

06.062

**Message  
relatif au code de procédure civile suisse  
(CPC)**

du 28 juin 2006

---

Messieurs les Présidents,  
Mesdames et Messieurs,

Nous vous soumettons, par le présent message, le projet de code de procédure civile suisse, en vous proposant de l'adopter.

Par la même occasion, nous vous proposons de classer les interventions parlementaires suivantes:

- |      |   |         |   |
|------|---|---------|---|
| 2000 | P | 00.3270 | Mesures provisionnelles pour la protection du créancier (N 6.10.00, Schwaab)  |
| 2001 | P | 01.3220 | Coordination de la procédure judiciaire en cas de maladie et d'invalidité (N 5.10.01, Commission pour la sécurité sociale et la santé NR) |
| 2004 | M | 02.3035 | Accord partiel (art. 112 CC). Règlement de la procédure (N 21.6.03, Janiak)   |

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

28 juin 2006

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Moritz Leuenberger  
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

---

## Condensé

*Le droit civil matériel – codifié pour l'essentiel dans le CC et le CO – est unifié depuis plus d'un siècle. Il en va de même du droit suisse de l'exécution, s'agissant de prétentions pécuniaires et de sûretés à fournir. En revanche, le droit de procédure civile est resté morcelé. Chaque canton possède en effet son propre code de procédure et sa propre organisation judiciaire. Cette situation – unique en Europe – a de nombreux inconvénients: elle rend plus onéreuse et difficile la mise en œuvre du droit matériel d'une part, et oblige d'autre part les cantons à des efforts d'adaptation chaque fois que le législateur fédéral édicte des prescriptions en matière de procédure civile. Tel est souvent le cas dans le cadre du droit privé social (p. ex. en droit de la famille, du bail, du travail et en matière de protection des consommateurs). Le droit fédéral de la concurrence, des biens immatériels et le droit privé économique, comprennent également un grand nombre de prescriptions procédurales, que les cantons ont dû transposer dans leur droit et adapter chaque fois en conséquence. La nécessité de codifier le droit de la procédure civile – comme la procédure pénale – au niveau fédéral est donc aujourd'hui généralement admise. Le peuple et les cantons ont accepté en 2000 une modification de la Constitution conférant cette compétence à la Confédération.*

*La justice suisse jouit certes d'une bonne réputation. Il n'empêche que chaque procès soulève les mêmes problèmes de fond: les moyens et les efforts consentis (longueur et coûts de la procédure) et le résultat (produit de l'exécution) sont souvent sans commune mesure entre eux. Un droit de procédure unifié devrait contribuer à améliorer la situation, bien que cela ne soit pas le seul facteur dont dépend l'efficacité d'une procédure. L'organisation de la justice et la mise à sa disposition des moyens financiers nécessaires sont également déterminantes. Il n'est également pas rare que le droit ne puisse être appliqué en raison de l'insolvabilité de la partie succombante. L'unification de la procédure ne permet certes pas de résoudre ce genre de problèmes mais sa nécessité n'en demeure pas moins évidente: elle contribuera à la transparence et à la prévisibilité des règles, rendra possible l'élaboration d'une jurisprudence unifiée et favorisera l'évolution du droit.*

*Le code de procédure civile suisse est destiné à remplacer les 26 réglementations cantonales. Il règle la procédure devant les tribunaux cantonaux et l'arbitrage interne. La procédure en matière civile devant le Tribunal fédéral est réglée par la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, complétée par la loi fédérale de procédure civile fédérale.*

*Le projet repose sur les principes suivants:*

- *Il s'inspire le plus souvent de règles bien établies du droit de procédure cantonal, d'autant plus qu'elles ont trouvé leur expression théorique dans des ouvrages de doctrine faisant référence. La transcription de la tradition cantonale est également reconnaissable d'un point de vue formel, tant par la structure et la systématique que par la rédaction et la terminologie du projet.*

- 
- *Les questions controversées du droit de procédure sont résolues dans le projet selon un compromis résultant de la pesée des intérêts qui s'opposent dans tout procès: ceux du demandeur, lequel aspire à une protection de son droit qui soit rapide, économique et durable et ceux du défendeur, qui revendique un large éventail des moyens de défense. La partie succombante veut des voies de recours efficaces, la partie qui a eu gain de cause réclame au contraire une exécution immédiate. Entre les deux, l'Etat et ses tribunaux chargés d'une part de rechercher la vérité matérielle et d'autre part de veiller au déroulement efficace du procès, restent dotés de moyens financiers limités et demandent à être déchargés. Dans ce conflit d'intérêts, le projet propose des compromis pragmatiques (p. ex. une réglementation équilibrée des faits et moyens de preuve nouveaux ou une procédure particulièrement rapide dans des cas clairs, ou encore la possibilité d'exécution malgré l'introduction d'un recours).*
  - *L'organisation des tribunaux – et la réglementation de la compétence matérielle qui s'y rattache – reste de la compétence des cantons. Le CPC se limitera donc à réglementer la procédure. Les cantons demeureront également compétents en matière de tarifs (frais de justice, honoraires d'avocats). Par contre, la répartition des frais et l'assistance judiciaire sont réglées dans le projet.*
  - *Le droit unifié ne devrait pas entraîner de dépenses supplémentaires pour les cantons. Ils n'auront pas, en particulier, à instituer de nouveaux tribunaux. Ils restent libres d'établir des juridictions spécialisées – comme p. ex. des tribunaux de commerce, des baux ou des prud'hommes.*
  - *Une place importante est réservée au règlement préalable ou extrajudiciaire des litiges. Aussi, les parties doivent-elles procéder à une tentative de conciliation ou se soumettre à une médiation avant de saisir le tribunal compétent. Le passage, en principe obligé, par cette étape devrait contribuer à décharger les tribunaux, d'une part, et à faciliter l'accès à la justice pour les parties (abaissement du seuil) d'autre part. Les cantons concernés pourront continuer de confier les tâches de conciliation au juge de paix, proche du citoyen. Les autorités de conciliation se verront de plus attribuer des compétences accrues (en particulier une compétence décisionnelle dans les litiges dont la valeur est peu élevée).*
  - *Les différentes procédures prévues dans le projet permettront une application souple du droit de procédure, adaptée aux besoins de la pratique. A ce titre, la procédure ordinaire correspond au schéma classique d'un procès civil: elle est dominée par la maxime des débats et l'activité du tribunal y est limitée pour l'essentiel à la conduite formelle de la procédure. Le projet propose en outre une procédure simplifiée pour les petits litiges et pour les causes relevant du droit civil social. Cette procédure se distingue par un formalisme simplifié, par son caractère oral et par un rôle plus actif du juge.*
-

- 
- *Bien qu'imprégné par la tradition cantonale, le projet n'en demeure pas moins ouvert aux innovations. Il suit ainsi, avec l'introduction de la médiation, un mouvement important, aussi bien en droit anglo-saxon qu'en droit continental. Les titres authentiques exécutoires faciliteront en outre la reconnaissance et l'application à l'étranger de titres établis en Suisse; dans notre pays, elle devrait contribuer encore davantage à la décharge des tribunaux.*
  - *Le projet écarte en revanche des institutions qui ne sont pas compatibles avec notre système juridique. C'est le cas de l'action de groupe (class action) du droit américain, qui suscite davantage de problèmes qu'elle n'en résout, tant sous l'aspect du droit de procédure que sous celui du droit de fond. La volonté de protéger des intérêts collectifs a été cependant prise en considération – par la notion de consorité ainsi que par l'action des organisations.*
  - *Enfin, la nouvelle réglementation de l'arbitrage interne vise avant tout à renforcer la place arbitrale suisse.*

*Le droit de la procédure civile est en pleine mutation – grâce à l'élan novateur que lui donnent la doctrine et la jurisprudence. C'est pourquoi le projet prévoit que les cantons seront habilités à mener des projets pilotes, en particulier dans le but d'expérimenter des formes nouvelles de procédure. La pratique cantonale continuera ainsi d'apporter une contribution essentielle à l'évolution du droit de procédure.*

## Table des matières

<b>Condensé</b>	<b>6842</b>
<b>1 Contexte</b>	<b>6848</b>
1.1 Motifs de l'unification de la procédure civile	6848
1.2 Objectifs de l'unification de la procédure civile	6850
1.3 Le chemin vers la réforme judiciaire de 1999	6853
<b>2 Avant-projet de 2003</b>	<b>6854</b>
2.1 Commission d'experts	6854
2.2 Lignes directrices de l'avant-projet	6855
2.3 Procédure de consultation	6856
2.4 Adaptation de l'avant-projet	6858
<b>3 Projet du Conseil fédéral</b>	<b>6858</b>
3.1 Aperçu de la systématique	6858
3.2 Points essentiels du projet	6859
3.2.1 Les objectifs de base	6859
3.2.2 Profil de la nouvelle procédure civile	6863
3.3 Coordination avec les autres lois de procédure fédérales	6864
3.4 Classement d'interventions parlementaires	6864
3.4.1 2000 P 00.3270. Mesures provisionnelles visant à protéger les créanciers (N 6.10.00, Schwaab)	6864
3.4.2 2004 M 02.3035 Accord partiel (art. 112 CC). Procédure (N 21.6.03, Janiak)	6865
3.4.3 2001 P 01.3220 Coordination des procédures judiciaires dans les cas de maladie et d'invalidité (N 5.10.01, Commission de la sécurité sociale et de la santé publique CN)	6865
<b>4 Droit comparé et rapport avec le droit européen</b>	<b>6866</b>
4.1 Généralités	6866
4.2 Buts communs	6868
4.3 Règlement extrajudiciaire des litiges et médiation	6870
4.4 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	6873
<b>5 Commentaire des articles</b>	<b>6874</b>
5.1 Objet et champ d'application du code de procédure civile	6874
5.2 Compétence des tribunaux et récusation	6875
5.2.1 Compétence à raison de la matière et de la fonction	6875
5.2.2 Compétence à raison du lieu	6878
5.2.3 Récusation	6887
5.3 Principes de procédure et conditions de recevabilité	6888
5.3.1 Principes de procédure	6888
5.3.2 Conditions de recevabilité	6890
5.4 Litispendance et désistement d'action	6891
5.5 Les parties et la participation de tiers	6893
5.5.1 Capacité d'être partie et d'ester en justice	6893

5.5.2 Représentation des parties	6893
5.5.3 Consorité	6894
5.5.4 Intervention	6895
5.5.5 Dénonciation d'instance et appel en cause	6896
5.5.6 Substitution de parties	6899
5.6 Actions	6899
5.7 Valeur litigieuse	6903
5.8 Frais et assistance judiciaire	6904
5.8.1 Frais	6904
5.8.2 Répartition et liquidation des frais	6907
5.8.3 Dispositions spéciales régissant les frais	6911
5.8.4 Assistance judiciaire	6912
5.9 Conduite du procès, actes de procédure et délais	6915
5.9.1 Conduite du procès	6915
5.9.2 Forme des actes de procédure	6916
5.9.3 Délais, défaut et restitution	6918
5.10 Preuve	6921
5.10.1 Dispositions générales	6921
5.10.2 Obligation de collaborer et droit de refuser de collaborer	6925
5.10.3 Moyens de preuve	6929
5.11 Entraide judiciaire entre tribunaux suisses	6935
5.12 Ouverture et déroulement du procès civil (résumé)	6935
5.13 Tentative de conciliation	6936
5.14 Médiation	6943
5.15 La procédure ordinaire	6946
5.16 La procédure simplifiée	6953
5.17 La procédure sommaire	6956
5.18 Procédures sommaires spéciales	6959
5.19 Mesures provisionnelles	6961
5.20 Procédures spéciales en droit matrimonial	6965
5.20.1 Procédure sommaire	6965
5.20.2 Procédure de divorce	6966
5.21 Procédure applicable aux enfants dans les affaires du droit de la famille	6973
5.22 Procédure en matière de partenariat enregistré	6975
5.23 Recours	6976
5.23.1 L'appel	6977
5.23.2 Recours limité au droit	6983
5.23.3 Révision	6986
5.23.4 Interprétation et rectification	6988
5.24 Exécution	6989
5.24.1 Exécution des décisions	6989
5.24.2 Exécution de titres authentiques	6993
5.25 Arbitrage interne	6998
5.25.1 Remarques préliminaires	6998

5.25.2 Dispositions générales	7000
5.25.3 Convention d'arbitrage	7001
5.25.4 Constitution du tribunal arbitral	7002
5.25.5 Récusation, révocation et remplacement des arbitres	7004
5.25.6 Déroulement de la procédure arbitrale	7005
5.25.7 Sentence	7008
5.25.8 Recours contre la sentence	7010
5.26 Dispositions finales	7012
5.26.1 Exécution	7012
5.26.2 Dispositions transitoires	7013
5.27 Abrogation et modification du droit en vigueur	7013
<b>6 Conséquences</b>	<b>7016</b>
6.1 Conséquences pour la Confédération	7016
6.2 Conséquences pour les cantons	7016
6.3 Conséquences économiques	7017
<b>7 Liens avec le programme de la législature</b>	<b>7017</b>
<b>8 Aspects juridiques</b>	<b>7017</b>
8.1 Constitutionnalité	7017
8.2 Délégation de compétences législatives	7017
<b>Code de procédure civile suisse (Projet)</b>	<b>7019</b>

# Message

## 1 Contexte

### 1.1 Motifs de l'unification de la procédure civile

#### Morcellement du droit de procédure civile

La Suisse est le dernier pays d'Europe à ne pas avoir encore unifié la procédure civile. Chaque canton a ses propres règles. 26 procédures, soit environ 10 000 dispositions légales cantonales, s'appliquent sur un territoire des plus restreints. Le droit de procédure est ainsi littéralement éclaté (*morcellement horizontal*). Ce particularisme sépare des régions qui ont des liens économiques, linguistiques et culturels et entrave l'application efficace et uniforme du droit de fond.

#### Application du droit difficile

Les différences entre les codes de procédure, sur le plan des principes et des détails techniques, loin d'être négligeables, exercent une influence sur le sort des affaires: Comment se répartissent les rôles entre les parties et le tribunal? Le tribunal doit-il, à la manière d'un sphinx, s'en tenir aux allégations des parties – selon l'adage *Da mihi facta, dabo tibi ius*? Doit-il, au contraire, satisfaire au «devoir d'interpeller les parties»? Le code de procédure prévoit-il un préliminaire de conciliation devant le juge de paix? Le juge de paix a-t-il une compétence décisionnelle ou doit-il se borner à tenter une conciliation? Le préliminaire de conciliation est-il obligatoire ou facultatif en ce sens que le tribunal compétent peut être saisi directement d'une demande écrite? En combien d'exemplaires les écritures doivent-elles être déposées? La demande doit-elle faire l'objet d'une motivation écrite? Une demande faite oralement (et enregistrée au procès-verbal) ou transmise par voie électronique est-elle recevable? L'avance de l'ensemble des frais judiciaires probables est-elle requise ou l'acquittement d'une modeste taxe d'enregistrement suffit-il? Quelles sont les conséquences de l'omission des délais? Quand et combien de fois peuvent-ils être prolongés? Quand et comment les preuves doivent-elles être proposées? Sont-elles administrées par le tribunal – conformément au principe d'immédiateté –, par une délégation du tribunal ou par un juge instructeur? Jusqu'à quel stade du procès les faits ou les moyens nouveaux de preuves peuvent-ils être introduits? Les parties doivent-elles comparaître en personne aux audiences ou peuvent-elles s'y faire représenter? Quelles personnes sont-elles autorisées à assister ou à représenter une partie? Y a-t-il des fêtes judiciaires? Le jugement de première instance est-il susceptible de recours, devant quelle autorité, dans quel délai et en quelle forme? Quel est le pouvoir d'examen de l'autorité de recours? Le recours a-t-il effet suspensif? Cet effet peut-il être retiré? L'octroi de l'assistance judiciaire s'étend-il à l'instance de recours ou doit-il être sollicité à nouveau? Une procédure simplifiée permet-elle de régler les cas clairs et d'obtenir une exécution plus rapide? Quels sont les moyens à disposition des tribunaux qui permettent de simplifier la gestion des cas complexes et d'en accélérer l'issue? Quelles sont les possibilités de régler les conflits à l'amiable?

Le fait que les *bases dogmatiques* de la procédure civile soient les mêmes pour les 26 codes cantonaux n'est que d'un moindre secours. Les *situations pratiques* suscitent des questions auxquelles les codes peuvent donner des réponses tout à fait

différentes. A cela s'ajoute la variété des usages locaux que seuls les habitués maîtrisent bien. La conduite d'un procès hors du canton s'avère de la sorte une entreprise difficile, laborieuse et périlleuse.

### **Libre circulation des avocats entravée**

Le morcellement du droit désavantage non seulement les justiciables mais également les avocats. C'est une entrave de fait à la *libre circulation* de ceux-ci dans les relations tant internes qu'internationales. Les justiciables s'en trouvent indirectement lésés, considérablement limités qu'ils sont de ce fait dans le *libre choix* de leur mandataire. L'avocat de confiance n'assiste pas son mandant hors canton; il préfère s'assurer les services d'un praticien du for, évitant ainsi les inconvénients d'une procédure dans un autre canton.

### **Vue d'ensemble du droit réduite**

Au morcellement horizontal s'ajoute un *morcellement vertical* du droit. Un socle de règles fédérales de procédure civile s'est constitué avant l'adoption récente de la compétence législative fédérale. Il est formé du *droit non écrit*, résultant de la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>1</sup> et de multiples dispositions disséminées dans la législation fédérale<sup>2</sup>. Ces dernières reposent sur le principe constitutionnel non écrit reconnu de longue date que la Confédération a la compétence exceptionnelle d'édicter les règles de procédure civile indispensables à la réalisation du droit civil matériel<sup>3</sup>.

La Confédération a usé de plus en plus de sa compétence exceptionnelle et réduit d'autant le champ du droit cantonal. Ainsi, la procédure a-t-elle pu être unifiée ponctuellement au niveau horizontal, mais au prix d'un morcellement vertical croissant. Il y a dès lors lieu d'examiner constamment en pratique si une règle appartient au droit fédéral ou au droit cantonal – ce qui importe notamment s'agissant des recours au Tribunal fédéral. Le dualisme du droit fédéral et du droit cantonal est accentué par l'accroissement du droit international qui forme un troisième niveau.

### **Obligation des cantons de s'adapter en permanence**

L'intense activité du législateur fédéral et l'évolution rapide du droit international exigent une adaptation en conséquence des codes, travail improductif et très coûteux qui contraint les cantons à recourir fréquemment à des ordonnances d'urgence. Les dispositions cantonales d'application du droit fédéral ou international sont souvent différentes de sorte que le morcellement vertical renforce encore le morcellement horizontal.

### **Nécessité incontestée d'unifier la procédure civile en Suisse**

Le fait que la procédure civile touche l'ensemble des domaines de la vie privée engendre un besoin correspondant de clarté, de fonctionnalité et de prévisibilité. Les règles applicables à une affaire dépendent souvent de nos jours du hasard. En Suisse, le for détermine non seulement la compétence mais dans une large mesure aussi la

1 Exemples de cette procédure civile fédérale non écrite: force matérielle de la chose jugée (Arrêt du TF 4C.314/2004), action en constatation de droit (ATF 110 II 354 ss), l'exception de litispendance (ATF 114 II 183 ss).

2 Il s'agit avant tout des dispositions concernant la «procédure civile sociale»: procédure simplifiée, maxime inquisitoire, etc.

3 Voir l'avis de droit de Kurt Eichenberger, RDS 1969 II 467 ss.

procédure. La détermination de la procédure applicable tend à devenir une loterie lorsque plusieurs fors sont donnés. Une personne domiciliée en Suisse romande peut ainsi être assignée et jugée par un tribunal aux confins de la Suisse alémanique, selon la procédure du lieu – et vice versa. A la difficulté de la langue s’ajoute celle de la procédure, deux obstacles majeurs à la mise en œuvre du droit.

Les besoins de sécurité, de praticabilité, d’efficacité, de transparence du droit et la raison démocratique enfin ont conduit à l’établissement d’un large consensus sur la nécessité de promouvoir énergiquement l’unification de la procédure. Le 12 mars 2000, le peuple et les cantons ont accepté à une large majorité la base constitutionnelle à cet effet<sup>4</sup>. L’art. 122 de la nouvelle Constitution fédérale du 8 octobre 1999 confère à la Confédération la compétence de légiférer en matière de procédure civile.

## 1.2 Objectifs de l’unification de la procédure civile

### Création d’un droit uniforme et de procédures aussi efficaces que possible

Si l’unification de la procédure civile n’est plus contestée dans son *principe*, reste à déterminer la *manière*. C’est le problème des moyens permettant d’instituer des procédures aussi efficaces que possible.

Il est évident que l’unification elle-même peut être un facteur décisif d’efficacité: l’accès simplifié à la justice facilite la réalisation du droit au quotidien. L’*utilité pratique* d’une procédure civile unique pour toute la Suisse n’est donc pas contestée. Un droit uniforme n’est toutefois pas garant en lui-même d’efficacité. S’il en était ainsi, nos voisins européens ne seraient plus en peine de procédures efficaces.

### Le droit d’obtenir justice

La réalisation de ce postulat est la mission de toute procédure. Le niveau d’un Etat de droit dépend de la qualité de son institution judiciaire. La procédure, discipline auxiliaire, a pour mission de mettre en œuvre la réalisation du droit matériel. Pour évident que cela puisse paraître, la réalité est autre – et cela ne date pas d’hier. Les problèmes centraux de la procédure suscitent des critiques désabusées. On déplore son *coût*, sa *lenteur* croissante, la *surcharge* des tribunaux et la *perte de qualité* des jugements qui en résulte, ainsi que le *formalisme* proverbial, en bref, la disproportion frappante entre l’investissement que requiert la conduite d’une procédure et son résultat. La procédure manque donc d’efficacité, elle constituerait même un *obstacle à la réalisation du droit matériel*.

Bien que fréquentes, ces critiques ne sont pas toutes ni toujours justifiées. Les cas extrêmes relatés par les médias ne changent rien à cette analyse, faute d’être représentatifs de la pratique judiciaire en Suisse. Malgré leur surcharge croissante, nos tribunaux fonctionnent généralement bien en comparaison spécialement de nos voisins européens. L’expression de sentiments désabusés *exprimés à l’encontre de la justice* ne vise pas uniquement la procédure civile. La procédure pénale et la justice administrative sont également concernées.

La critique contraste de manière surprenante avec la demande croissante et généralisée de justice. Les compétences des tribunaux sont de plus en plus étendues. La

<sup>4</sup> Fait notable, tous les cantons ont exprimé leur accord, voir FF 2000 2814.

justice, omniprésente, touche le marché et l'économie aussi bien que la vie privée et familiale; les tribunaux veillent sur la paix familiale, mettent fin au mariage et aux concubinages, examinent les responsabilités après des accidents ou l'échec de stratégies commerciales, traitent de la responsabilité pour des défauts de construction, veillent sur le marché libre, définissent l'œuvre d'art digne de protection, partagent des successions, examinent des fusions, déterminent les chances d'assainissement d'une entreprise, en bref, protègent l'ensemble de tous les intérêts patrimoniaux et idéaux imaginables. Ils sont de plus en plus confrontés à des états de fait et à des questions de droit complexes nécessitant beaucoup de temps, de moyens et souvent un savoir hautement spécialisé. Leur capacité atteint, comme celle en général de l'Etat, ses *limites*, ce que le justiciable n'ignore pas.

Il n'est donc pas surprenant que le débat relatif *au rôle et à l'efficacité* de la justice s'intensifie en Suisse comme à l'étranger. Il s'agit d'un thème auquel n'échappe aucun Etat de droit. L'Union européenne, le Conseil de l'Europe et les Etats voisins s'emploient depuis des années à la réforme de la justice (voir ch. 4)<sup>5</sup>. On prend conscience chaque jour davantage que *la justice* est un bien précieux à n'utiliser qu'avec ménagement.

### **Qu'est-ce qu'une procédure efficace**

La notion d'*efficacité* dépend du critère adopté. S'agit-il de l'*organisation* des tribunaux? De la *répartition* du travail à l'intérieur d'un tribunal, entre tribunaux de même niveau ou entre instances? Est-ce le facteur *temps* et la rapidité? Le facteur *argent*, le coût de la procédure? Le facteur *justice* et *qualité* de la procédure, soit la recherche du vrai et de la conformité au droit? S'agit-il de l'*Etat de droit* et du contrôle de l'activité judiciaire par les voies de recours? De la *protection des justiciables* qui implique un accès simple et direct aux tribunaux? Ou, encore et enfin, de la *limitation à l'essentiel* visant à décharger les tribunaux des tâches étrangères à leurs attributions?

### **Les conflits d'objectifs nécessitent des pesées d'intérêts et des compromis**

Les critères énumérés ci-dessus sont à l'origine de conflits. La *limitation à l'essentiel met en péril la protection des justiciables*; elle ne peut en effet être atteinte que par des restrictions d'accès, telles que l'introduction de valeurs litigieuses pour les instances de recours. Les discussions suscitées par la valeur litigieuse selon la nouvelle *loi sur le Tribunal fédéral* sont significatives.

L'accent mis sur la rapidité de la *procédure* se heurte au reproche de vouloir instituer une «justice de liquidation et au rabais», émanant souvent de personnes insatisfaites des solutions matérielles apportées aux litiges. La priorité accordée à la protection des *justiciables* suscite la crainte des tribunaux, liée à la charge qui en résulte et aux conséquences financières qui s'en suivent. Les procédures *avantageuses* en raison de la modération du tarif ou de la gratuité prêtent le flanc aux mêmes critiques; elles ont la réputation de provoquer la quérulence même s'il n'y a pas de données statistiques le confirmant. Le *développement des voies de recours* ou l'*ouverture généreuse aux faits nouveaux* – tous instruments importants pour la recherche du vrai et du juste – sont suspectés d'induire des manœuvres dilatoires ou des actes de procédure négligés.

<sup>5</sup> Thomas Sutter-Somm, Rechtspolitische Grundsatzfragen des Zivilprozessrechts, ZZZ 2005 cahier 5, p. 3 ss.

Ces arguments sont sujets à discussion. Ils comportent chacun une part de préjugé et de vérité. Leur ambivalence démontre que l'unification de la procédure nécessite des *jugements de valeur* difficiles. Le droit de la procédure n'est pas neutre, contrairement à l'opinion commune. L'élaboration d'une procédure civile unifiée ne saurait consister à extraire soigneusement des éléments des innombrables dispositions cantonales et à en dresser une fresque agréable à l'œil. L'*efficacité de la procédure* s'avère en définitive un cliché de peu d'utilité.

Un des *conflits d'intérêts principaux* est sans doute celui qui oppose les *intérêts des tribunaux* et ceux des *parties*. Celles-ci réclament des prestations rapides et de qualité (protection des justiciables), ceux-là aspirent à être déchargés en raison des ressources limitées à leur disposition. Les attentes des *parties qui s'affrontent* divergent aussi. La partie demanderesse réclame la simplicité et la rapidité, la partie défenderesse, toute latitude de se défendre. Ces conflits ne peuvent être résolus ni par l'unification ni par l'efficacité du droit. Ils doivent toutefois être mis en évidence et pris en considération, ne pouvant trouver leur solution que dans de pragmatiques compromis.

### **La tradition cantonale- une aubaine et une astreinte**

Malgré sa diversité, le droit suisse de procédure se distingue par son *excellente qualité*. Le débat relatif à l'efficacité ne tempère pas ce jugement. Notre droit de procédure est de plus *exposé et commentés* scientifiquement dans des ouvrages de référence. Ces travaux ne se sont pas arrêtés aux frontières cantonales. Ils ont au contraire contribué de manière déterminante à l'*échange* des conceptions *et au rapprochement* des règles cantonales. Sans cet apport, la consolidation du droit de procédure, la codification et son tempo seraient plus difficiles aujourd'hui.

Les cantons sont ainsi prêts à recevoir la nouvelle mouture. Le législateur fédéral bénéficie d'un véritable fonds de modèles cantonaux, d'instruments et d'expériences. Introduire dans ces conditions un nouveau droit de procédure artificiel ne tenant pas compte de cette riche tradition serait un gaspillage. Le matériau cantonal doit impérativement servir de *fondement* au nouveau code pour donner au nouvel édifice la sécurité et la stabilité nécessaire et épargner aux cantons et à la pratique un choc de culture procédurale inutile.

### **Le nouveau CPC – respectueux de la tradition mais innovateur et orienté vers l'avenir**

La déférence à l'endroit de la tradition cantonale n'est pas l'expression d'un conservatisme non critique. Le nouveau droit prend en considération les développements récents du droit interne et international (voir ci-dessous ch. 2.2 et ch. 4). Il n'est toutefois pas nécessaire de changer radicalement de système. S'agissant des institutions inconnues dans notre pays, une certaine retenue s'impose. C'est le cas notamment de la demande dite collective du droit anglo-saxon, dont l'utilité pratique est des plus contestée (voir ci-dessous commentaire des art. 69 et 87).

Place est faite en revanche aux *innovations* souhaitables, comme la création d'un lien renforcé entre la procédure et les méthodes de règlement extrajudiciaire des litiges (*conciliation* et *médiation*). La porte est ouverte aussi à de nouvelles institutions (voir p. ex. *titre authentique exécutoire* comme forme de procédure accélérée).

Compatibles avec notre système et nos conceptions, elles correspondent à un besoin et peuvent décharger tant les tribunaux que les parties.

### 1.3 Le chemin vers la réforme judiciaire de 1999

#### Unification de la procédure – un thème historique en Suisse

Le postulat d'un code de procédure unifiée pour toute la Suisse est encore plus ancien que la Confédération elle-même, mais le chemin jusqu'au consensus d'aujourd'hui a été long et difficile. Une première tentative – restée toutefois sans suite – remonte à la *République helvétique* (1798–1803). De même, après la *constitution de 1848*, le droit civil et la procédure civile sont restés l'apanage des cantons. En 1868 cependant, l'aspiration à un droit suisse unifié s'est manifestée à nouveau – le slogan «un droit et une armée» était de mise<sup>6</sup>.

La *révision constitutionnelle de 1872* attribuant à la Confédération la compétence législative en matière de droit civil et de procédure civile fut sèchement refusée par le peuple et les cantons. La *révision de la constitution de 1874* a doté l'Etat fédéral de compétences partielles dans le domaine du droit civil et elle a créé en ce qui concerne la procédure la base de l'unification du *droit de la poursuite pour dettes et de la faillite*. La LP (RS 281.1) est ainsi entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1892. Bravant les années – c'est le code fédéral le plus ancien de la Suisse – c'est une pièce maîtresse de la pratique quotidienne. Les objectifs précis qu'elle assigne à la procédure civile cantonale (voir art. 25 LP) en font la «première pierre» de l'unification de la procédure.

Il fallut attendre la *révision constitutionnelle de 1898* pour que soit attribuée à l'Etat fédéral la compétence de légiférer dans l'ensemble du droit civil. La procédure civile est restée toutefois cantonale – conformément à la formule devenue entre-temps historique: «L'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure que par le passé» (art. 64, al. 3, aCst. respectivement art. 122 Cst. du 18 avril 1999).

Cette répartition constitutionnelle des compétences a créé une situation unique en Europe: le droit civil et l'exécution forcée (exécution individuelle des créances d'argent et exécution collective) sont réglées au niveau fédéral tandis que la procédure et l'organisation judiciaire sont restées cantonales. Cette situation perdure depuis plus de cent ans.

#### La grande réforme de la justice de 1999 ouvre la voie

La clarté du verdict constitutionnel n'a pas mis un terme au débat relatif à l'unification de la procédure<sup>7</sup>. Mais les efforts déterminants dans ce sens remontent aux années 80 et au début des années 90 seulement. La *loi fédérale sur le droit international privé* est entrée en vigueur en 1989 (LDIP; RS 291), la *convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions judiciaires en matières civile et commerciale* (CL; RS 0.275.11), en 1992. L'évolution rapide de

<sup>6</sup> Thomas Sutter, *Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht*, Zurich 1998, p. 4.

<sup>7</sup> Voir Thomas Sutter, *op.cit.* p. 55 ss.

la procédure civile internationale a renforcé la conviction que le morcellement du droit représentait un inconvénient majeur pour les Suisses.

Le législateur a saisi l'occasion de l'élaboration de la nouvelle *Constitution fédérale* du 18 avril 1999 pour procéder à une nouvelle répartition des compétences en matière de procédure. L'Etat fédéral a reçu la compétence d'unifier les règles de compétence à raison du lieu (art. 30, al. 2, Cst.). La loi sur les fors (LFors; RS 272)<sup>8</sup> est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2001; produit apparemment modeste de la convention de Lugano, elle est considérée aujourd'hui comme le chapitre inaugural de la procédure civile suisse unifiée.

