/2008 du 5 décembre 2008.

<sup>13</sup> LIEBER VIKTOR, *Handhabung und Verletzung « klaren Rechts »*, in *Festschrift für HANS ULRICH WALDER*, Zurich 1994, p.219ss.

<sup>14</sup> Pour un exemple contraire, cf. RBUR 1986 N. 16 (Ordonnance du Präsidium du Landgericht Uri), interprétation d'un pacte successoral.

<sup>15</sup> SCHMID (cf. note 1), page 115 ch. 3.

<sup>16</sup> Décision du Kassationsgericht, Zurich, du 21 septembre 2009, consid. 4.3.

<sup>17</sup> SCHMID (cf. note 1), page 120 ch. 6 et 122 ch. 9.

En effet, dans ces deux cas, peut être déterminant un faisceau de faits qu'il est malaisé d'alléguer, de discuter voire de prouver dans le corset étroit de la procédure sommaire.

Il est enfin exclu de retenir un droit sûr dans l'hypothèse où la prétention ne s'appuie ni sur une jurisprudence éprouvée ni sur une doctrine dominante mais sur une solution que le juge adopterait « s'il avait à faire acte de législateur » (art. 1 al. 2 CC).

Cette curiosité toutefois : si l'on peut concevoir que le premier juge ne puisse allouer le droit prétendu selon l'art. 257 CPC que dans l'hypothèse d'un droit clair, comment cette condition sera appréciée par l'autorité cantonale statuant sur appel ou recours, et plus encore par le Tribunal fédéral statuant sur recours en matière civile ? Il y a ici une contradiction des règles entre le droit procédural qui impose un critère invariable – le droit sûr – devant chacune de ces juridictions et le droit institutionnel qui veut que le juge connaisse le droit surtout s'il appartient à « l'autorité judiciaire suprême de la Confédération » (art. 1 al. 1 LTF).

### 3. ... en l'absence d'un moyen de défense au fond ...

Le texte légal ne l'indique pas, mais la condition découle de la nature de l'institution : le droit prétendu ne peut être alloué que pour autant qu'un moyen de défense au fond n'y fasse pas obstacle<sup>18</sup>. Il peut s'agir d'une objection, c'est-à-dire d'une allégation de faits distincts des faits générateurs du droit invoqué par le demandeur, dont il résulte que ce droit n'existe pas, malgré les faits avancés par lui, comme par exemple le défaut de légitimation, la péremption du droit, la nullité du contrat, le vice du consentement, l'impossibilité d'exécuter<sup>19</sup>. Il peut s'agir aussi d'une exception de droit civil, telle la prescription, les défauts de la chose vendue ou l'exception *non adimpleti contractus*<sup>20</sup>.

Mais quel degré de preuve ou de vraisemblance peut-on exiger de la part du défendeur dans la présentation du moyen de défense et de la part du demandeur dans la dénégation de celui-ci ? Deux constatations dominent la ré-

<sup>18</sup> En procédure zurichoise s'est posée la question de savoir si l'exigence que la prétention du demandeur ne se heurte pas à une objection ou exception du défendeur constituait une véritable condition distincte de celles relatives à un état de fait sûr et un droit certain (cf. à ce propos, SCHMID (cf. note 1), p. 112). Certes, une exception de procédure ou une objection s'appuie nécessairement sur un état de fait et/ou de droit, si bien qu'il ne paraîtrait pas nécessaire de construire une troisième condition distincte des deux autres. Toutefois, la question des moyens de défense fait naître des interrogations quant à l'appréciation de ceux-ci si bien qu'il est plus expédient d'y voir une troisième condition dans l'octroi de la prétention du demandeur.

<sup>19</sup> Pour une énumération des objections, cf. BONNARD CLAUDE, De la classification des exceptions et des exceptions de procédure en droit vaudois, 1948, p. 201.

<sup>20</sup> Pour une énumération des exceptions, BONNARD (cf. note 19), *eodem loco*.



flexion : d'une part, la preuve des faits pertinents au soutien du moyen de défense peut résider en des témoignages ou des expertises, toutes preuves qu'il est difficile ou impossible d'administrer dans le corset étroit de la procédure sommaire ; il serait choquant que le défendeur ait à souffrir d'une restriction dans l'administration des preuves qui résulte de la seule initiative de son adversaire. D'autre part, la décision rendue par la voie du « cas clair », si elle octroie le droit prétendu, est définitive alors qu'elle ne l'est pas si elle refuse la prétention.

Aussi la solution la plus sûre<sup>21</sup> est de soumettre la mise à l'écart des faits allégués par le défendeur à l'exigence de l'appréciation anticipée des preuves : un fait à l'appui d'un moyen de défense ne sera écarté par le juge que s'il peut considérer que les éléments du dossier lui permettent de le nier et qu'aucune autre preuve ne pourrait renverser sa conviction. Ainsi, le demandeur est soumis à deux exigences procédurales cumulées : celle de prouver l'existence des faits présentés à l'appui de sa prétention – s'ils sont contestés – et celle de prouver l'inexistence des faits présentés par le défendeur à l'appui de ses moyens de défense. Certes, la preuve de l'inexistence d'un fait est chose difficile voire impossible<sup>22</sup>. Toutefois, le juge peut recourir à l'appréciation anticipée de la preuve des faits présentés au soutien d'un moyen de défense. Il reste que la voie de l'art. 257 CPC ouvre un vaste champ d'action aux défendeurs qui, sous la pression d'une procédure en cas clair, en viennent à alléguer des faits dont le caractère mensonger n'apparaîtra que dans le cadre de la procédure ordinaire.

On conçoit toutefois les sanctions qui peuvent résulter d'un tel comportement. La mise en avant de moyens de défense qui ne sont pas seulement infondés mais qui sont constitués d'allégations de faits dont l'inexistence apparaît au-delà de tout doute raisonnable dans la procédure ordinaire consécutive à l'irrecevabilité de la requête en cas clair est une atteinte au principe de la bonne foi qui gouverne la procédure civile (art. 52 CPC) ; nous considérons qu'elle constitue un acte illicite au sens des art. 41ss CO ; une prétention en réparation peut être formée déjà dans le cadre de l'action en procédure ordinaire qui suivrait l'échec de la démarche en cas clair. Les éléments du dommage sont ceux qui résultent du retard dans l'obtention du droit (notamment les intérêts moratoires si la demande porte sur une prétention en paiement) ainsi que les frais de justice exposés par l'échec de la demande en cas clair et la

<sup>21</sup> C'est d'ailleurs celle retenue par la doctrine zurichoise (cf. SCHMID (cf. note 1), p. 112 ; MEIER (cf. note 6), p. 375 ; ZR 107 [2008] N. 13, Kassationsgericht, Zurich). *Contra* GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar 2010, ad art. 257 n° 7, qui exposent que le défendeur est tenu de rendre sa défense vraisemblable à la manière du débiteur dans le débat sur mainlevée provisoire de l'opposition.

<sup>22</sup> Sur cette question, cf. STEINAUER PAUL-HENRI, Traité de droit suisse, II/1, Le Titre préliminaire du Code civil, 2009, p. 265ss.

nécessité d'avoir dû ouvrir action en procédure ordinaire. En revanche, un prononcé de peines disciplinaires dans le cadre de la procédure au fond (art. 128 CPC) ne paraît pas possible ; en effet, la défense abusive ne s'est pas déployée devant le juge de la procédure ordinaire où cette sanction pourrait être prononcée mais dans le débat antécédent devant le juge de la procédure sommaire.

#### 4. ... pour une solution sûre

En définitive, tel est le critère, ou le *test*, comme disent les juristes anglo-saxons : si le juge considère que la solution qu'il rend est conforme à l'état de fait tel qu'il résulte de la maxime des débats ou de l'appréciation des preuves, fût-elle anticipée, et à l'état du droit tel que la loi et la jurisprudence l'ont établi, il peut mais aussi il doit allouer le droit prétendu. S'il est habité d'un doute raisonnable, il doit prononcer l'irrecevabilité de la requête, à charge pour le demandeur de mieux agir.

### D. Compétence

Comme la voie de l'art. 257 CPC constitue un véritable procès sur le fond, les règles ordinaires de compétence territoriale trouvent application. Si cette compétence est dépendante de circonstances de fait<sup>23</sup> impliquant une appréciation des preuves ou d'une appréciation du droit<sup>24</sup>, encore faut-il que les faits ou le droit fondant cette compétence soient établis avec sécurité.

De même, les règles ordinaires de compétence matérielle trouvent application. A défaut de dispositions cantonales particulières (on retient ici l'exemple genevois), telle requête de protection pour les cas clairs devra être présentée devant le Tribunal de première instance (universalité de la compétence) à moins que la matière ne relève de la compétence de la Cour de justice (instance cantonale unique), de la juridiction des baux et loyers ou de la juridiction des prud'hommes. Il appartiendra à ces dernières juridictions de mettre en place un processus de convocation et de jugement conforme à l'impératif de célérité propre à la procédure sommaire.

Si les parties sont liées par une convention d'arbitrage, la voie de la protection pour les cas clairs ne leur est donnée que si l'une des exceptions de l'art. 61 CPC est vérifiée. Sous cette réserve, elles ne peuvent par exemple ob-

---

<sup>23</sup> Par exemple les faits fondant la détermination du domicile des parties (art. 10 CPC), de la qualité de consommateur d'une partie (art. 32 CPC), de la nature du contrat (art. 33 et 34 CPC), du lieu de commission ou de résultat de l'acte illicite (art. 36 CPC).

<sup>24</sup> Par exemple, et pour reprendre les hypothèses décrites à la note 23 ci-dessus, la question juridique de savoir si les faits réunis permettent de retenir qu'un domicile a été constitué ou qu'une partie est un consommateur ou encore que les parties sont liées par tel contrat déterminé.

tenir la reddition des comptes devant l'autorité judiciaire, étant au contraire tenues de recourir à la voie arbitrale par la constitution préalable du tribunal arbitral.

### **E. L'appréciation en opportunité et la réunion des voies procédurales**

On conçoit les doutes qui seront ceux de l'avocat qui aura à conseiller son client, demandeur à l'action. La procédure en « cas clair » présente d'évidents avantages en termes de temps et de frais, mais ces avantages peuvent devenir en définitive des désavantages si le juge de la procédure sommaire retient que les conditions d'octroi de la prétention ne sont pas réunies<sup>25</sup>. Ces désavantages seront plus accusés encore si la prétention est rejetée par les autorités supérieures, qu'il y ait eu un jugement favorable ou non rendu par les autorités inférieures.

Dans son appréciation, le demandeur peut aussi considérer qu'il y a opportunité de joindre dans sa démarche et par le même acte des conclusions de natures différentes. La seule restriction de droit paraît être que le demandeur ne peut pas former par le même acte des conclusions relevant d'autorités et de règles de procédure différentes (art. 90 CPC)<sup>26</sup>.

Aussi le demandeur peut-il par le même acte conclure principalement à la condamnation pécuniaire du défendeur par la voie de l'art. 257 CPC ainsi qu'au prononcé de la mainlevée définitive et subsidiairement, dans le cas où le juge estimerait que le cas n'est pas clair mais que la prétention s'appuie sur un titre suffisant au sens de l'art. 82 LP, au prononcé de la mainlevée provisoire de l'opposition<sup>27</sup>.

De même, le demandeur peut dans le même acte conclure à l'allocation au fond de sa prétention par la protection dans les cas clairs et, cumulativement ou subsidiairement, au prononcé de mesures provisionnelles tendant à assurer l'exécution forcée du jugement présumé<sup>28</sup>.

En revanche, le demandeur ne pourrait pas, par le même acte, conclure à l'allocation de son droit principalement par la voie de l'art. 257 CPC et subsi-

<sup>25</sup> BERTI STEPHEN, *Besondere Verfahrensarten gemäss dem bundesrätlichen Entwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung*, ZZZ 2007 n° 15, p. 344.

<sup>26</sup> Conclure dans le même acte à la condamnation pécuniaire du défendeur et au prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition ne relève pas de deux procédures distinctes mais d'une seule procédure comme le prévoit l'art. 79 al. 1 LP, 2ème phrase. Voir aussi RAPP JEAN-MARC, *Le cumul objectif d'actions*, *Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise*, 1982, page 132 et réf. cit..

<sup>27</sup> Dans le même sens, MEIER (cf. note 6), p. 375-376.

<sup>28</sup> Cf. dans le même sens, MEIER (cf. note 6), p. 376, et l'exemple de conclusions donné en p. 377 ; SUTTER-SOMM THOMAS, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2007, p. 194, n° 921.

diairement par celle de la procédure ordinaire. L'une de ces voies est exclusive de l'autre. Cela résulte de la nature de ces démarches qui ouvrent l'une et l'autre un véritable procès avec les conséquences ordinaires de la litispendance.

## **F. Le rejet des conclusions du demandeur**

Le rejet des conclusions du demandeur s'exprime par une décision d'irrecevabilité (art. 257 al. 3 CPC) ; elle ne porte pas atteinte au droit prétendu du demandeur. Celui-ci, s'il s'estime fondé, peut ouvrir action devant le juge du fond par la voie de la procédure ordinaire (ou simplifiée si les conditions en sont données)<sup>29</sup>. Il bénéficie de la continuité du lien d'instance s'il agit selon la procédure prescrite dans le délai d'un mois partant dès la réception par lui de la décision d'irrecevabilité (art. 63 al. 1 et 2 CPC). Ses droits d'action ne sont pas affectés. Les motifs qui ont guidé le juge des cas clairs à rejeter la requête n'ont pas d'autorité sur le juge statuant par la voie ordinaire. Reste pour le demandeur précédemment éconduit à supporter une perte de temps et des dépens résultant de l'initiative d'avoir emprunté dans un premier temps la voie de la protection pour les cas clairs.

La part doit aussi être faite des situations intermédiaires où le demandeur n'a eu que partiellement droit à ses conclusions. Deux situations parallèles ainsi naissent : celle de l'exécution forcée du jugement allouant une partie des conclusions prises et celle de l'éventuelle action intentée par le demandeur en procédure ordinaire et visant à l'allocation du solde de ses conclusions.

## **G. Les voies de recours**

L'allocation du droit équivaut à une décision finale ; le rejet de la prétention est en revanche une décision incidente. La distinction de nature de la décision rendue selon qu'elle alloue le droit prétendu ou déclare la requête irrecevable ne porte pas effet sur la détermination des voies de recours : dans les deux cas, la voie de l'appel est ouverte si la condition de valeur litigieuse de l'art. 308 al. 2 CPC est observée. Si la valeur litigieuse n'est pas atteinte, la voie du recours au sens des art. 319ss CPC est seule ouverte.