Enfin, la *réforme de la justice du 8 octobre 1999* a définitivement délégué à la Confédération la législation en matière de procédure civile (art. 122, al. 1, Cst.) et mis un terme à une discussion séculaire, souvent passionnée. Aux côtés de la nouvelle organisation judiciaire fédérale<sup>9</sup>, qui concerne la procédure devant le Tribunal fédéral, et de la *procédure pénale*<sup>10</sup>, la procédure civile unifiée sera le troisième pilier de la nouvelle constitution judiciaire suisse.

## **2 Avant-projet de 2003**

### **2.1 Commission d'experts**

En avril 1999, le conseiller fédéral Arnold Koller a donné à une commission d'experts formée de représentants des tribunaux des cantons, du Tribunal fédéral, du barreau, des milieux académiques et de l'administration le mandat d'élaborer un avant-projet de procédure civile suisse.

Cette commission était composée de: Thomas Sutter-Somm, professeur et docteur en droit (président), Bâle; Christine Baltzer-Bader, docteur en droit, présidente du Tribunal cantonal, Bâle-Campagne; Jürgen Brönnimann, professeur et docteur en droit, avocat, Bern; Bruno Cocchi, avocat, juge cantonal, Lugano; Dominik Gasser, avocat, Office fédéral de la justice, Berne; Jacques Haldy, professeur et docteur en droit, avocat, Lausanne; Franz Hasenböhler, professeur et docteur en droit, Bâle; Dominique Henchoz, avocate, Genève; Fabienne Hohl, professeur et docteur en droit, juge fédéral, Lausanne; Sabine Kofmel Ehrenzeller, docteur en droit, St-Gall; Christoph Leuenberger, professeur et docteur en droit, président du Tribunal du commerce de St-Gall; Niccolò Raselli, juge fédéral, Lausanne; Viktor Rüegg, avocat, Lucerne; Henri-Robert Schüpbach, professeur et docteur en droit, Neuchâtel; Vital Schwander, docteur en droit, président du Tribunal cantonal, Schwyz; Karl Spühler, professeur et docteur en droit, ancien juge fédéral, Zürich.

<sup>8</sup> Message du Conseil fédéral du 18 novembre 1998 concernant la loi fédérale sur les fors en matière civile, FF **1999** 2591 ss.

<sup>9</sup> Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF **2000** 4000 ss.

<sup>10</sup> Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF **2006** 1057 ss.

La commission d'experts a constitué des *sous-commissions* pour certains domaines complexes: l'arbitrage<sup>11</sup>, l'exécution<sup>12</sup> et la propriété intellectuelle<sup>13</sup>. Elle a en outre constitué et chargé un *groupe de rédaction*<sup>14</sup> d'établir, sur la base de ses travaux, un texte d'avant-projet à son intention.

Le texte d'avant-projet ainsi établi a été adopté, à une abstention et un vote négatif près, en votation finale de la commission d'experts, le 1<sup>er</sup> février 2002, pour être remis – après une révision rédactionnelle au sein de l'administration – au Département fédéral de justice et police, en octobre 2002<sup>15</sup>.

## 2.2 Lignes directrices de l'avant-projet

L'avant-projet est basé sur les lignes directrices suivantes<sup>16</sup>:

### Unification par codification

L'unification de la procédure doit être réalisée par une *codification* fédérale – une simple *loi-cadre* serait insatisfaisante également d'un point de vue pratique. Le principe de la codification exige également de régler l'arbitrage interne dans le CPC.

### Respect de la tradition cantonale

Le futur code doit reprendre *l'acquis commun cantonal* sans suivre pour autant l'exemple d'un CPC cantonal déterminé. La codification doit résulter de *la méthode comparative* appliquée aux codes cantonaux, au droit judiciaire fédéral et au droit international.

### Se limiter à l'essentiel et tenir compte des besoins de la pratique

La tradition cantonale consiste à se limiter à l'essentiel, sans obsession d'exhaustivité. Il faut renoncer à régler le moindre détail et éviter les longueurs inutiles. La procédure doit répondre aux besoins de la pratique et servir la réalisation du droit. En présence de variantes, la plus simple doit être préférée. La terminologie doit être

<sup>11</sup> Membres: professeur Thomas Sutter-Somm, (président), professeur Jürgen Brönnimann, maître Bruno Cocchi, maître Dominique Henchoz, Alexander Markus, Office fédéral de la justice. A qui il faut ajouter comme experts externes: Franz Kellerhals, professeur et docteur en droit, Berne, Jean-Francois Poudret, professeur et docteur en droit, Lausanne, Gerhard Walter, professeur, docteur en droit, Bern, Daniel Wehrli, docteur en droit, Zurich.

<sup>12</sup> Membres: maître Dominik Gasser (président), Christine Baltzer-Bader, Sabine Kofmel Ehrenzeller, professeur Henri-Robert Schüpbach, professeur Karl Spühler. A qui il faut ajouter comme experts externes: Edgar Wettstein, docteur en droit, président du Tribunal d'arrondissement de Zurich, Peter Ruf, professeur et docteur en droit, Langenthal, Jürg Schmid, inspecteur des offices notariaux, Zurich.

<sup>13</sup> Membres: Eugen Marbach, professeur, docteur en droit, Berne, Lucas David, docteur en droit, Zurich.

<sup>14</sup> Membres: professeur Thomas Sutter-Somm, maître Dominik Gasser, professeur Franz Hasenböhler, professeur Christoph Leuenberger, professeur Henri-Robert Schüpbach, professeur Karl Spühler.

<sup>15</sup> L'avant-projet et le rapport explicatif peuvent être téléchargés de l'Internet: [www.ofj.admin.ch](http://www.ofj.admin.ch)

<sup>16</sup> Rapport explicatif, p. 10 ss. Les propositions concrètes de la commission d'experts seront examinées dans les commentaires par article pour éviter d'une part les répétitions et, d'autre part, pour présenter l'évolution du projet de manière transparente.

accessible, le système, intelligible et doté d'une flexibilité qui permette la gestion efficace et adéquate des cas particuliers. Le droit doit également pouvoir évoluer.

### **Adéquation aux réalités**

Une attention spéciale doit être vouée à la réalité du droit, aux *coûts* de la justice pour la collectivité et le justiciable ainsi qu'à la *surcharge* des tribunaux. L'unification ne doit engendrer ni coûts ni charges supplémentaires des tribunaux (voir ch. 2.3).

### **Procédures «sociales»**

Le droit privé «social» (de la famille, du travail, des baux, des consommateurs en particulier) doit bénéficier d'une protection juridique de proximité, partant de procédures simples et financièrement abordables.

### **Respect de principe du droit cantonal d'organisation judiciaire**

L'unification de la procédure ne s'étend pas à l'organisation judiciaire des cantons dont l'autonomie est maintenue.

L'organisation cantonale n'est touchée que dans la mesure où cela est indispensable à l'unification de la procédure (nombre des instances, formation paritaire d'autorités de conciliation par exemple). La constitution fédérale prévoit expressément ces empiètements (art. 122, al. 2, Cst.).

### **Effort égal d'adaptation pour les cantons**

Chaque canton doit pouvoir se reconnaître dans le CPC. Des compromis doivent être trouvés lorsque les institutions cantonales présentent des différences importantes (existence d'un préliminaire obligatoire de conciliation, champ d'application de la maxime éventuelle, recevabilité des allégations nouvelles, notamment).

### **Coordination du CPC et des autres dispositions de droit fédéral**

La coordination, primordiale, du CPC et du droit fédéral concerne spécialement le *droit civil* (CC, CO, propriété intellectuelle et autres lois spéciales). Le principe de la codification justifie que les règles de procédure se trouvant actuellement dans la législation civile soient transférées. Il sera coordonné aussi aux *lois de procédure* fédérales anciennes ou nouvelles (LP, LTF, CPP). La *loi sur les fors* sera intégrée. Nombre d'autres dispositions fédérales subiront des modifications concurremment à son adoption (voir annexe au projet).

## **2.3 Procédure de consultation**

L'avant-projet a été mis en consultation de juin à décembre 2003. Ont été invités à se prononcer les cantons, les partis politiques, le Tribunal fédéral ainsi qu'un grand nombre d'organisations intéressées<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Les textes originaux des avis exprimés peuvent être téléchargés sur internet: [www.ofj.admin.ch](http://www.ofj.admin.ch).

## Accueil favorable sur le principe

Le besoin d'un droit unifié de procédure civile a été unanimement admis. L'accent a été mis sur l'importance prépondérante d'un droit uniforme pour *l'espace économique* suisse. La grande majorité a jugé l'avant-projet soigné dans sa rédaction, pondéré dans sa substance et mûrement réfléchi. Ses *qualités formelles*, la précision de la langue, la systématique, la concision et le nombre restreint de dispositions ont été largement appréciés. Rares ont été les voix exigeant des dispositions plus détaillées, notamment sur le *déroulement de la procédure* (en particulier de la procédure simplifiée). Au vu de ce résultat, le Conseil fédéral a, en septembre 2004, donné le mandat d'élaborer un message au Département de justice et police.

## Exigence principale des cantons: pas de charges financières supplémentaires!

La crainte de coûts supplémentaires est le fil rouge des observations des cantons. La *neutralité du coût* de l'unification est une exigence vitale pour eux. Ils sont sensibles aussi à la question des frais de justice et au respect de l'organisation judiciaire. Préoccupation légitime puisque ces frais leur incombent lorsqu'ils ne sont pas couverts. La situation diffère trop de canton à canton pour que l'introduction de *tarifs fédéraux* soit possible. La variante de l'avant-projet prévoyant cette possibilité a été rejetée par une large majorité (art. 86, al. 4, AP). La mise à la charge des cantons du *risque de recouvrement* des frais de procédure n'a guère trouvé plus de soutien (art. 101 AP).

La crainte de l'augmentation des coûts a été opposée au *«procès civil social»*. L'extension de la *procédure gratuite* a été refusée majoritairement. L'extension modérée de l'*assistance judiciaire* est également controversée: les cantons saluent l'assistance judiciaire au stade préjudiciaire (qui correspond partiellement à la pratique actuelle), mais s'opposent tous à l'indemnisation au plein tarif. L'introduction d'une motivation écrite obligatoire des décisions a été refusée en raison du coût également.

## Multiplicité des critiques de détail

L'approbation de principe du projet a été accompagnée de critiques de détail constructives nombreuses et variées. L'aspiration à une procédure *aussi simple que possible* est clairement perceptible. Des participants craignent que la *tentative de conciliation* préalable et le rôle prépondérant de *l'écrit* entraînent des complications, en procédure ordinaire du moins. Le souhait qu'une place plus importante soit faite à *l'oralité*, facteur d'accélération et de simplification, a été exprimé. Juges et parties devraient disposer de *possibilités suffisantes* permettant d'adapter la procédure aux besoins des cas particuliers.

La gestion rapide des procès est un objectif non contesté. Un autoritarisme excessif *envers les parties* a suscité des mises en garde, la complexité et la longueur des procédures n'étant pas toujours le résultat de procédés dilatoires. Le devoir de conduire économiquement le procès s'adresse à l'ensemble de ses acteurs, tribunaux compris. La prolongation et la restitution des délais, la recevabilité des faits nouveaux et les délais de recours ne devraient pas relever d'un régime à tout prix rigide.

La composition paritaire de l'autorité de conciliation a été majoritairement jugée trop lourde et trop coûteuse, notamment en matière de conflits de travail. Les tribunaux de prud'hommes spécialisés et paritaires n'existant pas dans tous les cantons. La reprise pure et simple dans le CPC des dispositions civiles sur la *procédure de*

*divorce* a été également critiquée, car ces dispositions ne seraient pas suffisamment claires.

Le *titre authentique exécutoire* est sujet à controverses. L'*arbitrage interne* devrait être aligné davantage sur l'arbitrage international; d'aucuns proposent même un *code unique*, soit l'application des mêmes règles à l'un et l'autre. Un accueil favorable a été réservé au *système de recours* qui ne suit pas le modèle du recours unique de la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral. Le dualisme de l'*appel* et de l'*appel simplifié* a toutefois été considéré comme trop compliqué. Quant au recours cantonal contre les décisions d'un tribunal de commerce, il a trouvé peu de soutien, ses détracteurs l'estimant dévalorisant.

## 2.4 Adaptation de l'avant-projet

Les nombreuses critiques de détail ont été prises en considération lors de l'adaptation de l'avant-projet (voir les commentaires par article). L'Office fédéral de la justice, en charge du travail, a gardé un contact ouvert avec les anciens experts, les tiers intéressés et les organisations, toujours bienvenus pour faire part de leurs remarques. L'adaptation de la procédure de divorce a été l'occasion d'entendre un grand nombre de praticiens<sup>18</sup>. Des entretiens avec les associations des juges de paix, des médiateurs et des avocats ont également été organisés.

La mise au point du projet fut un travail difficile en raison du nombre des propositions<sup>19</sup>. Il fallait préserver la prégnance incontestée et l'adéquation aux besoins de la pratique de l'avant-projet et se garder d'un inutile perfectionnisme.

## 3 Projet du Conseil fédéral

### 3.1 Aperçu de la systématique

Le projet respecte – comme l'avant-projet – la systématique usuelle des procédures civiles cantonales, laquelle a donné satisfaction. Il a fait ses preuves. Le CPC est composé de quatre parties, dont la première et la deuxième sont le cœur.

#### Dispositions générales

L'ample «Partie générale», la moitié du code, comprend les dispositions applicables en principe à tous les types de procédure: *champ d'application*, *compétence à raison du lieu* (incorporation de la LFors) et rôle des acteurs du procès, soit les droits et les devoirs des *tribunaux* et des plaideurs.

<sup>18</sup> Ont été entendus: Daniel Bähler, président de tribunal à Thoun, Annette Dolge, présidente du Tribunal cantonal de Schaffouse, Myriam Grütter, présidente de tribunal à Berne, Barbara Merz, greffière au Tribunal supérieur du canton de Thurgovie, Thomas Sutter-Somm, université de Bâle, Rolf Vetterli, juge cantonal, Saint-Gall, Christine Baltzer, juge cantonale à Bâle-Campagne, Vincenzo Amberg, avocat à Berne.

<sup>19</sup> Le document classant les réponses de la procédure de consultation comprend plus de 900 pages.

On y trouve les *principes de procédure*, les règles générales de forme, la maxime des débats, le principe de disposition (art. 54 et 57), les *conditions de recevabilité*, la *litispendance*, les *sanctions du formalisme* et des *délais* ainsi que les dispositions sur les *frais*.

La *preuve* revêt une importance fondamentale. Le projet, comme l'avant-projet, pose la règle classique du *numerus clausus* des moyens de preuve. Leur définition flexible permettra toutefois d'utiliser toutes les sources significatives d'information et de suivre l'évolution technique.

### **Dispositions spéciales**

La deuxième partie, «Partie spéciale» règle le détail du *déroulement du procès civil*. Elle prévoit *plusieurs types de procédures* en fonction de la nature des affaires et règle, en plus des procédures de première instance, celles de *recours* et d'*exécution*.

La deuxième partie accorde également une place à la résolution extrajudiciaire (préjudiciaire ou en cours de procédure) des litiges (*conciliation, médiation*). Elle en détermine le rôle et le rapport au procès.

### **Arbitrage**

S'écartant de la juridiction étatique, la troisième partie règle l'arbitrage sur la base du concordat en la matière<sup>20</sup>. Il s'agit de l'arbitrage *interne* à la Suisse, à l'exclusion de l'arbitrage international qui relève du droit international privé (voir art. 176 ss LDIP).

### **Dispositions finales**

La quatrième partie contient les dispositions finales usuelles de *droit transitoire*. L'avenir est pris en considération de façon à permettre l'adaptation du droit de procédure à l'incessante évolution de la société, notamment dans le domaine des moyens et des formes de communication électronique et par Internet. Les cantons pourront ainsi – avec l'autorisation de la Confédération – entreprendre des *tests pilote* aux fins d'instituer des formes de procédure plus aisées que les procédures actuelles (art. 399).

## **3.2 Points essentiels du projet**

### **3.2.1 Les objectifs de base**

Le Conseil fédéral se réfère entièrement aux *lignes directrices de la commission d'experts* (voir ch. 2.2), qui ont trouvé une approbation totale lors de la procédure de consultation. Il est particulièrement sensible au souci des cantons lesquels souhaitent que l'unification n'engendre pas de coûts supplémentaires dans l'administration de la justice. Lors de la modification de l'avant-projet qui a suivi la consultation, les suggestions des cantons ont pour l'essentiel été retenues – en préservant toutefois les droits des justiciables à une protection juridique efficace et abordable.

<sup>20</sup> Concordat du 27 mars 1969 sur l'arbitrage (RS 279).

## Ni charges supplémentaires pour les cantons ni réduction de la protection juridique

L'appel à décharger des tribunaux ne peut plus être ignoré aujourd'hui. Ce fut un des objectifs principaux de la réforme de l'organisation judiciaire fédérale. Différentes mesures ont été prises à cet effet: la création du Tribunal pénal fédéral et du Tribunal administratif fédéral, qui constituent les premières instances au niveau fédéral; le renforcement des *autorités et des tribunaux des cantons*, toutes les affaires étant désormais soumises à une «double instance» cantonale avant de pouvoir être portées devant le Tribunal fédéral (art. 75, al. 2, LTF). A quelques exceptions près, les cantons assument ainsi davantage que par le passé l'essentiel de la juridiction civile sans charges ni frais supplémentaires pour autant<sup>21</sup>. Des *tâches non judiciaires*, de la compétence des tribunaux fédéraux, ont en outre été transférées au Conseil fédéral, notamment l'adoption des ordonnances et l'exercice de la haute surveillance dans le domaine du droit de la poursuite et de la faillite.

Le souhait des *tribunaux cantonaux* d'être déchargés de tâches est compréhensible compte tenu du manque croissant de ressources. Ce ne peut être toutefois l'objectif prioritaire de l'unification qui, bien qu'elle soit un facteur central d'efficacité, ne touche pas à leur organisation (art. 122, al. 2, Cst.; art. 3 et 4 du projet). De telles questions ont pu être réglées dans la nouvelle organisation judiciaire fédérale parce qu'elles relèvent de la compétence de la Confédération. La nouvelle procédure civile ne peut donc contribuer à la décharge des tribunaux que de *manière indirecte*, par l'aménagement de procédures fonctionnelles et donc économiques. Elle n'allègera donc pas le fardeau des tribunaux des cantons mais facilitera leur travail.

### Renforcement du règlement extrajudiciaire des litiges

Les tribunaux ne doivent pas être saisis de manière hâtive. L'action judiciaire doit être l'ultime moyen de pacifier une situation litigieuse. Le tribunal n'est pas une société commerciale préoccupée de marketing et de chiffre d'affaires. C'est une *autorité*. Sa mission est de régler des conflits que les parties ne peuvent, au besoin avec l'aide de tiers, résoudre seules. Le règlement à l'amiable a donc la 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 pourrait retenir.

L'allègement de la charge des tribunaux est d'importance. La pratique révèle par exemple que le *juge de paix* peut parvenir à régler plus de la moitié des litiges dont il est saisi et que, faute de conciliation, seule une fraction des demandeurs fait usage de l'autorisation de procéder.

L'habitude de la discussion préalable est profondément ancrée dans les mœurs helvétiques. L'institution des juges de paix, connue de la grande majorité des cantons de Suisse alémanique et de Suisse romande en fait foi. La proportion des règlements devant les *commissions de conciliation en matière de baux à loyer et en matière d'égalité* est également importante et la satisfaction des personnes conciliée générale.

<sup>21</sup> Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2000 4275.

Il se justifie donc de faire une large place aux méthodes de règlement extrajudiciaire des litiges et d'instituer cette manière d'anti-chambre des prétoires. Ce faisant, le projet suit la tendance observée dans les droits modernes des pays européens et anglo-saxons (mot clé: *Résolution Alternative des Litiges [RAL]*; voir ch. 4).

### **Renforcement de la responsabilité des parties**

L'institution d'une *phase de conciliation formalisée* préalable à la saisine du tribunal et la prise en considération des possibilités extrajudiciaires de règlement constituent pour les parties un «service» plus complet sans charges supplémentaires pour l'Etat. Leur *responsabilité* est simultanément accrue par le fait d'avoir à rechercher une solution sans aide de l'appareil étatique.

Se pose ainsi l'importante question de savoir si la tentative préliminaire de conciliation doit être *obligatoire* ou *facultative*. L'intérêt des tribunaux incite à choisir plutôt l'obligation, celui des parties, le libre choix. Les procédures cantonales: connaissent des régimes très variés; la tentative de conciliation est parfois facultative, parfois obligatoire mais tempérée d'exceptions plus ou moins nombreuses. La commission d'experts a retenu la tendance dominante, clairement reconnaissable, du préliminaire obligatoire pour le contentieux de *valeur litigieuse modeste*. L'expérience enseigne que le système y est fructueux par le nombre de transactions, l'effet de décharge des tribunaux et par le fait qu'en passant par le juge de paix, les parties évitent des actes inconsidérés et onéreux.

La situation se présente différemment pour le contentieux de *valeur litigieuse importante*. L'expérience enseigne que le préliminaire obligatoire devant le juge de paix est souvent infructueux et ne sert qu'à obtenir l'ouverture du droit. Les avocats assistent généralement les parties et sont à même de leur conseiller le choix optimal. Le dépôt de la demande sans conciliation préliminaire est alors possible (art. 196). La renonciation à la conciliation n'est toutefois pas unilatérale, mais subordonnée à un accord des parties, pour éviter que ne soit fait un usage systématique et abusif de cette possibilité.

Enfin, les affaires pour lesquelles le préliminaire de conciliation serait inadapté, soit les affaires nécessitant un *traitement rapide*, les affaires soumises à la procédure sommaire (mesures provisionnelles notamment) et certains des litiges de la poursuite pour dettes, en sont exemptées et sont passibles d'action immédiate et directe devant le tribunal compétent. Le projet institue ainsi – en suivant la ligne directrice des experts – un *lien pragmatique* entre les procédures extrajudiciaires et la procédure judiciaire proprement dite.

### **Intégrer la médiation et l'arbitrage ou comment bien maintenir de bonnes traditions**

Juges de paix et commissions de conciliation étatiques ne sont pas les seuls instruments de l'allègement de la charge des tribunaux. La *médiation* prend essor aussi dans notre pays, notamment dans les domaines familial et commercial. L'évolution est digne d'attention et doit être suivie. Elle peut décharger sensiblement les tribunaux spécialement dans les cas complexes. Le projet lui fait une place plus large que l'avant-projet, sans la régler pour autant de manière détaillée et exhaustive. C'est une *alternative* aux procédures étatiques de conciliation (voir commentaires des art. 210 ss).

Enfin, l'*arbitrage* de qualité soulage aussi la justice étatique de sorte que le projet s'attache à rendre l'*arbitrage interne* plus attractif. L'arbitrage international (art. 176 ss LDIP), réputé par ses succès, a servi de modèle. La coordination de l'arbitrage interne avec l'arbitrage international est plus marquée dans le projet que dans l'avant-projet.

### **Aucune obligation des cantons de créer de nouveaux tribunaux**

Le CPC n'entraîne la création d'aucun tribunal. Le Conseil fédéral s'est montré plus conséquent dans le projet que la commission d'experts dans l'avant-projet<sup>22</sup>. Le préliminaire de conciliation joue un rôle dominant, mais aucun canton n'est tenu d'introduire *une justice de paix* qu'il ignore. La fonction est assumée dans la majorité des cantons par le juge de paix, mais rien ne les empêche d'en charger une autre autorité, le président de tribunal par exemple. L'autorité de conciliation doit être indépendante, mais elle ne doit pas être obligatoirement un tribunal au sens formel.

### **Maintien de la tarification cantonale des frais de justice**

Conformément au résultat clair de la procédure de consultation, les tarifs judiciaires et d'avocats resteront de la compétence des cantons. Une réglementation fédérale ne pourrait tenir compte de la situation économique de chaque canton.

### **Efficacité de la procédure d'exécution des décisions de justice**

L'efficacité de la procédure doit, au-delà du *procès* au sens étroit, s'étendre aux procédures d'*exécution* des décisions pour garantir la mise en œuvre effective du droit.

L'exécution des *obligations pécuniaires* relève de la *loi sur la poursuite pour dettes et la faillite* (LP) dont l'efficacité est reconnue au-delà des frontières. Elle subsiste mais subit quelques adaptations ponctuelles (voies de recours, forme des actes et calcul des délais notamment). Son intégration au CPC, loin d'être avantageuse, serait génératrice d'une grande insécurité juridique. Le projet tend à unifier la procédure, à l'introduire dans la pratique et à la conduire à un bon fonctionnement. La *fusion éventuelle de l'ensemble des règles de la procédure civile fédérale* relève de l'avenir<sup>23</sup>.

L'*exécution des obligations non pécuniaires (exécution en nature)* – qui est réglée dans les procédures civiles cantonales – devient un chapitre du CPC. Pour la simplifier et l'accélérer également, le tribunal saisi de la cause au fond pourra ordonner les mesures d'exécution qui s'imposent (art. 335, *exécution directe*) et la partie qui a gain de cause, agir dès l'entrée en force du jugement (mesures de substitution ou appel à la police p. ex.) sans avoir à requérir un tribunal d'exécution.

Malgré les critiques émises en procédure de consultation, le Conseil fédéral maintient *l'acte authentique exécutoire*. L'institution n'est pas un corps étranger et s'intègre sans problème dans la codification. L'acte authentique exécutoire permet-

<sup>22</sup> L'AP exigeait des autorités de conciliation paritaires pour les litiges de droit du travail. Cette proposition a été rejetée lors de la procédure de consultation et n'est plus prévue dans le projet du Conseil fédéral (art. 194 AP).

<sup>23</sup> Cet examen comprend également la question de l'abrogation de la loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (RS 273): cette loi s'applique aux procès dont le Tribunal fédéral connaît comme juridiction unique et à titre subsidiaire de manière générale devant les juridictions fédérales. Il est envisageable d'attribuer un jour ces fonctions au CPC.

tra non seulement à l'ayant droit d'obtenir plus facilement exécution mais contribuera aussi à décharger les tribunaux. Dans le domaine – le plus fréquent – de l'exécution des créances d'argent, les modifications législatives nécessaires se résument à l'introduction dans la LP d'un titre supplémentaire de mainlevée définitive.

### 3.2.2 Profil de la nouvelle procédure civile

#### Eventail de procédures

La quête d'efficacité exige la recherche de voies médianes entre celles qu'exige le règlement simple et rapide des affaires d'une part et la recherche d'une solution juste en fait et en droit d'autre part. Le projet arbitre ce conflit classique en introduisant *différents types de procédure*. Une affaire importante de droit des sociétés ne peut être traitée comme un litige de droit privé social (de la famille, du travail, des baux à loyer ou de l'égalité et de la protection des consommateurs). La pluralité des procédures, usuelle et conforme à la tradition, assure la flexibilité souhaitable. La procédure s'adapte ainsi à la nature du litige et aux parties en cause.

#### Procédure ordinaire, modèle classique

La *procédure ordinaire* du projet correspond au profil classique du procès civil: prédominance de l'*initiative des parties* (maxime des débats, principe dispositif) et agencement de séquences clairement *structurées* (échange des écritures, instruction, débats, jugement). Le tribunal est en principe confiné à la *direction formelle* du procès. Réservée au contentieux d'une valeur importante du droit privé des affaires (droit commercial, propriété intellectuelle, droit de la concurrence), sa technicité requiert en général le concours de l'avocat.

#### Procédure de proximité, simple et accessible au non juriste, pour les affaires courantes

Les affaires courantes – d'une valeur litigieuse n'excédant pas 30 000 francs et de droit privé social notamment – sont traitées de manière plus souple en *procédure simplifiée*. Le divorce relève également de *dispositions spéciales* distinctes de la procédure ordinaire.

La procédure simplifiée, essentiellement orale, est facile d'accès et proche du justiciable. Le tribunal interpelle les parties (*maxime inquisitoire sociale*). La maxime éventuelle ne s'applique pas; les faits et les moyens de preuve nouveaux sont recevables jusqu'en phase terminale du procès, pour éviter que l'oralité ne devienne un piège. La flexibilité n'est toutefois pas synonyme de laxisme et n'autorise pas les procédés dilatoires; le justiciable assume ses négligences et les frais de ses actes inutiles (art. 106).

La *simplification des formalités* et l'oralité, en réduisant la bureaucratie et les longueurs, soulagent d'autant les tribunaux. La procédure simplifiée succède à la procédure «simple et rapide» actuelle. L'oralité n'est toutefois pas systématique et la possibilité de la tempérer et de rapprocher cette procédure de l'ordinaire (plutôt écrite) est prévue. Même nettement distincts, les types de procédure présentent une certaine *perméabilité* qui facilite leur adaptation aux cas concrets et assure leur traitement efficace.

### 3.3 **Coordination avec les autres lois de procédure fédérales**

Le CPC introduit des notions uniformes à partir de la terminologie ondoyante et diverse des procédures cantonales. La grande réforme de la justice (ch. 1.3) était l'occasion d'harmoniser la terminologie des lois de procédure fédérales. Certains thèmes procéduraux se retrouvent d'autre part dans tous les domaines de la justice civile, administrative et pénale. Il s'agit notamment de la récusation, des délais, de la notification, de la forme des actes, de la discipline, du droit de refuser de témoigner et des recours extraordinaires comme la révision ou l'interprétation. Dans la mesure du possible, les nouvelles lois de procédure les règlent de manière identique.

L'harmonisation a toutefois ses limites. D'une part, la structure et la systématique de la loi peuvent nécessiter des différences formelles et rédactionnelles; d'autre part, la nature et la matière propre de chaque procédure peuvent commander des règles différentes. L'harmonisation n'est pas une fin en soi; la terminologie de la procédure et des formules en usage dans les cantons représente une tradition vivante. Les solutions spécifiquement suisses que les experts se sont efforcés de trouver ont été favorablement accueillies en procédure de consultation. Les tournures et formules consacrées ne doivent pas être remplacées sans raison valable et sous prétexte d'harmonisation par des locutions et des termes artificiels. Le contraire exposerait sans raison la pratique à une insécurité de mauvais aloi. Il faut se rappeler de plus que les modifications terminologiques peuvent entraîner aussi des modifications de sens.

### 3.4 **Classement d'interventions parlementaires**

#### 3.4.1 **2000 P 00.3270. Mesures provisionnelles visant à protéger les créanciers (N 6.10.00, Schwaab)**

Ce postulat demande l'adoption d'une norme générale autorisant l'exécution d'une obligation non seulement après le prononcé d'une décision entrée en force, mais déjà avant ou pendant la procédure, notamment pendant la procédure de recours. Des obligations pécuniaires devraient, sur le modèle du système français du référé<sup>24</sup>, pouvoir être exécutées provisoirement.

Le présent projet prend en compte les objectifs du postulat de différentes manières: en cas d'affaires non contestées et pour lesquelles la preuve peut être apportée immédiatement, le créancier peut demander l'exécution de sa créance dans le cadre d'une procédure sommaire rapide – il n'est plus obligé de mener une procédure au sens propre (*protection dans les cas clairs*, conformément à l'art. 253). De plus, le créancier a la possibilité de faire valoir ses prétentions au moyen d'un *cumul de demandes* et de requérir du tribunal d'examiner les prétentions plus liquides avant celles qui le sont moins. Ainsi, des prétentions liquides peuvent être exécutées plus tôt. La règle claire prévoyant la possibilité de faire exécuter aussi des décisions en paiement d'une somme d'argent avant l'entrée en force a ici une importance centrale: l'instance de recours peut autoriser *l'exécution provisoire* (art. 312).

<sup>24</sup> Voir à ce sujet l'exposé exhaustif de David Rüetschi, *Geldleistung als vorsorgliche Massnahme*, Bâle 2002.

Avec les améliorations citées ci-dessus, les créanciers bénéficient d'une protection au moins égale à celle du système français, qui ne l'offre pas sans condition: des sûretés en faveur du débiteur d'une part et un pronostic sur l'issue de la procédure qui soit favorable au créancier d'autre part, sont exigés. Les moyens à mettre en œuvre pour que ces conditions soient remplies et vérifier qu'elles le sont ne doivent pas être sous-estimés. Pour sa part, le droit suisse n'admet l'exécution provisoire au sens propre d'obligations pécuniaires que dans les cas expressément prévus par la loi (art. 258), par exemple pour des contributions d'entretien provisoires pendant la durée de la procédure de divorce ou de la procédure en constatation de paternité (art. 271, 299) ou les paiements provisoires durant la faillite (art. 237 et 327 LP). Le système proposé a rencontré une large approbation.