Le défendeur peut interjeter un recours en matière civile au Tribunal fédéral si la décision de dernière instance cantonale a admis la prétention en tout ou en partie (art. 90 LTF) et si les conditions de l'art. 74 LTF sont réunies. Si l'autorité cantonale a prononcé l'irrecevabilité de la requête par application de

---

<sup>29</sup> Il n'appartient pas à l'autorité judiciaire de transmettre la requête, jugée irrecevable, au tribunal compétent pour en juger selon les règles de la procédure ordinaire ou simplifiée (MEIER [cf. note 6], p. 373).

l'art. 257 al. 3 CPC, la décision qu'elle a rendue ne porte à notre avis pas sur la compétence du juge au sens de l'art. 92 LTF ; il s'agit d'une décision de nature préjudicielle ou incidente dont le recours est soumis aux conditions de l'art. 93 al. 1 LTF. S'il n'est pas fait usage de cette voie exceptionnelle, le recours contre la décision finale où il serait fait état de l'application erronée de l'art. 257 al. 3 CPC n'est pas envisageable. Il se heurterait à la considération que le recours formé contre la décision finale sur le fond est sans effet sur la décision antérieure d'irrecevabilité<sup>30</sup>.

## H. Quelques exemples, du plus simple au plus compliqué

Le champ d'application traditionnel de la *Befehlsverfahren*, figure à l'origine de la protection dans les cas clairs, est le droit du bail. Peut agir par la voie de l'art. 257 CPC le bailleur qui, se prévalant de la demeure (art. 257d al. 2 CO) ou la faillite (art. 266h al. 2 CO) du locataire, requiert la constatation de la résiliation du bail et l'expulsion de celui-ci. Il en va de même du bailleur qui peut faire la démonstration d'une violation grave du devoir de diligence du locataire (art. 257f al. 3 et 4 CO). Dans chacun de ces cas d'ailleurs, aucune prolongation de bail ne peut être accordée (art. 272a al. 1 CO)<sup>31</sup>.

A la différence de la *Befehlsverfahren*, la protection en cas clair est désormais accordée aux prétentions pécuniaires. Le demandeur en paiement peut ainsi agir par la voie de l'art. 257 CPC en dépit de ce qu'il ne peut pas se prévaloir d'un titre de mainlevée. Le prêteur qui ne détient qu'un simple reçu, titre ne constituant pas selon la jurisprudence une reconnaissance de dette<sup>32</sup>, peut former une requête en paiement contenant l'allégation de la remise de la somme au titre d'un prêt et la mise en demeure de restituer. Si, dans sa réponse ou lors de son audition, le demandeur ne nie pas les faits fondant la relation de prêt ni la réclamation du prêteur, le juge pourra allouer la prétention en paiement. On voit ici l'intérêt de la protection dans les cas clairs qui n'est pas bornée par les contraintes documentaires de l'*Urkundenprozess*<sup>33</sup>.

Mais il y a plus compliqué. Soit l'état de fait décrit par l'arrêt de la Cour de justice de Genève du 15 décembre 1967 et publié in SJ 1969, p. 481ss. En bref, de considérables travaux avaient été entrepris sur un fonds privé au bas de la rue de la Cité à Genève dès mars 1957. Les empiètements sur la voie publique ainsi que les nuisances (bruits, poussières) constituaient des excès du droit de propriété au sens des art. 679 et 684 CC. Les commerçants des fonds voisins

<sup>30</sup> CORBOZ BERNARD *et al.*, Commentaire de la LTF, 2009, ad art. 93 n° 42.

<sup>31</sup> Ces exemples sont donnés par GASSER/RICKLI (cf. note 21), ad art. 257 n° 11.

<sup>32</sup> PANCHAUD ANDRÉ/CAPREZ MARCEL, La mainlevée d'opposition, 1980, §1 n°14.

<sup>33</sup> Cf. BOHNET FRANÇOIS, Les procédures spéciales, in Le Projet de Code de procédure civile fédérale, 2008, p. 283, ne paraît pas partager ces vues.

ont ouvert action en responsabilité le 29 décembre 1958. L'occupation de la chaussée par les travaux d'entreprise a cessé en mai 1960. Le jugement de première instance a été rendu le 13 septembre 1966, soit 8 ½ ans après le début des travaux et 6 ans après la fin de ceux-ci. Les faits étaient manifestes : le chantier de la rue de la Cité était sur le chemin des juges qui se rendaient au Palais de justice ; le droit était clair, ayant notamment été établi dans une cause analogue par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 19 septembre 1957 publié in SJ 1958, p. 548. Ne restait qu'une incertitude : celle du quantum du dommage. N'y a-t-il pas mieux à faire aujourd'hui, par le bénéfice de l'art. 257 CPC ? On connaît la notion de l'action partielle (*Teilklage*) qui permet au demandeur, titulaire d'une prétention divisible, de ne faire valoir dans un premier procès qu'une partie de sa créance, limitant celle-ci à sa partie incontestable<sup>34</sup>. Ainsi, le commerçant voisin, affecté évidemment par les travaux en cours, pourrait ouvrir action selon l'art. 257 CPC pour la partie indiscutable de son dommage qu'il rendrait manifeste par la production de titres (bilans, comptes de résultats, déclaration fiscale, décompte de fournisseurs, relevés bancaires) et par une inspection du tribunal, celui-ci se déplaçant à quelques centaines de mètres du Palais de justice. Le tribunal pourrait ainsi faire droit à la partie « liquide » de la prétention du demandeur, le solde de la prétention pouvant faire l'objet d'une procédure ordinaire en paiement.

## I. Une appréciation critique

Isaak Meier a exprimé des vues désabusées quant à la protection pour les cas clairs. Se fondant sur l'expérience zurichoise, il constate que, le plus souvent, cette voie procédurale aboutit favorablement pour le demandeur si sa partie adverse n'est pas conseillée par un avocat ; à l'inverse, sitôt que le défendeur bénéficie des services d'un avocat, celui-ci, invoquant des moyens de défense propres à écarter la prétention, permet à son client d'obtenir l'irrecevabilité de la requête. Isaak Meier voit dans l'institution de la *Befehlsverfahren* une sorte de *Konsumentenverfahren* où la partie faible au litige n'a guère d'espoir de résister à la prétention judiciaire du bailleur, de l'employeur ou de l'entreprise de la grande distribution<sup>35</sup>.

A cela trois observations.

La description qu'Isaak Meier donne de la *Befehlsverfahren* est aussi celle qui peut être donnée de la procédure de mainlevée provisoire ou définitive ; il s'agit de procédures où se manifestent souvent des échecs d'insertion sociale des débiteurs ; aucun aménagement procédural ne permet d'y pallier, la solution à ce type de difficultés relevant d'autres champs d'intervention étatique.

---

<sup>34</sup> Art. 86 CPC ; Message, p. 6900.

<sup>35</sup> MEIER (cf. note 6), p. 378.

Dans le domaine strictement procédural reste l'observation préoccupante que la seule intervention d'un avocat tend à paralyser l'obtention du droit prétendu. Si la résistance à la prétention du demandeur se fonde sur des arguments de bonne foi, cela n'est que l'exercice ordinaire des droits procéduraux. Si, en revanche, la défense tient à l'invocation de faits simplement faux, la sanction d'un tel comportement, on l'a dit<sup>36</sup>, réside dans le prononcé d'une réparation en dommage-intérêts dans le cadre déjà de l'action qui suivrait l'irrecevabilité de la démarche selon l'art. 257 al. 3 CPC.

Enfin, l'exigence de la sécurité dans le fondement de la décision rendue ne doit pas être un motif pour le juge de ne pas rechercher la solution du différend sur le fond. Un interrogatoire des parties, plus particulièrement sous la forme de la déposition au sens de l'art. 192 CPC, peut être l'occasion de faire tomber certaines défenses de type abusif ou rhétorique.

Ainsi, l'appareil judiciaire pourrait répondre à l'attente des justiciables dans une résolution rapide des litiges<sup>37</sup> qui, dans d'autres législations, se manifeste selon des modes jugés satisfaisants, tel le référé-provision en France<sup>38</sup> ou le *summary judgment* institué en Grande-Bretagne par les *Civil Procedure Rules*<sup>39</sup>.

## II. La mise à ban générale

### A. Notion

Les dispositions des art. 258 à 260 CPC doivent être rapprochées des règles du droit civil et du droit pénal protégeant la possession et la propriété des immeubles.

Le possesseur médiat ou immédiat dispose de l'action possessoire des art. 928 et 929 CC (« troublé dans sa possession ») ; le propriétaire bénéficie de l'action négatoire de l'art. 641 al. 1 CC (« repousser toute usurpation »). Dans l'un et l'autre cas, il y a un auteur direct ou indirect du trouble, c'est-à-dire une partie ou des parties bien déterminées. Ces actions opposent dans une procédure contradictoire le possesseur ou le propriétaire à l'auteur ou aux auteurs du trouble.

---

<sup>36</sup> Cf. litt. C.3 ci-dessus.

<sup>37</sup> Cf. HOHL FABIENNE, La réalisation du droit et les procédures rapides, Evolution et réformes, 1994, passim.

<sup>38</sup> La meilleure présentation de cette institution est donnée par ESTOUP PIERRE, La pratique des procédures rapides, 1990, passim.

<sup>39</sup> GERLIS STEPHEN/LOUGHLIN PAULA, Civil Procedure, 2001, p. 247ss.

Il peut toutefois arriver que les auteurs soient une généralité de personnes qui, régulièrement ou occasionnellement voire éventuellement, trouble la possession des lieux, tels les promeneurs du dimanche ou les amateurs de motocross. Dans de telles hypothèses, les actions contentieuses ne sont pas envisageables, à tout le moins avant la survenance du trouble. Aussi certaines législations cantonales prévoyaient la mise à ban prononcée par l'autorité judiciaire ou administrative. Le législateur fédéral a repris l'essentiel de ces dispositifs.

La protection de l'art. 258 CPC est donnée au « titulaire d'un droit réel sur l'immeuble ». Il peut s'agir du propriétaire, d'un superficiaire, d'un usufruitier ou encore du titulaire d'une servitude foncière<sup>40</sup>. La mesure requise sera généralement une interdiction d'accès au fonds. On peut toutefois concevoir des interdictions plus spécifiques comme l'interdiction de stationner, de faire des feux, de jouer au ballon, de séjourner la nuit. Le message portant interdiction doit rester bref puisque, « placé de manière bien visible sur l'immeuble » (art. 259 CPC), il doit être aisément compris.

## B. Procédure

L'art. 258 CPC décrit une procédure gracieuse. L'autorité judiciaire compétente est celle du ressort judiciaire où l'immeuble est sis. Le requérant doit faire la preuve certaine de la titularité d'un droit réel sur l'immeuble par l'apport de documents. Il doit de plus rendre vraisemblable l'existence ou l'imminence d'un trouble (art. 258 al. 2 CPC). Il ne semble pas que le juge doive procéder sur ce dernier point à l'administration des preuves. C'est sous la réserve que le juge peut toujours procéder à une inspection, se transportant sur les lieux (art. 181 CPC).

Le juge devra procéder à une délicate pesée des intérêts puisqu'à cette phase de la procédure, il n'entend que le point de vue du requérant. Il mettra en balance l'intérêt de celui-ci à une possession paisible du bien et l'intérêt public tenant à ce que l'accès aux immeubles ouverts ne soit pas interdit pour des motifs futiles<sup>41</sup> et à ce que le prononcé de la mise à ban ne conduise pas à des difficultés disproportionnées d'application pratique<sup>42</sup>. Il aura aussi en vue la crainte que la voie unilatérale de l'art. 258 CPC n'ait été choisie par le requérant que pour mettre à l'écart, dans un premier temps tout au moins, tel voisin directement affecté par la mesure requise.

---

<sup>40</sup> BOHNET (cf. note 33), p. 300. Avec lui, nous concevons, contre l'avis du Message, p. 6960, qu'il n'y a pas de priorité de protection donnée au propriétaire sur les titulaires de droits réels restreints : le trouble de la possession est par exemple plus évidemment ressenti par l'usufruitier que par le propriétaire.

<sup>41</sup> Il ne paraît pas choquant que le juge prenne l'avis des autorités communales ou cantonales.

<sup>42</sup> La violation de la mise à ban peut conduire à une activité des autorités publiques (prononcé des amendes, procédure de contestation) hors de proportion avec le trouble allégué.



Si elle est ordonnée, la mise à ban est générale et expose tout contrevenant au paiement d'une amende de Fr. 2'000.- au plus (art. 258 al. 1 CPC). Comme il ne s'agit pas d'une amende d'ordre mais d'une amende soumise aux règles du code pénal, l'autorité compétente pour prononcer l'amende est désignée par les lois d'application du code pénal. Il ne nous paraît pas que, devant le juge pénal, le contrevenant puisse contester le bien-fondé de la mise à ban.

La voie de l'opposition peut être entreprise par toute personne et par simple déclaration. La seule contrainte – mais elle n'est pas négligeable – est qu'elle soit engagée dans le délai de 30 jours dès la plus tardive de ces dates : celle où l'avis a été publié dans un organe officiel ou celle où l'avis a été placé sur l'immeuble (art. 260 al. 1 CPP). Le simple fait de former opposition rend caduque la mise à ban à l'égard de la partie opposante. La mise à ban renaît à son égard si la partie requérante, agissant selon les voies de la procédure contentieuse et devant le juge désigné par l'art. 29 CPC, a fait valoir avec succès une protection de droit matériel, l'anticipant le cas échéant par le prononcé de mesures provisionnelles.

### III. Le mémoire préventif

#### A. Notion

L'institution du mémoire préventif, régie par la disposition de l'art. 270 CPC, répond à un besoin : celui d'éviter que le juge, sur la foi des allégations d'une partie et en l'absence de contradiction possible de son adversaire, ne vienne à prononcer une mesure provisionnelle qu'il n'aurait jamais octroyée s'il avait eu connaissance des arguments de l'adversaire, au risque d'ailleurs qu'aucune décision ultérieure correctrice ou modificatrice ne pourrait réparer le dommage ainsi créé.

En l'absence de base légale spécifique, les autorités judiciaires de plusieurs cantons avaient admis que la personne qui craignait une initiative procédurale d'une partie virtuellement adverse fût autorisée à déposer, à titre préventif, une écriture et des pièces valant réponse anticipée à une requête de mesure provisionnelle qui n'était pas encore parvenue à l'autorité. Cet usage prétorien se fondait parfois sur le droit d'être entendu du justiciable potentiel (art. 29 al. 2 Cst). Un tel argument n'était pas toujours convaincant puisqu'au droit de la partie visée de déposer une écriture aurait dû correspondre le droit du requérant éventuel de recevoir communication de celle-ci ; or, dans certains cantons, l'écriture du défendeur potentiel n'était pas soumise à la partie éventuellement requérante. Le meilleur fondement de la réception du mémoire préventif nous paraît résider dans les droits fondamentaux de nature constitutionnelle que sont notamment le droit aux libertés personnelle et économique : on

ne peut faire subir à un justiciable de manière délibérée une atteinte éventuelle à ses droits personnels en ne l'autorisant pas à prévenir cette atteinte par la réception d'un acte au soutien de son point de vue. D'ailleurs, il n'est jamais bon qu'un juge, certes sur la base de l'exposé unilatéral d'une partie, en vienne à écrire qu'il fait soleil à minuit. Il est significatif qu'indépendamment de toute construction juridique qui en autorisait le dépôt, le mémoire préventif était reçu dans les cantons alémaniques qui connaissaient les tribunaux de commerce<sup>43</sup>.

## B. Procédure

Le mémoire préventif peut être déposé en prévision du dépôt de l'un de ces actes :

- une requête de mesure provisionnelle emportant le risque d'un prononcé de mesures superprovisionnelles, que celles-ci aient été requises ou qu'elles soient prononcées d'office par le juge (art. 265 al. 1 CPC),
- une requête de séquestre au sens des art. 271ss LP, avec la conséquence automatique de prononcé sans que le débiteur prétendu ne soit entendu.

Dans ces cas, le juge statue selon une procédure *ex parte* : le défendeur n'est pas entendu avant le prononcé de la première décision. Certes, le juge ou son autorité de recours, mieux informés par suite du débat contradictoire, pourront-ils corriger la première décision en levant la mesure provisionnelle ou en l'assortissant d'un dépôt de sûretés d'un montant mieux adapté à l'enjeu du débat. Mais il s'écoulera du temps : il s'agit de la période qui s'étendra du jour de l'exécution de la mesure superprovisionnelle ou du séquestre jusqu'au jour de l'exécution de la décision levant par hypothèse la première décision ou assortissant celle-ci d'un dépôt de sûretés d'un montant proportionné aux conséquences de responsabilité prévues par les art. 264 CPC ou 273 LP.

L'art. 270 du CPC selon le texte légal approuvé le 19 décembre 2008 a été modifié à l'occasion de l'entrée en vigueur de la Convention de Lugano révisée du 18 février 2009<sup>44</sup>. L'art. 270 CPC dans sa nouvelle teneur ne porte plus les termes « une mesure déclarée exécutoire selon les art. 31 à 45 de la convention de Lugano du 16 septembre 1988, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » et fait de la prévision d'« une ordonnance sans audition préalable » la condition générale de recevabilité du mémoire préventif<sup>45</sup>. Il ne faut pas surestimer la portée de cette

<sup>43</sup> Pour une revue de la pratique des tribunaux, cf. HESS-BLUMER ANDRI, Die Schutzschrift nach eidgenössischem und zürcherischem Recht, 2001, p. 32ss, et réf. cit..

<sup>44</sup> FF 2009 II p. 1497ss.

<sup>45</sup> FF 2009 II p. 1552.

modification législative. Elle a pour seul objet de se conformer à la teneur de l'art. 41 CL rév. en ce que cette disposition exclut au stade de la procédure *ex parte* un examen du juge qui irait au-delà de l'étude des titres produits par le requérant au soutien de ses conclusions en reconnaissance et en exécution. Un mémoire préventif reste recevable en matière d'exequatur soumis à la CL rév. pour les questions propres par exemple à la mesure de séquestre<sup>46</sup>. A notre sens aussi, la partie qui conteste l'application de la Convention de Lugano à la reconnaissance et à l'exécution du jugement étranger, selon par exemple des arguments *ratione materiae* ou *personae*, devrait pouvoir les exposer dans un mémoire préventif. Il reste que, si l'écriture contient des arguments qui tiennent à l'examen des formalités prévues à l'art. 53 CL rév., le juge ne devrait pas les prendre en considération<sup>47</sup>.

Le mémoire préventif peut être adressé à toute autorité judiciaire susceptible d'être saisie d'une requête qui aboutirait au prononcé d'une ordonnance sans audition préalable de la partie visée. Les tribunaux ne devraient toutefois pas être submergés de mémoires préventifs. La rédaction de tels actes est délicate : la partie qui peut souffrir d'une mesure provisionnelle doit en effet anticiper les arguments de sa partie adverse et y parer ; ce faisant, elle peut révéler des faiblesses ou donner des idées à la partie requérante qu'elle ne soupçonnait pas et dont elle pourra faire usage après qu'elle aura eu accès au mémoire préventif.

L'autorité judiciaire qui reçoit un mémoire préventif n'a aucune diligence particulière à observer sauf celle - considérable - de le retrouver et de l'examiner avant de statuer si elle est saisie par hypothèse d'une requête de mesure provisionnelle ou conservatoire, ou de séquestre, impliquant une décision sans audition préalable de la partie adverse. On conçoit que l'autorité judiciaire engage la responsabilité de l'Etat si elle n'a pas pris les dispositions adéquates lui permettant de consulter le mémoire préventif et que, ce faisant, elle a ordonné à tort des mesures provisionnelles sans audition de la partie visée ou a fixé un montant de sûretés évidemment insuffisant.

La durée de prise en considération par l'autorité judiciaire du mémoire préventif est de 6 mois après le dépôt de celui-ci (art. 270 al. 3 CPC). Passé ce délai et s'il n'y a pas eu de dépôt d'une requête de mesure provisionnelle ou de séquestre, le mémoire est caduc ; le juge ne doit pas le prendre en considération ni le verser à quelconque dossier. L'autorité judiciaire peut soit retourner le mémoire préventif à son auteur, soit l'archiver, soit encore le détruire. Il n'est pas concevable que la partie requérante puisse consulter ce mémoire si elle n'a pas agi dans le délai de l'art. 270 al. 3 CPC. L'auteur du mémoire pré-

---

<sup>46</sup> FF 2009 II p. 1541.

<sup>47</sup> FF 2009 II p. 1541.

ventif peut certes, passé le délai de 6 mois, renouveler sa démarche par le dépôt d'un nouveau mémoire et bénéficier de ce fait d'une nouvelle durée de prise en considération de 6 mois.

Il est bienvenu que, malgré l'avis de certains auteurs, le législateur ait prévu que le mémoire préventif ne soit pas communiqué à l'adversaire tant que ce dernier n'a pas pris l'initiative de requérir une mesure provisionnelle ou un séquestre (art. 270 al. 2 CPC). En décider autrement aurait modifié l'institution : le mémoire préventif serait devenu l'ouverture d'une procédure de type provocatoire suscitant des litiges qu'à l'origine aucune partie ne désirait sérieusement engager. Au surplus, le simple dépôt d'un mémoire préventif, s'il était venu à la connaissance de l'adversaire, serait devenu un indice in situ de lieu d'exécution de la mesure (art. 13 litt. b CPC) ou de propriété de biens au sens de l'art. 272 ch. 3 LP.

Si le mémoire préventif a été déposé dans les 6 mois précédant le dépôt de la requête de mesure provisionnelle ou de séquestre, le juge l'examine avant de statuer ; il y recherchera les éléments propres à mieux apprécier les faits de la cause. Si la mesure requise est un séquestre, le juge doit statuer en l'état du dossier ; le créancier prétendu aura accès au mémoire préventif après l'exécution de l'ordonnance. S'il est saisi d'une requête de mesure provisionnelle, le juge peut statuer sur mesure préprovisionnelle en l'état du dossier (art. 265 CPC) ; il doit en tout état ouvrir la procédure contradictoire selon les art. 253 et 265 al. 2 CPC. C'est dans cette procédure contradictoire que le requérant aura accès au mémoire préventif. L'égalité des armes voudra d'ailleurs qu'en même temps que la partie visée se déterminera, le requérant ait la possibilité de se prononcer complémentaiement sur le contenu du mémoire préventif et des pièces qui l'accompagnaient.

## **IV. Le tribunal de l'exécution**

### **A. Le champ d'application du titre 10 du CPC**

Le Titre 10 du CPC régit les litiges opposant les parties relativement à la reconnaissance et à l'exécution en Suisse d'un jugement doté de la force exécutoire.

Selon une distinction constante en droit suisse, l'exécution forcée en Suisse d'un jugement ordonnant le paiement d'une somme d'argent ou la fourniture de sûretés relève du régime particulier de la LP (art. 38 al. 1 LP) ; l'art. 335 al. 2 CPC réserve ainsi l'application de la LP. Il n'empêche que, par exception, le tribunal de l'exécution peut connaître d'un jugement consacrant une obligation de payer ou de constituer des sûretés si une controverse ou une incerti-

tude de droit oppose les parties relativement à la reconnaissance ou à l'opposabilité du jugement<sup>48</sup>.

La part étant faite de ces situations particulières, le tribunal de l'exécution connaît des questions d'exécution forcée des jugements ordonnant une obligation de faire ou une obligation de ne pas faire, par quoi il faut entendre une obligation d'abstention au sens strict (obligation de ne pas faire concurrence, obligation de confidentialité, etc.) ou une obligation de tolérer l'immixtion d'autrui dans sa propre sphère juridique (tolérer le passage d'autrui sur son fonds, tolérer des travaux, etc.)<sup>49</sup>.

On sait que le CPC régit la procédure civile interne à la Suisse, n'ayant pas pour objet de réglementer les situations procédurales internationales (art. 2 CPC). Le domaine de l'exécution forcée fait toutefois exception. A raison du principe de la territorialité qui gouverne les questions d'exécution forcée, le Titre 10 du CPC trouve application sitôt que la reconnaissance ou l'exécution forcée d'un jugement est requise en Suisse et sans considération que celui-ci a été rendu par un tribunal suisse ou étranger, ou par des arbitres siégeant en Suisse ou à l'étranger, et sans considération encore que les parties sont domiciliées en Suisse ou à l'étranger dès lors que l'un des facteurs de rattachement de l'art. 339 al. 1 CPC est vérifié. Cette compétence étendue résulte évidemment de l'absence d'un système international coordonné d'exécution forcée des jugements. Ainsi, l'exécution forcée d'une décision étrangère naît là où la partie victorieuse entend tirer les bénéfices de la décision rendue en sa faveur. On comprend que cette partie doive se plier aux règles du droit interne de l'Etat où l'exécution forcée du jugement est requise.

Les situations internationales d'exécution forcée peuvent toutefois être régies par des traités internationaux, tel notamment la Convention de Lugano<sup>50</sup> qui, à son Titre III, décrit un mode procédural d'examen de la reconnaissance et de l'exécution du jugement distinct, à certains égards, de celui prévu par le CPC<sup>51</sup>.

## B. Une compétence matérielle étendue

Le tribunal de l'exécution réunit trois compétences d'attribution :

<sup>48</sup> JEANDIN NICOLAS, Les voies de droit et l'exécution des jugements, *in* Le Projet de Code de procédure civile fédérale, 2008, p. 358.

<sup>49</sup> THÉVENOZ LUC, Commentaire romand du CO, 2003, ad art. 98 n° 19.

<sup>50</sup> On vise ici la Convention de Lugano révisée, du 30 octobre 2007, reproduite *in* FF 2009 II, p. 1557ss.

<sup>51</sup> Voir litt. F ci-après.

- celle de pourvoir à l'exécution forcée des obligations de faire ou de s'abstenir, avec le pouvoir – comme l'a d'ailleurs le juge du fond (voir litt. C ci-dessous) – d'ordonner les mesures d'exécution (art. 343 CPC),
- celle de trancher les difficultés de l'exécution de forcée qui résulteraient de prétentions de tiers (art. 346 CPC),
- et celle de prononcer les mesures d'indemnisation (l'obligation d'indemniser la partie frustrée de l'obligation de faire ou de s'abstenir, art. 345 al. 1 litt. a CPC), voire de substitution (la conversion de l'obligation de faire ou de s'abstenir en une obligation d'indemniser, art. 345 al. 1 litt. b CPC).

Cela étant, un autre champ de compétence peut faire débat : le tribunal de l'exécution peut-il se prononcer sur la requête de la partie qui, ayant succombé dans le jugement au fond, soutiendrait que, pour des motifs de forme ou de fond, ledit jugement ne lui est pas opposable, à tout le moins dans l'espace d'exécution suisse ? C'est le problème de l'action en inopposabilité qui, dans l'espace judiciaire européen, a suscité des avis de doctrine opposés<sup>52</sup>. Ramenée au droit interne, la question se présente ainsi : la requête en inopposabilité est-elle de la même nature que la requête en reconnaissance, sous la seule différence des conclusions inversées, ce qui conduit à admettre la compétence du tribunal de l'exécution ? Ou faut-il y voir une action en dénégation de droit présentée devant le juge ordinaire ? Il nous paraît que les controverses en reconnaissance ou en inopposabilité d'un jugement sont identiques dans leurs caractéristiques essentielles (le cadre des débats, les questions posées, le champ d'examen) et conduisent à ce que le tribunal de l'exécution ait une égale compétence de les trancher. Nous ne méconnaissons toutefois pas que, dans certaines hypothèses de fait, la compétence territoriale de cette autorité puisse être délicate à déterminer selon les critères de l'art. 339 CPC.

### C. Une compétence partiellement partagée avec celle du juge du fond

Le CPC fait une distinction entre exécution directe et exécution indirecte. Il s'agit de ceci : le juge du fond peut avoir précisé dans le dispositif du jugement les modalités de l'exécution de l'obligation de faire ou de s'abstenir d'une manière telle que les parties au litige, les tiers ainsi que l'autorité publique n'ont aucune latitude ou incertitude d'interprétation<sup>53</sup> et que le détour par le tribu-

<sup>52</sup> Pour un exposé de la question, cf. GAUDEMET-TALLON HÉLÈNE, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano, 3ème éd., 2002, p. 355-356.

<sup>53</sup> C'est ainsi que nous comprenons la disposition de l'art. 236 al. 3 CPC. Les termes allemands *die obsiegende Partei* n'ont en effet pas le sens passé des mots *la partie qui a eu gain de cause*. On ne

nal de l'exécution serait superfétatoire<sup>54</sup>. Dans une telle hypothèse, l'exécution forcée du jugement reste dans le champ de compétence du juge qui l'a prononcé (art. 337 CPC). Ce sera par exemple lui qui sollicitera la force publique pour l'exécution d'une décision provisionnelle (art. 267 CPC). La suspension de l'exécution du jugement doit être néanmoins sollicitée non pas du juge originaire mais du tribunal de l'exécution (art. 337 al. 2 CPC). De même, c'est cette autorité que doivent saisir les tiers qui auraient à souffrir de l'exécution forcée du jugement (art. 346 CPC).

En tout état, l'exécution directe ne saurait être comprise comme la faculté donnée à la partie qui a eu gain de cause de procéder à une exécution privée emportant quelconque mesure de contrainte comme par exemple le bris de possession. Ainsi, quand bien même le juge du fond, accordant une unique prolongation du bail, ordonnerait l'expulsion du locataire à l'expiration de celle-ci et fixerait d'ores et déjà la date de sa mise à exécution, la justice propre, à cette date ou à une date postérieure, serait exclue<sup>55</sup>.