### **3.4.2                    2004 M 02.3035 Accord partiel (art. 112 CC) Procédure (N 21.6.03, Janiak)**

La motion demande l'introduction d'une réglementation fédérale exhaustive de la procédure de divorce en cas d'accord partiel (art. 112 CC). Il s'agirait de régler avant tout la manière de procéder en cas de signature d'une convention en cours de procédure. Est controversée à cet égard la question de savoir s'il convient de prévoir – comme pour la procédure avec accord complet (art. 111 CC) – un délai de réflexion pour les parties ou s'il faut mettre en vigueur la convention immédiatement.

Les *aspects procéduraux* du divorce trouvent un règlement exhaustif dans ce projet: cela vaut tant pour la partie *non contentieuse* (art. 111 CC) que pour la partie *contentieuse* (art. 112 ss CC). Le Conseil fédéral propose une procédure spéciale. Celle-ci réunit des éléments appartenant à la procédure ordinaire et à la procédure simplifiée afin de respecter la nature particulière du divorce (voir le commentaire des art. 270 ss).

### **3.4.3                    2001 P 01.3220 Coordination des procédures judiciaires dans les cas de maladie et d'invalidité (N 5.10.01, Commission de la sécurité sociale et de la santé publique CN)**

Depuis l'entrée en vigueur de la révision de la LAMal<sup>25</sup> les assurances complémentaires, à savoir les assurances proposées en plus de l'assurance de base, sont soumises au droit privé (art. 12 LAMal). Pour cette raison, les litiges relevant de l'assurance maladie devraient en principe être soumis à des procédures différentes suivant qu'il s'agit de l'assurance de base relevant du droit public ou de l'assurance complémentaire: l'assurance complémentaire, vu qu'il s'agit d'une affaire civile, devrait en principe être soumise à la procédure civile; quant à l'assurance de base, elle devrait être soumise à la procédure en matière d'assurances sociales, conformément à la LPGA<sup>26</sup> (voir art. 34 ss). Le postulat demande d'analyser les possibilités de coordination de ces deux procédures.

<sup>25</sup> Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (RS **832.10**).

<sup>26</sup> Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS **830.1**).

A ce jour, seule une minorité des cantons a réalisé sur le plan de la procédure la séparation qui existe dans le droit matériel: la majorité des cantons a laissé les litiges relatifs aux assurances complémentaires, qui relèvent du droit privé, dans la compétence du tribunal spécial des assurances sociales, du tribunal administratif ou d'une cour du Tribunal cantonal<sup>27</sup>. Cette attraction de compétence semble raisonnable, la coordination des deux procédures étant souhaitable. Selon le présent projet, les cantons gardent cette liberté d'organisation puisqu'il leur appartient de régler la compétence matérielle (art. 4). Toutefois, ils seront obligés, du moins pour l'assurance complémentaire, de prévoir une deuxième instance cantonale, selon le principe dit de la *double instance* que la loi fédérale sur le Tribunal fédéral exige pour les affaires civiles (art. 75 LTF).

De plus, le présent projet facilite la tâche de coordination qui revient aux cantons d'un autre point de vue: les litiges concernant l'assurance complémentaire sont soumis à la *procédure simplifiée* (art. 239), pour autant qu'ils soient examinés par un tribunal civil. Comme il y a beaucoup de ressemblance entre cette dernière et la procédure en matière d'assurances sociales, il importe peu que ce soit la LPGA ou le CPC qui s'applique. Dans un cas comme dans l'autre, la maxime inquisitoire sociale s'applique (art. 243, art. 61, let. c, LPGA), les formes sont simplifiées, les exigences concernant les actes sont limitées, le tribunal a non seulement la direction formelle mais aussi dans une large mesure la direction matérielle de la procédure. De plus, la procédure simplifiée, au même titre que la procédure en matière d'assurances sociales, est en principe gratuite (art. 111 s., voir art. 61, let. a, LPGA).

## **4 Droit comparé et rapport avec le droit européen**

### **4.1 Généralités**

#### **Réforme de la justice, sujet d'actualité dans le monde entier**

La réforme de la procédure civile est à l'ordre du jour chez nos voisins européens dont le droit judiciaire est pourtant unifié de longue date<sup>28</sup>. L'objectif général est de le *moderniser*, de le *simplifier* et de *faciliter l'accès au tribunal* – dans le souci principal d'accélérer la mise en œuvre du droit. La réforme s'étend également à l'organisation judiciaire et aux tarifs des frais. L'extension des possibilités de règlement extrajudiciaire des litiges et la transposition des conventions internationales en sont aussi des points centraux.

Dans la liste des réformes actuelles, il y a lieu de citer, pour l'Allemagne, la réforme du droit civil de 2002 et le grand projet de réforme de la justice, toutefois contesté. L'Autriche a adopté son code révisé en 2002. En Italie, en Belgique et en France, comme en Espagne et aux Pays-Bas, des réformes sont également entreprises depuis bon nombre d'années. Le Japon s'est doté en 1996 d'un nouveau code de procédure civile, révisé en 2003.

<sup>27</sup> Voir la vue d'ensemble établie par Niccolò Raselli, *Verfahrensrechtliche Probleme bei der Beurteilung von Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung*, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, 2005, p. 273 ss.

<sup>28</sup> Par exemple, l'Allemagne dès 1877, la France dès 1806 et l'Italie dès 1865.

Les réformes ne sont pas purement nationales. Durant les vingt dernières années, s'est dessinée une tendance croissante à l'unification ou du moins à l'harmonisation du droit à l'intérieur de *régions économiques importantes* (Etats-Unis, Union européenne, projet ibéro-américain de modèle de CPC<sup>29</sup>). Par ailleurs, des efforts d'harmonisation du droit de procédure au niveau mondial auxquels participe la Suisse sont en cours (p. ex., Conférence de la Haye de droit international privé concernant les clauses d'élection de for et Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international concernant la reconnaissance et l'exécution de sentences rendues dans des arbitrages internationaux).

### **Procédure civile européenne?**

L'idée ambitieuse d'un code européen de procédure a jusqu'ici été tenue en échec. Le *projet de proposition de 1993 de directive pour le rapprochement des législations et des dispositions des Etats membres relatives à certains aspects de procédure en matière civile*<sup>30</sup> n'a pas eu de suite dans les Etats membres. Bien qu'il n'ait pas conduit la Commission à initier une législation, il reste une œuvre de référence précieuse et incitative. C'est un panorama inaugural des données fondamentales d'une procédure civile clairement axée sur le marché intérieur et l'harmonisation européenne.

Le *traité d'Amsterdam*<sup>31</sup> représente une étape décisive. Entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1999, il dote la Communauté européenne de la compétence de prendre les mesures nécessaires en matière de procédure civile pour garantir le bon fonctionnement du marché intérieur (art. 65 du traité). Sur cette base, la Communauté européenne a édicté de *nombreux actes législatifs et directives*, notamment en matière de compétence judiciaire, de reconnaissance et d'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>32</sup>. L'activité législative de la Communauté européenne s'est ensuite étendue aux procédures d'insolvabilité<sup>33</sup>, à la notification d'actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale dans les pays membres<sup>34</sup> et à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale<sup>35</sup>. Un règlement portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées<sup>36</sup> et une directive visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de

29 Voir José Barbosa Moreira, Le code-modèle de procédure civile pour l'Amérique latine de l'institut Ibero-américain de Droit Processuel, ZZPInt 1998, p. 437 ss.

30 Appel «proposition Storme»: Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne – Approximation of judiciary law in the European Union.

31 Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes, JOCE C 340 du 10 novembre 1997, p. 1 ss.

32 Règlement (UE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2001, JOCE L 12 du 16.1.2001, p. 1 ss (règlement de Bruxelles I).

33 Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JOCE L 160 du 30.6.2000, p. 1 ss.

34 Règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, JOCE L 160 du 30.6.2000, p. 37 ss.

35 Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, JOCE L 174 du 27.6.2001, p. 1 ss.

36 Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, JOCE L 143 du 30.04.2004, p. 15 ss.

règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires<sup>37</sup> ont également été adoptés.

La Communauté européenne porte également ses efforts sur des domaines du *procès civil social*, comme l'exécution de décisions en matière de droit matrimonial et en matière de responsabilité parentale pour des enfants communs<sup>38</sup>.

## 4.2 Buts communs

### Rôle renforcé et plus actif du tribunal

Les réformes étrangères visent toutes des buts communs. La procédure est organisée de manière à étendre et à renforcer le rôle du tribunal. En *Allemagne* par exemple, la réforme du droit civil de 2002 a introduit une *obligation dialectique* du tribunal envers les parties: les éléments de fait et de droit du litige doivent faire l'objet d'une discussion qui permet de compléter les actes, de proposer des preuves supplémentaires et de préciser les conclusions. Le tribunal doit en outre prévenir les parties des points qui pourraient être à l'origine de décisions inattendues. La nouvelle procédure civile *autrichienne* de 2002 charge également le tribunal de devoirs *renforcés* similaires.

Les *efforts néerlandais* de modernisation des relations entre les tribunaux et les parties, lors de la grande révision du Code de procédure civile de 2002, sont allés plus loin encore. Après une période où pratiquement toutes les procédures étaient écrites en Hollande, une *audience orale* a été introduite. Elle a pour but de tenter de mettre fin au litige par transaction ou, à tout le moins, de donner des informations aux parties. Le tribunal ne peut renoncer à cette audience que si l'affaire ne se prête pas à la comparaison personnelle, auquel cas il peut ordonner un deuxième échange d'écritures. Le projet de la Commission de la *Communauté européenne* pour un Règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne pour les demandes de moindre importance<sup>39</sup> règle également les devoirs envers les parties. Le juge les seconde dans les questions de procédure et les invite à produire les éléments utiles à la reconstitution des faits.

Le projet de CPC suit une direction très comparable (voir ch. 3.2), en introduisant notamment le devoir d'interpeller les parties (art. 54), la possibilité d'ordonner des audiences d'instruction (aux fins de discuter librement des questions qui se posent, de compléter l'état de fait et de parvenir à composition [art. 223]) et la maxime inquisitoire sociale en procédure simplifiée (art. 243). Le rôle accru du tribunal

<sup>37</sup> Directive 2003/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires, JOCE L 26 du 31.1.2003, p. 41 ss.

<sup>38</sup> Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs (Bruxelles II), JOCE L 160 du 30.06.2000, p. 19 ss, abrogé par le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 (Bruxelles IIa), JOCE L 338 du 23.12.2003, p. 1 ss.

<sup>39</sup> COM (2005) 87 final.

favorise l'établissement de la vérité de même que l'accélération et la simplification de la procédure.

### **Procédures spéciales pour les affaires mineures**

Une majorité de codes européens connaissent une procédure simplifiée et accélérée pour les litiges de moindre valeur. L'Union européenne s'efforce d'introduire de telles dispositions afin de réduire les difficultés et les coûts dans les relations transfrontalières.

La *proposition de la Commission de la Communauté européenne instituant une procédure européenne pour les demandes de faible importance*<sup>40</sup> oblige les Etats membres d'introduire une procédure européenne pour les litiges jusqu'à 2000 euros. Il s'agit d'un instrument complémentaire aux procédures nationales spéciales en vigueur. Cette procédure, qui est applicable aux affaires tant internes qu'internationales, tend à régler les litiges simplement, rapidement et à moindres frais. Une formule facilite l'ouverture du procès. Les actes de procédure peuvent être envoyés par télécopie ou courrier électronique. La procédure est écrite, à moins que le juge n'estime nécessaire de citer les parties à une audience. Celle-ci peut se dérouler par une conférence audio, vidéo ou par échange de courriers électroniques. Comme moyen de preuves ou dans la procédure d'administration de preuves, le téléphone, les témoignages écrits ainsi que des conférences audio, vidéo et par échange de courriers électroniques sont à l'appréciation du tribunal. La décision, immédiatement exécutoire nonobstant recours, doit être reconnue et exécutée par les Etats membres sans déclaration d'exécution ni possibilité de contestation.

En 2002, la *France* a doté ses juridictions de première instance de «juges de proximité»<sup>41</sup>. Proches du citoyen, ils tranchent selon une procédure informelle et peu coûteuse, les litiges n'excédant pas 4000 euros.

Le *projet du Conseil fédéral* tient compte de ces tendances. Les litiges de moindre valeur sont soumis à une procédure particulièrement simple, rapide et peu coûteuse (art. 209). Faute de conciliation, l'autorité qui l'a tentée peut statuer elle-même lorsque la valeur n'excède pas 2000 francs (*compétence juridictionnelle*, connue de certains cantons). La procédure est exclusivement orale et la décision n'est susceptible que de recours limité au droit (art. 316 ss). Le projet introduit en outre une procédure de *proposition de jugement* (art. 207).

### **Communication par voie électronique**

La communication électronique gagne sans cesse du terrain en justice. En 1989 déjà, *l'Autriche* l'a introduite entre avocats et tribunaux et entre notaires et tribunaux. Le système a fait ses preuves. Depuis 1998, les avocats ont l'obligation de disposer de l'équipement nécessaire. Les frais judiciaires ont de ce fait diminué, compensant les investissements effectués. En 2001 déjà, 75 % des demandes et 50 % des requêtes d'exécution ont été déposées par voie électronique. Les projets autrichiens prévoient l'introduction d'une signature électronique professionnelle pour les notaires et les avocats, qui permettra l'instrumentation électronique d'actes (authentiques)<sup>42</sup>. La

<sup>40</sup> COM (2005) 87 final.

<sup>41</sup> Voir la loi organique 2003-153 du 26 février 2003 et décret 2003-542 du 23 juin 2003, l'élargissement des compétences des juges de proximité dans la loi n° 2005-47 du 26 janvier 2005.

<sup>42</sup> Berufsrechts-Änderungsgesetz für Notare und Rechtsanwälte 2005.

transmission électronique des actes aux tribunaux et la communication électronique des documents du registre foncier sont prévues également<sup>43</sup>.

Le 1<sup>er</sup> avril 2005, l'Allemagne a mis en vigueur la *Justizkommunikationsgesetz* qui permet la communication par voie électronique avec les tribunaux pour l'ensemble de la procédure ainsi que la gestion électronique des dossiers. La justice en deviendra plus efficace et des économies seront réalisées à moyen terme. La France prévoit également d'introduire par décret en 2006 la communication par voie électronique dans le *Nouveau Code de procédure*.

Le projet du Conseil fédéral, comme la loi sur le Tribunal fédéral (voir art. 42, al. 4, LTF), s'inscrit dans cette tendance et pose le cadre nécessaire à son développement ultérieur. L'art. 128 permet le dépôt électronique des actes par les parties et attribue au Conseil fédéral la compétence d'en régler le format.

### 4.3 Règlement extrajudiciaire des litiges et médiation

#### Importance croissante du «Règlement alternatif des litiges»

Depuis les années 1970, l'intérêt pour le règlement extrajudiciaire des litiges (Règlement Alternatif des Litiges, RAL) s'est accru rapidement et de manière continue dans le monde entier. Le test réussi du *Multi-Door Dispute Resolution Programs* en 1985<sup>44</sup> a été un événement important qui a entraîné de nombreux *Multi-door-courthouses* aux Etats-Unis et dans d'autres pays (p. ex. en Argentine, à Singapour, au Portugal). Ces tribunaux, spécialement équipés en personnel et en locaux, proposent aux parties différentes possibilités de régler leur litige, par la médiation, la conciliation, le *Minitrial*<sup>45</sup> ou l'arbitrage notamment. Le grand succès du règlement extrajudiciaire aux Etats-Unis s'explique partiellement par les faiblesses du système américain de procédure civile, notamment le système du jury, le coût exorbitant des procès et l'absence de réglementation de la restitution des frais.

#### Médiation dans l'Union européenne

L'Union européenne favorise également de plus en plus le règlement extrajudiciaire des litiges comme alternative au règlement judiciaire, notamment *en droit de la consommation*. Des directives récentes obligent les Etats membres à l'instituer, ou du moins à le favoriser. Ont en outre été créés à cet effet le réseau européen pour la résolution extrajudiciaire des litiges (*CEC-Net*) et le réseau pour réclamations de consommateurs de services financiers (*FIN-Net*).

Se fondant sur le *Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial* du 19 avril 2002<sup>46</sup>, la Commission européenne a élaboré la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale du 22 octobre 2004<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Gerichtsgebührennovelle 2005.

<sup>44</sup> Selon une idée du professeur Frank Sandner, testée par le Superior Court of the District of Columbia/Washington (D.C.), à Houston (Texas) et à Tulsa (Oklahoma).

<sup>45</sup> *Minitrial* est une procédure de conciliation extrajudiciaire particulière. Elle est notamment appliquée dans des litiges commerciaux d'une certaine importance; pour des détails voir Caroline Jenkel, *Der Streitschlichtungsversuch als Zulässigkeitsvoraussetzung in Zivilsachen*, thèse 2002, Université libre de Berlin.

<sup>46</sup> COM (2002) 196 final.

<sup>47</sup> COM (2004) 718 final; transposition prévue pour le 1.9.2007.

Elle considère que la médiation recèle, du point de vue du règlement des litiges et de l'accès à la justice, un potentiel inexploité pour les personnes physiques comme pour les entreprises. Elle propose en conséquence des normes minimales communes sur des aspects essentiels de la procédure civile. Le but est de garantir une répartition opportune du travail entre la médiation et la procédure judiciaire étatique. Le tribunal peut engager les parties à procéder à une médiation ou les obliger à tout le moins à se rendre dans un centre d'information. Des dispositions règlent l'exécution de l'accord de médiation, la qualité de la médiation, le droit du médiateur de refuser de témoigner et l'interruption des délais de prescription. Les tribunaux des Etats membres ont la possibilité de favoriser activement son utilisation sans la rendre obligatoire ou la soumettre à des conditions déterminées.

### **Médiation au sein des Etats**

Les Etats-Unis, le Canada, l'Australie et l'Argentine ont accordé déjà une place au règlement extrajudiciaire dans leur procédure civile, et plusieurs Etats européens ont également légiféré en ce sens. La *Belgique* par exemple a introduit dans son *Code judiciaire* un chapitre relatif à la médiation judiciaire et à la médiation volontaire<sup>48</sup>. Les frais et l'indemnité du médiateur peuvent être pris en charge, dans les deux cas, par l'assistance judiciaire gratuite.

L'*Autriche* a édicté en 2004 une loi fédérale relative à la médiation en matière civile ainsi qu'une ordonnance sur la formation des médiateurs agréés<sup>49</sup>. En France, la médiation judiciaire a fait son entrée dans le *Nouveau Code de procédure civile* en 1996<sup>50</sup>. Le juge peut désigner un médiateur avec l'accord des parties. Il fixe l'indemnité du médiateur et en charge les parties qui ne sont pas au bénéfice de l'assistance judiciaire. L'accord issu de la médiation, ratifié sur requête par le juge, entre en force et devient exécutoire. La *conciliation* préalable et la conciliation en procédure sont également possibles.

Le «Civil Procedure Rules» (CPR)<sup>51</sup> a introduit le règlement alternatif des litiges en *Grande-Bretagne* avec succès et déchargé ainsi de manière reconnaissable les tribunaux. Il remédie aux défauts de l'ancienne procédure, onéreuse, lente et injuste en cherchant à éviter l'ouverture d'un procès. Dans de nombreux domaines du droit, des *pre-action protocols* obligeant les parties à rassembler les éléments du litige en temps utile, avant le dépôt de la demande. Chaque partie peut proposer un règlement extrajudiciaire. L'adversaire qui décline l'initiative doit motiver son refus. Dans des cas déterminés, les parties sont tenues de participer à un colloque préalable. Faute d'entente, les tribunaux doivent veiller à une conduite active de l'affaire (*active case management*). Les formes alternatives de règlement durant le procès font partie des instruments à disposition. Les parties qui décident de recourir à la médiation en cours de procès, peuvent demander sa suspension. De son côté, le tribunal peut proposer voire ordonner une médiation. En statuant sur les frais, le juge peut tenir compte de la réticence d'une partie à s'engager dans une médiation. La *Court of*

48 Loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation du 21 février 2005, entrée en vigueur le 30 septembre 2005.

49 Zivilrechts-Mediations-Gesetz, BGBl. I Nr. 29/2003 und Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung, BGBl. II Nr. 47/2004.

50 Décret n° 96-652 du 22 juillet 1996.

51 The Civil Procedure Rules 1998, Statutory Instruments 1998 No. 3132 (L.17), en vigueur dès avril 1999.

*Appeal* a toutefois clairement jugé qu'il ne rentrait pas dans les attributions des tribunaux de contraindre les parties à un règlement extrajudiciaire.

En *Allemagne*, des efforts législatifs sont en cours pour favoriser le règlement extrajudiciaire des litiges. La réforme du droit civil en 2002 a introduit *une audience obligatoire de conciliation* conduite par le tribunal avant la première audience. Le tribunal peut également proposer aux parties un règlement extrajudiciaire pour autant que le litige s'y prête. L'instance est suspendue dans l'intervalle.

D'autres pays mettent ou ont mis à l'épreuve les règlements extrajudiciaires. Les projets *néerlandais* «médiation parallèle à l'instance» (Mediation naast rechtspraak) et «médiation voie alternative» (Mediation andere Rechtshulp) ont été couronnés de succès. Ils sont suivis par le service de recherche du ministère de la justice et sont en cours d'évaluation. Leur introduction légale est prévue pour 2007. Des modèles mis à l'épreuve dans les *Länder* allemands, en Basse-Saxe notamment<sup>52</sup>, suscitent l'attention de toute l'Allemagne.

### **Importance particulière de la médiation familiale**

La médiation dans les litiges de droit de la famille est particulièrement importante et répandue, mais les approches divergent. Des codes pratiquent la médiation obligatoire pour certains de ces litiges, dans quelques Etats des Etats-Unis, quelques provinces du Canada et en Norvège (procédure de divorce en présence d'enfants de moins de 16 ans) notamment. En Grande-Bretagne, l'assistance judiciaire n'est accordée qu'en cas de litige non susceptible de médiation, de médiation infructueuse ou d'échec de celle-ci.

La médiation familiale entrée en vigueur au Québec en 1997, intégrée dans la *procédure civile canadienne*<sup>53</sup>, est une référence d'importance mondiale. Elle permet au couple marié ainsi qu'aux concubins avec enfants de recourir aux services d'un médiateur professionnel pour préparer et régler leur demande de séparation, de divorce, d'attribution de garde, de pensions alimentaires ou de modification de jugements. Le recours à la médiation est facultatif, mais la participation à une séance d'information à son sujet, obligatoire. Elle peut avoir lieu avant ou après le dépôt de la demande. Le tribunal peut ordonner le recours à la médiation lorsqu'elle lui paraît appropriée et que la demande est contestée. Seuls les médiateurs agréés sont admis. Les couples avec enfant ont droit à six séances gratuites (y compris la séance d'information). Chaque séance supplémentaire coûte 95 \$. La convention résultant de la médiation est soumise à ratification du tribunal. Il examine sa conformité à la loi, notamment si les pensions alimentaires pour les enfants correspondent aux règles pratiquées ou si les circonstances du cas d'espèce justifient, le cas échéant, une dérogation.

En *Belgique*, la médiation familiale est facultative. En *France*, le tribunal peut ordonner aux parties de participer à une séance d'information à son sujet. En *Autriche*, le juge devait attirer l'attention des parties en procédure de divorce sur l'existence de la médiation avant même l'entrée en vigueur de la loi fédérale concernant la médiation en matière civile. Le secret professionnel du médiateur et l'interruption des délais de prescription étaient déjà réglés. Le ministère fédéral pour la

<sup>52</sup> Projet Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen du 1.3.2002 au 28.2.2005.

<sup>53</sup> Loi instituant au Code de procédure civile la médiation préalable en matière familiale et modifiant d'autres dispositions de ce code, Gazette officielle du Québec, 16 juillet 1997, p. 4641 ss.

sécurité sociale, les générations et la protection des consommateurs peut accorder une contribution aux frais de médiation aux parties ne disposant pas de moyens suffisants.

Des pays favorisent la médiation *nonobstant l'absence de dispositions légales*. Aux Pays-Bas, où les effets du divorce peuvent être réglés dans une large mesure extrajudiciairement, elle est fréquemment sollicitée en matière de divorce depuis les années 1970. Le ministère de la justice a initié et financé en 1999 à 2000, un projet dans ce domaine. Il confirme l'efficacité de la médiation dans le règlement des litiges. Les conventions qui en résultent ont des effets durables et déchargent d'autant la justice.

Le projet du Conseil fédéral vise à aligner la Suisse sur les efforts nationaux et internationaux (voir en détail le commentaire des art. 210 ss).

#### 4.4 **Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse**

L'étude du droit comparé a été, de manière générale, source d'inspiration. Elle a en particulier aussi permis d'élaborer le CPC en conformité avec les engagements internationaux de la Suisse. L'art. 2 rappelle d'une part la primauté du droit international. De nombreuses normes internationales y ont d'autre part trouvé leur expression soit directement en la forme d'une disposition soit indirectement dans la manière de concevoir la procédure.

Le projet respecte en particulier les garanties de procédure de la *convention européenne des droits de l'homme* (CEDH)<sup>54</sup>: le droit d'être entendu, le droit à un tribunal indépendant et impartial prévu par la loi, le droit à une procédure contradictoire et équitable, le droit à l'égalité des moyens, à l'assistance judiciaire gratuite, à la preuve, à la participation à son administration, à la publicité et à la durée raisonnable de la procédure.

L'audition et la représentation des enfants jusqu'alors réglées dans le CC ont été complétées en conformité de la *convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*<sup>55</sup> (voir art. 293 ss). Le projet dispose également une procédure conforme à la *convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*<sup>56</sup> (voir art. 298). La *convention du 21 juin 1999 entre la Suisse et la Communauté européenne et des états membres sur la libre circulation, d'ores et déjà transposée dans notre droit par la loi fédérale sur la libre circulation des avocats*<sup>57</sup>, est également respectée, les avocats originaires des Etats membres de l'UE ou de l'AELE étant expressément admis à représenter les parties (art. 66).

<sup>54</sup> Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS **0.101**); entrée en vigueur le 28 novembre 1974 pour la Suisse.

<sup>55</sup> Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS **0.107**); entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997.

<sup>56</sup> RS **0.211.230.02**; entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> janvier 1984.

<sup>57</sup> Loi sur les avocats, LLCA du 23 juin 2000 (RS **935.61**).

## 5 Commentaire des articles

### 5.1 Objet et champ d'application du code de procédure civile

*Art. 1 et 2* Principes; affaires de nature internationale

Le CPC règle – c'est le principe général – la procédure applicable aux *affaires civiles* (art. 1), contentieuses et non contentieuses. Il est également applicable à la procédure dite gracieuse (*let. a et b*).

Alors que les affaires contentieuses sont régies sans exception par le CPC, pour la *juridiction gracieuse* existent d'importantes restrictions. Seules les affaires attribuées au pouvoir judiciaire sont soumises aux CPC:

- le CPC n'est donc pas applicable aux affaires concernant les *registres* (registre d'état civil, registre foncier, registre du commerce, registre de la propriété intellectuelle) qui sont objets de procédures administratives au sens propre et relèvent de ce fait de réglementations spécifiques;
- les *actes authentiques* restent de la compétence des cantons (art. 55 Tit. fin. CC);
- les affaires civiles traitées par des *autorités administratives cantonales* (art. 54 Tit. fin. CC) restent soumises à la procédure administrative cantonale en raison des motifs constitutionnels invoqués lors de la procédure de consultation. Les cantons sont toutefois libres d'appliquer le nouveau CPC.
- Le CPC ne s'applique pas non plus automatiquement en matière de *droit de la protection de l'enfant* et de *droit de la tutelle*. En vertu du CC, les cantons conservent la compétence d'organiser la procédure. Ils peuvent désigner la justice administrative ou déclarer applicable la procédure du CPC. Le *projet de révision du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte*<sup>58</sup> maintient le principe de cette compétence tout en accordant une prééminence au nouveau CPC; celui-ci s'appliquera parallèlement aux dispositions de procédure révisées du CC pour autant que les cantons n'en disposent pas autrement (art. 450f P-CC)<sup>59</sup>. Dans le droit révisé de la protection de l'enfant et de l'adulte, le CPC s'appliquera donc par défaut. L'impossibilité d'uniformiser le domaine de la juridiction gracieuse ne s'explique pas tellement par la structure fédéraliste de notre pays mais avant tout par l'imprécision de la notion. Pour être usuelle, la locution «procédure gracieuse» a un caractère plus historique que technique. Elle vise de multiples domaines, les *affaires judiciaires* proprement dites (régies par le CPC), les *activités purement administratives* (registres et actes authentiques), *voire l'administration de police ou assistance publique* (mesures de protection de l'enfant et de l'adulte). Ces domaines n'ont en commun que d'avoir un lien avec le droit civil. S'ils peuvent faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral (art. 72, al. 2, let. b, LTF), ils requièrent des procédures différentes en première instance.

<sup>58</sup> Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006, FF **2006** 6635

<sup>59</sup> Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006, FF **2006** 6635

Le CPC s'appliquera également aux affaires judiciaires de *LP* (art. 1, let. c). Peu importe, – c'est déjà actuellement ainsi – que le litige soit *de nature civile* ou *de droit des poursuites*. Peu importe également qu'il s'agisse d'une procédure ordinaire (action en libération de dettes ou en contestation de l'état de collocation) ou d'une procédure sommaire (de mainlevée ou de séquestre). Les décisions unilatérales du tribunal (suspension de la faillite faute d'actifs, autorisation de vente ou de mise en gage du capital d'investissement par le juge du concordat) relèvent du CPC. Les *décisions des organes d'exécution* (en particulier des offices de poursuites et de faillite) ainsi que *les plaintes aux autorités de surveillance* (art. 17 ss LP) ne relèvent pas du CPC mais de procédures administratives spéciales.

Le CPC régit également *l'arbitrage interne* (art. 1, let. d; voir le commentaire des art. 351 ss). Les *procédures internationales* relèvent aussi du CPC lorsque le for est situé en Suisse. Les dispositions spéciales de la procédure civile internationale (art. 2) doivent toutefois être respectées, notamment les fors de la LDIP et ceux de la convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>60</sup>.

### Art. 3 Organisation judiciaire

Cette disposition rappelle le principe constitutionnel selon lequel l'organisation des tribunaux reste de la compétence des cantons (voir art. 122, al. 2, Cst.). Le droit cantonal règle ainsi l'élection des juges, la composition, la formation et la dénomination des tribunaux, l'attribution des affaires, les arrondissements judiciaires, la conservation des dossiers (en original ou sur un support électronique), etc.

La législation fédérale peut toutefois prévoir des *exceptions*. Le projet fait un usage réservé de cette possibilité: l'organisation judiciaire n'est touchée que dans la mesure indispensable à l'uniformité de la procédure ou à la réalisation du droit matériel (voir ch. 2.2). Il faut mentionner ici notamment la règle de la constitution paritaire des autorités de conciliation en matière de baux à loyer, de baux à ferme et de la loi sur l'égalité (art. 197) ancrée déjà dans le droit actuel. Contrairement à l'avant-projet (art. 194 AP), la constitution paritaire de l'autorité de conciliation en matière de conflits de travail est abandonnée en raison de la critique massive dont elle a été l'objet de la part des cantons en procédure de consultation.

## 5.2 Compétence des tribunaux et récusation

### 5.2.1 Compétence à raison de la matière et de la fonction

#### Art. 4 Principes

L'*al. 1* respecte le principe fédéraliste de l'art. 3. La compétence matérielle et fonctionnelle reste de la compétence des cantons, étant inséparablement lié à l'organisation judiciaire. Ainsi continueront-ils de déterminer la compétence de première instance du juge unique ou du tribunal collégial, à raison de la valeur (*al. 2*). Le calcul de celle-ci est toutefois réglé par le CPC (voir art. 89 ss).

<sup>60</sup> RS 0.275.11, en vigueur pour la Suisse dès le 1<sup>er</sup> janvier 1992.

Toutefois, comme en matière d'organisation judiciaire, certaines *matières* (la propriété intellectuelle, la concurrence et la responsabilité civile, conformément à l'art. 5, notamment), la juridiction commerciale (facultative) et la prorogation en faveur du tribunal supérieur (art. 7) restent réglementées au niveau fédéral. Certains *instruments de procédure* requièrent également l'uniformité: la demande reconventionnelle (art. 13 et 221), l'intervention principale (art. 71), l'appel en cause (art. 79), l'exécution des mesures provisionnelles (art. 263) et les attributions des tribunaux étatique dans l'arbitrage interne (art. 354 et 360).

L'*art. 3 AP* prévoyait le principe de la double instance (voir ch. 3.2.1). Le projet ne le mentionne pas car il figure dans loi sur le tribunal fédéral (art. 75, al. 2, LTF) et découle par ailleurs du système des recours (art. 304 ss). Sa reprise dans le CPC créerait un risque de confusion, seuls les tribunaux inférieurs de première instance étant soumis à un contrôle juridictionnel intracantonal.

#### *Art. 5* Instance cantonale unique

Actuellement déjà, le droit fédéral attribue à une instance cantonale unique la propriété intellectuelle, le droit de la concurrence et certaines secteurs de la responsabilité civile (voir art. 76 LBI<sup>61</sup>, art. 58, al. 3 LPM<sup>62</sup>, art. 37 LDES<sup>63</sup>, art. 42 loi fédérale sur la protection des obtentions végétales<sup>64</sup>, art. 64, al. 3, LDA<sup>65</sup>, art. 14, al. 1, LCart<sup>66</sup> et art. 23 LRCN<sup>67</sup>). Ces domaines spécialisés exigent une concentration du savoir faire juridique et technique. L'*al. 1* reprend le régime actuel. En relève expressément aussi le contentieux des licences d'exploitation (*let. a, b et e*). La création d'un Tribunal fédéral des brevets, à l'étude, entraînerait l'adaptation du CPC.

Le système de l'instance cantonale unique est étendu à deux domaines proches de la propriété intellectuelle: le contentieux de la LCD<sup>68</sup> (*let. d*) et celui relatif à l'usage d'une raison de commerce (*let. c*; voir art. 944 et 956 CO). Les cantons auront par ailleurs à désigner l'instance unique chargée de nommer un contrôleur spécial (*let. g*; voir art. 697b CO) et celle chargée de connaître des actions contre la Confédération (*let. f*) pour lesquelles l'action directe devant le Tribunal fédéral n'est pas ouverte (art. 41 OJ<sup>69</sup>, 120 LTF). Relèvent également des instances cantonales uniques les décisions de retour en cas d'enlèvements internationaux d'enfants (*let. h*; voir commentaire de l'art. 298)<sup>70</sup>.

<sup>61</sup> Loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention (RS 232.14).

<sup>62</sup> Loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance du 28 août 1992 (RS 232.11).

<sup>63</sup> Loi fédérale sur la protection des designs du 5 octobre 2001 (RS 232.12).

<sup>64</sup> Loi fédérale sur la protection des obtentions végétales du 20 mars 1975 (RS 232.16).

<sup>65</sup> Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (RS 231.1).

<sup>66</sup> Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (RS 251).

<sup>67</sup> Loi fédérale du 18 mars 1983 sur la responsabilité civile en matière nucléaire (RS 732.44).

<sup>68</sup> Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241).

<sup>69</sup> Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (RS 173.110).

<sup>70</sup> Voir le rapport final du 6 décembre 2005 de la Commission fédérale d'experts en matière de protection des enfants en cas d'enlèvement, p. 39 s.

La valeur litigieuse ne détermine la compétence de l'art. 5 que pour ce qui touche les litiges de concurrence déloyale, qui doivent dépasser 30 000 francs. Les litiges de valeur inférieure appartiennent généralement au droit de la consommation et relèvent de la procédure simplifiée, moins onéreuse (art. 239 ss).

Les *mesures provisionnelles* ont une importance particulière en ces domaines. On pense notamment à la confiscation des contrefaçons. Leur spécialité et leur complexité ainsi que le souci de célérité (par le regroupement de la procédure devant un tribunal) justifient qu'elles relèvent du tribunal compétent pour statuer au fond même lorsqu'elles sont requises avant l'introduction de l'action (*al.* 2).

#### Art. 6 Tribunal de commerce

Les cantons d'Argovie, de Berne, de St Gall et de Zurich, disposent d'importants tribunaux de commerce spécialisés qui ont remarquablement fait leurs preuves<sup>71</sup>. L'association aux magistrats des juridictions supérieures de juges spécialisés non professionnels issus des branches concernées en constitue le principal atout. Ces juridictions sont exercées par les tribunaux supérieurs de ces cantons, ce qui renforce l'autorité de leurs jugements. Leur rôle international également exclut leur abolition.

L'institution des tribunaux de commerce spécialisés est laissée à la liberté des cantons, mais le Conseil fédéral souhaite – comme la commission d'experts – en faciliter l'introduction. Sur ce point, le projet va plus loin que l'avant-projet. Les tribunaux de commerce statueront en *instance unique*, sans la possibilité de recours, ne serait-ce que restreint, à une autorité cantonale judiciaire supérieure, comme la prévoyait l'avant-projet. Les décisions de ces tribunaux seront directement passibles de recours en matière civile au Tribunal fédéral. La LTF autorise cette dérogation au principe de la double instance cantonale (art. 75, al. 2, let. b, LTF). Elle a été souhaitée en procédure de consultation (*al.* 1). La limitation des instances est commandée non seulement par la technicité de ces affaires mais aussi par la célérité que requièrent les procédures commerciales.

La *compétence matérielle* des tribunaux de commerce, inspirée des règles cantonales, est subordonnée à trois critères cumulatifs: le litige doit résulter de l'activité commerciale d'une partie au moins (*al.* 2, *let.* a), la décision à rendre doit être susceptible de recours civil au Tribunal fédéral (*al.* 2, *let.* b) et les parties doivent être inscrites au registre du commerce suisse ou étranger (*al.* 2, *let.* c). Le projet, plus restrictif que le droit actuel sur ce point<sup>72</sup> et contrairement à l'avant-projet, requiert l'inscription des *deux* parties à la procédure au registre du commerce. L'*acceptation tacite* de la compétence, contrairement toujours à la solution de l'avant-projet, n'est pas admise. Ces choix ont été dictés par le souci d'éviter que le contentieux de la consommation de plus de 30 000 francs – l'achat d'un véhicule privé par exemple – ne relève des tribunaux de commerce plutôt que de la juridiction ordinaire. L'admission de l'acceptation tacite pourrait exposer la partie au risque de perdre sans le vouloir la double instance cantonale de la procédure ordinaire.

Ce nonobstant, la compétence matérielle des tribunaux de commerce est délibérément large. L'*al.* 3 permet aux cantons de l'étendre encore aux litiges énumérés à l'art. 5 ainsi qu'aux litiges du droit des sociétés, des fonds de placement et des

<sup>71</sup> Voir David Rüetschi, Die Zukunft der Handelsgerichte, RSJ 2005, p. 29 ss.

<sup>72</sup> Voir p. ex. art. 5 CPC/BE en relation avec art. 55 OJ/BE; § 404 CPC/AG; § 62 s. OJ/ZH; art. 14 CPC/SG.

emprunts par obligations. Ils ont la faculté de subordonner l'extension à une valeur litigieuse. Le tribunal de commerce éventuellement institué est toujours compétent en matière de *mesures provisionnelles* (al. 4) afin d'éviter l'éclatement de la procédure.

#### *Art. 7* Action directe devant le tribunal supérieur

Le projet admet, comme l'avant-projet, la convention de prorogation en faveur du tribunal cantonal supérieur, à condition que le litige soit de nature patrimoniale et atteigne une valeur de 100 000 francs au moins (al. 1; voir art. 75, al. 2, let. c, LTF). *A contrario*, il exclut la prorogation dans d'autres cas.

L'option a fait ses preuves. Elle est spécialement utile dans les cantons ne disposant pas de tribunal de commerce spécial, lorsque les parties entendent renoncer à la première instance pour accélérer la procédure. La valeur litigieuse minimale de 100 000 francs est relativement élevée, comparée aux règles cantonales actuelles, mais elle est justifiée car elle crée une compétence extraordinaire à raison de la matière.

Selon l'al. 2, le tribunal prorogé statue en instance cantonale unique. Ses décisions ne peuvent faire l'objet d'un recours cantonal, même pas d'un recours extraordinaire restreint.

### **5.2.2 Compétence à raison du lieu**

Les art. 8 à 44 relatifs à la compétence à raison du lieu reprennent la loi sur les fors (LFors), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2001. Faute d'objet, celle-ci sera donc abrogée (voir ch. 1 de l'annexe).

La systématique et les règles de la LFors sont en principe reprises sans changement, réserve faite de quelques modifications ponctuelles consécutives à la pratique acquise à ce jour. La LFors repose sur la systématique du CC et du CO. Une autre systématique est imaginable en théorie, mais le CPC maintient la *concordance* avec le droit matériel. Sur le fond, seules les dispositions modifiées par rapport à la LFors sont commentées ci-après.

#### *Art. 8* For impératif

Cette disposition correspond à l'art. 2 LFors.

#### *Art. 9* Domicile et siège

Le for général du domicile ou du siège de la partie défenderesse correspond à l'art. 3 LFors.

Le for général s'appliquera expressément aux sociétés en nom collectif et en commandite (al. 1, let. b) et aux actions contre les cantons (al. 1, let. d), le siège de ceux-ci étant le chef-lieu. Pour les actions dirigées contre la Confédération en revanche, le demandeur bénéficie d'un régime plus favorable que dans la LFors; il pourra désormais choisir entre le tribunal supérieur du canton de Berne et le tribunal supérieur de son domicile, de son siège ou de sa résidence habituelle (al. 1, let. c).

*Art. 10* Résidence

L'art. 4 LFors est repris et une lacune est comblée en même temps: en l'absence de résidence habituelle du défendeur, le for est déterminé par sa dernière résidence connue (*al. 3*).

*Art. 11* Etablissement

Cette disposition correspond à l'art. 5 LFors.

*Art. 12* Mesures provisionnelles

Cette disposition correspond à l'art. 33 LFors.

La systématique commande que le for des mesures provisionnelles soit réglé désormais par les dispositions générales de compétence à raison du lieu. Les cantons restent en principe libres d'attribuer la *compétence matérielle* au tribunal compétent sur le fond ou à un juge unique (les exceptions figurent aux art. 5 et 6). Le for des mesures provisionnelles s'applique également à la preuve à futur (voir l'art. 155; conservation des preuves).

*Art. 13* Demande reconventionnelle

La disposition correspond à l'art. 6 LFors. Elle détermine exclusivement la compétence territoriale. La compétence matérielle est régie par l'art. 221.

*Art. 14* Consortité et cumul d'actions

La disposition reprend, comme l'avant-projet, l'art. 7 LFors, en précisant qu'elle n'est pas applicable lorsque la compétence résulte d'une élection de for (voir l'art. 88 pour le cumul d'actions).

*Art. 15* Appel en cause

La disposition reprend l'art. 8 LFors quant au contenu, mais abandonne la réserve en faveur du droit cantonal, sans objet en raison de l'introduction de l'appel en cause (art. 79 s.).

*Art. 16* Election de for

La disposition correspond à l'art. 9, al. 1 et 2 LFors. Les modifications sont purement rédactionnelles. Le télex, la télécopie et la messagerie électronique ne sont plus mentionnés à titre d'exemples, mais restent compris dans le champ d'application de la disposition.

La LFors (et l'avant-projet) prévoyait la possibilité pour le tribunal de décliner l'élection. La procédure de consultation a toutefois révélé que le déclinatoire – contraire aux standards internationaux – empêcherait de désigner un tribunal neutre, qui paraît convenir spécialement à la cause. Les nationaux seraient par ailleurs discriminés, l'art. 17 de la convention de Lugano et l'art. 5 LDIP ne connaissant pas un déclinatoire aussi étendu. Le CPC y renonce donc.

#### *Art. 17*            Acceptation tacite

La disposition correspond à l'art. 10, al. 1, LFors. L'acceptation tacite ne convient ni n'est applicable aux causes de droit privé social. Le projet ne prévoit pas, contrairement à l'avant-projet, la faculté pour le tribunal de décliner sa compétence (voir commentaire de l'art. 16).

#### *Art. 18*            Juridiction gracieuse

La disposition correspond à l'art. 11 LFors. Elle s'applique toutefois aussi aux *autorités administratives* qui, dans beaucoup de cantons, ont la charge de connaître maintes affaires gracieuses. Cette situation sera maintenue sous l'empire du CPC (voir commentaire à l'art. 1).

Le for du domicile ou du siège du demandeur, for ordinaire typique, s'applique à toutes les affaires gracieuses en l'absence de fors spéciaux tels que ceux de la déclaration de décès ou d'absence (art. 20), la modification des registres de l'état civil (art. 21), les successions (art. 27, al. 2), les droit immobiliers (art. 28, al. 4), les droits mobiliers (art. 29, al. 2), l'annulation des papiers valeurs (art. 41) et la convocation de l'assemblée des créanciers dans les emprunts par obligations (art. 42).

Les fors de la juridiction gracieuse sont *impératifs* par nature. L'élection et l'acceptation tacite de for sont exclues faute de partie adverse (art. 16 s.). Les fors spéciaux de la juridiction gracieuse sont, pour ce motif, explicitement déclarés impératifs, contrairement à ceux de la LFors. Le projet répond ainsi aux souhaits manifestés en procédure de consultation d'un règlement uniforme des compétences en la matière.

#### *Art. 19*            Protection de la personnalité et protection des données

L'avant-projet prévoyait le for ordinaire de l'acte illicite. La solution a été critiquée en procédure de consultation. Le CPC reprend donc l'art. 12 LFors soit le for spécial du domicile ou du siège de l'une des parties.

#### *Art. 20*            Déclaration de décès et d'absence

La disposition correspond à l'art. 13 LFors. Sa rédaction a toutefois été précisée: le for du dernier domicile connu de la personne disparue vaut non seulement pour la déclaration d'absence, mais aussi pour la déclaration de décès et son éventuelle annulation (art. 34 ss CC).

#### *Art. 21*            Modification des registres de l'état civil

La disposition remplace l'art. 14 LFors, mais substitue au terme «rectification» celui de «modification» (voir art. 245, let. a, ch. 3), qui correspond à la notion exacte (voir note marginale de l'art. 42 CC).

Les registres de l'état civil sont tenus par voie électronique depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2004 (art. 39, al. 1, CC). La Confédération gère pour les cantons la banque de données *Infostar* (art. 45a, al. 1, CC). Le registre n'est donc plus localisé à un endroit déterminé. L'ordonnance sur les registres de l'état civil<sup>73</sup> détermine la compétence terri-

<sup>73</sup> Ordonnance sur l'état civil du 28 avril 2004 (OEC; RS 211.112.2).

toriale des offices de l'état civil par arrondissement. Il en va de même de la compétence territoriale du tribunal (art. 30, al. 2 OEC). Le CPC suit cette solution, proposée en procédure de consultation.

*Art. 22* Requêtes et actions en matière de droit matrimonial

L'art. 22 CPC reprend l'art. 15 LFors sous une forme condensée et précise qu'il est également applicable aux mesures provisionnelles.

*Art. 23* Requêtes et actions en matière de partenariat enregistré

La disposition, reprise de l'art. 15a LFors de la loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personne du même sexe<sup>74</sup>, est analogue à celle du droit matrimonial (art. 22, al. 1).

*Art. 24* Constatation et contestation de la filiation

Contrairement à l'art. 16 LFors et à l'avant-projet, le CPC abandonne la pluralité des fors pour ces actions d'état civil, au profit de celui, unique et impératif, du domicile de l'une des parties. La simplification tient compte des vœux formulés en procédure de consultation et par les praticiens. Le for du demandeur est ainsi sauvegardé en cas d'action de l'enfant.

*Art. 25* Entretien et dette alimentaire

La disposition reprend l'art. 17 de la LFors sous une forme allégée.

Comme sous le régime de la LFors, ce for n'est applicable qu'aux actions d'entretien *indépendantes*. En cas de combinaison avec des actions de droit matrimonial ou des actions en paternité, les règles de compétence des art. 22 à 24 sont seules applicables pour garantir l'unité et l'économie de la procédure.

*Art. 26* Prétentions de la mère qui n'est pas mariée

Le CPC institue un for impératif pour les prétentions de la mère célibataire (art. 295 CC). Il comble ainsi une lacune de la LFors.

*Art. 27* Droit successoral

La disposition correspond à l'art. 18 LFors mais s'applique également aux litiges relevant de la loi sur le partenariat (*al. 1*).

L'action en attribution d'une exploitation ou d'un immeuble agricole<sup>75</sup> ne pourra plus être introduite au for alternatif du lieu de situation que si elle est indépendante (*al. 3*). Ne pourront être portées à ce for des conclusions ayant un autre fondement juridique, même successoral. Il suffira toutefois que l'immeuble soit soumis partiellement à la LDFR.

<sup>74</sup> Loi sur le partenariat enregistré (LPart; RS 211.231).

<sup>75</sup> Voir art. 11 ss de la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural (LDFR; RS 211.412.11).

## Art. 28 Immeubles

L'art. 28 reprend dans une large mesure l'art. 19 LFors. Le tribunal du lieu de situation de l'immeuble est compétent, comme jusqu'ici, pour connaître des actions réelles et des actions contre la *communauté des propriétaires d'étage* (al. 1, let. a et b). Le for alternatif au domicile du défendeur est également maintenu, sous réserve de deux modifications qui éliminent des points incertains de la LFors (al. 2):

- L'action doit viser des *droits* relatifs à un immeuble (p. ex. transfert de propriété, constitution d'une servitude, annotation d'un droit personnel); une simple relation de fait ne suffit pas. Une imprécision de la LFors est ainsi corrigée.
- Le for alternatif n'est pas applicable non plus aux actions en *constitution de droits de gages légaux* (al. 1, let. c). Ces actions relèveraient, en principe, de la règle générale de l'al. 2; un for centralisé au lieu de la situation de l'immeuble est toutefois d'une impérieuse nécessité: les demandes en inscriptions d'*hypothèques légales des artisans et entrepreneurs* émanant de plusieurs d'entre eux et portant sur le même immeuble en construction ne doivent pas être dispersées, compte tenu de leur connexité, de l'économie de procédure et par souci d'éviter des décisions contradictoires. Ce for unitaire spécial est également au programme de la révision des droits réels immobiliers et du droit du registre foncier<sup>76</sup>.

Pour la *jurisdiction gracieuse*, le projet dispose le for impératif de la situation de l'immeuble (al. 4) tel que le propose l'avant-projet relatif à la révision des droits réels immobiliers et du droit du registre foncier<sup>77</sup>.

## Art. 29 Biens meubles

La disposition reprend l'art. 20 LFors. Elle reprend en ce qui concerne la *jurisdiction gracieuse* (al. 2) la proposition de l'avant-projet de révision des droits réels immobiliers et du droit du registre foncier<sup>78</sup>.

## Art. 30 Actions découlant d'un contrat (Principe)

Le projet et l'avant-projet innovent en prévoyant ici le for non seulement du domicile de la partie défenderesse, mais aussi, alternativement, du *lieu d'exécution*, ce qui résout un problème qui se posait déjà lors de l'élaboration de la LFors<sup>79</sup> mais que le Parlement avait laissé en l'état<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> Voir art. 19, al. 1, let. bbis, LFors selon l'avant-projet de révision partielle du CC (Droits réels immobiliers et droit du registre foncier), l'avant-projet et le rapport explicatif peuvent être téléchargés sur internet: [www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch).

<sup>77</sup> Voir art. 11, al. 2, LFors selon l'avant-projet de révision partielle du CC (Droits réels immobiliers et droit du registre foncier), l'avant-projet et le rapport explicatif peuvent être téléchargés sur internet: [www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch).

<sup>78</sup> Voir art. 11, al. 3, LFors selon l'avant-projet de révision partielle du CC (Droits réels immobiliers et droit du registre foncier), l'avant-projet et le rapport explicatif peuvent être téléchargés sur internet: [www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch).

<sup>79</sup> Voir message du Conseil fédéral du 18 novembre 1998 concernant la LFors, FF 1999 2619 ss.

<sup>80</sup> BO 1999 N 1032.

Le for du lieu d'exécution répond à une exigence moderne<sup>81</sup> et son introduction (art. 27 AP) a été largement approuvée en procédure de consultation. Connue de la majorité des législations occidentales, il est consacré par le droit international européen (art. 5, ch. 1, CL). Il répond à un souci particulier du commerce et de l'industrie. Il est rationnel, les mesures provisoires et la procédure probatoire s'y déroulant plus facilement.

Le for du lieu d'exécution suscite néanmoins quelques questions quant à la *détermination* du lieu d'exécution: faut-il retenir le *lieu d'exécution juridique*<sup>82</sup> où doit être accomplie l'obligation principale selon la loi ou le contrat ou le *lieu d'exécution de fait* où la prestation litigieuse a été effectuée? Ou encore faut-il admettre les deux possibilités comme le prévoit la convention de Lugano?

Une conception large du lieu d'exécution augmente le risque que les relations contractuelles se dispersent et que les fors contractuels possibles se multiplient. Le *forum running* serait encouragé, conséquence indésirable mise en évidence par la convention de Lugano. Contrairement à celle-ci et contrairement au projet de LFors, le projet définit *restrictivement* le lieu d'exécution, l'identifiant exclusivement à celui de l'exécution de la *prestation caractéristique* (voir p. ex. art. 117 LDIP). Un contrat ne présente en général qu'une prestation de ce genre de sorte que le *splitting* est écarté. Le lieu d'exécution de la prestation caractéristique est déterminé par le contrat, à défaut par l'art. 74 CO.

La notion étroite du lieu d'exécution évite, dans les contrats bilatéraux (synallagmatiques), le problème suscité par la partie débitrice d'une *somme d'argent* (prix d'achat p. ex.). Les dettes d'argent sont présumées portables (art. 74 CO) mais il n'est guère concevable d'offrir au créancier demandeur (au vendeur p. ex.) le for de son domicile. Le fait que la dette d'argent dans la vente ne constitue pas la prestation caractéristique, élimine le *forum actoris* indésirable du vendeur.

La définition étroite du lieu d'exécution s'appuie sur l'art. 5, ch. 1 du règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>83</sup> et la révision en cours de la convention de Lugano. Le projet adopte cependant une solution plus simple dans la mesure où elle ne se limite pas aux contrats de vente de marchandises et aux contrats de services.

Le for du lieu d'exécution *ne s'applique pas à tous les contrats*. Il est remplacé par des fors spéciaux en matière de *droit privé social* notamment (contrat de consommation, baux à loyer, bail à ferme, droit du travail). Les fors disposés dans ces domaines, *leges speciales*, prennent le pas sur le for général contractuel (voir art. 31 ss). Les fors justifiés par la politique sociale ne sont donc pas écartés par l'introduction du for du lieu d'exécution.

La définition plus étroite du lieu d'exécution ne résout pas tous les problèmes. Le Conseil fédéral la reprend cependant en accord avec l'avant-projet et le résultat de la procédure de consultation. La récente réforme de la justice et l'unification de la procédure modifie la situation de l'époque de l'adoption de la loi sur les fors. Le for

81 Concernant le for du lieu d'exécution voir en général Vogel/Spühler, *Zivilprozessrecht*, chap. 4, n. 45d ss; Lucien William Valloni, *Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Lugano- und Brüsseler-Übereinkommen*, Zurich 1998.

82 Telle était la proposition du Conseil fédéral lors de l'élaboration de la loi sur les fors (voir FF 1999 2619 ss, 2644).

83 JOCE L 12 du 16.1.2001, p. 1 ss.

va cesser de déterminer la procédure applicable (différente, parfois, de celle en vigueur au domicile de la partie défenderesse) de sorte que la renonciation au for du domicile sera de moindre conséquence pour la partie défenderesse. Enfin, ce for permet d'éliminer l'*auto-discrimination* de la Suisse.

*Art. 31 Contrats conclus avec des consommateurs*

La disposition correspond à l'art. 22 LFors.

La notion étroite de contrat conclu avec des consommateurs, compromis issu d'un long débat parlementaire lors de l'adoption de la LFors, est reprise ici.

*Art. 32 Bail à loyer ou à ferme immobilier*

La disposition correspond à l'art. 23, al. 1, LFors. Il n'y a plus de for spécial pour le bail à ferme agricole puisqu'il n'y a pas de raison de traiter ce dernier autrement que le bail à ferme de locaux commerciaux. La procédure de consultation l'a souligné à juste titre.

*Art. 33 Droit du travail*

La disposition correspond à l'art. 24, al. 1 et 2 LFors. Peu importe que le litige concerne un problème de droit du travail relevant du CO ou d'une loi spéciale<sup>84</sup>.

Le projet renonce au for supplémentaire du lieu où le travailleur est détaché (voir art. 24, al. 3 LFors). Il ne répond pas à un besoin – dans des rapports internes à la Suisse du moins – ce genre de déplacement ayant un caractère temporaire.

*Art. 34 Renonciation aux fors légaux*

Les fors du procès social (art. 31–33) sont partiellement impératifs (à l'exemple de l'art. 21 LFors). L'avant-projet qui admettait la renonciation par *acceptation tacite* a été vivement critiqué en procédure de consultation. Le projet maintient par conséquent la prohibition de l'acceptation tacite du droit actuel.

*Art. 35 Acte illicite (Principe)*

La disposition correspond à l'art. 25 LFors.

Les fors spéciaux de la responsabilité civile sont repris de la LFors, à l'exception de celui qui concerne les *dommages collectifs*. L'avant-projet prévoyait également pour ceux-ci la compétence impérative du tribunal du lieu de l'accident de l'art. 27 LFors, précisant ainsi la règle en vigueur.

Lors de l'introduction de la LFors, ce for était contesté déjà et il l'est resté. Un for unique pour des dommages importants a été salué, mais la notion de «dommage collectif» a été considérée comme problématique en raison de son imprécision et de ce fait très difficile à appliquer. La critique a persisté et a été réitérée en procédure de consultation.

<sup>84</sup> P. ex. loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg; RS 151.1); loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (loi sur la participation; RS 822.14); loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE; RS 823.11).

Les règles de compétence doivent indiquer clairement et simplement le tribunal auquel s'adresser. Il faut éviter que la compétence territoriale donne lieu à de longs incidents dans un petit pays dont la procédure est unifiée. La doctrine a démontré qu'il était impossible de définir le dommage de masse ou collectif avec une précision qui permette de déterminer exactement le for. Le régime de l'art. 27 LFors ne procure qu'une apparence de sécurité et la teneur légèrement modifiée de l'avant-projet (concentration au lieu de l'accident, voir art. 35 AP) ne changerait rien à cela. Il semble facile de prévoir par exemple le nombre minimal de lésés ou la valeur minimale du dommage, mais la quantification paraît arbitraire.

Le Conseil fédéral renonce pour ce motif à ce for problématique. Les règles générales de compétence en matière d'acte illicite sont donc en principe applicables aux dommages collectifs. Les procès multiples peuvent être judicieusement coordonnés (art. 122 ss). Les lésés peuvent notamment se constituer *consorts*. Certains types de *grandes catastrophes* (accidents nucléaires p. ex.) restent soumis au droit spécial.

*Art. 36* Dommages-intérêts consécutifs à des mesures provisionnelles injustifiées

La règle est nouvelle. Les actions en dommages et intérêts du chef de mesures provisoires injustifiées relèvent de la compétence du tribunal du lieu où elles ont été ordonnées ou du tribunal du domicile de la partie défenderesse. Le for du lieu où les mesures ont été ordonnées (art. 12) est, en pratique, le mieux adapté.

13 cantons ont des dispositions équivalentes<sup>85</sup>. Le droit fédéral en connaît également (art. 273 LP p. ex.). L'art. 36 met fin aux disparités.

La disposition importe particulièrement en propriété intellectuelle. La concurrence commerciale est la terre d'élection des tentatives d'obtenir provisionnellement des interdictions de vente et d'utilisation (de marques, etc.) pour s'arroger des avantages de distribution. Le procédé peut être grandement dommageable et ses conséquences justifient l'adoption d'une règle parfaitement claire de compétence.

*Art. 37 et 38* Accidents de la circulation et conclusions civiles

Ces dispositions correspondent aux art. 26 et 28 LFors.

*Art. 39* Droit des sociétés

Cette disposition correspond à l'art. 29 LFors.

*Art. 40* Fusions, scissions, transformation et transferts de patrimoine

La disposition correspond à l'art. 29a LFors<sup>86</sup>, introduit par la loi sur les fusions<sup>87</sup>. Le for du siège de la société doit être observé pour les actionnaires et les créanciers de la société.

<sup>85</sup> Voir Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 12, n. 223.

<sup>86</sup> Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (LFus; RS **221.301**).

<sup>87</sup> Voir message du Conseil fédéral du 13 juin 2000 concernant la LFus, FF **2000** 4082, 4142 s., 4158.

*Art. 41* Annulation des papiers-valeurs, des polices d'assurance;  
interdiction de payer

La disposition correspond à l'art. 30 LFors. Par souci de clarté, les titres de participation en général (*al. 1*) et les polices d'assurance (*al. 3*) ont été mentionnés expressément. L'art. 13, al. 1, LCA peut ainsi être abrogé (voir annexe ch. 8).

Contrairement à la LFors, le projet prévoit pour l'annulation de titres de gages immobiliers un for spécial au lieu de situation de l'immeuble (*al. 2*). Il entérine la modification de l'art. 30 LFors prévue par la révision des droits réels immobiliers et du droit du registre foncier<sup>88</sup>.

*Art. 42* Emprunt par obligations

Le droit des emprunts par obligations (art. 1156 ss CO) a une forte dimension internationale. La compétence territoriale relève d'abord de la LDIP. Comme elle ne s'applique pas aux emprunts purement internes – imaginables –, ce for spécial est réintroduit dans le CO (voir art. 1165 P-CO, ch. 5 de l'annexe).

L'art. 31 LFors est repris mais précisé en ce qui concerne la relation entre les fors.

*Art. 43* Fonds de placement

La disposition correspond à l'art. 32 LFors mais en simplifie fortement la formulation. Elle devra être adaptée ultérieurement à la loi sur les fonds de placement collectifs de capitaux<sup>89</sup>.

La qualité pour agir appartient, selon la doctrine, non seulement aux investisseurs mais aussi au représentant de la communauté. Il est donc également mentionné<sup>90</sup>.

*Art. 44*

La disposition réserve, comme c'est le cas actuellement, l'application de la LP (voir art. 1, al. 2, let. b LFors) en précisant qu'en l'absence de for prévu par cette loi, la compétence territoriale est réglée par le CPC.

Sous l'empire de la LFors, d'aucuns estiment que la compétence territoriale est réglée, en cas de lacune de la LP, par le droit cantonal et quelques cantons se sont ralliés. D'autres auteurs ont soutenu l'application par analogie de la LFors<sup>91</sup>. La controverse devient sans objet.

Le for des actions LP se détermine selon la LP (art. 79, al. 1, LP pour l'action en reconnaissance de dette, art. 273 LP pour l'action en dommages-intérêts en cas de séquestre, art. 279, al. 2, LP pour l'action en validation de séquestre, art. 284 LP pour l'action en réintégration de biens, art. 242, al. 3, LP pour l'action en revendication, notamment). A défaut, il se détermine selon le CPC.

<sup>88</sup> Voir art. 30, al. 3, LFors selon l'avant-projet de révision partielle du CC (Droits réels immobiliers et droit du registre foncier), l'avant-projet et le rapport explicatif peuvent être téléchargés sur internet: [www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch).

<sup>89</sup> Projet concernant la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (loi sur les placements collectifs; LFP), FF **2005** 6148 s. ainsi que message du Conseil fédéral du 23 septembre 2005 concernant le LFP, FF **2005** 6085.

<sup>90</sup> Voir BSK-Dominik Vock, art. 32 LFors n. 3.

<sup>91</sup> Voir BSK-Claudia Meyer, art. 1 LFors n. 11 ss; Spühler/Vock, LFors, art. 1 n. 6.

### 5.2.3

### Récusation

#### *Art. 45* Motifs de récusation

L'art. 45 concrétise le droit constitutionnel à un tribunal impartial (voir art. 30, al. 1, Cst.). L'*al. 1*, let. a à d énumère à titre d'exemples quatre motifs de récusation. La let. e, clause générale, s'applique lorsque l'attitude particulière du juge est de nature à créer *une apparence* de partialité d'un point de vue objectif<sup>92</sup>. Peu importe alors qu'il soit réellement partial.

Les impératifs liés à une organisation judiciaire économique et à la célérité de la procédure ne permettent pas d'admettre que toute implication dans une procédure antérieure donne lieu à récusation. Le projet ne veut pas être plus exigeant que le droit cantonal actuel. L'*al. 2* – suggéré par la procédure de consultation – mentionne plusieurs exemples de participation ne la justifiant pas, en eux-mêmes. L'énumération est conforme à la jurisprudence fédérale<sup>93</sup>. Des circonstances particulières peuvent toutefois faire de ces hypothèses de justes motifs de récusation. On pense notamment au juge unique qui, en refusant l'assistance judiciaire gratuite au motif que l'affaire est dépourvue de chances de succès, ne laisse subsister aucun doute sur la manière dont il jugerait l'affaire au fond s'il avait à en connaître. La proposition de jugement faite en procédure de conciliation (art. 207) après avoir diligemment une procédure probatoire (art. 202, al. 2) fonde la récusation dans l'éventualité d'une procédure ultérieure. Le seul exercice des fonctions d'autorité de conciliation (art. 198) en revanche ne la justifie pas (*let. b*).

Comparé à l'avant-projet, le projet règle les motifs de récusation de manière plus systématique et en accord avec ceux de la LTF et du CPP.