#### D. Une compétence exclusive en matière civile

La part étant faite de l'exécution directe selon l'art. 337 CPC, le tribunal de l'exécution a une compétence exclusive en matière civile. Nous sommes d'avis que cette compétence est donnée aussitôt que la matière tranchée par le juge du fond relève du droit civil, que cette autorité judiciaire se rattache aux juridictions civiles, pénales ou administratives. Des conflits de compétence peuvent toutefois apparaître. Ainsi, l'exécution forcée d'une décision du juge pénal statuant sur conclusions civiles et ordonnant par exemple la restitution d'un tableau volé à son propriétaire relève de la compétence du tribunal de l'exécution (art. 443 CPP). En revanche, si cette restitution est ordonnée par application des règles relatives à la confiscation (art. 70 al. 1 CP deuxième phrase) ou à l'allocation au lésé (art. 73 al. 1 litt. b CP), la mesure est exécutée par l'autorité désignée selon l'art. 439 CPP.

Des conflits de compétence positifs ou négatifs peuvent aussi apparaître quant à l'exécution de décisions rendues par l'autorité administrative. On se souvient du cas d'une ancienne conseillère d'Etat tessinoise qui avait été sommée de restituer les notes et documents de travail qu'elle avait établis dans le cadre de son activité de magistrate. La décision de les restituer fondée sur le droit de disposition exclusif de l'Etat relevait-elle, au stade de l'exécution for-

---

comprendrait d'ailleurs pas que le juge, après qu'il a rendu sa « décision finale » (cf. la note marginale de l'art. 236 CPC) et en dérogation avec la règle *lata sententia iudex desinit esse iudex*, puisse être ressaisi de la cause aux fins de la compléter voire de la modifier. Cf. dans ce sens Message, p. 6951, qui parle de mesures d'exécution prononcées « simultanément » au jugement.

<sup>54</sup> Message, p. 6990.

<sup>55</sup> LACHAT DAVID, *Le bail à loyer*, 2008, p. 851, ch. 5.6.

cée, de la matière civile ou de la matière administrative<sup>56</sup> ? On peut en débattre.

## E. La compétence territoriale

L'art. 339 CPC présente un catalogue exhaustif (« impérativement compétent ») des critères de compétence territoriale. Le choix de l'autorité compétente revient *a priori* à la partie victorieuse lorsqu'elle sollicite de l'autorité judiciaire l'exécution forcée de la décision. On peut toutefois concevoir des cas où l'initiative de saisir le tribunal de l'exécution revient à la partie succombante dans la prévision de l'exécution de la décision que la partie victorieuse a entreprise ou pourrait entreprendre.

Le catalogue des compétences décrit par l'art. 339 CPC se fonde sur l'idée que le territoire suisse forme un seul ressort d'exécution forcée<sup>57</sup>. Le tribunal de l'exécution qui, par hypothèse, répond à l'un des critères de l'art. 339 CPC peut ainsi ordonner des mesures d'exécution hors des frontières de son canton.

Plusieurs tribunaux de l'exécution – chacun sur la base de l'un ou de l'autre des critères de l'art. 339 CPC – peuvent-ils être saisis parallèlement, ou le principe de la litispendance (art. 64 al. 1 litt. a CPC) fait-il obstacle à la saisine simultanée de plusieurs autorités d'exécution ? En matière internationale, il est évident que l'exception de litispendance ne trouve pas application, du seul fait du principe de la territorialité qui veut que, sauf traité international, l'exécution forcée d'un jugement est bornée par les frontières de l'Etat. Mais en matière interne et en considération que la Suisse forme un seul ressort d'exécution forcée, on peut hésiter quant à la solution d'une exclusivité du tribunal de l'exécution en faveur du premier tribunal saisi<sup>58</sup>. On ne voit pas pourquoi un seul tribunal pourrait être saisi alors que la bonne exécution nécessiterait que la décision du fond trouve application le plus tôt possible dans plusieurs lieux distants par la géographie mais aussi par les langues. D'ailleurs, les termes « la même cause » de l'art. 64 al. 1 CPC semblent désigner la prétention sur le fond et non les péripéties d'exécution forcée. Au surplus, tel tribunal de l'exécution est autorisé à suspendre sa décision (art. 126 CPC), voire à suspendre l'exécution forcée de la décision du juge du fond (art. 339 al. 1 CPC : « ou suspendre l'exécution ») jusqu'à un prochain développement d'exécution forcée dans le ressort d'une autre juridiction.

---

<sup>56</sup> Et si oui, de quelle autorité et selon quelle procédure ?

<sup>57</sup> Cf. Message, p. 6990.

<sup>58</sup> Pour une comparaison avec la nouvelle réglementation du séquestre, cf. Message relatif à l'arrêté fédéral portant approbation de la Convention de Lugano révisée, FF 2009 II 1526-1527.



## F. Le régime particulier de la Convention de Lugano

Ce n'est pas le lieu d'exposer le régime de la reconnaissance et de l'exécution en Suisse des jugements prévu par la Convention de Lugano<sup>59</sup>. On n'examinera ici que le régime particulier de l'exécution des jugements prononçant une obligation de faire ou de s'abstenir, en ce qu'il déroge aux règles de procédure prescrites par le Titre 10 du CPC. On voit ces quelques particularités.

Alors que la LDIP ne précise pas l'autorité territorialement compétente pour statuer sur la reconnaissance et l'exécution d'un jugement étranger<sup>60</sup>, la Convention de Lugano révisée désigne deux fors possibles : celui du domicile de la partie contre laquelle l'exécution est demandée et celui du lieu de l'exécution (art. 39 al. 2). Faut-il y voir une exclusion du « tribunal du lieu où la décision à exécuter a été rendue » de l'art. 339 al. 1 litt. c CPC ? Certes non. Dans la perspective qui est la nôtre – celle de déterminer quelle autorité est compétente pour régir l'exécution forcée d'un jugement en Suisse – le tribunal envisagé selon l'art. 339 al. 1 CPC est un tribunal suisse. Aussi, les questions de compétence d'exécution en Suisse d'un jugement rendu en Suisse par application le cas échéant d'une règle de for contenue dans la Convention de Lugano relèvent du droit interne suisse de l'exécution. Ainsi, aux règles de compétence de l'art. 39 al. 2 de la Convention de Lugano révisée s'ajoute nécessairement celle de la litt. c de l'art. 339 al. 1 CPC.

On sait par ailleurs que la procédure de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères est unilatérale<sup>61</sup>, le juge se bornant à examiner la régularité des titres produits (art. 41 CL rév.)<sup>62</sup>. Ainsi, les dispositions de l'art. 341 al. 2 et 3 CPC ne trouvent pas application. Le caractère contradictoire de la procédure d'exécution naît par la notification de la décision sur exécution (art. 42 CL rév.). Il n'y a pas de voie d'opposition ou de restitution de délai selon les art. 147ss CPC. Seule est ouverte la voie du recours (art. 43 CL rév.) au sens des art. 319ss CPC (par application de l'art. 309 litt. a CPC) porté devant le « tribunal cantonal » selon l'Annexe III à la CL rév. S'il émane de la partie contre laquelle la déclaration de force exécutoire a été prononcée, le recours doit être interjeté dans le délai d'« un mois à compter de la signification (de la décision) » (art. 43 ch. 4 CL rév.). Ce délai est de 10 jours dans les autres hypo-

<sup>59</sup> On parle ici de la Convention de Lugano conclue le 30 octobre 2007 (FF 2009 II, p. 1557ss.).

<sup>60</sup> Sauf par les termes peu explicites de l'art. 29 al. 1 LDIP « l'autorité compétente du canton où la décision étrangère est invoquée ». VOLKEN PAUL conclut avec raison que cette disposition ne détermine pas une compétence territoriale (Zürcher Kommentar zum IPRG, 2ème éd., 2004, art. 29 n° 29).

<sup>61</sup> Cf. GAUDEMET-TALLON (cf. note 52), p. 355 et 356.

<sup>62</sup> Cf. GAUDEMET-TALLON (cf. note 52), p. 354.

thèses, cette fois-ci par application exclusive du droit interne (art. 321 al. 2 CPC)<sup>63</sup>.

La disposition de l'art. 49 CL rév. peut conduire le tribunal de l'exécution à accorder la reconnaissance et l'exécution d'une décision étrangère prononçant une astreinte, quand bien même cette mesure a été écartée du droit de l'exécution forcée en Suisse<sup>64</sup>.

Enfin cette question : le tribunal de l'exécution a-t-il la compétence territoriale et matérielle de prononcer des dommages-intérêts ou de convertir l'obligation de faire consacrée par un jugement étranger en une obligation de payer par application de l'art. 345 CPC ? Il nous paraît que cette compétence lui est donnée si le for du Tribunal de l'exécution correspond à l'un des fors prévus par le Titre II de la CL rév., quand bien même ce for n'aurait pas été celui du juge du fond. En tout état, un for d'exécution selon l'art. 339 al. 1 litt. b CPC ne suffit pas à fonder la compétence internationale du tribunal de l'exécution pour statuer selon l'art. 345 CPC.

## G. L'instruction

Les règles de la procédure sommaire trouvent application devant le tribunal de l'exécution (art. 339 al. 2 CPC). L'autorité est saisie par une requête rédigée dans les formes prescrites par l'art. 130 CPC (art. 252 CPC). Si la démarche émane de la partie qui a eu gain de cause et qu'elle vise à l'exécution forcée de la décision, la requête doit être accompagnée des documents propres à prouver le caractère exécutoire de la décision. Les documents requis sont identiques à ceux exigés dans le cadre du prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer. En revanche, ce formalisme ne paraît pas exigé si la requête émane de la partie succombante ou d'un tiers.

S'il est saisi par la partie victorieuse aux fins d'exécution de la décision, le tribunal fixe un délai à la partie succombante pour qu'elle se détermine. Il peut s'agir d'une détermination écrite ; le tribunal peut aussi choisir l'oralité des débats (art. 253 CPC).

L'instruction devant le tribunal de l'exécution ne peut pas être l'occasion de débattre du fond de la cause. C'est l'esprit de la disposition de l'art. 341 al. 3 CPC. Seuls peuvent être en effet invoqués des faits postérieurs à la notification de la décision. L'énumération des moyens de défense n'est pas exhaustive (« par exemple »). On n'y voit pas l'argument de défense le plus problématique en matière d'obligation de faire : celui de l'impossibilité objective. Un tel

---

<sup>63</sup> Cf. GAUDEMET-TALLON (cf. note 52), p. 373.

<sup>64</sup> Message, p. 6992.

argument peut nécessiter l'administration de preuves. Il en va de même si le tribunal de l'exécution doit s'engager dans la détermination d'une créance pécuniaire en dommage-intérêts et plus encore en conversion de la prestation de faire en une prestation en argent (art. 345 CPC). La procédure sommaire ne doit pas être un carcan à cet égard : en effet, des moyens de preuve autres que la preuve par titres sont admissibles en procédure sommaire « si le but de la procédure l'exige » (art. 254 al. 2 litt. B CPC). On concevrait toutefois que le tribunal de l'exécution concède aux parties les droits procéduraux (et les incombances correspondantes) si les questions à résoudre ne peuvent l'être par application des règles de la procédure sommaire, voire renvoie les parties à agir en procédure ordinaire ou simplifiée<sup>65</sup>.

## H. Les mesures d'exécution

L'art. 343 CPC présente un catalogue étendu des mesures que peut prononcer le tribunal d'exécution. L'énumération est exhaustive<sup>66</sup> : le terme « notamment » qui figurait dans le projet<sup>67</sup> a été supprimé devant les Chambres. Les mesures peuvent toutefois être combinées<sup>68</sup>. Certaines d'entre elles ont un caractère incitatif : la *notification de la sanction prévue par l'art. 292 CP, l'amende d'ordre d'un montant déterminé par jour d'inexécution*. Une mesure a un caractère répressif : *l'amende d'ordre d'un montant forfaitaire*. Une mesure fait appel au bras armé de l'Etat : la *mesure de contrainte effectuée par les organes de l'Etat*. Une dernière mesure est d'une nature proche de celles prévues par l'art. 345 CPC : *l'exécution de l'obligation de faire par un tiers* ; celle-ci est ordonnée – ce que le texte légal ne dit pas mais qui résulte de la logique et, ne serait-ce que par analogie, de l'art. 98 al. 1 CO<sup>69</sup> – aux frais de la partie rénitente.

Le tribunal de l'exécution a-t-il la liberté de prononcer la mesure la plus appropriée ou sa marge de décision est-elle limitée par les conclusions de la partie qui poursuit l'exécution forcée du jugement ? Il nous paraît que le tribunal peut faire le libre choix de la mesure qu'il estime la plus apte à favoriser, tant de manière générale que dans le cas particulier, l'exécution effective du jugement. Nous estimons en effet que les mesures décrites à l'art. 343 CPC relèvent de *l'imperium* de l'Etat et qu'elles échappent ainsi, sauf arbitraire, à l'appréciation du justiciable. Certes, pourrait-on faire exception de la mesure prévoyant l'exécution du jugement par un tiers sur la considération qu'une telle mesure affecte le rapport d'obligation liant les parties. Mais là encore, soumettre la décision qu'un tiers soit autorisé à exécuter l'obligation en lieu et

<sup>65</sup> C'est ce que le Message préconise, trop systématiquement à notre avis (p. 6993).

<sup>66</sup> JEANDIN NICOLAS, Code de procédure civile commenté, 2011, art. 343 n° 8.

<sup>67</sup> Message, p. 6992 ; c'est sous la réserve de l'application de l'art. 49 CL rév. (voir litt. F ci-dessus).

<sup>68</sup> Message, p. 6992.

<sup>69</sup> THÉVENOZ (cf. note 49), ad art. 98 n° 13.

place de la partie condamnée à l'adhésion du créancier reviendrait à lier le tribunal à des vues peut-être vengeresses ou obsessionnelles du créancier du rapport d'obligation, sans souci de l'intérêt général et de la paix publique dont l'autorité a institutionnellement une meilleure appréciation que tel plaideur. En revanche, les mesures prévues par l'art. 345 CPC complètent ou modifient le rapport d'obligation d'une manière telle que celles-ci ne peuvent être prononcées qu'à la requête de la partie poursuivant l'exécution du jugement.

Si le tribunal opte pour le prononcé d'une amende d'ordre, il s'inspirera des principes du droit pénal administratif en concentrant son attention sur la proportionnalité et l'adéquation de la mesure, sans considération nécessaire des circonstances personnelles propres à la partie condamnée.