#### *Art. 46* Obligation de déclarer

Le magistrat ou le fonctionnaire judiciaire en situation de récusation a l'obligation de l'annoncer en temps utile, avant d'exercer ses fonctions, et de se récuser spontanément. L'expert judiciaire est astreint à la même obligation en sa qualité d'auxiliaire de la justice.

La disposition a également été adaptée aux autres lois de procédure (LTF, CPP).

#### *Art. 47* Demande de récusation

La demande de récusation est faite immédiatement, oralement ou par écrit, à l'adresse de la personne concernée (*al. 1*). Lorsque la cause de récusation est découverte en audience, la récusation doit être requise avant qu'elle ne soit levée, sous peine de péremption. La cause de récusation doit être rendue vraisemblable. La personne récusée a l'occasion de se déterminer (*al. 2*).

La disposition a également été adaptée à la LTF et au CPP.

<sup>92</sup> Voir ATF 126 I 68.

<sup>93</sup> ATF 131 I 113 (concerne la décision négative sur les chances de succès en matière d'assistance judiciaire); arrêt du TF 5P.58/2005 (concerne l'administration provisoire des preuves).

*Art. 48* Procédure; décision

C'est le tribunal qui statue (*al. 1*) en cas de contestation d'une récusation requise (art. 47) ou déclarée par la personne concernée (art. 46). La personne récusée ne participe pas à la décision. Les cantons règlent la compétence matérielle. La décision est susceptible de recours limité au droit (*al. 2*).

*Art. 49* Conséquences de l'inobservation des règles sur la récusation

Les actes judiciaires auxquels a participé une personne tenue de se récuser sont annulés puis renouvelés. L'annulation n'est pas prononcée d'office mais à requête de la partie intéressée, déposée dans les cinq jours à compter de la connaissance du motif de récusation (*al. 1*).

Les mesures probatoires non renouvelables sont soumises à des règles particulières. Dans l'intérêt de la recherche de la vérité elles sont maintenues (*al. 2*). Leur valeur probante est déterminée selon le principe de libre appréciation des preuves (art. 154). Le motif de récusation qui est découvert après l'entrée en force de la décision est un motif de révision (*al. 3*).

L'art. 49 correspond aux dispositions de la LTF.

## **5.3 Principes de procédure et conditions de recevabilité**

### **5.3.1 Principes de procédure**

*Art. 50* Respect des règles de la bonne foi

Le comportement conforme aux règles de la bonne foi est un principe fondamental de l'ordre juridique suisse (art. 2, al. 1, CC). Il s'applique également en matière de procédure civile.<sup>94</sup> Plusieurs codes cantonaux récents le prévoient expressément<sup>95</sup>. Comme l'avant-projet, le projet propose d'en faire une règle de procédure autonome (voir aussi l'art. 3 P-CPP). Le respect du principe de la bonne foi par les tribunaux découle déjà de l'art. 9 Cst.

*Art. 51* Droit d'être entendu

L'*al. 1* reprend mot pour mot l'art. 29, al. 2, Cst. Le droit d'être entendu est un droit procédural à ce point fondamental qu'il est mentionné expressément et concrétisé à l'*al. 2* en relation avec le droit de consulter le dossier. Comme proposé lors de la procédure de consultation, le projet prévoit la possibilité de refuser la consultation du dossier si des intérêts publics ou privés prépondérants – comme le secret d'affaires par exemple – le justifient. Cette règle correspond à la jurisprudence du Tribunal fédéral sur le droit d'être entendu<sup>96</sup> (voir l'art. 153 pour la procédure d'administration des preuves et l'art. 56, al. 2, LTF).

<sup>94</sup> ATF 111 II 62 ss; 123 III 220 ss; voir cependant arrêt du 30 mars 2005, 4C.406/2004, cons. 4.

<sup>95</sup> Voir § 50, al.1 CPC/ZH; art. 54 CPC/UR; § 57 CPC/LU; § 77 CPC/AG.

<sup>96</sup> P. ex., ATF 122 I 153 ss

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), tout acte des parties (ou les observations déposées par l'instance précédente) doit être porté à la connaissance de la partie adverse<sup>97</sup>. La prise en compte d'observations éventuelles dans la procédure dépend quant à elle du type de procédure et du moment du dépôt du document, ainsi que de la manière dont l'admission des faits nouveaux est réglée (voir art. 225 et 243).

#### Art. 52 Principe de publicité

L'art. 52 concrétise le principe constitutionnel prévu à l'art. 30, al. 3, Cst. L'*al. 1, 1<sup>re</sup> phr.*, prévoit la publicité des délibérations du tribunal. L'avant-projet laissait les cantons libres de décider de ce point. Les avis des participants à la consultation étaient partagés à cet égard. Cette question touche certes l'organisation judiciaire. Mais l'on doit accorder une importance plus grande à son rapport direct à la procédure du fait que les délibérations constituent un moment important dans le déroulement du procès. Enfin, cette question met en jeu des intérêts fondamentaux: accès de la presse et du public au procès et prise de décision des juges qui ne soit pas perturbée. Ces éléments justifient une réglementation unifiée.

Le projet privilégie la *transparence* de la procédure. La publicité des délibérations favorise par ailleurs l'*acceptation de la décision* par les parties. Elles comprendront bien mieux les arguments du tribunal qu'en se basant sur la décision écrite. Elles seront également moins incitées à demander une motivation écrite (art. 235, al. 2, let. a), ce qui contribuera à décharger les tribunaux.

Les *décisions* sont elles-mêmes accessibles au public (*al. 1, 2<sup>e</sup> phr.*). Les participants à la consultation ont demandé à ce que le texte de loi le prévienne explicitement.

Le principe de publicité ne vaut cependant pas sans exception (*al. 2*). Le tribunal procède à cet égard à une pesée des intérêts. Par contre, la publicité est exclue de par la loi dans les litiges de droit de la famille (*al. 3*).

#### Art. 53 Maxime des débats et maxime inquisitoire

L'*al. 1* définit la maxime des débats, un principe classique du droit de procédure civile. Il est de mise dans la procédure ordinaire (voir le commentaire de l'art. 216). Le principe opposé – la maxime inquisitoire – doit être prescrit explicitement par la loi pour s'appliquer (*al. 2*). Cette maxime vaut en particulier dans la procédure simplifiée et en partie également dans la procédure sommaire (voir le commentaire des art. 243 et 251). Les affaires relevant du droit de la famille sont également régies pour l'essentiel par la maxime inquisitoire (voir le commentaire des art. 272 et 291).

#### Art. 54 Interpellation par le tribunal

Le principe selon lequel la maxime des débats doit être assouplie par une intervention du juge dans des situations définies par la loi n'a pas été contesté lors de la consultation (voir le commentaire de l'art. 151). Mais le fait qu'il s'agisse d'un droit du tribunal qu'il exerce selon son appréciation a par contre été considéré comme peu clair et donnant une liberté au juge dans des situations où il devrait avoir le devoir d'intervenir. D'autre part, l'intervention du juge en cas d'actes ou de déclarations

<sup>97</sup> Voir l'arrêt de la CEDH du 11.10.2005, affaire Spang c. Suisse (45228/99) et l'arrêt du TF 5P.431/2003.

incomplets a été jugée comme trop contradictoire avec la maxime des débats, risquant de vider le principe de sa substance.

Le projet tient compte de ces critiques en réglant la question de manière différenciée: sur le principe, un devoir général d'interpeller incombe au tribunal. Mais son contenu dépend du type de procédure: dans les procédures où la maxime des débats prévaut, il n'intervient qu'en cas de manquement manifeste des parties. Si c'est par contre la maxime inquisitoire qui s'applique, il va sensiblement plus loin (voir le commentaire de l'art. 243).

#### *Art. 55* Application du droit d'office

Cette disposition prévoit un principe classique (*iura novit curia*). Elle se réfère tant au droit matériel qu'au droit de procédure (pour le droit étranger, voir art. 148, al. 3).

#### *Art. 56* Principe de disposition et maxime d'office

L'*al. 1* énonce le principe de disposition, typique de la procédure civile. Les prescriptions légales selon lesquelles le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties sont réservées à l'*al. 2* (voir p. ex. l'art. 261, al. 3 et l'art. 291).

### **5.3.2 Conditions de recevabilité**

#### *Art. 57* Principe

L'*al. 1* correspond au droit de procédure actuel. L'*al. 2* contient une liste non exhaustive des conditions de recevabilité requises par le droit fédéral<sup>98</sup> ou le droit cantonal. En fait partie en particulier l'intérêt digne de protection. Cet intérêt peut être de fait ou de droit.

Il ne se justifierait pas que l'intérêt à recourir en matière civile au Tribunal fédéral soit formulé différemment, plus restrictivement que dans la procédure devant les tribunaux cantonaux. La loi sur le Tribunal fédéral a de ce fait été adaptée (voir l'art. 76 P-LTF, ch. 2 de l'annexe) pour admettre également un intérêt digne de protection en cas de recours en matière civile. Cette modification remédie à une incohérence de la LTF et permet d'admettre aux mêmes conditions le recours contre des décisions prises en application de normes de droit public dans des matières connexes au droit civil (art. 72, al. 2, let. b, LTF) et le recours en matière de droit public (art. 89, al. 1, LTF).

#### *Art. 58 et 59* Examen des conditions de recevabilité; convention d'arbitrage

L'examen d'office des conditions de recevabilité est un principe généralement reconnu dans le droit en vigueur (*art. 58*). Dans les faits, le tribunal sera tributaire des allégués des parties, s'agissant par exemple de l'absence de litispendance préexistante ou d'autorité de la chose jugée.

<sup>98</sup> Art. 34, al. 1, LFors (compétence à raison du lieu), ATF 120 II 5 (intérêt digne de protection), ATF 77 II 9 ss, 42 II 555 ss (capacité d'être partie ou d'ester en justice), ATF 114 II 186 ss (absence de litispendance), ATF 95 II 639 ss, 121 III 477 ss (absence d'autorité de la chose jugée)

Il n'est pas nécessaire de régler les détails de la procédure d'examen de la recevabilité, comme cela a été requis lors de la procédure de consultation. Le juge examinera toujours la recevabilité d'entrée de cause et, si nécessaire, à tout moment par la suite jusqu'à la décision finale, conformément à la pratique actuelle. Il peut même limiter le procès à la question de la recevabilité (voir art. 123 et 219, al. 3).

S'agissant des conséquences d'une convention d'arbitrage (art. 59), se reporter aux commentaires relatifs à l'arbitrage (art. 370, al. 2).

## 5.4 Litispendance et désistement d'action

### Art. 60 Début de la litispendance

Les procédures civiles cantonales prévoient différentes réglementations pour fixer le début de la litispendance. Cette situation a créé des insécurités dans la pratique. Les effets de la litispendance sont d'une importance primordiale pour la procédure (voir le commentaire de l'art. 62).

Selon le présent projet, l'instance est introduite d'une manière uniforme par le dépôt de la requête de conciliation. Lorsqu'une procédure de conciliation n'est pas prévue, c'est le dépôt de la demande en procédure sommaire, le dépôt de la requête ou de la requête commune en divorce qui est déterminant (al. 1). Le dépôt de la demande est actuellement déjà décisif en matière de divorce (art. 136, al. 2, CC, voir ch. 3 de l'annexe) et pour les demandes dans les rapports internationaux (art. 9, al. 2, LDIP).

Quant au contenu, l'al. 1 reprend la notion actuelle du *dépôt de la demande*: elle comprend tout acte introductif ou préparatoire demandant pour la première fois la protection au juge dans la forme requise<sup>99</sup>. Le Tribunal fédéral a défini cette notion pour trouver une solution uniforme dans toute la Suisse afin de résoudre le problème du respect des délais de péremption<sup>100</sup> qui occupe une place extrêmement importante dans la pratique. A l'avenir, le dépôt de la demande ne déterminera pas seulement le *respect des délais*, mais *fondera également la litispendance* (étant précisé que la remise de la requête ou de la demande à un office de poste suisse dans le délai est suffisante, art. 141). Fixer le moment de la litispendance au plus tôt correspond aux exigences d'un droit de procédure moderne. Cela permet de déterminer clairement le for et d'empêcher le *forum running* qui n'est pas souhaitable.

Comme suggéré lors de la procédure de consultation, une attestation de dépôt de l'acte introductif d'instance est délivrée d'office aux parties (al. 2) et non seulement sur requête comme le prévoyait l'avant-projet.

<sup>99</sup> ATF 118 II 479, 487

<sup>100</sup> P. ex. pour la contestation des décisions d'une association (art. 75 CC), la contestation de la paternité (art. 256c CC), l'action successorale en nullité et en réduction (art. 521 et 533 CC), la contestation de la résiliation en matière de baux à loyer (art. 273 CO), la contestation d'une décision d'assemblée générale de la société anonyme (art. 706a CO); voir aussi les nombreux délais des actions de la LP.

*Art. 61* Litispendance en cas d'incompétence du tribunal ou d'utilisation de la fausse procédure

Il arrive qu'une partie s'adresse à un tribunal incompétent ou choisit pour sa requête une procédure non prescrite (p. ex. choix de la procédure sommaire en lieu et place de la procédure ordinaire). Dans un premier temps, la litispendance déploie tous ses effets. Même le délai péremptoire pour l'ouverture d'une action est respecté (art. 141). Mais si le tribunal n'entre pas en matière sur la demande (ou si la partie se désiste), la litispendance cesse. Même le respect du délai d'ouverture d'action serait mis en question dans certains cas. Ces conséquences fâcheuses sont évitées par les, al. 1 et 2 (voir l'art. 34 LFors), à condition que la partie s'adresse durant le délai légal supplémentaire au tribunal compétent ou utilise durant ce délai la procédure prescrite. Dans ce cas, la litispendance est maintenue et l'acte est réputé déployer des effets dès le premier dépôt. Il n'y a toutefois pas de transmission d'office. Les charges supplémentaires du tribunal qui seraient liées à une transmission d'office ont déjà été refusées par les cantons lors de la discussion de la loi sur les fors.

Cette réglementation généralise l'application du principe de l'art. 139 CO, qui peut ainsi être abrogé (ch. 5 de l'annexe).

L'al. 3 réserve les délais légaux des actions spéciales de la LP (voir art. 32, al. 3, LP qui peut être abrogé, ch. 17 de l'annexe). S'agissant des actions de la LP, le délai supplémentaire d'ouverture d'action est donc déterminé dans chaque cas par le délai légal (plus court) d'action. Il est, par exemple, de 20 jours dans le cas de l'action en libération de dette (art. 83, al. 2, LP), de 10 jours pour l'action en contestation de l'état de collocation (art. 140 LP) et de 10 jours pour l'action en validation de séquestre (art. 279 LP).

*Art. 62* Effets de la litispendance

Cette disposition régit les deux effets les plus importants de la litispendance. Il s'agit d'une part, du caractère exclusif du lien d'instance: selon la *let. a*, une cause identique ne peut pas être portée en justice devant un autre tribunal. Les causes sont identiques lorsqu'il s'agit de la même cause entre les mêmes parties (*eadem res inter easdem partes*). L'absence de litispendance devant un autre tribunal est une condition de recevabilité et doit être examinée d'office (art. 57 s.) Une jurisprudence et une doctrine abondantes traitent de l'identité de la cause. Elles gardent toute leur valeur. Conformément à la *let. b*, la compétence à raison du lieu reste acquise même si les faits qui la fondent disparaissent (*perpetuatio fori*).

D'autres effets de la litispendance sont réglés par le présent projet dans leur contexte: ainsi la litispendance d'une action fonde *le for de la reconvention* (art. 13). De plus, la litispendance fixe la compétence matérielle pour une *action en paiement non chiffrée* (art. 83, al. 2). En outre, la litispendance rend plus difficile la *modification des conclusions* (art. 226). Enfin, la litispendance a également des effets sur le droit matériel, par exemple sur la liquidation du régime matrimonial (art. 204 et 236 CC).

*Art. 63* Conséquence du désistement d'action

En vertu de la maxime de disposition, la partie demanderesse peut retirer en tout temps sa demande. Le désistement, jusqu'à un moment précis, ne devrait pas avoir de conséquences négatives afin de faciliter des solutions à l'amiable. Toutefois, à

partir d'un moment déterminé, l'action doit être poursuivie. L'*obligation de poursuivre l'action* signifie que le désistement a le même effet que le rejet de l'action sur le fond (voir art. 237). L'autorité de la chose jugée empêche alors l'introduction d'une nouvelle action.

Donnant suite à un désir exprimé lors de la procédure de consultation et conformément à la plupart des codes de procédure cantonaux, le présent projet fixe le moment décisif: après la notification de la demande à la partie défenderesse, le retrait de la demande vaut en principe passé-expédient. Cette conséquence ne peut être évitée que dans le cas où la partie défenderesse donne son accord au retrait ou lorsque le retrait s'effectue en vertu de l'art. 61 (la pratique parle dans ces cas par analogie avec l'art. 139 CO de «retrait justifié»). Le droit de retrait n'influence toutefois en rien l'obligation de la partie demanderesse de supporter les frais de la procédure engendrés jusqu'alors (voir art. 104, al. 1).

## **5.5 Les parties et la participation de tiers**

### **5.5.1 Capacité d'être partie et d'ester en justice**

#### *Art. 64* Capacité d'être partie

La locution désigne la faculté d'être titulaire des droits et des obligations qui résultent de l'instance. Elle requiert en principe la *jouissance des droits civils* (*let. a*) dont elle est un aspect. Sont toutefois réservés les cas dans lesquels elle est attribuée sans égard à la jouissance des droits civils (*let. b*), notamment: la communauté des propriétaires d'étage (art. 712/ CC), la société en nom collectif (art. 562 CO), la succession non partagée (art. 49 et 59 LP), la masse en faillite et en liquidation concordataire (art. 240 et 319 LP).

#### *Art. 65* Capacité d'ester en justice

La capacité d'ester en justice, élément de l'exercice des droits civils, est la faculté de procéder par ses propres actes (*al. 1*). La personne qui en est pourvue peut procéder personnellement (capacité de *postuler*) ou par l'intermédiaire d'un mandataire.

Conformément au droit civil, les intérêts de la personne dépourvue de capacité d'ester en justice sont en principe aux soins du représentant légal (*al. 2*). Elle peut exercer toutefois librement les droits strictement personnels si elle est capable de discernement (*al. 3, let. a*; voir art. 19, al. 2, CC). Elle peut, à l'exemple de la procédure cantonale, accomplir provisoirement les actes nécessaires s'il y a péril en la demeure (*al. 3, let. b*).

### **5.5.2 Représentation des parties**

#### *Art. 66* Représentation conventionnelle

La personne capable d'ester en justice peut se faire représenter au procès par une personne de son choix (*al. 1*). En principe, toute personne de confiance a vocation à la représenter. Le brevet d'avocat n'est requis que des personnes exerçant professionnellement la représentation en justice.

La *représentation professionnelle* est réservée – conformément à l’art. 40, al. 1, LTF – aux avocats habilités selon la LLCA à exercer la profession (*al. 2, let. a*), à savoir les avocats enregistrés (art. 4 LLCA), les avocats non enregistrés que les cantons autorisent à pratiquer à l’intérieur du canton (art. 3, al. 2, LLCA) et les avocats étrangers ressortissants de l’Union européenne et de l’AELE (art. 21 ss LLCA).

Sont également habilités les agents d’affaires brevetés<sup>101</sup> selon le droit cantonal et les représentants professionnels au sens de l’art. 27 LP. Leur champ d’activité est toutefois réduit aux procédures sommaires de la LP (*al. 2, let. b*): la mainlevée, le séquestre, les requêtes de faillite et de sursis concordataire notamment.

Le représentant justifie en général de ses pouvoirs au moyen d’une procuration écrite (*al. 3*). Le représenté peut être astreint à comparaître personnellement (*al. 4* et, concernant l’obligation plus large en procédure de conciliation et en procédure matrimoniale, art. 201, 269 et 273).

#### *Art. 67* Incapacité de procéder

L’*al. 1* dispose, à l’exemple de plusieurs procédures cantonales, que le tribunal peut inviter une partie hors d’état de procéder seule à constituer un mandataire. Si la partie ne donne pas suite à l’invitation, le tribunal lui désigne d’office un représentant. Le projet suit ainsi la règle de la LTF et les vœux exprimés en procédure de consultation. Le représentant désigné de la sorte a dans ses relations avec le représenté et avec l’Etat un statut semblable à celui de l’avocat d’office en procédure pénale<sup>102</sup>. Les frais y relatifs et leur avance sont à la charge du représenté, s’il ne bénéficie pas de l’assistance judiciaire.

Le tribunal avertit l’autorité tutélaire lorsque des mesures de sa compétence paraissent indiquées (*al. 2*) et il suspend au besoin la procédure (art. 124) en attendant la décision de l’autorité tutélaire.

### **5.5.3**                    **Consortité**

#### *Art. 68*                    Consortité nécessaire

L’*al. 1* définit la notion de consortité nécessaire. Le droit matériel détermine les cas dans lesquels il est nécessaire de procéder en commun, activement ou passivement. Ainsi l’action en partage d’un cohéritier doit-elle être dirigée en principe contre tous les autres (art. 604 CC). Lorsque l’action n’est pas introduite par ou dirigée contre les parties tenues de procéder en commun, la légitimation active ou passive fait défaut et la demande, non fondée, doit être rejetée.

L’*al. 2*, inspiré de procédures cantonales (p. ex. ZH, BE, SZ, OW) prévoit que l’acte de procédure accompli en temps utile par l’un des consorts vaut également pour ceux qui n’ont pas agi. Les défaillants sont en quelque sorte représentés par lui. Ce tempérament ne vaut toutefois ni pour le dépôt de la demande ni pour l’exercice de recours; tous les consorts doivent procéder.

<sup>101</sup> Voir p. ex. loi lucernoise d’introduction à la LP du 22 octobre 1996 (SRL n° 290).

<sup>102</sup> Voir arrêt du TF 1P.285/2004, cons. 2.4.

#### *Art. 69*      Consortité simple

L'*al. 1* définit la consorité simple. L'action conjointe est subordonnée à l'existence de faits ou de moyens de droit semblables. Par exemple, de locataires d'un immeuble de plusieurs appartements contestant une augmentation de loyer, de travailleurs s'opposant à un licenciement collectif et de consommateurs victimes d'un produit défectueux agissant contre le fabricant. La consorité joue en quelque sorte le rôle d'«action collective», avec la différence que chaque demandeur a qualité de partie (voir commentaire de l'art. 87) et procède de son propre gré. La consorité simple active a un caractère volontaire en ce sens que, contrairement à la consorité nécessaire, les actions peuvent être intentées séparément. La réunion en un même procès résulte de l'opportunité et non de l'exigence du droit matériel. La consorité simple passive se présente, par exemple, lorsque plusieurs personnes prétendent co-responsables d'un dommage sont actionnées ensemble par le lésé.

L'*al. 2* limite la consorité simple aux causes relevant de la même procédure (ordinaire, simplifiée ou sommaire). La restriction correspond au droit actuel. Le type de procédure se détermine selon la valeur litigieuse de chaque prétention malgré l'addition des valeurs litigieuses (art. 91, al. 2). Lorsque dix travailleurs, par exemple, ouvrent conjointement action contre leur employeur, à raison de 5000 francs chacun, la procédure simplifiée reste applicable (art. 239), bien que la valeur litigieuse totale soit supérieure à 50 000 francs. En matière de droit civil social en particulier, l'application de la procédure ordinaire rendrait en fait la consorité impossible.

L'*al. 3* reprend l'exigence formulée en procédure de consultation que chaque consort puisse procéder indépendamment des autres.

#### *Art. 70*      Représentant commun

Ni les consorts nécessaires ni les consorts simples ne sont obligés de commettre un représentant commun. A défaut de représentation commune, les actes sont notifiés à chaque consort personnellement, respectivement à son représentant.

### **5.5.4                    Intervention**

#### *Art. 71*              Intervention principale

Contrairement à l'avant-projet, la disposition règle expressément l'intervention principale pour répondre à une demande formulée en procédure de consultation. L'*al. 1* définit l'intervention principale de la même manière que le droit de procédure actuel. Elle est formée directement devant le tribunal saisi, sans procédure de conciliation (art. 195).

Afin d'éviter des jugements contradictoires, le procès peut être suspendu, jusqu'à droit connu sur la demande d'intervention (art. 124); le tribunal peut aussi joindre les procédures (*al. 2*; art. 123).

Cette forme d'intervention permet à une tierce personne de participer à la procédure comme *partie accessoire* (art. 72), de sa propre initiative, ou à l'*appel d'une partie principale* (dénonciation d'instance). Ayant un intérêt juridique à ce qu'elle obtienne gain de cause, l'intervenant soutient la partie principale, à l'exemple du fabricant de produits défectueux participant au côté du vendeur au procès en dommages-intérêts intenté par l'acheteur. Le vendeur pourrait, s'il était condamné, se retourner contre lui. L'intervenant doit rendre son intérêt vraisemblable. L'intervention peut avoir lieu en tout temps de la procédure, même en deuxième instance.

L'art. 73, al. 1 règle le contenu de la requête d'intervention. Le tribunal statue, après audition des parties principales, à charge de recours limité au droit (al. 2 et art. 316 ss).

L'intervenant peut accomplir tous les actes de procédure compatibles avec le stade de la procédure, comme la partie principale (art. 74, al. 1). Ses actes dépendent toutefois de la volonté de la partie principale et ne sont valables que s'ils ne la contredisent pas (al. 2).

La restriction est connue de la majorité des procédures cantonales, car seule la partie principale peut disposer de l'objet du litige. L'intervenant n'a pas le pouvoir d'accomplir des actes de disposition (acquiescement, désistement, retrait de demande etc.). Les conclusions reconventionnelles ou le retrait d'un recours de la partie principale ne sont pas autorisés non plus. La partie principale peut en revanche retirer un recours de l'intervenant ou transiger. L'intervenant accessoire, au contraire du principal (art. 71), occupe une *position dépendante*. La compatibilité de ses actes avec ceux de la partie principale dépend du contexte de l'affaire. Une opposition formelle de la partie principale n'est pas requise.

L'art. 75 règle enfin les effets de l'intervention. Le droit matériel ouvre souvent à la partie principale qui succombe une action récursoire contre l'intervenant (ainsi, le vendeur du produit défectueux, perdant dans le procès intenté par l'acheteur, peut-il, attaquer le fabricant). Se pose alors la question de savoir si l'intervenant – défendeur à l'action récursoire – peut mettre en question les éléments tranchés par le jugement antérieur, qui lui sont défavorables.

Les procédures cantonales sont muettes<sup>103</sup>, aussi la pratique et la doctrine ont-elles développé des solutions inspirées principalement de la vente (art. 193 CO), qui ont fait leurs preuves. Le jugement rendu contre la partie principale lie en principe l'intervenant. Cette extension de l'autorité du jugement, opposable dans ses motifs et son dispositif à l'intervenant, est tempérée par les exceptions des *let. a et b*. Le projet correspond à l'art. 193, al. 2, CO, qui peut être abrogé (ch. 5 de l'annexe).

## 5.5.5 Dénonciation d'instance et appel en cause

Le projet institue deux sortes d'interventions provoquées:

- La dénonciation d'instance (art. 76 ss) correspond à la *litisdenuntiatio* de la grande majorité des procédures cantonales.

<sup>103</sup> Voir toutefois art. 51 CPC/BE ainsi que art. 55 CPC/TL.

- L'appel en cause<sup>104</sup> (art. 79 s.), qui a son origine dans le droit français et qui a la fonction de l'*Interventions- ou Gewährleistungsklage*, n'est connu que des cantons de Genève, Vaud et Valais<sup>105</sup>.

La partie principale qui entend provoquer l'intervention d'un tiers au procès peut en principe choisir entre la dénonciation d'instance qui fera de ce tiers une partie accessoire ou l'appel en cause qui en fera une partie principale indépendante.

#### *Art. 76 à 78*      Dénonciation d'instance

La dénonciation d'instance classique est, dans ses effets, réglée essentiellement par le droit matériel<sup>106</sup>. Une partie principale ou accessoire invite formellement un tiers (le dénoncé) à participer au procès à ses côtés. La raison peut en être l'éventualité d'un recours du dénonçant qui succombe contre le dénoncé ou, inversement, d'un recours du dénoncé contre le dénonçant (*art. 76, al. 1*).

La dénonciation d'instance est possible en tout temps pendant le procès. Pour faciliter l'intervention du dénoncé (art. 72 ss), il se justifie d'y pourvoir dès que possible. Le dénoncé peut à son tour dénoncer l'instance (*art. 76, al. 2*).

L'*art. 77* a trait à la position du dénoncé. Normalement, il interviendra à titre accessoire. Il n'a pas alors, comme en cas d'intervention spontanée, à rendre vraisemblable son intérêt juridique (*let. a*) – la dénonciation d'instance suffit à le légitimer. Le dénoncé peut conduire le procès à la place du dénonçant si celui-ci y consent (*let. b*). Il devient alors partie principale<sup>107</sup> et conduit le procès en son nom sans devenir pour autant titulaire du droit litigieux (*Prozessstandschaft*). L'accord de la partie adverse n'est pas requis.

Le droit de procédure ne contraint personne à intervenir à l'instance. Le procès suit son cours lorsque le dénoncé ne donne pas suite à l'invitation (*art. 77, al. 2*). Une obligation de prendre activement fait et cause pour le dénonçant peut résulter du droit matériel, notamment du principe de la bonne foi. L'*art. 75* s'applique par analogie aux effets de la dénonciation d'instance (*art. 78*).

#### *Art. 79 et 80*      Appel en cause

L'*appel en cause* est l'alternative qualifiée de la *litisdenuntiatio* ordinaire. L'appelant ne fait pas qu'inviter le tiers, mais ouvre directement action contre lui. Ainsi du vendeur, actionné en dommages-intérêts par l'acheteur, qui ne se limite pas à dénoncer l'instance au fabricant, mais ouvre directement action récursoire contre celui-ci. Le vendeur attrait ainsi le fabricant devant le tribunal saisi de l'action en dommages-intérêts. La *connexité* justifie que le tribunal saisi de cette action-ci soit également compétent, *ratione loci vel materiae*, pour juger de cette action-là.

L'appel en cause réunit les prétentions de parties différentes en un seul procès. Le système offre maints avantages<sup>108</sup>:

<sup>104</sup> Voir Fabienne Hohl, Procédure civile I, p. 127 ss.

<sup>105</sup> Art. 104 s. CPC/GE; art. 83 ss CPC/VD; art. 53 ss CPC/VS.

<sup>106</sup> L'*art. 193 CO* en est l'origine.

<sup>107</sup> Autrement p. ex. art. 49 CPC/BE.

<sup>108</sup> Voir Jacques Haldy, De l'utilité de l'appel en cause, RSPC 2005 439 ss.

- L'appel en cause s'exerce devant le tribunal non pas, seulement, du *lieu de la procédure principale* mais *directement devant celui même qui est saisi déjà du procès principal*; des procès distincts, soutenus à des fors différents et le risque de jugements contradictoires sont ainsi évités.
- Une synergie bénéfique est ainsi créée et exploitée: la connaissance de l'affaire et du dossier permet au même tribunal de résoudre deux litiges, voire davantage. L'administration simultanée des preuves simplifie d'autant l'instruction (inspection locale, audition de témoins ou expertise uniques pour les deux procès).

Une sensible *économie d'énergies et de coûts* en résulte pour les parties et pour le tribunal. L'appel en cause peut toutefois générer aussi des inconvénients, forcer le tiers à procéder un for «étranger» ou alourdir et retarder le procès principal. Aussi n'est-il pas admis sans conditions ni pour toutes les procédures.

L'*art. 79, al. 1* énumère les conditions. Outre la même compétence *ratione materiae* et le même type de procédure, il exige – en complément de ce que prévoyait l'avant-projet – la connexité des conclusions subséquentes avec les principales. Elle résulte le plus souvent de réclamations récursoires et de prétentions en garantie.

Appel en cause sur appel en cause n'est pas admis (*art. 79, al. 2*). La prohibition pare aux *appels en chaîne* et au risque que le procès originaire ne soit retardé par l'alourdissement qui en résulterait. La demande consécutive, portée devant un autre tribunal à autre for, peut être renvoyée pour cause de connexité au tribunal saisi de la demande principale (*art. 125*). Une jonction n'est toutefois pas ordonnée et les procès sont en principe conduits séparément.

Contrairement à l'avant-projet, le projet exclut l'appel en cause en procédure simplifiée et en procédure sommaire (*art. 79, al. 3*). Il serait contraire aux exigences de simplicité et de rapidité de ces procédures. L'appel en cause n'est ainsi admissible qu'en procédure ordinaire et devant les tribunaux de commerce.