Nous concevons que, par application du droit d'être entendu, s'il envisage de prononcer un type de mesure que les parties n'ont ni requises, contestées ou discutées, le tribunal de l'exécution doit l'évoquer et recueillir leurs déterminations à ce propos.

Enfin, le CPC ne décrit pas le processus d'exécution des décisions du tribunal de l'exécution ou de celles du juge originaire dans les hypothèses d'exécution directe selon l'art. 337 CPC. Conformément d'ailleurs au principe constitutionnel de l'art. 122 al. 2 Cst, il ne détermine pas quel est l'organe investi de la tâche de prêter main forte (« le bras armé ») à l'autorité judiciaire. Dans le silence de la législation fédérale à ce propos, il appartient aux cantons de fournir à l'autorité judiciaire les moyens d'exécution des décisions de celle-ci en matière tant de perception des amendes d'ordres que de mesure de contrainte. A Genève, l'art. 25 de la Loi d'application du Code civil suisse et autres lois fédérales en matière civile du 2 septembre 2010 (PL 10481) énonce : « L'autorité compétente pour exécuter les jugements peut (...) ordonner le recours à la force publique ». Comme la Suisse ne forme qu'un espace d'exécution forcée, l'autorité compétente pour mettre en œuvre la force publique pourra être tout tribunal d'exécution, voire toute autorité judiciaire suisse en cas d'exécution directe (art. 337 CPC).

## **I. Les dommages-intérêts et la conversion de l'obligation de faire en une obligation de payer (art. 345 CPC)**

L'art. 345 CPC est une disposition ambitieuse. Il vise à un rassemblement des compétences : le tribunal de l'exécution n'est pas simplement l'autorité d'exécution forcée des décisions ; il est aussi l'autorité de détermination des dommages-intérêts (al. 1 litt. a) et de la conversion d'une obligation de faire en une obligation de payer (al. 1 litt. b) ; c'est aussi lui qui fixe le montant de la créance pécuniaire (al. 2). Cela étant, le texte de cette disposition laisse de nombreuses questions indécises. Il est vrai que le problème des conséquences

de l'inexécution d'une obligation de faire pose des questions délicates, en droit des obligations déjà<sup>70</sup>, mais plus encore dans le domaine de l'inexécution des décisions judiciaires. Une théorie générale de l'inexécution des décisions ordonnant une obligation de faire ou se de s'abstenir n'a jamais été entreprise en droit suisse. Sans doute faudrait-il se référer au chapitre 7 des Principes d'UNIDROIT (2004) relatifs aux contrats du commerce international, plutôt d'ailleurs qu'aux solutions retenues par la *common law* relativement à l'inexécution de ce qui est appelé une *specific performance*. A lire telles contributions critiques<sup>71</sup>, on a le sentiment que le législateur fédéral, faute d'être suffisamment rentré dans le détail du dispositif légal qu'il inaugurerait, a ouvert de nouveaux champs d'incertitudes ; on débat par exemple de la question de savoir si la nouvelle disposition de l'art. 345 CPC est une règle de droit matériel ou de procédure. Enfin, le Message paraît à ce propos apporter plus de mystères que de solutions<sup>72</sup>.

Face à l'ampleur et à la difficulté de la matière, il y a lieu de rester humble et de se borner à poser quelques principes, qui ne sont d'ailleurs que des questions.

Le premier problème, et qui n'est pas le moindre, est de qualifier la nature juridique de l'obligation de faire lorsqu'elle est ordonnée par le juge du fond. Si cette obligation a sa source dans un contrat, garde-t-elle cette nature après qu'elle a été intégrée dans le dispositif d'un jugement ou, au contraire, cette concrétisation dans le jugement en modifie-t-elle la nature ? Son inexécution est-elle soumise aux règles originaires du contrat (faute, preuve libératoire, responsabilité du fait des auxiliaires) si celui-ci a fondé la prétention accueillie par le jugement ? En d'autres termes, le contrat se prolonge-t-il par et au-delà du jugement ou s'efface-t-il devant le jugement ? Soit par exemple un contrat soumis à des règles de la demeure qualifiée et du droit d'option du créancier selon les art. 107 à 109 CO ; l'une des parties a été condamnée par application du contrat à une obligation de faire qu'elle ne respecte pas ; le créancier reste-t-il lié par les contraintes contractuelles de mise en demeure qualifiée et d'exercice de son droit d'option ou peut-il s'en affranchir et demander directement au tribunal de l'exécution la conversion de l'obligation de faire en une obligation de payer et la détermination du montant de la créance pécuniaire en résultant ? On voit l'enjeu : si la source de l'obligation reste le contrat, les formes et obligations contractuelles régissent encore l'exécution forcée de

<sup>70</sup> TERCIER PIERRE, *in* Le droit des obligations, 3ème éd., 2004, p. 238, considère que le système des art. 107 à 109 CO est d'une « complexité extrême ».

<sup>71</sup> MARCHAND SYLVAIN/TRAN LAURENT, L'article 343 al. 1 let. b du projet de Code de procédure civile fédérale et ses rapports avec le droit matériel, RSPC 3/2008, p. 311 ; PIOTET DENIS, Dommages-intérêts et exécution forcée selon l'art. 345 CPC : Sens et limites de l'innovation (à paraître *in* RSPC).

<sup>72</sup> Par exemple lorsqu'il limite la compétence du tribunal de l'exécution selon l'art. 345 al. 1 litt. a CPC à la détermination de l'indemnité équivalant à la valeur de la prestation qui n'a pas été exécutée en nature, à l'exclusion d'un dommage supplémentaire (p. 6993).

l'obligation de faire et les conséquences de son inexécution ; à l'inverse, si la source de l'obligation devient le jugement, les parties sont désormais soumises à un autre régime (mais lequel ?) d'obligations.

Il existe un ancien arrêt du Tribunal fédéral, du 15 septembre 1932, dont l'enseignement sur la question qui nous intéresse ici ne paraît avoir été ni confirmé<sup>73</sup> ni contesté à ce jour (ATF 58 II 411= JdT 1933 I 306). Les faits de la cause tenaient à ceci : deux entreprises étaient en relation d'affaires relativement à la production de lampes électriques avec licence de brevets. Des difficultés les ont opposées entraînant la suspension des livraisons et des paiements. Un jugement fit obligation à l'une des entreprises de livrer sa production, moyennant des conditions de prix précisées dans le dispositif du jugement. Nouvelles difficultés, inexécution du jugement et nouveau litige porté jusqu'au Tribunal fédéral. Celui-ci observe : « Le jugement de 1927 (*id est* : le jugement inexécuté), contenant une condamnation à exécuter trait pour trait, a maintenu le rapport de droit matériel fondé sur le contrat de vente conclu en son temps par les parties ; le litige actuel porte sur la question de savoir si les demandeurs ont toujours été prêts à exécuter leur prestation ou si c'est avec raison que la défenderesse a résolu le contrat. » (consid. 2) Et plus loin : « Le droit fédéral ne contient aucune prescription suivant laquelle les art. 107ss CO ne seraient pas applicables à une obligation constatée par jugement. » (consid. 3)<sup>74</sup>

La doctrine française retient une conception opposée : celle du changement de la source de l'obligation à raison de ce qu'elle appelle « l'efficacité substantielle des jugements civils »<sup>75</sup> : « Aussi longtemps qu'il n'existe pas de jugement, la personne tient son droit de la règle abstraite qu'énonce le droit des obligations ou des biens. En revanche, lorsqu'un jugement a été rendu, le droit de la personne devient indépendant de la règle de droit. C'est directement du jugement qu'elle le tient. »<sup>76</sup>

Face à ces vues opposées, il est difficile de retenir une approche catégorique. La conception de l'arrêt précité du Tribunal fédéral suscite en effet ces difficultés :

- Il y a un évident changement de nature entre un contrat et le jugement rendu sur la base d'une difficulté née du contrat. Ainsi, l'inexécution d'un jugement peut faire l'objet de sanctions (la notification de la peine prévue

---

<sup>73</sup> Cet arrêt est parfois cité mais en relation avec deux autres questions, celle de la prohibition de l'anatocisme et celle de l'exécution des condamnations conditionnelles.

<sup>74</sup> Tel est aussi le cadre de réflexion de MARCHAND/TRAN, (cf. note 71).

<sup>75</sup> C'est le titre de la thèse de BLÉRY CORINNE, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, 2000.

<sup>76</sup> HÉRON J., *Droit judiciaire privé*, 1991, p. 203, n° 277. Voir aussi BLÉRY (cf. note 75), p. 105.

par l'art. 292 CP, le prononcé d'amende d'ordre) dont on voit bien qu'elles échappent au cadre contractuel,

- On conçoit mal que le formalisme des art. 107ss CO puisse s'appliquer à l'inexécution d'un jugement alors que, dans le cadre de la procédure qui a abouti au jugement, la partie succombante a le plus souvent déjà manifesté le refus d'exécuter son obligation (selon l'art. 108 CO) et que la partie victorieuse a le plus souvent aussi exprimé son option (selon l'art. 107 al. 2 CO),
- A faire suivre les effets contractuels au-delà du jugement, on arrive à ce que les parties devraient exécuter un jugement rendu par un tribunal suisse selon un droit étranger si le contrat liant les parties était soumis au droit étranger<sup>77</sup>,
- Il n'est d'ailleurs pas sûr que le tribunal ait fait une détermination exacte de la loi applicable, ni qu'il ait qualifié exactement le contrat, toute question de droit dont la partie qui a eu gain de cause ne pouvait appeler à l'autorité supérieure,
- La logique de la continuation du contrat voudrait que les difficultés nées de l'inexécution du jugement soient portées devant le juge originaire - et surtout le juge élu par une prorogation de for ou une clause arbitrale - plutôt que devant le tribunal de l'exécution,
- Enfin, on ne voit pas comment traiter les obligations de faire ou de s'abstenir dans les cas où la cause de celles-ci n'est pas un contrat mais un acte illicite, comme on le constate dans le domaine du droit de la personnalité et de la concurrence déloyale (art. 28a CC, art. 9 LCD avec les condamnations de restituer ou de détruire le matériel publicitaire, ou encore de diffuser un message rectificatif).

Mais, à l'inverse, la thèse de la continuation de la relation contractuelle au-delà du jugement permet d'apprécier plus exactement un certain nombre de difficultés qui peuvent opposer les parties à l'exécution du jugement :

- Le contrat originaire peut fournir des règles de résolution des questions d'inexécution comme la circonstance libératoire résultant de l'impossibilité objective d'exécuter l'obligation, le caractère strictement personnel (ou non) de la prestation<sup>78</sup>, l'existence et les effets d'une faute ou d'un fait libé-

---

<sup>77</sup> Comme le préconise PIOTET (cf. note 71) ; c'est d'ailleurs en ligne avec l'art. 12 ch. 1 litt. c du Règlement (CE) N° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

<sup>78</sup> VENTURI-ZEN-RUFFINEN MARIE-NOËLLE, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, 2007, n° 1487.

ratoire, le sort des contre-prestations et celui des prestations contractuelles accessoires ;

- Les règles contractuelles donnent aussi un fondement au régime des présomptions légales et à l'exception de prescription des obligations prononcées par le jugement,
- Elles permettent d'apprécier si le créancier a tardé à demander l'exécution forcée de la prestation et que celle-ci, par l'écoulement du temps, est devenue difficile à exécuter ou d'un coût disproportionné<sup>79</sup>,
- Elles peuvent enfin fournir un cadre d'examen à l'exception de l'abus de droit fondée sur le fait que, postérieurement au prononcé du jugement, la chose demandée est devenue pour le demandeur de faible intérêt alors qu'elle est devenue d'un coût élevé pour le défendeur<sup>80</sup>.

Plutôt que de trancher ici le mérite de ces thèses opposées, nous préconisons que le tribunal de l'exécution traite le sort de l'inexécution du jugement ordonnant une obligation de faire ou de s'abstenir et sa conversion en obligation de payer de manière pragmatique selon ces quelques règles :

- Le créancier, qui a pu croire que le débiteur exécuterait son obligation de faire après qu'elle a été prononcée par le juge du fond<sup>81</sup>, reprend postérieurement au jugement ses droits d'option, pouvant ainsi décider soit de persister à demander l'exécution de la prestation, soit d'y renoncer ; dans ce dernier cas, il peut encore soit se prévaloir de l'obligation de faire et demander des dommages-intérêts pour inexécution, soit renoncer au bénéfice de l'exécution de l'obligation de faire et demander la réparation de l'intérêt négatif,
- Le créancier peut aussi valablement soutenir que les mises en demeure et le droit d'option selon les art. 107 et 108 CO ont été exercés durant le litige porté devant le juge du fond par le contenu des conclusions des parties,
- Le tribunal de l'exécution est compétent pour arrêter aussi bien le montant des dommages-intérêts pour cause de retard ou d'inexécution (art. 345 al. 1 litt. a CPC) que le montant résultant de la conversion de l'obligation de faire en une obligation de payer (art. 345 al. 1 litt. b CPC),

---

<sup>79</sup> VENTURI-ZEN-RUFFINEN MARIE-NOËLLE, (cf. note 78), n° 1497.

<sup>80</sup> DESCHENAUX (cf. note 9), p. 170ss, « Disproportion grossière des intérêts », « Ménagement dans l'exercice d'un droit ».

<sup>81</sup> Le débiteur peut aussi avoir fait résistance à l'obligation de faire sur la considération que le droit prétendu par sa partie adverse était infondé ; cf. THÉVENOZ (cf. note 49), ad art. 98 n° 17.



- Aux fins de déterminer l'existence et le montant de la créance prétendue, le tribunal d'exécution devra rentrer dans l'économie générale du contrat originaire et apprécier la situation créée par le jugement, la diligence attendue des parties et les faits postérieurs au jugement, sans être nécessairement tenu par les règles du droit applicable audit contrat.

Cela est fort peu dogmatique. Mais c'est rester dans ce qui paraît avoir été l'intention du législateur : créer une norme de compétence permettant à la partie qui a eu gain de cause d'obtenir du tribunal de l'exécution - et sans renvoi à un juge du fond - la condamnation de sa partie adverse à des dommages-intérêts avec, le cas échéant, la conversion de l'obligation de faire en une obligation de payer et la détermination du montant de celle-ci. Certes, ramener la disposition de l'art. 345 CPC à une règle de compétence rend sans soutien législatif les conditions d'exercice des droits du créancier devant le tribunal de l'exécution. Nous préférons toutefois constater dans le dispositif de l'art. 345 CPC une lacune de la loi - qu'il appartiendra à la jurisprudence de combler - plutôt que de dégager de cette disposition des solutions auxquelles le législateur n'a à l'évidence jamais songé.