L'*art. 80* règle de façon plus détaillée que l'avant-projet la *procédure* d'appel en cause, la plupart des cantons ignorant cette institution. L'appel en cause, contrairement à l'intervention et à la simple *litisdenuntiatio* ne peut pas avoir lieu à n'importe quel stade du procès. Il faut éviter qu'il n'entrave de quelque manière un procès proche de son dénouement. Il doit être déposé avec la réponse, soit avec la réplique dans la procédure principale (*al. 1*). Jusqu'à ce moment, les parties peuvent apprécier si l'implication du tiers se justifie. Au-delà, il est irrecevable. L'intéressé qui n'entend pas simplement dénoncer de l'instance, a la charge d'ouvrir un procès séparé.

La procédure se déroule comme suit:

- Il y a lieu d'examiner d'abord si les *conditions de l'appel en cause* sont réalisées (*al. 1*). L'incident auquel il donne lieu remplace la procédure de conciliation (*art. 195, let. g*). Il entraîne litispendance de la réclamation qui en est l'objet (*art. 60*). Il comprend des conclusions brièvement motivées. La partie adverse et le tiers ont l'occasion de se déterminer (*al. 2*).
- La décision sur la recevabilité de l'appel en cause est attaquable par recours limité au droit (*al. 3 et 4* et *art. 316 ss*). L'incident clos, la demande formelle est, le cas échéant, déposée. Le tribunal en fixe le délai et l'échange d'écritures qu'elle requiert.

## 5.5.6 Substitution de parties

### Art. 81

Les mêmes parties s'affrontent généralement durant toute la procédure. La question de leur substitution se pose lorsque l'objet du litige est aliéné durant l'instance (*al. 1*). Ainsi lorsque le défendeur vend le tableau que revendique le demandeur (à moins que celui-ci n'ait obtenu l'interdiction du transfert pas mesures provisionnelles). Ainsi également lorsque le demandeur cède en cours d'instance la créance qui est l'objet du procès. Dans de tels cas de *successions à titre singulier*, l'acquéreur peut être intégré à l'instance et succéder à la partie initiale, aliénatrice, avec le consentement de celle-ci. La partie adverse, dont l'accord n'est pas nécessaire, peut exiger que le successeur fournisse des sûretés en garantie de l'exécution de la décision à rendre, dont un montant correspondant aux dépens présumés (*al. 3*). Le substitué qui reprend l'instance répond de l'ensemble des frais, mais le substituant qui s'en retire répond solidairement de ceux encourus jusqu'à la substitution (*al. 2*).

Le substitué reprend la procédure en l'état au moment de la substitution. Les actes et omissions du substituant qui se retire lui sont opposables comme les siens propres. Le jugement est rendu en la cause du substitué qui a repris l'instance.

La substitution ensuite d'aliénation de l'objet du litige n'est toutefois pas obligatoire. Selon les principes reconnus, l'aliénateur peut continuer *le procès en son propre nom (Prozessstandschaft)*. La partie adverse a la faculté d'adapter ses conclusions à la situation nouvelle (art. 226). Ainsi, le propriétaire qui, initialement, a revendiqué le tableau, peut-il réclamer, en lieu et place, des dommages-intérêts au défendeur et aliénateur qui reste au procès. Le maintien des conclusions initiales n'a plus de sens en raison, le cas échéant, d'impossibilité d'exécution.

Faute d'aliénation de l'objet du litige, la substitution de parties est subordonnée au consentement de l'adversaire (*al. 4*)<sup>109</sup>. En cas de succession universelle (succession pour cause de mort [art. 560 CC], fusion [art. 22 LFus]), la substitution se produit *de jure* en vertu de la loi. L'accord de la partie adverse n'est pas nécessaire non plus dans les cas réglés aux art. 131, al. 1 et 260 LP.

## 5.6 Actions

### Art. 82 Action condamnatoire

L'action condamnatoire est l'action la plus fréquente en procédure civile. Elle permet au demandeur de requérir l'exécution d'un droit dont il est titulaire. L'*al. 1* distingue les trois types d'action condamnatoire reconnus dans la pratique. Si le demandeur requiert du défendeur qu'il s'abstienne d'une activité, la condition qu'elle menace de se réaliser ou de se répéter de manière imminente, exigée par la jurisprudence,<sup>110</sup> reste requise. Les conclusions doivent être déterminées. L'*al. 2* le prévoit expressément pour les demandes qui tendent au paiement d'une somme d'argent.

<sup>109</sup> ATF 118 Ia 129.

<sup>110</sup> Voir p. ex. ATF 124 III 72.

*Art. 83*                    Action en paiement non chiffrée

Exceptionnellement, le demandeur n'a pas à chiffrer ses conclusions (*al. 1*). Cette règle correspond à la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>111</sup>. Le demandeur doit indiquer une valeur minimale (*al. 1, 2<sup>e</sup> phr.*). Le tribunal pourra ainsi déterminer sa compétence à raison de la matière.

Le demandeur devra chiffrer sa prétention dès que possible (*al. 2*). Ce sera au plus tard le cas lorsque les preuves auront été administrées. Le tribunal reste saisi de l'affaire, même s'il s'avère que la valeur litigieuse dépasse sa compétence (*al. 2, 2<sup>e</sup> phr.*). Cette solution est plus économique que le renvoi de l'affaire au tribunal compétent, en particulier lorsque les preuves ont déjà été administrées. Le projet prend ainsi en compte un souhait exprimé en consultation.

L'*action échelonnée*, reconnue par la jurisprudence,<sup>112</sup> est en particulier possible. Le demandeur pourra donc intenter une action en paiement non chiffrée liée à une demande préalable en reddition de comptes (obligation du défendeur de fournir des informations). La prestation en argent constitue la demande principale et la reddition de comptes préalable la demande accessoire. Le demandeur sera en mesure de chiffrer précisément la prestation qu'après mise en œuvre de la demande accessoire. Par économie de procédure, le tribunal peut d'abord limiter le procès à la question de la reddition de comptes (art. 123). La reddition de comptes préalable ne doit pas nécessairement faire l'objet d'une conclusion séparée. Il est bien au contraire possible de prendre uniquement une conclusion condamnatrice non chiffrée et de demander la production des documents en relation avec la reddition de comptes au stade de l'*administration des preuves*. Le tribunal tient compte d'un éventuel refus de collaborer du défendeur lors de l'appréciation des preuves (art. 161). En cas d'obstruction de la partie adverse, la pratique unanime admet que le fardeau de la preuve soit renversé par le tribunal. L'*action échelonnée* n'est pas réglée non plus dans les procédures cantonales; seul le droit de l'exécution s'y réfère en partie<sup>113</sup>.

*Art. 84*                    Action partielle

En vertu du principe de disposition (art. 56, al. 1), le titulaire d'une prétention est libre de n'en réclamer qu'une partie. Le demandeur peut ainsi réduire ses frais judiciaires – qui dépendent de la valeur litigieuse – ou ne porter devant les tribunaux que la partie de la prétention pour laquelle la situation juridique est claire.

Le défendeur peut opposer à l'action partielle une action reconventionnelle en constatation de l'inexistence de l'ensemble de la prétention (voir les conditions de l'action reconventionnelle à l'art. 221). L'affaire pourra tout au plus être transmise au tribunal compétent à raison de la valeur litigieuse la plus élevée.

*Art. 85*                    Action formatrice

L'action formatrice est avec l'action condamnatrice le second type d'action principal. Le divorce (art. 111 ss CC), l'attribution de la propriété foncière (art. 665 CC) ou la dissolution de personnes morales (art. 78 CC, art. 736 ch. 4 CO) s'obtiennent par exemple par l'introduction d'une action formatrice.

<sup>111</sup> ATF **116** II 215; **131** III 243.

<sup>112</sup> ATF **123** III 140 ss; **116** II 215, 220.

<sup>113</sup> P. ex., art. 405 CPC/BE.

L'avant-projet interdisait l'effet rétroactif de la décision (art. 77, al. 3, AP). Cette disposition a été critiquée à juste titre lors de la consultation, car la question relève du droit matériel.

#### Art. 86 Action en constatation de droit

Avec l'action condamnatoire et l'action formatrice, l'action en constatation constitue le troisième type d'action principal. Le Tribunal fédéral a reconnu sa portée générale car elle est liée à la réalisation du droit civil matériel fédéral. Elle relève donc actuellement déjà du droit fédéral<sup>114</sup>.

Une doctrine et une jurisprudence constantes reconnaissent que l'action en constatation est *subsidaire* à l'action condamnatoire.<sup>115</sup> Chaque demandeur qui introduit une action en constatation doit donc en justifier les raisons, à moins qu'elle ne soit prévue expressément dans une loi spéciale (voir p. ex. art. 25 PCF; art. 28a, al. 1, ch. 3, CC; art. 26 LBI; art. 85a LP). Ainsi, contrairement à l'action condamnatoire et formatrice, l'intérêt à protéger – qui est une condition de recevabilité (art. 57, al. 2) – en cas d'action en constatation ne va pas de soi.

#### Art. 87 Action des organisations

L'action des organisations permet de protéger des intérêts collectifs. Comme institution générale, elle a été développée par la doctrine et la jurisprudence dans le cadre de la protection de la personnalité (art. 28 CC)<sup>116</sup>. Elle a été étendue à d'autres domaines par des réglementations inscrites dans des *lois spéciales* (ainsi en matière de protection des biens immatériels, de concurrence déloyale et d'égalité entre femmes et hommes; voir les art. 56, al. 1, let. b, LPM, 10, al. 2, let. b, LCD et 7, al. 1, LEg).

L'avant-projet, qui prévoyait une *règle générale* applicable à tout le droit privé (art. 79 AP), a été fortement critiqué lors de la procédure de consultation. La crainte portait sur l'extension de l'institution et son usage abusif par des groupes de toutes sortes constitués pour l'occasion.

Les résultats de la consultation ont clairement montré que la *protection des intérêts individuels* est le fondement du droit de procédure suisse et européen. L'action collective – même par l'intermédiaire d'une organisation – doit rester l'exception. La discussion récente sur le droit de recours des associations dans la procédure administrative amène à une conclusion similaire. Le Conseil fédéral a tenu compte de ces critiques:

- Le projet se limite pour l'essentiel à la codification de la jurisprudence du Tribunal fédéral. L'action des organisations, dont la portée était générale, a par conséquent été limitée à la *protection de la personnalité* de personnes qui font partie d'un groupe déterminé (*al. 1 et 2*). Les actions d'organisations dans des domaines particuliers sont ainsi réservées aux lois spéciales (*al. 3*). Celles-ci peuvent être plus larges ou plus restrictives.

<sup>114</sup> ATF 77 II 347 ss puis ATF 110 II 352 ss; également: ATF 119 II 368 ss; 120 II 20 ss; 123 III 414 ss; ATF 131 III 319 ss.

<sup>115</sup> Voir p. ex., ATF 114 II 253 ss; 97 II 371 ss.

<sup>116</sup> ATF 73 II 65; 114 II 345; 125 III 82.

- Sont seules *habilitées à agir* les *organisations* d'importance nationale ou régionale (*al. 1*). La qualité pour agir, comme dans le droit en vigueur (art. 56, al. 1, let. b, LPM; art. 10, al. 2, let. b, LCD), n'est donnée qu'aux organisations jouissant d'une certaine représentativité. La constitution d'associations ad hoc pour mener un procès est ainsi empêchée.
- La qualité pour agir de l'organisation *ne dépend pas* de celle des personnes lésées. Elle ne doit donc pas prouver qu'une personne concernée pourrait également agir. Cette conception moderne de l'action d'organisations est connue du droit suisse depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale<sup>117</sup>, en 1988 (voir art. 10 LCD).
- Les organisations qui n'ont pas de membres peuvent également agir (une fondation p. ex.): l'action d'organisations ne vise pas la protection de membres mais celle des intérêts de *groupes de personnes* déterminés.
- La *protection des intérêts* du groupe doit figurer expressément dans les *statuts* de l'organisation. Selon le droit en vigueur, il doit s'agir, en principe, d'*intérêts économiques*, ce qui donne ainsi la qualité pour agir en premier lieu aux *associations professionnelles*.<sup>118</sup> Le projet va plus loin: les organisations à *but idéal* peuvent également agir.
- Les organisations ne peuvent agir qu'en *interdiction*, en *cessation*, ou en *constatation* d'atteintes imminentes (*al. 2*). Conformément à la pratique actuelle, l'action en exécution d'une prétention, comme la réclamation de dommages-intérêts ou d'une indemnité pour tort moral pour le compte des personnes lésées, est exclue. Ces prétentions restent à faire valoir par des actions individuelles. L'organisation peut bien sûr faire valoir ses *prétentions propres* sans restriction.

L'action de groupe (*class action*) n'a pas été introduite non plus. De fait, l'exercice de droits d'un grand nombre de personnes par une seule, sans leur accord et avec effet obligatoire pour elles, est étranger à la tradition juridique européenne. Les possibilités accrues de regroupement d'actions, par les instruments classiques (*consortité, jonction de causes*; voir le commentaire de l'art. 69) sont suffisantes.

Par ailleurs, la *class action* est critiquée dans le pays même qui l'a instituée (les Etats-Unis)<sup>119</sup>, car elle peut engendrer de gros problèmes d'organisation. La procédure dite d'homologation peut déjà être d'une extrême complexité et s'étendre en longueur. En particulier, la définition du groupe légitimé à agir peut être controversée et les problèmes posés par le partage du montant alloué ne sont pas des moindres – des procès consécutifs sont à proprement parler programmés à l'avance. De plus, la *class action* n'est pas apte à permettre le règlement définitif d'un litige, car les membres du groupe peuvent en sortir. La *class action* peut enfin être utilisée abusivement. Les sommes réclamées sont souvent énormes, ce qui oblige le défendeur à céder de peur de tomber d'un jour à l'autre dans le surendettement ou en faillite (phénomène appelé *legal blackmail*).

<sup>117</sup> RS 241

<sup>118</sup> P. ex., ATF 125 III 82; 114 II 345.

<sup>119</sup> Voir Financial times du 16.6.05: «Class actions across the Atlantic».

*Art. 88* Cumul d'actions

Le cumul d'actions objectif est connu de la plupart des procédures cantonales. Les conditions sont celles généralement reconnues pour le cumul: compétence matérielle et procédure applicable identiques. La connexité est uniquement nécessaire lorsque la compétence à raison du lieu n'est donnée pour aucune des prétentions soulevées (art. 14, al. 2; voir le commentaire de l'art. 221). Le calcul de la valeur litigieuse s'effectue en additionnant les prétentions, à moins qu'elles ne s'excluent (art. 91, al. 1).

## 5.7 Valeur litigieuse

La valeur litigieuse importe à plus d'un titre en procédure. C'est un critère de la *compétence à raison de la matière* (art. 4), du *type de procédure* (art. 239), de *gratuité* (art. 111 s.) et, s'agissant d'affaires de nature patrimoniale, de *recevabilité de l'appel* (art. 304, al. 2).

La valeur litigieuse influence également le *montant des frais*. La tarification reste en principe de la compétence des cantons (art. 94), mais doctrine et jurisprudence s'accordent à reconnaître que leur fixation et celle des dépens en fonction de la seule valeur litigieuse<sup>120</sup>, trop rigides, peuvent être disproportionnées et prohibitives. C'est un critère parmi d'autres (difficulté, valeur d'exemple, opérations requises etc.) Il y aura donc lieu de respecter l'actuelle jurisprudence fédérale, dans le contentieux de droit privé social (en droit du bail p. ex.) notamment<sup>121</sup>.

Les dispositions y relatives du projet se fondent sur les règles cantonales et celles de l'organisation judiciaire fédérale (art. 36 OJF respectivement art. 51 ss LTF).

*Art. 89* Principe

L'*al. 1* règle le cas central de la valeur litigieuse résultant directement des conclusions (demande en paiement d'une somme d'argent notamment). Déférant aux vœux exprimés en procédure de consultation, il dispose explicitement qu'elle ne comprend ni les intérêts ni les frais de la procédure en cours ni les frais de publication du jugement ni les conclusions subsidiaires. Les intérêts incluent les intérêts légaux, les intérêts contractuels et les intérêts du dommage réclamés accessoirement au capital<sup>122</sup>.

La valeur des conclusions dont l'objet n'est pas une somme d'argent est déterminée objectivement (*al. 2*). Lorsqu'elle n'est pas la même pour les deux parties (valeur d'un droit de passage pour le fond dominant et pour le fond servant) la plus élevée est en principe déterminante. Si les parties ne s'entendent pas ou si la valeur indiquée est manifestement erronée, elle est fixée par le tribunal. La pratique, abondante sur le sujet<sup>123</sup>, conservera sa valeur. Ainsi, la valeur de l'action en prolongation de bail correspond au montant des loyers de la période de prolongation requise<sup>124</sup>.

<sup>120</sup> ATF 120 Ia 171 ss; 124 I 241; 126 I 180.

<sup>121</sup> Voir p. ex. mp 2002 230 ss.

<sup>122</sup> ATF 118 II 363

<sup>123</sup> Voir Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, art. 138 n. 3; Frank/Sträuli/Messmer, § 18 n. 8 ss; Leuenberger/Uffer-Tobler, art. 73 n. 3 et art. 75 n. 4.

<sup>124</sup> Arrêt du TF 4C.201/2003.

## *Art. 90* Revenus et prestations périodiques

Les revenus et prestations périodiques (rentes, pensions alimentaires, jouissances etc.) ont la *valeur du capital* qu'ils représentent(*al. 1*)<sup>125</sup>.

L'*al. 2* est applicable lorsque la durée du revenu ou de la prestation périodique n'est pas déterminée. Il correspond au droit actuel, notamment aux règles de l'organisation judiciaire fédérale<sup>126</sup>. En cas de contestation d'une augmentation de loyer par exemple, la valeur litigieuse – mais non les frais judiciaires (voir commentaire de l'art. 89) – correspond à la part contestée du loyer calculée sur 20 ans<sup>127</sup>.

## *Art. 91* Consorité simple et cumul d'actions

En cas de consorité simple et de cumul d'actions, la valeur litigieuse résulte de l'addition des conclusions – la règle est reconnue –, car la valeur économique du litige augmente (*al. 1*)<sup>128</sup>. Cette valeur ne détermine pas toutefois la procédure applicable à la consorité simple (*al. 2*; voir commentaire de l'art. 69).

## *Art. 92* Demande reconventionnelle

La disposition est rédigée plus clairement que celle correspondante de l'avant-projet. En principe, les valeurs des conclusions principales et reconventionnelles *ne s'additionnent pas* (*al. 1*). La compétence à raison de la matière est déterminée par la valeur des conclusions principales ou reconventionnelles la plus élevée (voir art. 221, al. 2).

La valeur litigieuse des conclusions respectives est additionnée pour fixer les frais, afin de tenir compte de la valeur économique du litige. L'addition n'est toutefois justifiée que si les conclusions ne s'excluent pas (*al. 2*).

## **5.8 Frais et assistance judiciaire**

### **5.8.1 Frais**

#### *Art. 93 et 94* Définitions et tarif

Conformément aux nombreuses demandes faites en procédure de consultation le tarif des frais reste de la compétence des cantons (*art. 94*; voir ch. 3.2.1). Une tarification centralisée ne pourrait pas être adaptée aux différentes situations des cantons. Ceux-ci devront évidemment respecter les principes constitutionnels<sup>129</sup> et se conformer aux objectifs du CPC.

L'*art. 93* comprend les définitions. Le projet, contrairement à l'avant-projet, n'utilise pas le terme allemand de *Parteikosten* mais celui de *Parteientschädigung* (*al. 1*), pour se conformer à la terminologie de la LTF.

<sup>125</sup> Voir art. 36, al. 4 OJ respectivement art. 51, al. 4 LTF.

<sup>126</sup> Voir art. 36, al. 5 OJ respectivement art. 51, al. 4 LTF.

<sup>127</sup> Arrêt du TF 4C.176/2003.

<sup>128</sup> Voir art. 47, al. 1, OJ respectivement art. 52 LTF.

<sup>129</sup> Voir en détail le rapport concernant l'avant-projet, p. 51.

Les émoluments des tribunaux et des autorités de conciliation doivent être fixés de manière forfaitaire (*art. 93, al. 2, let. a et b*). Ils couvrent en principe toutes les prestations judiciaires. Il n'y a pas d'émolument particulier pour la rédaction, l'étude du dossier, les notifications, les communications, les prolongations de délai, etc. Les cantons fixeront des *paliers* pour les forfaits de manière à ce que les frais puissent être fixés en tenant compte équitablement dans chaque cas de la valeur litigieuse et des prestations fournies.

La tarification forfaitaire a été bien accueillie en procédure de consultation en raison de sa simplicité par rapport au système des comptes détaillés, partiellement pratiqué aujourd'hui encore. Elle ne peut toutefois être appliquée sans exception: les frais d'*administration des preuves* (*art. 93, al. 2, let. c*), de *traduction* et de *représentation de l'enfant* (*let. d et e*) resteront individualisés. Les frais de traduction comprennent les frais d'interprète. La traduction dans la langue du tribunal d'écritures et de preuves (documents de comptabilité, contrats, etc.) est à la charge de la partie concernée qui peut les réclamer à titre de dépens.

Les *dépens* comprennent en général l'indemnisation des débours nécessaires (p. ex. les frais de voyage, de téléphone, de port, de copies, *art. 93, al. 3, let. a*). Ils comprennent également le défraiement du chef des honoraires et des frais d'un représentant professionnel (*let. b*). Ils pourraient en principe être inclus dans les «débours» (*let. a*)<sup>130</sup>, mais, par souci de clarté, ils sont expressément indiqués. Le tarif des honoraires d'avocat reste également de la compétence des cantons (*art. 94*).

Une partie qui procède elle-même, sans s'assurer les services d'un représentant professionnel, a droit, dans certaines circonstances, – en sus du remboursement des débours nécessaires (*al. 3, let. a*) – à une indemnité équitable du chef de ses démarches, notamment, pour une personne indépendante, du chef de sa perte de gain (*art. 93, al. 3, let. c*).

#### *Art. 95* Information sur les frais

Contrairement à l'avant-projet, le projet prévoit une obligation d'information du tribunal en ce qui concerne les frais présumés du procès et l'assistance judiciaire. Cette obligation ne s'appliquera que si elle *paraît nécessaire*. C'est le cas notamment lorsque la partie conduit elle-même son procès. Même le profane doit pouvoir évaluer le risque des frais. Il n'y a par contre pas de devoir d'information lorsque la partie est assistée par un avocat. L'information incombe à celui-ci.

#### *Art. 96* Avance de frais

Selon l'avant-projet, l'avance à charge de la partie demanderesse ne pouvait atteindre que la moitié des frais judiciaires présumés. La règle a été fortement critiquée en procédure de consultation, en raison notamment du risque auquel elle exposait les cantons. Le projet étend par conséquent l'obligation à la totalité des frais judiciaires présumés.

La règle n'a toutefois qu'un caractère dispositif. Le tribunal peut s'en écarter pour des raisons d'équité. Lorsque, par exemple, la partie demanderesse dispose d'un revenu à peine supérieur au minimum vital mais ne remplit pas les conditions d'octroi de l'assistance judiciaire, le montant de l'avance devrait être réduit. A

<sup>130</sup> ATF 113 III 110.

défaut, l'avance exigée serait prohibitive et porterait atteinte au droit d'accès à la justice.

L'avance incombe au demandeur, le cas échéant au demandeur reconventionnel et au recourant. Contrairement aux sûretés en garantie des dépens, elle doit toujours être effectuée en argent (voir art. 98).

#### *Art. 97 et 98*      Sûretés en garantie des dépens

A la requête de la partie défenderesse, la partie demanderesse doit fournir des sûretés en garantie du paiement des dépens si des circonstances donnent à penser que leur recouvrement ultérieur pourrait présenter des difficultés (*art. 97, al. 1*). Ce droit est repris de la procédure cantonale.

Contrairement à l'avant-projet, le projet prévoit que les sûretés doivent être fournies pour les dépens, à l'exclusion des frais judiciaires. Le tribunal peut en effet ordonner l'avance par le demandeur de la totalité des frais judiciaires présumés.

Les motifs justifiant la constitution de sûretés sont identiques à ceux de l'avant-projet et correspondent au droit de procédure traditionnel, par exemple la masse en faillite demanderesse (*art. 97, al. 1, let. b*). Parallèlement à la règle de l'art. 123, al. 1, let c, P-CPP, la disposition générale de l'*al. 1, let. d* requiert un *grand* risque de non recouvrement. On pense notamment à l'*asset stripping* à la veille de la faillite, consistant à se défaire de ses actifs (p. ex. par transfert à une valeur inférieure à une société de sauvegarde).

Les consorts nécessaires répondent solidairement des frais judiciaires (art. 104, al. 3). Aussi longtemps que l'un d'eux est solvable ou domicilié en Suisse, la constitution de sûretés ne se justifie pas. Ils ne sont tenus de fournir sûretés que si l'une des conditions de celles-ci est réalisée par chacun d'eux (*art. 97, al. 2*).

Le projet exclut l'obligation de fournir des sûretés – comme les codes cantonaux<sup>131</sup> – dans les «procédures sociales» et les procédures sommaires (*art. 97, al. 3, let. a et b*). L'obligation est maintenue en revanche en «*procédure de protection dans les cas clairs*» (*let. c*), bien qu'il s'agisse d'une procédure sommaire, pour empêcher que le demandeur ne l'évade en choisissant cette procédure.

Dans les *rapports internationaux*, les traités excluent dans la majorité des cas l'obligation de fournir sûretés fondée uniquement sur le domicile de la partie demanderesse à l'étranger. Une réserve explicite n'est pas nécessaire ici, vu l'art. 2 CPC.

L'*art. 98* détermine la nature des sûretés en accord avec l'art. 123, al. 3, P-CPP. Contrairement à l'avant-projet, le projet ne mentionne pas le dépôt de papiers-valeurs physiques (*al. 1*). Comme cela a été observé en procédure de consultation, le concept n'est pas suffisamment clair.

Les sûretés peuvent être réduites ou augmentées et doivent être restituées lorsque disparaît la cause qui les a justifiées, lorsque, par exemple, la partie domiciliée à l'étranger s'établit en Suisse (*al. 2*).

<sup>131</sup> P. ex. § 78 CPC/ZH; art. 277 CPC/SG.

#### *Art. 99* Fourniture des avances et des sûretés

Le tribunal impartit un délai *convenable*, adapté au cas d'espèce, pour fournir les avances et les sûretés, même si la loi ne le prévoit pas explicitement (*al. 1*). L'exécution est une condition de recevabilité (art. 57, al. 2, let. f). Le tribunal ne donne pas suite à l'acte, à la demande, à la requête ou au recours si les avances et les sûretés n'ont pas été versées à l'échéance d'un délai supplémentaire (*al. 3*). Bien que le code ne le dise pas, le délai peut être plus bref que le premier (voir art. 62, al. 3, LTF). Seules des mesures provisionnelles peuvent – pour cause de rapidité et d'efficacité – être ordonnées avant constitution des sûretés (*al. 2*).

#### *Art. 100* Avance des frais de la procédure probatoire

Les parties avancent les frais d'administration des preuves. L'obligation incombe à la partie qui propose la preuve ou la contre-preuve (*al. 1*). En cas de proposition de part et d'autre, elle est répartie par moitié (*al. 2*).

Font exception les affaires dans lesquelles le tribunal doit *établir* les faits d'office (*al. 3*; maxime inquisitoire classique), à savoir celles dans lesquelles les intérêts de l'enfant sont en jeu (art. 291) par exemple<sup>132</sup>. Lorsque le devoir du tribunal est limité à la seule *constatation* des faits (maxime inquisitoire limitée; voir art. 243 pour la procédure simplifiée, art. 251 pour certaines procédures sommaires et art. 272 pour la procédure en divorce), l'administration des preuves peut être subordonnée à ce que les frais soient avancés. Contrairement à l'avant-projet, le projet renonce à la fixation d'un délai supplémentaire pour ne pas prolonger inutilement le procès.

#### *Art. 101* Recours

Les décisions concernant les avances de frais et les sûretés sont susceptibles de recours (art. 316 ss), qu'elles concernent les frais de justice ou d'administration des preuves. Le recours n'est toutefois pas suspensif (art. 323), afin d'éviter que la partie ne puisse prolonger le procès par ce biais.

## 5.8.2 Répartition et liquidation des frais

#### *Art. 102 et 103* Décision; fixation et répartition des frais

Le tribunal statue sur les frais dans son jugement («décision» dans le projet), que ce soit dans la décision finale, ce qui est la règle (*art. 102, al. 1*), ou dans la décision incidente (*art. 102, al. 2*). Il peut renvoyer la décision concernant les frais des mesures provisionnelles à la décision finale (*art. 102, al. 3*).

Il en va de même en instance de recours, à cette réserve qu'en cas de renvoi pour nouvelle décision à la première instance, pour complément de preuves par exemple, l'autorité de recours, faute de connaître l'issue de l'affaire, peut déterminer le montant des frais du procès de recours mais s'abstenir de statuer elle-même sur leur répartition et en charger l'instance inférieure (*art. 102, al. 4*).

<sup>132</sup> Arrêt du TF 5C.73/2004. Il faut toutefois relever que l'exclusion de l'avance de frais dans cette procédure n'est pas appliquée schématiquement: ainsi, celui qui veut renverser la présomption de paternité par une expertise doit effectuer l'avance de frais y afférant; la maxime inquisitoire, qui est ordonnée dans l'intérêt de l'enfant, en serait sinon dénaturée.

Les frais judiciaires sont fixés et répartis d'office (*art. 103, al. 1*). Les dépens ne sont en principe alloués que si la partie le demande, conformément à la maxime des débats et à la pratique dominante. Le projet reprend ce système. Les parties ont la faculté de conclure à l'allocation de dépens en équité ou de produire une note de frais contenant les dépenses et les honoraires exigés (*art. 103, al. 2*). Des dépens peuvent en principe être alloués dans toutes les procédures judiciaires, *procédure de conciliation* exceptée (voir commentaire à l'art. 111).

Le projet ne règle pas la *procédure de modération* à laquelle donne lieu la contestation des honoraires d'avocat. Elle relève des lois cantonales sur le barreau, d'autant que la loi fédérale sur les avocats (LLCA) est muette sur le sujet.

#### *Art. 104* Règle générale de répartition

Le principe classique est celui de la répartition des frais judiciaires en fonction des conclusions allouées. La partie qui se désiste, acquiesce ou se heurte à une décision d'irrecevabilité est considérée comme ayant succombé. Contrairement à l'avant-projet, le projet le précise (*al. 1*). En cas de succombance partielle, les frais suivent également le sort de la cause (*al. 2*).

L'avant-projet ne prévoyait une responsabilité solidaire du chef des frais qu'en consorité nécessaire. Lors de la procédure de consultation, il a été proposé d'étendre la règle à d'autres groupes de participants. Le projet règle la question de manière exhaustive: le tribunal répartit les frais entre les parties principales ou accessoires avec ou sans solidarité (*al. 3*).

#### *Art. 105* Répartition en équité

La répartition classique des frais (*art. 104*) peut s'avérer trop rigide et inéquitable. Pour cette raison, l'*art. 105* atténue le principe de l'*art. 104* en permettant au tribunal de les répartir selon son appréciation.

L'*al. 1, let. a à e*, énumère, de manière exemplative et dispositive, des *cas typiques* de répartition des frais selon la libre appréciation du tribunal. Il répond aux préoccupations exprimées en procédure de consultation. L'énumération est suivie de la *disposition générale (let. f)*. Le système reprend ainsi le droit de procédure cantonal et les règles spéciales du droit fédéral.

- La *let. a* (demandeur n'obtenant *gain de cause que sur le principe de ses conclusions*) se présente notamment dans les procès en responsabilité civile dirigés contre les compagnies d'assurances lorsque la personne lésée obtient partiellement gain de cause; le demandeur pourrait avoir à supporter, selon la règle générale (*art. 104*), des frais très élevés. Or, les conclusions peuvent être très difficiles à chiffrer dans ce domaine. L'équité peut donc commander qu'ils soient mis en totalité à charge de l'assurance défenderesse. L'*inégalité économique* des parties, qui tombe sous le coup de la *let. f*, peut également justifier de faire exception à la règle générale de répartition.
- La *let. b* (perte d'une *procédure introduite de bonne foi*) peut se réaliser notamment en cas de changement de jurisprudence ou d'action en responsabilité d'un petit actionnaire. L'*inégalité économique*, de même que l'intérêt public à ce que la protection de l'actionnaire (le droit aux renseignements, de consulter et le contrôle spécial p. ex.) soit effectivement appliquée, peuvent

justifier également que le petit actionnaire ne supporte pas des frais qui, normalement, lui incomberaient (voir let. f).

- La *let. c* (*litiges de droit de la famille*), dont la représentation de l'enfant (art. 98, al. 1, let. d, AP) et le partenariat enregistré (*al. 1, let. d*) font partie, représente un cas typique d'application de l'équité. Il en va de même en procédure de divorce sur requête commune où la distinction de gain et de perte du procès n'a pas cours.
- La *let. e* (procédure devenue *sans objet*) justifie également que la répartition des frais soit à l'appréciation du tribunal. Il tiendra compte de la partie à l'origine de l'action, de l'issue probable de la procédure et des circonstances qui l'ont rendue sans objet<sup>133</sup>. Les parties doivent être entendues à ce sujet.
- La *let. f* *visé les autres circonstances particulières*, notamment l'inégalité économique des parties, déjà mentionnée. Une répartition en équité peut être indiquée aussi lorsque le défendeur obtient gain de cause grâce à la compensation, mais que le tribunal a dû examiner toute une série de contre-prétentions non fondées avant d'arriver au rejet de la demande<sup>134</sup>.

La répartition en équité de l'art. 105 permet d'abroger les règles similaires de maintes lois fédérales, en matière notamment de contestation des décisions de l'assemblée générale des actionnaires (art. 706a, al. 3, CO) et de responsabilité en droit de la société anonyme (art. 756, al. 2, CO; voir annexe ch. 5). Par souci de clarté, des règles spéciales de répartition des frais, notamment en cas d'action échelonnée du droit des brevets (art. 71 LBI) et d'examen des parts sociales et des droits de sociétariat lors d'une fusion, d'une scission ou d'une transformation (art. 105, al. 3, LFus), sont maintenues et demeurent réservées en tant que cas trop particuliers pour résulter de la règle générale d'équité.

L'*al. 2* instaure, à l'appréciation du tribunal, une responsabilité des cantons fondée sur l'équité, du chef des frais qui ne sont imputables ni aux parties ni à des tiers.

#### *Art. 106*      Frais inutiles

Les frais inutiles, dus par exemple à des demandes téméraires ou des écritures prolixes, sont à la charge de la *personne qui les a causés*. A la différence du prononcé d'une amende (art. 126), l'imputabilité de ces frais n'est pas subordonnée à un comportement répréhensible. Le projet, au contraire de l'avant-projet, ne la limite pas aux frais «manifestement inutiles».

Le projet ne reprend pas l'art. 99 de l'avant-projet permettant de mettre les frais à charge de la partie dont le gain n'est pas nettement supérieur à une offre de transaction qui lui a été faite. Son caractère péremptoire a été fortement critiqué en procédure de consultation. L'art. 105, al. 1, let. f permet de tenir compte de manière différenciée de cas similaires. Il faut éviter en effet d'imposer une transaction par la menace des conséquences que son refus pourrait entraîner quant aux frais judiciaires.

<sup>133</sup> Voir Frank/Sträuli/Messmer, § 65 N 1 ss; Leuenberger/Uffer-Tobler, art. 266 N 3b.

<sup>134</sup> Voir Frank/Sträuli/Messmer, § 66 N 4.

*Art. 107* Répartition en cas de transaction

Les parties conviennent librement de la répartition des frais en cas de transaction, (*al. 1*). Faute d'accord, les art. 104 ss sont applicables (*al. 2*). Le projet s'écarte ainsi de l'avant-projet qui prévoyait la compensation des frais des parties (soit la prise en charge par chaque partie des frais qu'elle a engagés) et le partage des frais judiciaires. Bien qu'étant la plus usuelle en pratique, cette solution pourrait, en raison de son caractère abstrait, conduire à des résultats injustes et engendrer des réticences nuisibles à la conclusion de la transaction. Les parties restent toutefois libres de l'adopter.

*Art. 108* Recours

La décision sur les frais est attaquable en principe avec le jugement au fond. L'appel, pour peu que la décision au fond en soit susceptible, permet aussi de revoir la décision sur les frais. La partie qui entend attaquer exclusivement la décision sur les frais ne dispose que du recours limité au droit, même si l'affaire est susceptible d'appel (art. 316 ss).

*Art. 109* Liquidation des frais

Selon l'avant-projet, les frais et les sûretés avancés par une partie devaient lui être restitués lorsque le jugement ne mettait pas les frais à sa charge. La proposition a rencontré une forte opposition en procédure de consultation, notamment compte tenu du risque encouru par les cantons au cours du recouvrement. Le projet en tient compte.

Les frais judiciaires sont compensés avec les avances effectuées, sans égard à la question de savoir quelle partie les a effectuées, celle qui a obtenu gain de cause ou celle qui a succombé. Le canton n'a, de la sorte, plus qu'à réclamer le découvert à la partie qui a la charge des frais (*al. 1*).

La partie condamnée aux frais et dépens doit rembourser l'autre de ses avances et lui verser les dépens alloués (*al. 2*). La partie ayant obtenu gain de cause court donc un risque plus grand que le canton. Cela paraît toutefois tout à fait justifié en procédure civile et s'agissant de litiges purement privés. La personne qui prend la décision d'ouvrir une action doit se préoccuper de la situation patrimoniale de la partie adverse; elle a la faculté de la vérifier et de requérir, au besoin, des sûretés en temps utile (art. 97). Les dispositions sur l'assistance judiciaire sont réservées (*al. 3*; voir commentaire de l'art. 120).

*Art. 110* Sursis, remise, prescription et intérêts

Le tribunal peut accorder un sursis ou renoncer aux frais judiciaires. La renonciation n'est ordonnée que lorsque la partie est durablement dépourvue de moyens (*al. 1*). La créance, de droit public, ne relèverait que par analogie des dispositions de droit privé sur la prescription et l'intérêt moratoire; aussi le projet contient-il des règles propres. Elle se prescrit par 10 ans, comme cela a été proposé en procédure de consultation (*al. 2*). Le délai court dès la fin du procès, soit dès l'entrée en force de la décision, de l'ordonnance de radiation ou autre, mettant fin au procès. L'intérêt moratoire, de 5 % par an, court seulement à compter de la mise en demeure (*al. 3*).

### 5.8.3

### Dispositions spéciales régissant les frais

Le droit fédéral prévoit actuellement déjà la gratuité de certaines *procédures* (contentieux du travail et des baux à loyer p. ex.). Elle se retrouve dans le projet, conformément au résultat de la procédure de consultation. C'est un des plus importants acquis de la procédure civile sociale. Les dispositions y relatives, dispersées dans le droit actuel, peuvent donc être abrogées (art. 11, al. 4, et 12, al. 2, de la loi sur l'égalité [voir ch. 1 de l'annexe], art. 274d, al. 2, et art. 343, al. 3, CO [voir ch. 5 de l'annexe], art. 15, al. 3, de la loi sur la participation [voir ch. 26 de l'annexe], art. 10, al. 4, de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services [voir ch. 27 de l'annexe], art. 85, al. 3, de la loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance<sup>135</sup> [voir ch. 30 de l'annexe]).

Par souci de clarté, le projet règle séparément la procédure de conciliation et de décision consécutive.

#### *Art. 111* Procédure de conciliation

L'*al. 1* précise qu'il n'y a pas d'*allocations de dépens* en procédure de conciliation. Cette procédure ayant pour objectif de parvenir à composition et d'éviter une action formelle, il est indiqué que chaque partie supporte ses propres frais. L'indemnisation d'un avocat d'office par le canton demeure réservée. Les parties sont libres de convenir d'une autre répartition en transigeant (voir le commentaire de l'art. 107). Seuls les frais judiciaires sont répartis (art. 204).

La procédure de conciliation est gratuite lorsque la procédure au fond ultérieure l'est également (*al. 2, let. a, b, d à f*). Le contraire serait illogique. En matière de baux à loyer et à ferme (*al. 2, let. c*) elle est toujours gratuite, comme en droit actuel, même si la procédure devant le tribunal compétent au fond ne l'est pas.

Contrairement à l'avant-projet, le projet dispose que la conciliation en matière de conflit de travail est gratuite jusqu'à une valeur litigieuse de 30 000 francs seulement, car la procédure au fond dans ces affaires ne l'est, comme en droit actuel déjà, que jusqu'à cette valeur (art. 343 CO).

#### *Art. 112* Procédure au fond

La disposition correspond dans son intégralité au droit actuel. La gratuité de la procédure au fond, comparée à celle de la procédure de conciliation, est plus restreinte à deux égards. La gratuité ne concerne que les *frais judiciaires*, à l'exclusion des dépens, alloués selon les règles usuelles. Comme en droit actuel, la gratuité ne s'applique pas aux affaires relevant du droit du bail à loyer et du bail à ferme.

#### *Art. 113* Obligation de supporter les frais

Conformément au droit actuel, les frais judiciaires peuvent, même dans les procédures gratuites, être mis à la charge de la partie qui a procédé de façon téméraire ou de mauvaise foi.

<sup>135</sup> Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (LSEA; RS 961.01).

*Art. 114*      Dispense de frais selon le droit cantonal

Les cantons peuvent prévoir d'autres allègements en matière de frais judiciaires (*al. 1*; voir commentaire à l'art. 215), notamment pour eux-mêmes, les communes ou d'autres corporations et établissements, sans discrimination de la Confédération (*al. 2*).

### 5.8.4                      Assistance judiciaire

Le droit à l'assistance judiciaire gratuite est un droit fondamental de procédure consacré par la constitution (art. 29, al. 3, Cst.). Celle-ci ne fixe toutefois qu'un standard minimal. En tant qu'institution de procédure, elle est actuellement réglée d'abord par les cantons. Leur pratique est très différente, notamment en ce qui concerne l'indemnité de l'avocat d'office. Le projet introduit une réglementation fédérale unifiée. Il correspond pour l'essentiel au projet de CPP (partie plaignante)<sup>136</sup>.

L'assistance judiciaire peut être accordée pour *tout type de procédure*<sup>137</sup>. Suisses et étrangers y ont droit, où que se trouve leur domicile (voir art. 11c P-LDIP, ch. 18 de l'annexe)<sup>138</sup>.

Le droit à l'assistance judiciaire des *personnes morales* et des *patrimoines* indépendants (la masse en faillite p. ex.) est controversé. La pratique dominante la réserve aux personnes physiques. Le Tribunal fédéral a laissé la question indécise pour les personnes morales<sup>139</sup>, et ne l'a pas reconnu<sup>140</sup> à la masse en faillite. Le projet – contrairement à l'avant-projet (art. 105), mais en accord avec les propositions faites en procédure de consultation – utilise une formulation ouverte, qui correspond à la Constitution fédérale (voir art. 29, al. 3, Cst.). L'assistance judiciaire – pilier de la procédure sociale – est par nature destinée aux personnes physiques. Il est toutefois imaginable que les personnes morales y aient exceptionnellement droit<sup>141</sup>. Aussi faut-il réserver à la pratique la possibilité de trouver les solutions qui conviennent aux cas particuliers.

*Art. 115*                  Droit

La condition première à laquelle est subordonnée l'assistance judiciaire est l'*indigence*, soit l'état de revenus et de fortune qui ne permet pas à une personne d'engager les frais d'une procédure sans mettre gravement en péril son existence (*let. a*). Le minimum en ce sens est généralement de 10 à 30 % supérieur au minimum vital du droit des poursuites, compte tenu de la prise en considération des impôts en cours. La doctrine et la jurisprudence abondent sur la question et conserveront leur valeur sous l'égide du droit unifié.

<sup>136</sup> Voir art. 134 ss P-CPP.

<sup>137</sup> Voir ATF 121 I 60.

<sup>138</sup> Voir ATF 120 Ia 217.

<sup>139</sup> ATF 119 Ia 337 ss; arrêt du TF 2A.399/2004.

<sup>140</sup> ATF 125 V 371 ss.

<sup>141</sup> ATF 131 II 306.

L'octroi de l'assistance judiciaire est subordonné en outre à un *pronostic*: la cause pour laquelle elle est sollicitée ne doit pas paraître dépourvue de toute chance de succès (*let. b*). Elle n'y satisfait pas et ne peut être considérée comme sérieuse lorsque la probabilité de succès est notablement moindre que le risque d'échec. L'assistance doit en revanche être octroyée lorsque les chances de succès ne sont que légèrement inférieures au risque de perdre le procès ou s'équilibrent<sup>142</sup>.

#### Art. 116 Etendue

La partie au bénéfice de l'assistance judiciaire est dispensée des avances de frais, des sûretés pour les dépens et des avances pour l'administration des preuves (*al. 1, let. a et b*). Elle peut ainsi procéder. La dispense des frais n'est toutefois pas définitive; le remboursement est réservé (art. 121).

L'assistance judiciaire comporte en outre le droit, lorsque la nature de la cause le justifie, de recourir aux services d'un *conseil juridique* (*al. 1, let. c*). La désignation d'un avocat d'office doit toutefois être réellement nécessaire. Son opportunité dépend notamment de la difficulté du cas, la capacité du requérant de procéder seul, de son savoir faire et du fait que la partie adverse est assistée d'un avocat (principe de «l'égalité des armes»)<sup>143</sup>. L'assistance d'un conseil juridique peut être accordée pour la procédure de conciliation, si la nature de l'affaire le justifie (art. 111, al. 1)<sup>144</sup>.

L'assistance judiciaire est à la mesure de sa véritable nécessité (*al. 2*). Lorsque le requérant peut supporter partiellement les frais du procès, l'assistance judiciaire est limitée en conséquence (fixation p. ex. d'une «franchise»). Lorsqu'une part seulement de la cause est pourvue de chances de succès, l'assistance judiciaire peut être limitée à cette part.

La Constitution ne garantit en principe pas le droit à l'assistance d'un avocat d'office *préalablement à la procédure*<sup>145</sup>. Le présent projet l'accorde pour la préparation du procès. On pense notamment à l'élaboration d'une convention en cas de requête commune en divorce (art. 111 s. CC; pour la médiation gratuite, voir commentaire de l'art. 215).

En cas de perte du procès, l'assistance judiciaire ne dispense pas de l'obligation de verser *des dépens* à la partie adverse. Cela correspond au droit actuel. Cette question d'une grande importance pratique devant être réglée clairement, le projet, contrairement à l'avant-projet, le spécifie (*al. 3*).

#### Art. 117 Requête et procédure

L'assistance judiciaire peut être sollicitée en tout temps, en vue ou en cours du procès (*al. 1*). La requête antérieure à la litispendance est déposée au for de la cause au fond.

Le requérant doit justifier de son *indigence* (*al. 2*). Les cantons mettent souvent à disposition une formule de requête à compléter et à adresser au tribunal accompagnée des documents nécessaires (p. ex. attestation de salaire). Nonobstant l'appli-

<sup>142</sup> Voir ATF **119** Ia 251.

<sup>143</sup> Voir ATF **122** III 392; **119** Ia 264.

<sup>144</sup> Voir ATF **119** Ia 264 concernant la conciliation en matière de baux à loyer.

<sup>145</sup> Voir ATF **121** I 321.

cation du principe inquisitoire limité, le requérant doit contribuer à l'établissement de sa situation financière<sup>146</sup>. En ce qui concerne *l'existence des chances de succès*, la vraisemblance suffit.

Le tribunal statue en procédure sommaire. La partie adverse sur le fond n'est pas partie à la procédure, mais peut être entendue en ce qui concerne tant la situation du requérant que les chances de succès de la cause. Elle doit l'être lorsque l'assistance emporte dispense de fournir des sûretés en garantie du paiement des dépens (art. 97) car elle est désavantagée (al. 3). L'assistance peut, exceptionnellement, être accordée avec effet rétroactif (al. 4)<sup>147</sup>.

La requête doit être réitérée en cas de *recours* et les conditions de l'assistance, être réexaminées. Elles peuvent en effet être modifiées, les chances de succès en particulier. Le maintien automatique de l'assistance n'est pas admis (al. 5).

La procédure d'assistance judiciaire ne donne pas lieu au paiement de frais judiciaires, même en cas de refus. Sont réservées les requêtes téméraires ou présentées de mauvaise foi (al. 6). On pense notamment à la partie fortunée qui tente de retarder de la sorte le procès et à celle qui donne des fausses indications sur sa situation.

#### *Art. 118*          Retrait de l'assistance judiciaire

En principe, le retrait de l'assistance judiciaire ne rétroagit pas. Les prestations d'assistance accordée à tort *ab initio* – le requérant disposait de moyens suffisants –, peuvent donner lieu à remboursement (art. 121).

#### *Art. 119*          Recours

Le requérant peut attaquer le refus ou le retrait de l'assistance judiciaire par la voie du recours limité au droit. L'adversaire sur le fond n'est pas recevable à recourir, faute d'intérêt juridique digne de protection. Il peut toutefois recourir du chef de la dispense de fournir des sûretés pour les dépens (art. 101).

#### *Art. 120*          Liquidation des frais

Le projet, contrairement à l'avant-projet, règle exhaustivement le sort des frais en cas d'assistance judiciaire. Il répond ainsi aux besoins de la pratique et aux vœux exprimés en procédure de consultation.

L'al. 1 a trait à l'*assisté qui succombe*:

- L'avant-projet obligeait les cantons à allouer *une pleine indemnité à l'avocat d'office*. La règle a été fortement critiquée en procédure de consultation. Elle empiéterait sur l'autonomie cantonale en matière de tarifs (art. 94). Le projet laisse donc aux cantons le soin de déterminer l'indemnité. Elle doit toutefois être *équitable (let. a)*. L'avocat d'office ne peut exiger de l'assisté la différence entre le plein tarif et l'indemnité, ni convenir avec lui du paiement de celle-ci; elle ne peut être réclamée que sur la base et dans l'hypothèse de l'art. 121.

<sup>146</sup> Voir ATF 120 Ia 179.

<sup>147</sup> Voir ATF 122 I 203.

- Les *frais judiciaires* sont à la charge du canton (*let. b*); il doit restituer les avances de frais effectuées par celui qui a obtenu gain de cause (*let. c*).
- C'est à la partie assistée, non au canton, qu'incombe le versement des *dépens* alloués à l'adversaire (*let. d*). L'assistance judiciaire ne l'en dispense pas (voir commentaire de l'art. 116).

L'*al. 2* a trait à l'assisté qui *obtient gain de cause*:

- En conformité des art. 104 s. l'adversaire a la charge des frais de procédure. Il supporte donc les *frais judiciaires* et doit de pleins dépens (correspondants à l'entier des honoraires d'un avocat) à l'assisté.
- En cas d'insolvabilité de l'adversaire toutefois, le canton a la charge de verser une *indemnité équitable* au conseil juridique. Il est subrogé à concurrence de son versement au droit de l'assisté contre l'adversaire. L'assisté reste créancier de l'adversaire pour la différence. La responsabilité du canton envers le conseil juridique commis d'office, du chef d'honoraires équitables, lorsque les dépens restent en souffrance en raison de l'insolvabilité de celui qui les doit, s'explique par le caractère particulier de ce mandat de droit public.

#### *Art. 121* Remboursement

L'Etat ne libère pas définitivement l'assisté du paiement des frais judiciaires. Il est tenu de les rembourser dès qu'il est en mesure de le faire en raison de l'évolution favorable de ses revenus ou de sa fortune, suite à une succession par exemple (*al. 1*). Le gain du procès peut en être l'origine<sup>148</sup>. La disposition est adaptée à l'art. 64, al. 4, LTF.

Le projet ne désigne pas l'autorité qui ordonne le remboursement ou veille à son exécution. La désignation est du ressort des cantons. Le délai de remboursement a été prolongé de 5 à 10 ans pour répondre aux propositions émises en procédure de consultation. C'est un *délai de prescription*, susceptible de suspension ou d'interruption (voir art. 110, al. 2).

## **5.9 Conduite du procès, actes de procédure et délais**

### **5.9.1 Conduite du procès**

#### *Art. 122* Principes

La conduite – gestion – du procès revient au tribunal. Par ses décisions d'instruction, il orchestre la procédure et doit veiller de manière générale à son déroulement rapide (*al. 1*). Le droit constitutionnel à ce qu'une cause soit jugée dans un délai raisonnable (art. 6, al. 1, CEDH; art. 29, al. 1, Cst.) est ainsi concrétisé.

Les actes de procédure ont lieu en principe devant le tribunal dans son ensemble (principe d'immédiateté). Le tribunal peut toutefois déléguer la conduite de la procédure par économie de procédure. (*al. 2*; voir le commentaire de l'art. 152).

<sup>148</sup> Voir ATF 122 I 322.

L'*al.* 3 affirme le principe de la tenue d'audiences de conciliation en tout temps, même au cours de la procédure au fond (voir les art. 211 et 223).

#### *Art. 123 à 125* Mesures concrètes

Le catalogue légal des décisions d'instruction n'est pas exhaustif. Seules les plus importantes sont explicitement mentionnées. Les autres peuvent être déduites des dispositions de procédure applicables:

- La simplification de la procédure (*art. 123*) par exemple, en la limitant dans le but de statuer par une décision incidente (*art. 233*), en renvoyant une demande reconventionnelle dans une procédure séparée (*art. 221*) ou en traitant d'abord les conclusions en l'état d'être jugées, etc.
- La suspension de la procédure (*art. 124*), en particulier lorsque celle-ci dépend de l'issue d'un autre procès (voir *art. 36*, al. 1, LFors) ou lorsque les parties mènent des négociations extrajudiciaires ou veulent procéder à une médiation (*art. 211*). La suspension doit toujours répondre à un vrai besoin (p. ex. pour éviter des décisions contradictoires). La décision peut être attaquée par recours limité au droit (voir *art. 316 ss*).
- La transmission de l'affaire (*art. 125*): la réglementation correspond au droit en vigueur (*art. 36*, al. 2, LFors).
- La possibilité de *qualifier une procédure d'urgente* (*art. 118 AP*) n'a pas été maintenue. Cette disposition a été critiquée à juste titre lors de la consultation. La notion d'urgence est imprécise et aurait donné lieu à des litiges qui n'auraient fait que prolonger la procédure. D'autres instruments permettent d'accélérer certaines procédures (voir le commentaire de l'*art. 143*).

#### *Art. 126* Discipline en procédure et procédés téméraires

Cette disposition a été coordonnée avec l'organisation judiciaire fédérale (*art. 33 LTF*), comme proposé lors de la procédure de consultation. Le projet prévoit le recours limité au droit si une amende est prononcée (voir *art. 316 ss*).

## **5.9.2**                    **Forme des actes de procédure**

#### *Art. 127* Langue de la procédure

L'usage d'une langue officielle du canton reste la règle (*al. 1*). Les autres langues – p. ex. l'anglais – ne sont toutefois pas exclues si les parties et le tribunal y consentent (*al. 2*).

#### *Art. 128 à 130* Actes des parties

L'*art. 128* permet aux parties de déposer leurs actes aussi bien sous forme écrite qu'électronique (*al. 1 et 2*; voir *art. 42*, al. 4, LTF). Le tribunal peut cependant toujours exiger l'envoi d'un document sur support papier (*art. 128, al. 3*). Les systèmes informatiques mis en place par les tribunaux cantonaux pourront être coordonnés avec celui du Tribunal fédéral.

Les actes sous forme électronique ont de plus été introduits en matière de *poursuite pour dettes et faillite* (art. 33a P-LP, ch. 17 de l'annexe). Les organes de l'exécution ne se limitent à cet égard pas aux seuls offices des poursuites et faillites, mais à toute personne qui, en dehors de ces offices, exerce une fonction officielle (p. ex., les administrations spéciales de la faillite ou les commissaires).

La question de savoir si l'envoi par télécopie répond aux exigences de la forme écrite est laissée à la pratique. Le Tribunal fédéral a répondu à cette question par la négative.<sup>149</sup>

Certains participants à la consultation ont proposé de fixer le nombre exact de copies dans la loi (art. 129). Le projet tient compte de ces demandes.

L'art. 130, al. 1 et 2 correspond à la LTF (voir art. 42, al. 5 et 6 LTF). Un *acte entaché de défauts* peut ainsi être corrigé. Les actes abusifs ou introduits de manière procédurière ne sont par contre pas pris en compte (al. 3). Le tribunal les renvoie sans ouvrir de procédure ou, le cas échéant, sans la poursuivre.

### Art. 131 à 133 Citations

La citation par le tribunal doit obligatoirement contenir certaines indications (art. 131, let. a à f). Elle se fait par écrit ou sous forme électronique (voir art. 137). Les tribunaux décident de la manière dont ils signent les citations (let. g; p. ex., par le président, un greffier ou par l'apposition du sceau du tribunal).

Malgré les critiques exprimées lors de la consultation, le *déla*i de 10 jours a été maintenu (art. 132) car il s'agit d'un compromis. Les procédures cantonales prévoient des délais fort différents, même inférieurs à 10 jours<sup>150</sup>. Le délai court dès l'envoi par le tribunal et non dès la réception par le destinataire. Le tribunal peut de la sorte calculer précisément la date de la citation. Les dispositions spéciales sont réservées (voir p. ex., art. 168 et 181 LP).

L'art. 133 permet de reporter la date de la comparution. Un renvoi est possible pour des motifs suffisants (voir l'art. 142, al. 2, concernant la prolongation de délais judiciaires). L'avant-projet prévoyait un premier renvoi pour des motifs suffisants et un second seulement pour de justes motifs ou avec l'accord de la partie adverse (art. 126 AP) Ce système, critiqué en consultation, a été abandonné. La distinction entre «motif suffisant» et «juste motif» n'est pratiquement pas possible. De même, l'accord des parties sur le renvoi ne suffit pas à justifier une charge d'organisation supplémentaire pour le tribunal. Le renvoi d'une comparution doit ainsi toujours être motivé (voir le commentaire de l'art. 142). Le tribunal peut reporter la comparution également d'office, mais il doit aussi en donner les motifs.

### Art. 134 à 139 Notification judiciaire

La loi mentionne les actes qui doivent toujours être formellement notifiés (art. 134). Le tribunal peut décider de notifier d'autres actes, les procès-verbaux d'audience par exemple.

<sup>149</sup> ATF 121 II 252.

<sup>150</sup> Art. 104 CPC/BE: 48 heures; art. 61 CPC/BL: 7 jours; art. 175 OJ/ZH: 5 jours; art. 277 et 290, al. 2, CPC/VD: 20 jours.

Lorsque la partie est représentée, les actes sont notifiés à son *représentant* (art. 135). Une notification personnelle à la partie représentée n'est pas prévue (voir par contre art. 129, al. 2, AP). Il peut en effet être exigé du représentant qu'il informe la personne qu'il représente d'une citation. Le tribunal n'a pas à s'en charger. Ce système est connu des procédures cantonales (p. ex., art. 108 CPC/BE; art. 74 CPC/LU; art. 72 CPC/VD; art. 17 CPC/GE).

L'art. 136 règle la *forme* de la notification (al. 1 et 2). Il s'agit de *remettre* l'acte directement au destinataire contre *accusé de réception* ou à une personne de son entourage (p. ex., son conjoint, un employé de maison ou un enfant âgé de 16 ans révolus). Cette réglementation est conforme à la jurisprudence actuelle<sup>151</sup>. Le tribunal peut ordonner que l'acte soit notifié personnellement au destinataire (al. 2, 2<sup>e</sup> phr.). Cette possibilité peut en particulier être indiquée dans les litiges de droit de la famille. L'al. 3 pose enfin les conditions de la *fiction de notification*. Les situations décrites correspondent à la jurisprudence constante.<sup>152</sup>

Le tribunal peut notifier des actes par voie électronique, ce qui lui permet de réduire ses frais administratifs (art. 137). Le consentement préalable de la personne concernée est cependant requis (al. 1). Il se limite en principe au procès en cours. Mais il peut également avoir une portée générale s'agissant par exemple d'avocats ayant à faire régulièrement avec les autorités judiciaires. La solution proposée est identique à l'organisation judiciaire fédérale (art. 60 LTF). La notification par voie électronique est également rendue possible pour les autorités du droit de la poursuite et de la faillite (art. 34 P-LP, ch. 17 de l'annexe).

La notification d'un acte à l'étranger peut être longue et compliquée surtout si aucun accord international ne s'applique (art. 2). De ce fait, en vertu de l'art. 138, les parties domiciliées à l'étranger peuvent être contraintes à élire domicile en Suisse par le tribunal. Le projet répond ainsi à un vœu exprimé lors de la consultation.

L'art. 139, al. 1 décrit les situations où la notification peut se faire par voie édictale. Le projet énumère les cas typiques bien connus (*let. a, b et c*).

### 5.9.3 Délais, défaut et restitution

*Art. 140 à 142* Computation, observation et prolongation des délais

Le projet reprend les règles de procédure usuelles en la matière:

- Les règles sur le *début et la computation d'un délai* ont été coordonnées avec l'organisation judiciaire fédérale (art. 140; voir art. 44 et 45 LTF). L'al. 3 se réfère au siège du tribunal en ce qui concerne les jours fériés. Le fait que la réglementation des jours fériés peut différer d'une région à l'autre d'un même canton est ainsi pris en compte. Sont par ailleurs inclus tant les jours fériés légaux que ceux qui y sont assimilés, conformément à l'art. 5 de la convention européenne du 16 mai 1972 sur la computation des délais (RS 0.221.122.3)<sup>153</sup>.

<sup>151</sup> Voir p. ex., ATF 130 III 396; 122 I 97; arrêt du 18 octobre 1999 dans l'affaire K. c.

<sup>152</sup> Procureur général du canton de Berne, SJ 2000, p. 118 ss.

<sup>153</sup> P. ex., ATF 127 III 173; 122 III 316.

<sup>153</sup> Voir ATF 124 II 527.

- La réglementation applicable à l'*observation des délais* (art. 141) correspond au droit actuel (voir p. ex. art. 32 LP et 12 LDIP) et à l'organisation judiciaire fédérale (art. 48, al. 1, LTF). Les actes écrits sont régis par le principe de l'expédition, qui requiert que l'acte d'une partie soit expédié dans le délai. Les actes électroniques sont par contre soumis au principe de réception: le tribunal à qui l'acte est destiné doit confirmer la réception de l'envoi (voir art. 48, al. 2, LTF.) La confirmation du système informatique du tribunal se fait en général immédiatement. L'*al. 3* concerne le respect du délai de paiement au tribunal (voir art. 48, al. 4, LTF). La coordination avec la LTF justifie une réglementation légèrement plus restrictive pour les parties que celle de l'avant-projet (art. 135, al. 2, AP), qui se fondait sur le moment de l'expédition de l'ordre de paiement<sup>154</sup>.
- Le projet a également été aligné sur l'organisation judiciaire fédérale en ce qui concerne la *prolongation des délais* (art. 142; voir aussi les art. 47 LTF et 87 P-CPP): seuls les délais judiciaires peuvent être prolongés – et non les délais légaux. La prolongation est octroyée en présence de *raisons suffisantes* (p. ex. maladie, hospitalisation, décès, service militaire, emprisonnement, absence, surcharge de travail, éloignement, séjour à l'étranger, accord des parties, etc.). Le tribunal détermine dans chaque cas si les raisons invoquées sont suffisantes (voir l'art. 133).

#### *Art. 143 et 144* Suspension des délais

L'*art. 143, al. 1* définit les fêtes – en accord avec l'organisation judiciaire fédérale (art. 46 LTF) –, une institution que tous les cantons connaissent à l'exception des deux cantons de Bâle. Les fêtes répondent à un besoin pratique non seulement des tribunaux, mais aussi des parties et surtout des petits cabinets d'avocat. La suspension des délais concerne les délais légaux et judiciaires.

Les fêtes ne s'appliquent qu'à la *procédure ordinaire* (art. 143, al. 2): la tentative de conciliation et les procédures simples et rapides peuvent également être introduites ou se poursuivre pendant les fêtes. Le tribunal doit rendre les parties attentives à ces exceptions (art. 143, al. 3). A défaut, les délais sont suspendus.

La *notification par le tribunal* (art. 134 ss) est en principe possible durant la suspension du délai (art. 144, al. 1). Toutefois, un délai imposé – qu'il soit légal ou judiciaire – ne commence à courir que le premier jour après la fin de la suspension. Par exemple, si la notification judiciaire d'un jugement a lieu le 10 août, le délai de recours commence à courir le 16 août.

Durant les fêtes, le tribunal ne tient en principe pas d'audience (art. 144, al. 2). Cela comprend toute forme d'audience: les débats d'instruction et les débats principaux, mais aussi les administrations de preuve. Les exceptions nécessitent l'accord explicite et clair des parties principales et accessoires.

<sup>154</sup> Voir pour la pratique actuelle, que le projet remplace: ATF 117 Ib 220 et le message relatif à la loi sur le Tribunal fédéral, FF 2001 4096 s.

## Art. 145 à 147 Défaut et restitution

L'art. 145, al. 1 donne une définition légale du défaut. Comme proposé lors de la consultation, la non comparution est également mentionnée. Le défaut ne doit pas retarder la procédure, au détriment de la partie présente (art. 145, al. 2). C'est pourquoi les conséquences du défaut – continuation de la procédure sans fixation d'un délai supplémentaire – se déploient en principe immédiatement (sans délai supplémentaire). Un *jugement par défaut* est également possible (voir art. 146, al. 3). Les exceptions doivent être prévues par la loi (p. ex. aux art. 99, al. 3 [délai supplémentaire pour les avances de frais] et 220 [délai supplémentaire pour la réponse]). Selon le principe de la bonne foi, le tribunal doit informer les parties et les tiers concernés des conséquences du défaut (art. 145, al. 3).