## J. Le recours des tiers

La procédure civile se fonde sur l'idée que le litige oppose les véritables parties au droit contesté, sous le critère des légitimations active et passive, et que, partant, elles ont la disposition du droit litigieux. Aussi, selon la formule consacrée, les jugements rendus ne profitent ni ne nuisent aux tiers. Ceux-ci d'ailleurs ont pu le cas échéant sauvegarder leurs droits ou intérêts éventuels par la voie de l'intervention (art. 73ss CPC).

Il arrive toutefois que les tiers n'aient pas eu connaissance du litige ou soient partis de l'idée, fondée ou infondée, que la décision à venir ne saurait leur faire grief. Ils peuvent ainsi se trouver face à une décision exécutoire qui porte atteinte à leurs droits sans qu'ils n'aient eu connaissance de l'instance qui l'a précédée<sup>82</sup>. Le CPC règle de manière très approximative ce type de situation. Certes disposent-ils d'un recours selon l'art. 167 al. 3 CPC mais il ne concerne que le refus de collaborer à l'administration de la preuve<sup>83</sup>. D'ailleurs, les tiers ne peuvent espérer modifier la décision rendue par un re-

<sup>82</sup> Le cas souvent évoqué est celui du tiers vivant dans un logement et qui n'a pas été appelé à la procédure conduisant à l'expulsion de l'occupant. Cf. à ce propos DUCROT MICHEL, La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier agricole : quelques législations au regard du droit fédéral, 2005, p. 295-296, p. 502-503 ; EGGER ROCHAT GWENDOLINE, Les squatters et autres occupants sans droit d'un immeuble, 2002, p. 370-372.

<sup>83</sup> Assez paradoxalement, les deux exemples cités par le Message d'un recours de tiers (la perquisition et la remise de documents, cf. p. 6993) paraissent viser l'exécution non pas d'une *décision* au sens des art. 335 ss CPC mais d'une *ordonnance* qui, connaissant un régime particulier de sanction (art. 167 CPC), échappe à notre sens à la réglementation du Titre 10 du CPC.

cours en révision : ils ne sont pas « une partie » au sens de l'art. 328 CPC et aucune des prévisions de l'art. 328 CPC ne vise l'atteinte au droit des tiers. Au surplus, il est douteux que ceux-ci puissent obtenir par la voie de mesures provisionnelles (art. 261ss CPC) la suspension de l'exécution du jugement rendu entre les parties au litige originaire.

Le tiers lésé par une décision rendu dans un litige auquel il n'était pas partie ne peut ainsi faire valoir ses droits que par la voie de l'art. 346 CPC. Celle-ci s'exerce par le recours à l'autorité supérieure (art. 319ss CPC). A notre avis, l'ouverture au recours ne fait pas obstacle que le tiers présente ses observations au tribunal de l'exécution déjà : comme cette autorité doit d'office examiner le caractère exécutoire de la décision (art. 341 al. 1 CPC), elle ne saurait exclure de son examen des éléments propres à sauvegarder, si elle en est convaincue, la réversibilité de la décision rendue.

Selon les art. 339 al. 2 et 321 al. 2 CPC, le délai de recours est de 10 jours. La computation du délai part dès le lendemain de la réception par le tiers de la communication formelle de la décision d'exécution (art. 142 al. 1 CPC). Sans doute faut-il réserver la situation abusive où le tiers avait une connaissance informelle mais précise et sûre de la décision si bien que la communication formelle requise par lui n'est qu'un moyen de faire naître un débat qu'il aurait pu engager bien auparavant. Dans son acte de recours, le tiers peut demander la suspension de la décision d'exécution (art. 325 al. 2 CPC).

L'autorité de recours peut modifier les modalités d'exécution de la décision rendue par le juge du fond dans la perspective d'éviter que celles-ci ne portent atteinte aux droits du tiers de manière injustifiée. Elle ne peut en revanche modifier la décision elle-même, quand bien aurait-elle été rendue par le juge du fond sur la base d'un exposé fragmentaire ou fallacieux d'une partie ou des parties au litige. Tout au plus peut-elle suspendre l'exécution de la décision sur le fond par application de l'art. 339 al. 1 CPC (« ou suspendre l'exécution ») et fixer un délai d'action pour que le tiers saisisse le juge du fond<sup>84</sup> de manière à vider par un plein procès la contestation de droit matériel opposant le tiers à telle(s) partie(s)<sup>85</sup>.

Peut-être verra-t-on à la fin de l'exercice deux décisions définitives mais incompatibles entre elles : celle rendue en lésion des droits du tiers et celle qui respecte les droits préférables de celui-ci. Nous ne concevons pas que le CPC offre la possibilité d'annuler la précédente décision ; seule la solution insatisfaisante d'une suspension *ad aeternam* de la première décision paraît se présenter (art. 339 al. 1 CPC).

---

<sup>84</sup> Déterminé par les règles ordinaires de compétence territoriale et matérielle.

<sup>85</sup> C'était la solution de l'art. 511 CPC vaudois.

---

# L'adaptation du droit genevois au code de procédure civile suisse<sup>1</sup>

BERNARD BERTOSSA

*Ancien Juge au Tribunal pénal fédéral  
Président du Groupe de travail chargé d'adapter le droit genevois au CPC*

## I. Introduction

L'entrée en vigueur, au 1<sup>er</sup> janvier 2011, du code de procédure civile suisse (CPC) impose aux cantons une modification profonde de leurs législations en la matière. Pour ce qui concerne le canton de Genève, cette réforme se concrétise pour l'essentiel par six lois nouvelles<sup>2</sup> adoptées par le parlement entre octobre 2009 et septembre 2010, à savoir :

- Une nouvelle *loi d'organisation judiciaire (LOJ)*<sup>3</sup> adoptée le 9 octobre 2009, abrogeant et remplaçant la loi éponyme du 22 novembre 1941. Pour ce qui concerne les juridictions civiles, la loi reprend pour l'essentiel l'organisation déjà existante.
- Une nouvelle *loi sur le Tribunal des prud'hommes (LTP)*<sup>4</sup> adoptée le 11 février 2010, abrogeant et remplaçant la loi sur la juridiction des prud'hommes du 25 février 1999. La loi est épurée de toutes les dispositions de procédure spécifiques à la juridiction du travail et désormais réglées par le CPC.

---

<sup>1</sup> AVERTISSEMENT : Cette présentation générale se fonde sur les textes adoptés à la date de sa dernière mise au point, soit au 30 novembre 2010. Le processus législatif n'est toutefois pas terminé à cette date, le Conseil d'Etat et le Grand conseil ayant décidé de couronner ces travaux par une « loi balai » destinée à assurer l'harmonisation de toutes les réformes et à compléter celles-ci sur différents thèmes, généralement secondaires.

<sup>2</sup> Sans compter bien sûr de nombreuses adaptations, souvent mineures, de la législation cantonale existante, notamment lorsque celle-ci fait référence à la loi de procédure civile cantonale, désormais abrogée.

<sup>3</sup> RS E 2 05. Loi N° 10462. Ce texte a en outre été confirmé en votation populaire le 26 septembre 2010.

<sup>4</sup> RS E 3 10. Loi N° 10464.

- Une loi d'application du code civil suisse et autres lois fédérales en matière civile (LaCC)<sup>5</sup> adoptée le 2 septembre 2010, abrogeant et remplaçant la loi d'application du code civil suisse du 7 mai 1981. Dès l'instant où la loi de procédure civile cantonale (LPC) est abrogée, la LaCC est complétée par un chapitre consacré à quelques règles que le CPC laisse à la liberté des cantons et qui ne sont pas contenues dans la LOJ.
- Une loi d'application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LaLP)<sup>6</sup>, adoptée le 29 janvier 2010, abrogeant et remplaçant la loi éponyme du 16 mars 1912. La loi tient compte également de certaines exigences découlant de la réforme de la LP, en 1997, que le législateur cantonal avait omis d'intégrer.
- Une loi organisant la commission de conciliation en matière de baux et loyers (LCCBL)<sup>7</sup>, adoptée le 2 septembre 2010, abrogeant et remplaçant la loi instituant la commission de conciliation en matière de baux et loyers du 4 décembre 1977.
- Une loi sur la profession d'huissier judiciaire (LHJ)<sup>8</sup>, adoptée le 19 mars 2010. A l'instar des autres professions juridiques (notaires, avocats, agents d'affaires) la profession d'huissier fait désormais l'objet d'une loi spécifique, laquelle reprend pour l'essentiel les dispositions figurant aux articles 144 à 150 aLOJ.

Ces actes législatifs font suite, avec un certain nombre de modifications, à autant de projets de lois déposés par le Conseil d'Etat en avril 2009. A son tour, le gouvernement s'était inspiré des propositions formulées, motifs à l'appui, par un groupe de travail qu'il avait désigné à l'automne 2007 et qui, présidé par l'auteur du présent article, se composait des juges Christian Murbach, David Robert et Thierry Wuarin, des avocats Marco Ziegler et Nicolas Jeandin et de Frédéric Scheidegger, secrétaire adjoint du département en charge de la justice.

Selon le vœu du Conseil d'Etat, la réforme des institutions genevoises devait se limiter aux exigences posées par le nouveau droit fédéral, l'organisation judiciaire antérieure étant maintenue dans toute la mesure du possible. Ainsi notamment, il convenait de conserver, autant que faire se pouvait, les règles particulières relatives à la juridiction des prud'hommes et à celle des baux et loyers. La création d'un tribunal de commerce n'était pas souhaitée. A l'occasion de ses travaux, le groupe de travail a réalisé que, sans être exigées

---

<sup>5</sup> RS E 1 05. Loi N° 10481, acceptée en vote populaire le 28 novembre 2010.

<sup>6</sup> RS E 3 60. Loi N° 10465.

<sup>7</sup> RS E 3 15. Loi N° 10468, acceptée en vote populaire le 28 novembre 2010.

<sup>8</sup> RS E 6 15. Loi N° 10467.

par le législateur fédéral, quelques réformes étaient néanmoins nécessaires, voire souhaitées par les milieux intéressés, pour favoriser une meilleure administration de la justice civile. Ainsi par exemple la réduction du nombre des juges de la juridiction des prud'hommes ou la concentration des conciliations ordinaires au sein d'une seule juridiction.

En vue de traiter l'ensemble des projets découlant de l'adoption des nouvelles lois fédérales de procédure, le Grand conseil a, le 21 février 2008, constitué en son sein une commission spéciale baptisée « Justice 2011 », présidée par Madame Loly Bolay, Monsieur Olivier Jornot en étant le rapporteur. Les députés ont apporté plusieurs modifications aux projets dont ils étaient saisis mais, pour l'essentiel, celles-là portent sur des objets dont l'importance n'est pas suffisante pour justifier une mention dans une présentation générale de la réforme. Le cas échéant, les corrections majeures seront signalées plus loin.

Depuis la réforme de 1999, c'est la Confédération qui est compétente en matière de procédure civile. Le CPC concrétise cette attribution de sorte qu'en vertu du principe de la force dérogatoire du droit fédéral, le code a pour objectif de régir exhaustivement la matière, sous la seule réserve des domaines où, explicitement ou implicitement, le CPC lui-même maintient la compétence des cantons. Ces derniers ne sont donc autorisés à intervenir, par voie législative, que sur les sujets qui leur sont ainsi attribués. Pour le reste, c'est à la jurisprudence – et non au législateur cantonal – qu'il appartiendra de combler d'éventuelles lacunes sur les thèmes traités par le CPC.

## **II. La nouvelle organisation judiciaire civile**

L'organisation des juridictions en charge d'administrer la justice civile constitue le principal domaine réservé à la compétence des cantons. Consacrée par l'art. 3 CPC, cette compétence cantonale n'est limitée que par de rares dispositions du CPC, notamment en matière de composition de l'autorité de conciliation pour les litiges relevant des baux et loyers ou de la loi sur l'égalité<sup>9</sup>. Comme déjà relevé, le législateur cantonal a fait le choix de ne pas bouleverser l'organisation antérieure, se contentant de quelques retouches et renonçant notamment à supprimer les juridictions spéciales chargées des litiges en matière de baux et loyers ou des litiges du travail.

### **A. La juridiction civile ordinaire (art. 86, 87 et 120 LOJ)**

Le *Tribunal de première instance*, siégeant dans la composition d'un juge unique, conserve pour l'essentiel ses compétences antérieures, alors même que, pour

---

<sup>9</sup> Cf. art. 200 CPC

des raisons d'ordre institutionnel, il devient l'une des trois sections du *Tribunal civil*. Sa plénitude de juridiction est confirmée. Cette juridiction se voit en outre confier toutes les procédures ordinaires de conciliation, les compétences du juge de paix en la matière étant supprimées. Le *Tribunal de première instance* assume encore les tâches que le CPC (art. 338) confie au tribunal de l'exécution, lorsque le jugement à exécuter ne relève pas de la LP et que la juridiction ayant statué n'a pas ordonné elle-même les mesures nécessaires. L'intervention du Procureur général est supprimée.

Si le législateur cantonal a renoncé à la création d'un Tribunal de commerce<sup>10</sup>, il a prévu en revanche que le Tribunal de première instance devra désigner en son sein un ou plusieurs juges chargés des procédures économiques, financières et commerciales complexes (art. 87 LOJ). Non prévue par le Conseil d'Etat, cette réforme risque bien de poser plus de problèmes qu'elle souhaite en résoudre, la principale complexité consistant en effet à définir le concept de « procédure complexe ».

Comme aujourd'hui, la *Cour de justice*, respectivement sa *Chambre civile*, connaîtra des appels et des recours en matière de juridiction ordinaire et statuera dans tous les cas où la loi prévoit la compétence d'une juridiction cantonale unique en matière civile ordinaire.

## **B. La juridiction des baux et loyers (art. 89, 90 et 122 LOJ, 26 LaCC, 1ss. LCCBL)**

L'autorité de conciliation reste, sans changement de composition, la *Commission de conciliation en matière de baux et loyers* (CCBL). Le statut institutionnel de cette instance est clarifié en ce sens qu'elle devient une juridiction à part entière- soit une section du Tribunal civil - dont les membres sont dorénavant soumis à la discipline prévue par la LOJ pour l'ensemble des magistrats. La « commission sociale » prévue par l'art. 8 de la loi actuelle est supprimée, mais la possibilité de faire appel aux services sociaux est maintenue au stade de la conciliation, comme au stade de l'exécution des jugements d'évacuation.

Comme aujourd'hui, le *Tribunal des baux et loyers*, dont la composition est inchangée, statue en première instance. Il exerce la fonction d'autorité d'exécution pour les jugements relevant de sa propre compétence. Pour des motifs d'ordre institutionnel, cette juridiction devient l'une des trois sections du *Tribunal civil*.

Les appels et recours relèvent de la *Cour de justice*, respectivement de sa *Chambre des baux et loyers*, dont la composition est également inchangée.

---

<sup>10</sup> L'art. 6 CPC laisse à cet égard la liberté aux cantons

### C. La juridiction des prud'hommes (art. 110 et 124 LOJ, 1 ss LTP)

Bien que le droit fédéral ne l'impose pas, le législateur cantonal a souhaité conserver sa juridiction du travail, alors même que celle-ci devra appliquer désormais les mêmes règles de procédure que la juridiction ordinaire. Sans changement, la conciliation obligatoire est confiée aux *conciliateurs* spécialement désignés à cette fin. Le *Tribunal des prud'hommes* reste l'autorité de première instance et la *Chambre des prud'hommes* de la *Cour de justice* l'autorité d'appel et de recours. Seule modification importante : les juridictions du travail siègeront dorénavant, en première comme en seconde instance, à trois juges au lieu des cinq actuels.

### D. La juridiction tutélaire (art. 105 et 126 LOJ)

Sans changement, le *Tribunal tutélaire* assume les tâches que le code civil attribue à l'autorité tutélaire et sa surveillance est assurée par la *Cour de justice*, respectivement l'*Autorité de surveillance* qui en forme l'une des sections. Cette même autorité connaît des appels et des recours contre les décisions du *Tribunal tutélaire*, dans les cas où la loi le prévoit.

Les compétences attribuées à cette juridiction, comme les règles de procédure qui, relevant directement du code civil et non du CPC, lui sont propres, sont toujours complétées par la LaCC, avec quelques modifications ou précisions inspirées par la pratique du droit antérieur.

Il est important de savoir que cette solution n'est que provisoire. La désignation de la juridiction, sa composition et ses tâches seront en effet profondément modifiées lorsqu'entreront en vigueur les nouvelles dispositions du code civil relatives à la protection de l'adulte<sup>11</sup>.

La *Justice de paix* est maintenue sans changement dans ses attributions, exception faite des conciliations ordinaires qui sont désormais concentrées en mains du Tribunal de première instance. La *Cour de justice*, respectivement sa *Chambre civile*, est l'autorité d'appel ou de recours (art. 108 et 120 LOJ).

Alors même que le CPC n'y fait pas référence, le législateur cantonal a considéré que la procédure de conciliation volontaire pouvait être maintenue. Il a prévu qu'en cas d'échec, cette procédure volontaire tiendrait lieu de conciliation ordinaire, dans le cas où le CPC impose une telle conciliation (art. 109 al. 4 LOJ).

---

<sup>11</sup> Cette réforme importante a déjà été adoptée par les chambres fédérales, mais son entrée en vigueur est prévue en 2013 seulement. Cf. à ce propos FF 2006 6635 ss et FF 2009 139 ss.

## **E. La surveillance des offices des poursuites et des faillites (art. 125 et 126 LOJ, 1 ss LaLP)**

On se souvient qu'en 2002, la surveillance des offices des poursuites et faillites avait été considérablement modifiée, la compétence relevant alors de la Cour de justice étant transférée à une commission indépendante composée de juges et d'assesseurs spécialisés. Tirant les leçons de cette expérience, le législateur cantonal a décidé de rapatrier la « commission » au sein de la *Cour de justice*, lui redonnant son appellation correcte d'*Autorité de surveillance*. La présence d'assesseurs spécialisés est en revanche maintenue, mais limitée à certains types de décisions. La nouvelle LaLP (art. 7) décrit en détails les trois compositions différentes dans lesquelles cette juridiction devra dorénavant statuer. L'occasion est également saisie pour supprimer quelques particularités du droit cantonal (excusabilité et réhabilitation des faillis) qui ne sont plus conformes à la LP révisée en 1997.

## **III. Les dispositions de procédure**

### **A. Les règles générales**

La LPC devant être abrogée, les quelques règles de procédure civile laissées à la disposition des cantons font désormais l'objet d'un chapitre de la nouvelle LaCC (art.8 à 25), dont le titre a en conséquence été complété. La formule s'inscrit en parallèle de la solution retenue pour la procédure pénale. Il est vrai que certaines de ces dispositions relèvent plutôt de l'organisation judiciaire, mais dès l'instant où elles ne peuvent être généralisées à l'ensemble des juridictions, l'obligation d'en prévoir un contenu spécifique à la procédure civile a conduit à les placer dans le même chapitre que les règles de procédure proprement dites.

L'art. 8 LaCC désigne les autorités compétentes en matière de *récusation dans le domaine civil*. Contrairement au CPP, le CPC ne détermine en effet que la procédure en la matière et laisse aux cantons le choix de l'autorité compétente. L'occasion a dès lors été saisie de simplifier le mécanisme actuel et de remplacer la compétence des séances plénières au profit d'une délégation de juges du Tribunal civil, respectivement de la Cour de justice. Il y avait également lieu de combler une lacune en matière de récusation des juges et fonctionnaires du Tribunal tutélaire. Pour les recours contre les décisions en matière de récusation d'un juge ou d'un fonctionnaire d'une juridiction de première instance, la Cour de justice est compétente. En revanche, aucune voie de recours cantonale n'est prévue pour la récusation des juges ou fonctionnaires de la Cour de justice, alors même que l'art. 50 al. 2 CPC impose un tel recours !



L'art. 9 LaCC se réfère au principe de publicité et prévoit, comme l'art. 54 al. 2 CPC en laisse la liberté aux cantons, que *les délibérations* se tiennent à huis clos.

L'art. 10 LaCC fait usage de la liberté offerte aux cantons par l'art. 68 al. 2 let. d CPC et maintient donc la possibilité pour les *mandataires professionnellement qualifiés* d'intervenir devant la juridiction des baux et loyers et celle des prud'hommes, en première instance comme en appel.

En l'absence de toute autre disposition de droit cantonal prévoyant que le français est la *langue officielle* dans le canton, langue à laquelle l'art. 129 CPC fait référence, la précision figurant auparavant à l'art. 9 LPC est reprise à l'art. 12 LaCC.

L'art. 13 LaCC a pour objectif de favoriser la *médiation* (art. 213 ss CPC) en instituant un devoir d'information à la charge de l'autorité de conciliation.

L'art. 14 LaCC règle la compétence en matière de *mesures provisionnelles* (art. 261 ss CPC) et permet, pour les juridictions collégiales, la délégation à un juge unique pour statuer en cette matière.

Les art. 15 à 21 LaCC ont pour première fonction de créer la base légale, au sens formel, nécessaire au calcul des *émoluments de procédure* : les critères et les montants inférieurs et supérieurs de ces émoluments sont arrêtés dans la loi. Les cantons étant libres par ailleurs d'étendre la *gratuité* à d'autres domaines que ceux prévus par les art. 113 et 114 CPC, le législateur cantonal a ensuite instauré un système à géométrie variable, suivant qu'il s'agit de la procédure ordinaire, de la procédure devant les prud'hommes ou de celle qui concerne la juridiction des baux et loyers. Alors que la procédure ordinaire est onéreuse, la gratuité complète est prévue pour la procédure relevant de la juridiction des baux et loyers : ni frais de justice, ni dépens ne sont prélevés ou alloués. Quant aux litiges relevant de la juridiction des prud'hommes, des frais judiciaires réduits sont prélevés au-delà d'une valeur litigieuse de CHF 75.000.- en première instance et de CHF 50.000.- en appel ; pour le surplus, il n'est pas alloué de dépens. Les art. 15 à 21 LaCC régulent enfin les problèmes liés à la rémunération des mandataires.

Contrairement au CPP, le CPC ne précise pas quelle est l'autorité compétente pour accorder l'*assistance judiciaire* au civil. L'art. 22 LaCC se limite à proroger l'ancien système (art. 143A aLOJ), soit la compétence du président du Tribunal civil avec recours possible auprès du président de la Cour de justice.

L'art. 23 LaCC traite de la *forme des jugements*, domaine non évoqué par le CPC. Il reprend, en les simplifiant, les exigences figurant aux art. 105 ss aLOJ.

L'art. 138 al. 1 CPC laisse la porte ouverte à d'autres modes que la voie postale en matière de *notifications*. L'intervention des huissiers, prévue par l'art. 10 LPC, est donc reprise à l'art. 24 LaCC.

L'art. 343 al. 3 CPC ne précise pas quelles sont les personnes chargées de l'*exécution des jugements*, lorsque celle-ci ne relève pas de la LP. L'art. 25 LaCC maintient donc l'ancien système qui permettait le recours aux huissiers ou, dans les procédures de partage, aux notaires<sup>12</sup>.

## **B. Le contentieux des baux et loyers**

Sans surprise, l'édiction de règles particulières aux litiges entre bailleurs et locataires a donné lieu à d'âpres et longs débats. Outre la confirmation de la gratuité totale (art. 17 al. 2 LaCC), le parlement a prévu de maintenir, dans toute la mesure du possible, les exceptions antérieures en matière de procédure d'évacuation du locataire ou du fermier. A cette fin (art. 89 al. 2 LOJ), il a tout d'abord confié au Tribunal des baux et loyers lui-même, siégeant dans sa composition complète, la compétence de prononcer et d'exécuter les jugements ordonnant l'évacuation d'un locataire<sup>13</sup>. Il a prévu ensuite que, dans ce contexte, le tribunal s'efforcera de convoquer les parties, de les entendre en présence de représentants du département en charge du logement et des services sociaux et, le cas échéant, de surseoir à l'exécution pour des motifs humanitaires (art. 26 LaCC)<sup>14</sup>. Plus généralement, des conciliations volontaires pourront être organisées dans tous les litiges relevant du bail et le recours aux services sociaux être ordonné, suivant les besoins (art. 4 et 5 LCCBL).

---

<sup>12</sup> Cf. art. 403 et 473 LPC, ainsi que la pratique liée à l'application de l'art.474 LPC.

<sup>13</sup> L'exception prévue par l'ancien droit (aLOJ 56N al. 3) pour les jugements d'évacuation fondés sur les art. 257d et 282 CO est donc supprimée.

<sup>14</sup> Cette procédure devrait s'appliquer même dans les « cas clairs » soumis à la procédure sommaire en vertu de l'art. 257 CPC.

# Liste des ouvrages



*Alberini, Adrien* 2010

**Le transfert de technologie en droit communautaire de la concurrence**

Mise en perspective avec les règles applicables aux accords de recherche et développement, de production et de distribution

*Baddeley, Margareta* 1994

**L'association sportive face au droit**

Les limites de son autonomie

*Baddeley, Margareta (éd.)* 1999

**La forme sociale de l'organisation sportive**

Questions de responsabilité  
Actes de la Journée de Droit du sport de la Faculté de droit de l'Université de Genève 25 mars 1999

*Bellanger, François (éd.)* 2000

**L'Etat face aux dérives sectaires**

Actes du colloque du 25 novembre 1999

*Bernard, Frédéric* 2010

**L'Etat de droit face au terrorisme**

*Bino, Maria-Antonella* 2006

**Hospitalisation forcée et droits du malade mental**

Etude de droit international et de droit comparé

*Botoy Ituku, Elangi* 2007

**Propriété intellectuelle et droits de l'homme**

L'impact des brevets pharmaceutiques sur le droit à la santé dans le contexte du VIH / SIDA en Afrique

*Cattaneo, Daniele* 1992

**Les mesures préventives et de réadaptation de l'assurance-chômage**

Prévention du chômage et aide à la formation en droit suisse, droit international et droit européen

*Chaix, François* 1995

**Le contrat de sous-traitance en droit suisse**

Limites du principe de la relativité des conventions

*Chappuis, Christine* 1991

**La restitution des profits illégitimes**

Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse

*Chatton, Gregor T.* 2005

**Die Verknüpfung von Handel und Arbeitsmensenrechten innerhalb der WTO**

Politisches Scheitern und rechtliche Perspektiven

*Chavanne, Sylvie* 1993

**Le retard dans l'exécution des travaux de construction**

Selon le Code des obligations et la norme SIA 118

- Converset, Stéphanie* 2009  
**Aide aux victimes d'infractions et réparation du dommage**  
 De l'action civile jointe à l'indemnisation par l'Etat sous l'angle du nouveau droit
- Curat, Philippe* 2006  
**Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale**
- Défago Gaudin, Valérie* 2006  
**L'immeuble dans la LP: indisponibilité et gérance légale**
- Donatiello, Giuseppe* 2010  
**Responsabilité du débiteur: de la délégation à l'organisation de l'exécution des obligations**  
 Codifications supranationales récentes (CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes européens) et Code des obligations suisse
- Droz, Johan* 2008  
**La substitution dans le contrat de mandat**
- Ducrot, Michel* 2005  
**La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole: quelques législations cantonales au regard du droit fédéral**
- Dunand, Jean-Philippe* 2000  
**Le transfert fiduciaire: « Donner pour reprendre »**  
*Mancipio dare ut remancipetur*  
 Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion
- Dupont, Anne-Sylvie* 2005  
**Le dommage écologique**  
 Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel
- Favre-Bulle, Xavier* 1998  
**Les paiements transfrontières dans un espace financier européen**
- Fehlbaum, Pascal* 2007  
**Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?**
- Foëx, Bénédicte* 1997  
**Le contrat de gage mobilier**
- Gafner d'Aumeries, Sonja* 1992  
**Le principe de la double incrimination**  
 En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis
- Garibian, Sévane* 2009  
**Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne**  
 Naissance et consécration d'un concept
- Garrone, Pierre* 1991  
**L'élection populaire en Suisse**  
 Etude des systèmes électoraux et de leur mise en œuvre sur le plan fédéral et dans les cantons
- Gerber, Philippe* 1997  
**La nature cassatoire du recours de droit public**  
 Mythe et réalité
- Gonin, Luc* 2011  
**L'obsolescence de l'Etat moderne**  
 Analyse diachronique et contextuelle à l'exemple de l'Etat français
- de Gottrau, Nicolas* 1999  
**Le crédit documentaire et la fraude**  
 La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre
- Grant, Philip* 2000  
**La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers**

- Grodecki, Stéphane* 2008  
**L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève**
- Guibentif, Pierre* 1997  
**La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale**  
Etude de sociologie du droit de la coordination, à l'exemple du Portugal
- Gutzwiller, Céline* 2008  
**Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse**
- Hack, Pierre* 2003  
**La philosophie de Kelsen**  
Epistémologie de la *Théorie pure du droit*
- Henzelin, Marc* 2000  
**Le principe de l'universalité en droit pénal international**  
Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité
- Hottelier, Michel* 1990  
**L'article 26 CEDH et l'épuisement des voies de recours en droit fédéral suisse**
- Hottelier, Michel* 1995  
**Le Bill of Rights et son application aux Etats américains**  
Etude de droit constitutionnel des Etats-Unis avec des éléments comparatifs de droit suisse
- Issenhuth-Scharly, Ghislaine* 2009  
**Autonomie individuelle et biobanques**  
Etude de droit comparé (droit européen, droit français, droit suisse)
- Jeanneret, Yvan* 2002  
**La violation des devoirs en cas d'accident**  
Analyse critique de l'article 92 LCR
- Jeandin, Nicolas* 1994  
**Le chèque de voyage**
- Jung, Anne* 2008  
**Jeremy Bentham et les mesures de sûreté en droit actuel: Suisse et Belgique**
- Junod Moser, Dominique* 2001  
**Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation**  
Etude de droit suisse et de droit européen
- Junod, Valérie* 2005  
**Clinical drug trials**  
Studying the safety and efficacy of new pharmaceuticals
- Kastanas, Elias* 1993  
**Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce**
- Lampert, Frank* 2000  
**Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG**
- Languin, Noëlle/Liniger, Miranda/Monti, Brigitte/Roth, Robert/Sardi, Massimo/Strasser, François Roger* 1994  
**La libération conditionnelle: risque ou chance?**  
La pratique en 1990 dans les cantons romands
- Languin, Noëlle/Kellerhals, Jean/Robert, Christian-Nils* 2006  
**L'art de punir**  
Les représentations sociales d'une «juste» peine

- Lempen, Karine* 2006  
**Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur**  
 Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne
- Manai, Dominique* 1999  
**Les droits du patient face à la médecine contemporaine**
- Mandofia Berney, Marina* 1993  
**Vérités de la filiation et procréation assistée**  
 Etude des droits suisse et français
- Marchand, Sylvain* 1994  
**Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale**  
 Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse
- Martenet, Vincent* 1999  
**L'autonomie constitutionnelle des cantons**
- Marti, Ursula* 2011  
**Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht**  
 Am Beispiel der internationalen, europäischen und schweizerischen Rechtsordnung
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1991  
**Les instruments d'action de l'Etat**
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992  
**Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination**
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992  
**La légalité: un principe à géométrie variable**
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1995  
**Aménagement du territoire et protection de l'environnement: la simplification des procédures**
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1996  
**La pesée globale des intérêts**  
 Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire
- Moreno, Carlos* 2002  
**Legal Nature and Functions of the Multimodal Transport Document**
- Morin, Ariane* 2002  
**La responsabilité fondée sur la confiance**  
 Etude critique des fondements d'une innovation controversée
- Oberson, Xavier* 1991  
**Les taxes d'orientation**  
 Nature juridique et constitutionnalité
- Ordolli, Stiliano* 2008  
**Histoire constitutionnelle de l'Albanie des origines à nos jours**
- Papaux van Delden, Marie-Laure* 2002  
**L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux**
- Peter, Henry* 1990  
**L'action révocatoire dans les groupes de sociétés**
- Pont Veuthey, Marie-Claire* 1992  
**Le pouvoir législatif dans le canton du Valais**
- Rohmer, Sandrine* 2006  
**Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée**  
 Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique

*Sambuc Bloise, Joëlle* 2007

**La situation juridique des Tziganes en Suisse**

Analyse du droit suisse au regard du droit international des minorités et des droits de l'homme

*Scartazzini, Gustavo* 1991

**Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale**

Avec un aperçu des différentes théories de la causalité

*Schneider, Jacques-André* 1994

**Les régimes complémentaires de retraite en Europe: Libre circulation et participation**

Etude de droit suisse et comparé

*Schröter, François* 2007

**Les frontières de la Suisse: questions choisies**

*Soma, Abdoulaye* 2009

**Droit de l'homme à l'alimentation et sécurité alimentaire en Afrique**

*Stieger-Chopard, Arlette* 1997

**L'exclusion du droit préférentiel de souscription dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme**

Etude de droit allemand et de droit suisse

*Tanquerel, Thierry* 1996

**Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis**

*Tevini Du Pasquier, Silvia* 1990

**Le crédit documentaire en droit suisse**

Droits et obligations de la banque mandataire et assignée

*Tornay, Bénédicte* 2008

**La démocratie directe saisie par le juge**

L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse

*Trigo Trindade, Rita* 1996

**Le conseil d'administration de la société anonyme**

Composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs

*Voïnov Kohler, Juliette* 2006

**Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques: entre diplomatie et droit**

*Vulliéty, Jean-Paul* 1998

**Le transfert des risques dans la vente internationale**

Comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980

*Werly, Stéphane* 2005

**La protection du secret rédactionnel**

*Wisard, Nicolas* 1997

**Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile**

*Zellweger, Tobias* 2008

**Les transports collectifs de personnes dans l'agglomération francogène-voise: Etude de droit transfrontalier**

## Recueils de textes

(anciennement « Série rouge »)

*Auer, Andreas/Flückiger, Alexandre/ Hottelier, Michel (éd.)* 2007

**Les droits de l'homme et la constitution Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni**

Auer, Andreas/Delley, Jean-Daniel/ 2001  
Hottelier, Michel/Malinverni, Giorgio (éd.)

**Aux confins du droit**

Essais en l'honneur du  
Professeur Charles-Albert Morand

Cassani, Ursula/Roth, Robert/  
Sträuli, Bernhard (éd.) 2009

**Montrer la justice, penser le droit pénal**

Colloque en l'honneur du Professeur  
Christian-Nils Robert

Chappuis, Christine/ 2006  
Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.)

**Le législateur et le droit privé**

Colloque en l'honneur du professeur  
Gilles Petitpierre

Dufour, Alfred/Rens, Ivo/ 1998  
Meyer-Pritzl, Rudolf/  
Winiger, Bénédicte (éd.)

**Pacte, convention, contrat**

Mélanges en l'honneur du Professeur  
Bruno Schmidlin

Flückiger, Alexandre (éd.) 2010

**Emouvoir et persuader pour  
promouvoir le don d'organes ?**

L'efficacité entre éthique et droit

Foëx, Bénédicte/Jeandin, Nicolas (éd.) 2011

**Le Code de procédure civile**

Aspects choisis

Foëx, Bénédicte/Hottelier, Michel/ 2007  
Jeandin, Nicolas (éd.)

**Les recours au Tribunal fédéral**

Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.) 2000

**Insolence, désendettement  
et redressement**

Etudes réunies en l'honneur de Louis  
Dallèves, Professeur à l'Université de  
Genève

Hottelier, Michel (éd.) 2011

**Albert Cohen**

**L'écrivain au service de l'Etat de droit**

Actes du colloque organisé le 18 février  
2011 par la Faculté de droit et la Fonda-  
tion Mémoire Albert Cohen

Kellerhals, Jean/Manai, Dominique/ 2002  
Roth, Robert (éd.)

**Pour un droit pluriel**

Etudes offertes au Professeur  
Jean-François Perrin

Knapp, Blaise/Oberson, Xavier (éd.) 1997

**Problèmes actuels de droit  
économique**

Mélanges en l'honneur du Professeur  
Charles-André Junod

Reymond, Jacques-André 1998

**De l'autre côté du miroir**

Etudes récentes

Schönle, Herbert 1995

**Droit des obligations et droit bancaire**

Etudes

Thévenoz, Luc/Reich, Norbert (éd.) 2006

**Droit de la consommation/  
Konsumentenrecht/Consumer Law**

Liber amicorum Bernd Stauder

*Ouvrages collectifs*

**Présence et actualité de la constitution  
dans l'ordre juridique**

Mélanges offerts à la Société suisse  
des juristes pour son congrès 1991  
à Genève. 1991

**Problèmes actuels de droit fiscal**

Mélanges en l'honneur du Professeur  
Raoul Oberson 1995

Trigo Trindade, Rita/Peter, Henry/  
Bovet, Christian (éd.) 2009

**Economie Environnement Ethique**

De la responsabilité sociale et sociétale  
Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain



## Droit civil

*Baddeley, Margareta (éd.)* 2007

### **La protection de la personne par le droit**

Journée de droit civil 2006 en l'honneur du Professeur Martin Stettler

*Baddeley, Margareta/* 2009

*Foëx, Bénédicte (éd.)*

### **La planification du patrimoine**

Journée de droit civil 2008 en l'honneur du Professeur Andreas Bucher

*Perrin, Jean-François/* 2008

*Chappuis, Christine*

### **Droit de l'association**

3<sup>e</sup> édition

## Démocratie directe

*Arx, Nicolas von* 2002

### **Ähnlich, aber anders**

Die Volksinitiative in Kalifornien und in der Schweiz

*Auer, Andreas (éd.)* 1996

### **Les origines de la démocratie directe en Suisse / Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie**

*Auer, Andreas (éd.)* 2001

### **Sans délais et sans limites?**

L'initiative populaire à la croisée des chemins

### **Ohne Fristen und Grenzen?**

Die Volksinitiative am Scheideweg

*Auer, Andreas/* 2001

*Trechsel, Alexander H.*

### **Voter par Internet?**

Le projet e-voting dans le canton de Genève dans une perspective socio-politique et juridique

*Delley, Jean-Daniel (éd.)* 1999

### **Démocratie directe et politique étrangère en Suisse/**

### **Direkte Demokratie und**

### **schweizerische Aussenpolitik**

*Schuler, Frank* 2001

### **Das Referendum in Graubünden**

Entwicklung, Ausgestaltung, Perspektiven

*Trechsel, Alexander/Serdült, Uwe* 1999

### **Kaleidoskop Volksrechte**

Die Institutionen der direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

*Trechsel, Alexander* 2000

### **Feuerwerk Volksrechte**

Die Volksabstimmungen in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

## Droit et Histoire

(anciennement « Droit et Histoire », « Les grands juriconsultes » et « Grands textes »)

*Dufour, Alfred/Roth, Robert/* 1994

*Walter, François (éd.)*

### **Le libéralisme genevois, du Code civil aux constitutions (1804–1842)**

*Dufour, Alfred (éd.)* 1998

**Hommage à Pellegrino Rossi (1787–1848)**

Genevois et Suisse à vocation européenne

*Dufour, Alfred (éd.)* 2001

*Rossi, Pellegrino*  
**Cours d'histoire suisse**

*Dufour, Alfred* 2003

**L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées**

*Dunand, Jean-Philippe* 2004

*Keller, Alexis (éd.)*  
*Stein, Peter*

**Le droit romain et l'Europe**

Essai d'interprétation historique, 2<sup>ème</sup> édition

*Hottelier, Michel (éd.)* 2010

*Fazy, James*

**De l'intelligence collective des sociétés**

Cours de législation constitutionnelle

*Manäi, Dominique* 1990

**Eugen Huber**  
**Jurisconsulte charismatique**

*Monnier, Victor (éd.)* 2002

**Bonaparte et la Suisse**

Travaux préparatoires de l'Acte de Médiation (1803)  
(Préfacé par Alfred Kölz)

*Monnier, Victor* 2003

**Bonaparte, la Suisse et l'Europe**

Colloque européen d'histoire constitutionnelle pour le bicentenaire de l'Acte de médiation (1803–2003)

*Dufour, Alfred/Monnier, Victor (Ed.)* 2011

**La Savoie, ses relations avec Genève et la Suisse**

Actes des journées d'étude à l'occasion du 150<sup>e</sup> anniversaire de l'Annexion de la Savoie à la France organisées à Genève, les 4 et 5 novembre 2010

*Quastana, François/* 2008

*Monnier, Victor (Ed.)*

**Paoli, la Révolution Corse et les Lumières**

Actes du colloque international organisé à Genève, le 7 décembre 2007

*Reiser, Christian M.* 1998

**Autonomie et démocratie dans les communes genevoises**

*Schmidlin, Bruno/* 1991

*Dufour, Alfred (éd.)*

**Jacques Godefroy (1587–1652) et l'Humanisme juridique à Genève**

Actes du colloque Jacques Godefroy

*Winiger, Bénédicte* 1997

**La responsabilité aquilienne romaine**  
*Damnum Iniuria Datum*

*Winiger, Bénédicte* 2002

**La responsabilité aquilienne en droit commun**

*Damnum Culpa Datum*

## Droit de la propriété

*Foëx, Bénédicte (éd.)* 2011

**Droit de superficie et leasing immobilier**

Deux alternatives au transfert de propriété

Foëx, Bénédicte / 2009  
Hottelier, Michel (éd.)

**La garantie de la propriété  
à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle**

Expropriation, responsabilité de l'Etat,  
gestion des grands projets et protection  
du patrimoine

Foëx, Bénédicte / 2007  
Hottelier, Michel (éd.)

**Servitudes, droit de voisinage,  
responsabilités du propriétaire  
immobilier**

Hottelier, Michel / 2005  
Foëx, Bénédicte (éd.)

**Protection de l'environnement  
et immobilier**

Principes normatifs et pratique  
jurisprudentielle

Hottelier, Michel / 2003  
Foëx, Bénédicte (éd.)

**La propriété par étages**

Fondements théoriques et questions  
pratiques

Hottelier, Michel / 2001  
Foëx, Bénédicte (éd.)

**L'aménagement du territoire**

Planification et enjeux

Hottelier, Michel / 1999  
Foëx, Bénédicte (éd.)

**Les gages immobiliers**

Constitution volontaire et réalisation  
forcée

## Droit administratif

Bellanger, François / 2002  
Tanquerel, Thierry (éd.)

**Les contrats de prestations**

Tanquerel, Thierry /  
Bellanger, François (éd.) 2002

**L'administration transparente**

## Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine / 2005  
Winiger, Bénédicte (éd.)

**Le préjudice**

Une notion en devenir  
(Journée de la responsabilité civile 2004)

Chappuis, Christine / 2007  
Winiger, Bénédicte (éd.)

**Les causes du dommage**

(Journée de la responsabilité civile 2006)

Chappuis, Christine / 2009  
Winiger, Bénédicte (éd.)

**La responsabilité pour l'information  
fournie à titre professionnel**

(Journée de la responsabilité civile 2008)

Chappuis, Christine / 2011  
Winiger, Bénédicte (éd.)

**La preuve en droit de la responsabilité  
civile**

(Journée de la responsabilité civile 2010)

*Etier, Guillaume* 2006

**Du risque à la faute**

Evolution de la responsabilité civile  
pour le risque du droit romain au droit  
commun

*Winiger, Bénédicte (éd.)* 2008

**La responsabilité civile européenne  
de demain**

Projets de révision nationaux et  
principes européens


**Europäisches Haftungsrecht morgen**

Nationale Revisionsentwürfe und  
europäische Haftungsprinzipien  
(Colloque international à l'Université  
de Genève)

*Winiger, Bénédicte* 2009

**La responsabilité aquilienne  
au 19<sup>ème</sup> siècle**

Damnum iniuria et culpa datum



En prévision de l'entrée en vigueur du Code de procédure civile, la Faculté de droit de l'Université de Genève a organisé une Journée d'étude exceptionnelle consacrée à la présentation de cette nouvelle loi par des orateurs faisant autorité. Plusieurs d'entre eux ont été associés à l'élaboration du CPC ou à l'adaptation du droit genevois rendue ainsi nécessaire. Cet ouvrage renferme les textes de leurs interventions, enrichis d'un appareil critique.