Conformément à un principe reconnu en droit de procédure, la partie défaillante, si elle parvient à présenter une excuse adéquate, est ramenée à la situation prévalant avant le défaut (art. 146). Mais cette *restitutio in integrum* ne doit pas retarder inutilement la procédure. La requête de restitution doit de ce fait être déposée dans les 10 jours qui suivent la fin de l'empêchement – le délai de 30 jours de l'organisation judiciaire fédérale ne peut être appliqué tel quel dans la procédure cantonale (voir art. 50 LTF). Le délai supplémentaire fixé par le juge peut être plus court mais doit rester raisonnable. Par ailleurs, la décision de restitution est définitive – également dans l'intérêt de la célérité de la procédure (art. 147). Un *jugement par défaut* peut également faire l'objet d'une demande de restitution (art. 146, al. 3). Celle-ci – qui peut par exemple consister à demander la répétition des débats principaux – doit, dans ce cas aussi, être déposée dans les 10 jours. Elle est également soumise à un délai absolu d'une année, dans l'intérêt de la sécurité du droit.

### Relation des règles sur les délais avec la LP

Les règles sur les délais prévues dans le projet ne s'appliquent pas sans réserve dans le domaine régi par la LP car des particularités du droit de l'exécution doivent être prises en compte (art. 31 P-LP; ch. 17 de l'annexe).

En particulier, la réglementation des *féries de la poursuite* (art. 56 et 63 LP) prévaut en tant que *lex specialis* sur les fêtes judiciaires (art. 143, al. 4):

- Les fêtes de la poursuite continueront donc de s'appliquer à toutes les *actions* intentées dans le cadre d'une poursuite (p. ex., les actions en libération de dette, en revendication, en participation ou en validation du séquestre), indépendamment de la procédure – ordinaire ou simplifiée – applicable à ces litiges.
- Les fêtes de la poursuite devront également continuer d'être respectées en cas de procédure sommaire qui a pour objet un *acte de poursuite* judiciaire (p. ex., la mainlevée ou la déclaration de faillite). Des mesures conservatoires, comme une autorisation de séquestre (art. 272 LP) ou l'ordre de procéder à l'inventaire des biens (art. 162 ss LP), restent par contre possibles pendant les fêtes.

La *restitution* de délais pour le dépôt d'actes en matière de poursuite (en particulier, les délais d'action et de recours) restera soumise aux dispositions plus strictes de la LP (art. 33, al. 4, LP).

L'art. 32 LP (*respect du délai par la saisie d'une autorité incompétente*) ne concerne plus les tribunaux (voir art. 61 et 130), mais uniquement les offices de poursuites et faillites ou les organes particuliers de l'exécution (p. ex. l'administration spéciale de la faillite).

## 5.10 Preuve

Le droit de la preuve est divisé en trois chapitres.

- Le premier contient les *dispositions générales*, relatives notamment à l'objet de la preuve et au droit d'en obtenir l'administration (droit à la preuve). Le principe de la *libre appréciation des preuves* occupe une place primordiale, se situant à l'opposé de règles de preuve rigides, qui n'ont pas été retenues.
- Le deuxième chapitre est consacré au *devoir de collaborer des parties et des tiers* ainsi qu'aux divers *droits de s'y refuser*. Contrairement au droit cantonal, les règles y relatives sont dissociées du témoignage car elles s'appliquent à l'ensemble des moyens de preuve, le témoignage, l'inspection locale et la production de titres notamment.
- Le troisième chapitre est consacré aux différents *moyens de preuve*.

### 5.10.1 Dispositions générales

*Art. 148*      Objet de la preuve

La preuve a pour objet les faits contestés (*al. 1*; maxime des débats, art. 53). Les faits admis par les parties doivent être tenus pour «vrais» par le tribunal (vérité formelle). Le principe caractérise la procédure civile classique mais comporte des exceptions (voir art. 151). La preuve ne porte ensuite que sur les faits pertinents, dont l'élucidation est de nature à exercer une influence sur la décision de fond ou de procédure.

Le tribunal détermine si un fait est admis ou contesté sur la base des allégations et de l'attitude des parties (*al. 2*). Un fait peut être admis expressément, mais il peut l'être implicitement aussi. La règle selon laquelle tout ce qui n'est pas expressément admis doit être considéré comme contesté n'est pas utile, les contestations devant être alléguées et expliquées (art. 219, al. 2). Le tribunal peut tenir pour admis un fait dont la dénégation n'est pas expliquée. L'instruction ne doit pas être prolongée et son coût augmenté par des affirmations non circonstanciées. Le projet tient compte ainsi de la critique émise en procédure de consultation (voir art. 145, al. 2, AP).

Les usages et les usages locaux ont une nature hybride, intermédiaire entre le fait et le droit. Ils sont considérés comme des faits en ce qui concerne la preuve (*al. 3*) de sorte que la partie qui les invoque a la charge d'en prouver l'existence et le contenu. Ils ne sont en effet pas familiers à tous les tribunaux. Il en va de même du droit étranger dans le contentieux patrimonial (voir art. 16, al. 1, LDIP). La connaissance en est rapportée selon les règles et les formes de l'administration des preuves.

Les faits connus de chacun ou que personne ne peut raisonnablement ignorer et les circonstances que tout un chacun peut percevoir et appréhender en toute certitude n'ont pas été prouvés. Il en va de même des faits et circonstances connues du tribunal de par son activité officielle. La connaissance personnelle qu'un membre du tribunal peut avoir de faits litigieux n'exonère pas en revanche du fardeau d'en rapporter la preuve.

N'ont pas à être prouvés non plus les connaissances qui résultent de l'expérience générale de la vie et de principes qui en découlent, du domaine de l'art, des sciences, du commerce, etc. Elles ont valeur de normes dont la pertinence ne se limite pas au cas d'espèce<sup>155</sup>.

Conséquence essentielle du droit d'être entendu (art. 51), le droit à la preuve, consiste à pouvoir démontrer la véracité des faits pertinents qui ont été allégués, par l'administration des moyens adéquats de preuve, requis en temps utile et en la forme prescrite (al. 1)<sup>156</sup>. Ce droit fondamental est au centre du débat sur l'*appréciation anticipée des preuves*: le tribunal peut refuser des offres de preuves, lorsqu'il a pu établir sa conviction sur la base d'autres preuves ou que le moyen proposé est inadéquat. La disposition correspondante de l'avant-projet (art. 147, al. 2, AP) a toutefois été fortement critiquée en procédure de consultation.

Le projet tient compte de l'opposition et abandonne la disposition. Cela ne signifie pas toutefois que l'appréciation anticipée des preuves soit exclue par le droit fédéral. Elle est au contraire inhérente au principe de la *libre appréciation des preuves*: la pratique actuelle n'impose pas au tribunal d'admettre sans examen et sans limite toutes les propositions de preuve<sup>157</sup>. Il lui est loisible au contraire d'inviter l'auteur de propositions trop abondantes à faire des choix et, en cas de refus, à procéder lui-même à une sélection raisonnable. Lorsque sa conviction est faite et que l'instruction peut être close, le tribunal n'a en principe l'obligation d'accepter que les offres de preuves qui concernent des *novas admissibles* ou des faits pour lesquels il ne dispose que d'indices ou que des règles d'expérience générale<sup>158</sup>. L'objectif d'une gestion fonctionnelle et concentrée du procès commande que l'appréciation anticipée permette de corriger l'exercice immodéré du droit à la preuve.

L'utilisation de *moyens de preuve obtenus d'une manière illicite* (al. 2) est en relation avec le droit à la preuve. Suivant l'avant-projet, le Conseil fédéral part du principe qu'il ne peut être exercé par des voies illicites. La preuve obtenue illicitement n'est utilisable que d'une manière restrictive. Elle doit, en tant que telle, être de celles incluses dans le *numerus clausus* (art. 165). Le tribunal doit procéder à une *pesée de l'intérêt à la protection* du bien lésé par l'obtention illicite et de l'intérêt à la *manifestation de la vérité*. Un titre obtenu sous la menace ou par violence n'est pas utilisable, car l'intégrité personnelle – dans un procès civil particulièrement – prime en principe l'intérêt à la manifestation de la vérité (voir art. 138 P-CPP). Une pièce «simplement» dérobée peut en revanche être utilisée si l'établissement de la

<sup>155</sup> Voir ATF 123 III 241; 120 II 97; 117 II 256.

<sup>156</sup> Voir ATF 122 III 219 et références citées.

<sup>157</sup> Voir arrêt du TF 5P.296/2005.

<sup>158</sup> Voir arrêt du TF 4C.469/2004 et références citées.

vérité l'exige. Telle est la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>159</sup>.

#### Art. 151 Administration des preuves d'office

Il appartient en principe aux parties au procès civil de réunir et de procurer au tribunal la substance du litige. Ainsi ont-elles la charge d'alléguer les faits et d'en proposer les preuves (maxime des débats; art. 53, al. 1). La vérité formelle lie en principe le tribunal aux faits admis par les parties et en exclut la preuve contraire. Le système comporte toutefois des exceptions:

- Dans les procès soumis à la *maxime inquisitoire*, le tribunal assume une (co)responsabilité dans l'établissement des faits (*al. 1*). Ainsi en va-t-il notamment en *procédure simplifiée* (art. 243), en *procédure de faillite et de concordat et en procédure gracieuse* (art. 251). Le tribunal n'est pas lié ici par les propositions de preuves des parties. Celles-ci ne sont pas pour autant dispensées de *collaborer* (art. 157, al. 1): il leur incombe d'en fournir les moyens, à l'aide, le cas échéant, du tribunal. La maxime inquisitoire ne libère pas non plus des *avances de frais* (art. 100, al. 3). Si elles font défaut, l'administration des preuves peut être abandonnée. Lorsque la maxime inquisitoire classique est applicable – affaires dans lesquelles le tribunal doit non seulement *constater* mais aussi *établir* les faits (art. 291) – les preuves doivent néanmoins être administrées.
- Le tribunal peut par ailleurs procéder à une administration d'office de preuves lorsqu'il a de *sérieuses raisons de douter* de la véracité d'un fait non contesté (*al. 2*). Cette possibilité existe également dans la procédure ordinaire, en dépit du fait qu'elle est, sous cette réserve, entièrement dominée par la maxime des débats. Le tribunal ne doit pas être contraint de prononcer un jugement sur la base d'un état de fait non contesté – en raison du défaut de l'adversaire par exemple – mais néanmoins non crédible (voir art. 12, al. 3, PCF). L'al. 2 corrige les conséquences extrêmes de la maxime des débats.

#### Art. 152 Administration des preuves

L'administration des preuves est soumise en règle générale au *principe de l'immédiateté*: elle a lieu devant et par l'ensemble du tribunal. Elle peut toutefois être déléguée, par gain de temps ou de coût, à un membre du tribunal (*al. 1*). D'autres raisons peuvent également justifier qu'elle ne soit pas le fait du tribunal «in corpore» (intérêt de l'enfant auditionné en procédures de droit de la famille). L'administration des preuves doit cependant avoir lieu devant le tribunal «in corpore» lorsqu'une partie invoque un juste motif (*al. 2*).

Des participants à la procédure de consultation ont demandé que l'administration des preuves puisse être déléguée également au greffier du tribunal, à l'exemple de certaines procédures cantonales. Le projet n'a pas retenu cette proposition. Même s'ils ont une formation juridique, leur position et leur légitimité ne sont pas celles d'un juge, membre du tribunal habilité à connaître de l'affaire.

<sup>159</sup> Voir arrêt du TF 1P.570/2004 (ATF 131 I 272).

Le droit des parties à participer à l'administration des preuves résulte du droit d'être entendu (al. 3)<sup>160</sup>. Il en va de même du droit de se déterminer sur le résultat de celle-ci, qui figure à l'art. 228 pour des raisons de systématique.

#### *Art. 153* Sauvegarde d'intérêts dignes de protection

L'instruction peut toucher la sphère personnelle des parties ou de tiers. Le tribunal a de ce chef le pouvoir et le devoir de prendre les mesures de protection nécessaires qui consistent entre autres à: restreindre le droit de consulter le dossier, limiter voire exclure la participation à certaines inspections locales, caviarder des documents, etc. Les mesures de protection doivent toutefois être réduites au nécessaire et respecter le principe de la proportionnalité.

#### *Art. 154* Libre appréciation des preuves

Le tribunal forme sa conviction sur la base d'une libre appréciation des preuves, *principe fondamental* des procédures modernes. Il est explicitement énoncé dans les codes cantonaux et à l'art. 40 PCF. Le droit privé fédéral qui en prévoit l'application sectorielle est couvert par l'art. 154. Les dispositions y relatives (art. 139 et 254 CC, art. 274d et 343 CO) peuvent donc être abrogées (voir ch. 3 et 5 de l'annexe).

Les procédures cantonales prévoient des *exceptions* au principe. Des personnes sont déclarées incapable de témoigner, par exemple celles qui n'ont pas atteint un âge minimum (mineurs de 14 ans) ou celles qui sont rendues suspectes en raison de leurs rapports avec une partie (mariage). Le schématisme de ces dispositions restreint non seulement la libre appréciation du juge mais aussi le droit, des parties, à la preuve (art. 150). L'intérêt à l'établissement de la vérité s'oppose à l'exclusion générale de ces sources d'information.

Le projet renonce pour cette raison à des règles de preuve trop rigides. D'autres moyens permettent de tenir compte des situations particulières (conflit de loyauté, effets éventuellement traumatisant du procès, exercice de pressions, partialité): l'adoption de droits de refuser de témoigner (art. 160 ss) et l'aménagement adéquat du devoir de collaborer (respect des intérêts de l'enfant, art. 157, al. 2). La valeur probante doit, d'autre part, être évaluée en fonction de toutes les circonstances; ainsi, la réponse d'un enfant de 12 ans à la question de savoir si, au moment de l'accident, des vaches se trouvaient sur la route, peut être considéré comme digne de foi dans un procès en responsabilité civile. Le projet ne connaît que deux règles de preuve rigides: l'exclusion du témoignage par oui-dire (art. 166) et la force probante accrue des registres publics et des actes authentiques (art. 176).

#### *Art. 155* Preuve à futur

Les preuves sont administrées en principe à un stade précis du procès, qui suit celui de l'échange des allégations. Il est toutefois possible d'y procéder antérieurement voire avant la litispendance, lorsque certaines conditions sont réalisées – (constatation immédiate de défauts p. ex.). Le droit matériel octroie parfois le droit à une telle administration de preuve (al. 1, let. a; voir p. ex. art. 204, al. 2 et 3, CO, art. 367, al. 2, CO, art. 427, al. 1, CO, art. 59 LPM, art. 38 LDs).

<sup>160</sup> Voir ATF 124 I 241; 121 V 150; 119 Ia 260; 118 Ia 17.

La preuve à futur assure généralement la *conservation de la preuve* (al. 1, let. b; p. ex. audition d'un témoin dont les jours sont comptés, inspection d'une construction présentant un risque d'effondrement). Mais elle peut servir aussi à *l'évaluation des chances d'obtenir gain de cause ou d'apporter une preuve*, selon certains codes cantonaux. La locution «intérêt digne de protection» se réfère à cette possibilité qui permet d'éviter des procès dénués de chance de succès.

La preuve à futur est soumise à la procédure des mesures provisionnelles (al. 2; art. 257 ss). L'adversaire (présumé) est entendu.

L'avant-projet prévoyait la notification judiciaire de manifestations de volonté au destinataire absent sans domicile connu, aux fins d'en conserver la trace (art. 151, al. 3, AP). Le dispositif s'est heurté à un refus en procédure de consultation. Le projet y renonce.

#### *Art. 156*      Organes d'une personne morale

Lorsqu'une personne morale est partie au procès, ses organes, de fait et de droit, la représentent et ont qualité de partie dans l'administration des preuves. Ils ne peuvent par conséquent être entendus comme témoin. Le projet suit la théorie de la réalité du droit matériel pour conserver l'unité de l'ordre juridique. La solution vaut également pour la masse en faillite et celle du concordat par abandon d'actif: l'administration de la faillite et les liquidateurs du concordat par abandon d'actif, organes selon le droit de l'exécution, ont qualité de parties dans la procédure probatoire. L'assimilation à une partie influence notamment le droit de refuser de collaborer (voir le commentaire des art. 160 ss).

Ce régime a été critiqué en procédure de consultation, la qualité d'organe, d'organe de fait spécialement étant sujette à contestation. Le Conseil fédéral s'en tient toutefois ici à l'avant-projet (art. 186, al. 1, AP) qui est l'expression de la pratique et de la doctrine dominante.

### **5.10.2                      Obligation de collaborer et droit de refuser de collaborer**

#### *Art. 157 à 159*      Obligation de collaborer

Les parties et les tiers au procès civil sont tenus d'y collaborer. Pour les tiers, il s'agit d'un *devoir* au sens propre passible de sanctions (art. 164), voire de contrainte directe. Il consiste principalement en l'obligation de témoigner, de renseigner et de produire des documents. Pour les parties en revanche, la collaboration n'est qu'une *charge procédurale*. Elle n'est passible ni de peine ni de contrainte, mais il en est tenu compte – au détriment de la partie concernée – lors de l'appréciation des preuves. Le refus justifié d'une partie ou d'une personne tierce ne doit, *a contrario*, entraîner aucune conséquence pour celle-ci (*art. 159*). Ces règles correspondent à la tendance dominante en droit de procédure.

L'obligation de collaborer vaut dans tous les types de procédure. Cela va de soi pour les tiers. Les parties y sont également tenues, y compris dans les procédures soumises à la maxime inquisitoire (voir le commentaire à l'art. 151).

L'art. 157 définit l'obligation de collaborer:

- L'al. 1 cite à titre d'exemple l'obligation de faire une déposition, de produire des documents et de se prêter à une inspection. Contrairement à l'avant-projet, le projet précise que les témoins et les parties doivent faire des dépositions *conformes à la vérité*.
- L'al. 2 a trait à l'obligation des *mineurs*. Comme déjà indiqué ci-dessus (art. 154), un âge minimum n'est pas requis car il constituerait une règle rigide qui contredirait le droit à la preuve et sa libre appréciation. L'inverse, soit la soumission schématique des mineurs d'un certain âge à l'obligation de collaborer, serait également arbitraire. Il y a lieu plutôt de permettre d'apprécier l'individualité des cas (capacité de raisonnement de l'enfant, relations avec les parties, objet de la preuve, conséquences physiques ou psychiques éventuelles). Le projet suit ainsi l'avant-projet, selon lequel le tribunal apprécie au cas par cas l'obligation d'un mineur.
- Les tiers doivent être *indemnisés* d'une manière équitable du chef de leur collaboration (al. 3). On pense au remboursement des frais, à l'indemnisation du temps perdu et au dédommagement pour la perte de gain. Les parties peuvent prétendre à ce titre à des dépens (art. 93).

Ceux qui participent au procès doivent être *renseignés* sur leur obligation de collaborer, leur droit éventuel de refuser et les sanctions y relatives (art. 158, al. 1). L'information doit être claire et complète. C'est en principe une condition *nécessaire* à l'utilisation du moyen de preuve et à ses effets (sanction ou autres conséquences, art. 158, al. 2).

#### Art. 160 et 161 Droit de refus des parties

Les parties ont le droit de refuser une collaboration de nature à avoir des conséquences juridiques préjudiciables pour un *proche* (membres de la famille, conjoint, concubin, notamment, art. 160) ou à entraîner une violation du *le secret professionnel* (art. 321 CP<sup>161</sup>). Les autres secrets protégés par l'ordre juridique ne libèrent pas du devoir de collaborer. Le droit de refus d'une partie est toujours limité à ces causes particulières. Contrairement aux tiers (art. 162), elle ne dispose jamais d'un droit absolu de refus.

Une partie –contrairement aux tiers – n'a pas le droit de refuser de collaborer pour se protéger *elle-même*. Le Conseil fédéral s'écarte de l'avant-projet et tient compte des critiques exprimées en procédure de consultation (art. 155 AP). Si le tribunal ne pouvait tirer de conclusions du silence gêné (mais injustifié) d'une partie, il lui serait impossible de mener à bien des procès en matière notamment de responsabilité, de responsabilité civile ou de faillite.

*Le refus injustifié* d'une partie est – contrairement encore à celui des tiers – sans conséquence disciplinaire ou pénale ni passible de contrainte (art. 161). Il ne constitue qu'un facteur d'appréciation des preuves, en raison de la nature de charge procédurale de sa collaboration (voir commentaire de l'art. 157). Seule fait exception la

<sup>161</sup> Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

collaboration à l'établissement de la filiation (art. 291): elle peut – à condition d'être sans danger pour la santé – être obtenue par contrainte.

#### *Art. 162 à 164* Droit de refus des tiers

Le droit de refus des tiers peut être absolu ou restreint. Il est *absolu*, lorsque *toute* collaboration peut être refusée. Il est restreint lorsqu'il ne concerne que des éléments factuels déterminés (données sensibles ou secrètes notamment). Le droit de refuser de collaborer a été harmonisé avec les dispositions similaires du CPP (art. 165 ss P-CPP).

Le *droit de refus absolu* (art. 162) résulte d'un lien de parenté ou d'une relation personnelle très étroite avec une partie. Le refus n'a pas à être motivé davantage, car le conflit d'intérêt et de loyauté est évident. Il convient en outre de protéger l'intimité des familles et des couples. Le droit de refus ne fait pas obstacle à la collaboration – le projet n'excluant pas cette preuve comme telle – mais elle ne peut être obtenue par la contrainte. Le tribunal apprécie librement la crédibilité de la preuve en cas de collaboration volontaire.

L'énumération des personnes jouissant du *droit absolu de refuser* est exhaustive:

- Tout d'abord, la qualité de conjoint (*al. 1, let. a*), à laquelle est assimilée celle de *partenaire enregistré* (*al. 2*).
- Bénéfice également du droit absolu la personne qui mène *de fait une vie de couple* avec la partie (*al. 1, let. a*). Mais le concubinat ne déploie pas les mêmes effets que le mariage ou le partenariat enregistré, les proches du concubin – contrairement aux frères et sœurs et aux alliés du conjoint et du partenaire enregistré – ne bénéficiant pas du droit absolu de refus. De plus, le droit de refus ne subsiste pas à la cessation du concubinat (*al. 3*). Ce traitement différencié s'explique par l'impossibilité d'établir formellement la cessation du concubinat, alors que le mariage et le partenariat enregistré ainsi que leur durée sont attestés par les documents d'état civil.
- Les autres titulaires du droit absolu de refuser de collaborer (*al. 1, let. b à g*) correspondent au droit traditionnel de procédure.

Le *droit de refus restreint* (art. 163) prévient les conflits de conscience ou d'intérêt et protège certaines institutions d'intérêt public ou jouissant d'une confiance particulière. Au contraire du droit absolu, il doit être motivé. La vraisemblance suffit; une exigence plus élevée le viderait de sa substance.

- Tout d'abord, le devoir des tiers ne doit pas aller jusqu'à les exposer ou exposer un de leur proche, parents ou alliés, à un *préjudice* (*al. 1, let a*). Il s'agit d'un motif classique de refus. Le projet, contrairement à l'avant-projet, cite la responsabilité civile avec la responsabilité pénale. De la sorte, la mention du risque d'un dommage patrimonial direct ou d'une grave atteinte à l'honneur, superflue, est abandonnée (voir art. 157 AP).

- Le secret professionnel au sens de l’art. 321 CP dispense également les tiers de collaborer (*al. 1, let. b*). Il s’agit – comme pour les parties (art. 160) – exclusivement des personnes qui s’exposeraient aux sanctions prévues à l’art. 321 CP (pour les autres secrets, voir commentaire de l’al. 2 ci-après). Conformément à la doctrine et à la pratique dominante<sup>162</sup>, les réviseurs n’en font pas partie.
- La dispense fondée sur le secret professionnel est assortie de tempéraments. Le dépositaire du secret a le devoir de collaborer s’il est *astreint à dénonciation* ou s’il est *délié du secret*. Le droit de refus persiste, nonobstant, si le tiers rend vraisemblable que l’intérêt au secret prime l’intérêt à ce que vérité soit faite. On pense notamment aux cas dans lesquels le maître du secret, n’étant pas informé lui-même de l’exacte situation, n’est pas en état de mesurer les conséquences d’une libération; ainsi, le médecin n’a-t-il pas à révéler un diagnostic de nature à affecter gravement le patient. La vraisemblance d’un intérêt prépondérant au maintien du secret ne doit pas être élevée au point qu’il en soit partiellement sacrifié.
- Le secret professionnel des *avocats* et des *ecclésiastiques* n’est pas assorti de ces tempéraments; en ce sens, leur droit de refus est absolu. Cette protection renforcée est fondée sur la confiance toute particulière que leur accorde le public<sup>163</sup> et le fait qu’ils constituent le dernier refuge de la personne. Le projet reprend l’art. 13, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase, LLCA qui sera abrogée par le CPP<sup>164</sup> mais qui doit subsister en procédure civile; la nature différente du procès pénal et du procès civil justifie cette différenciation.
- Les *fonctionnaires* au sens de l’art. 110 CP et les *membres d’une autorité* jouissent également d’un droit restreint de refus (*al. 1, let. c*). Ils doivent toutefois collaborer si l’autorité hiérarchiquement supérieure les délie ou s’ils sont astreints à une obligation de dénoncer.
- Le projet accorde le droit de refus aux *médiateurs* et *ombudsman* (*al. 1, let. d*). Leur mention est nécessaire car ils n’ont qualité de membre d’une autorité. Leur mission exige qu’ils puissent autant que possible prendre connaissance sans restriction des problèmes, de la situation et des intérêts de leurs clients. L’éventualité que des révélations faites dans ce cadre puissent être utilisées ultérieurement dans un procès, rendrait la médiation quasi impossible. La dispense renforce la confiance du public dans ces fonctions et préserve ceux qui les exercent de conflits. Les membres d’une *autorité de conciliation* sont inclus dans l’al. 1, let. c.
- Le projet accorde la dispense – contrairement à l’avant-projet – aux *journalistes* (protection des auteurs et des sources; *al. 1, let. e*), en conformité de l’art. 27<sup>bis</sup> CP, respectivement 28a nCP<sup>165</sup>.

<sup>162</sup> S’agissant de la limitation du droit de refuser de collaborer sur la base du secret professionnel aux personnes citées à l’art. 321 CP, voir les détails dans le message du Conseil fédéral relatif à l’unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF **2006** 1181 ss.

<sup>163</sup> ATF **91 I** 200; **87 IV** 105.

<sup>164</sup> Voir pour le détail le message du Conseil fédéral relatif à l’unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF **2006** 1183.

<sup>165</sup> FF **2002** 7666.

- L'al. 2 prévoit enfin une *disposition générale* relative aux secrets protégés par la loi mais ne relevant pas de l'al. 1 (art. 35 LPD<sup>166</sup>, art. 321<sup>bis</sup> et 321<sup>ter</sup> CP, art. 4 LAVI<sup>167</sup>, art. 15 LStup<sup>168</sup>, art. 2 de la loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse<sup>169</sup>, notamment). Leurs dépositaires sont *en principe obligés de collaborer*. Ils ne peuvent s'y refuser que s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt au secret prime l'intérêt à ce que vérité soit faite. Est en particulier visé *le secret bancaire* (art. 47 LB)<sup>170</sup>, actuellement réglé différemment selon les cantons. Le présent projet reprend la solution de compromis correspondant au projet d'unification du droit de la procédure pénale (voir art. 170, al. 2, P-CPP).
- L'al. 3 réserve les lois spéciales du droit des assurances sociales (voir en particulier l'art. 50a LAVS<sup>171</sup> et 86a LPP<sup>172</sup>).

Le *refus injustifié du tiers*, non fondé sur un motif légal et reconnu de dispense, est passible de sanctions (amende d'ordre, commination de l'art. 292 CP, exécution par la force publique, mise à charge des frais; *art. 164, al. 1*). La détention pour insoumission serait en revanche anachronique. Le tiers est passible des mêmes sanctions en cas de *défaut* (*al. 2*). Le recours limité au droit lui permet d'invoquer la non-conformité au droit non seulement de la sanction, mais également du rejet du motif de dispense invoqué (*al. 3*; voir art. 158, al. 1, AP).

### 5.10.3 Moyens de preuve

Le projet institue, à l'instar du droit de procédure civile actuel, le *numerus clausus* des moyens de preuve (*art. 165, al. 1*). Cela semble à première vue contredire les principes fondamentaux que sont le droit à la preuve et sa libre appréciation, mais la sécurité et l'équité requièrent que la loi détermine clairement quand et par quel moyen la preuve peut être rapportée.

Le *numerus clausus* souffre d'une exception commandée par les *intérêts des enfants* dans les procédures de droit de la famille (*al. 2*). D'autres formes de preuve sont admises, notamment les enregistrements d'auditions ou d'entretiens qui ne se sont pas déroulés selon les règles du témoignage ou de l'interrogatoire des parties. Une place est faite, dans ces procédures spéciales, à la *preuve libre*, informelle parce que le tribunal doit *établir* les faits d'office (art. 291; voir commentaire à l'art. 151). La procédure pénale connaît la preuve libre d'une manière générale (art. 137 P-CPP), car la maxime inquisitoire (stricte) est applicable (art. 6 P-CPP).

<sup>166</sup> Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1).

<sup>167</sup> Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.5).

<sup>168</sup> Loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes (Loi sur les stupéfiants; RS 812.121).

<sup>169</sup> Loi fédérale du 9 octobre 1981 sur les centres de consultation en matière de grossesse (RS 857.5).

<sup>170</sup> Loi fédérale sur les banques du 8 novembre 1934 (RS 952.0).

<sup>171</sup> Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10).

<sup>172</sup> Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP; RS 831.40).

## Art. 166 à 173 Témoignage

Le projet – comme l’avant-projet – n’admet que le *témoignage direct*, soit la relation de faits perçus directement (art. 166). Le témoignage par oui-dire est exclu. Par définition, seuls les tiers ont qualité de témoin.

Les témoins sont, en règle générale, formellement *cités à comparaître* (art. 167, al. 1; voir art. 131). Le tribunal peut toutefois autoriser les parties à présenter des témoins à l’audience (al. 2)<sup>173</sup>. Ceux-ci peuvent s’y présenter spontanément et être entendus par tribunal, la citation formelle servant l’intérêt des témoins, non de la partie adverse. Celle-ci peut faire valoir ses droits en participant activement à l’administration des preuves.

Le tribunal peut, le cas échéant, entendre le témoin au lieu de sa résidence (art. 167, al. 3). L’audition hors arrondissement s’effectue par le tribunal saisi de la cause ou par commission rogatoire (art. 193).

L’audition est précédée de l’*exhortation* du tribunal à répondre *conformément à la vérité* et du *rappel des sanctions pénales* qui frappent le faux témoignage (art. 168, al. 1). Ce rappel n’a pas lieu lorsque le témoin n’a pas 14 ans révolus: il n’est en conséquence pas punissable en cas de faux témoignage.

Chaque témoin est entendu *séparément* – afin d’éviter qu’il soit influencé – (art. 168, al. 2). Il s’exprime en principe *librement*, mais peut être autorisé à utiliser des notes ou d’autres documents (art. 168, al. 3). Cela vaut particulièrement pour un témoin-expert. Le témoin qui n’a pas encore été entendu n’est pas admis à assister à des audiences en la cause (al. 4). La règle, destinée à éviter toute influence, est l’expression d’un souhait manifesté en procédure de consultation.

Le tribunal ou une délégation de celui-ci procède à l’audition (art. 169). Les parties et leurs représentants ont le droit d’y participer (art. 152), mais ne sont pas, en principe, autorisés à questionner directement les témoins (par interrogatoire contradictoire p. ex.). Les questions directes peuvent suggérer les réponses. Le tribunal peut toutefois admettre des exceptions lorsque ce risque n’existe pas. Les parties ont en revanche la faculté – aspect du droit d’être entendu (art. 51) – de poser des questions complémentaires (art. 170).

Le témoin peut, après audition, sur requête ou d’office, être *confronté* à d’autres témoins ou aux parties (art. 171). La confrontation a pour but, notamment, de lever des contradictions et d’éprouver la crédibilité du témoin.

Les témoins ne sont en principe interrogés que sur les faits. Leur appréciation appartient au tribunal. Le témoin-expert peut toutefois, en raison de ses connaissances particulières, émettre des appréciations techniques tenant lieu de première expertise et de premières conclusions (art. 172).

Enfin, l’art. 173 règle la *relation de l’audition au procès-verbal*. La variété des pratiques cantonales et l’évolution technique expliquent sa teneur flexible.

- Une relation littérale au procès-verbal n’est pas requise. La relation du *contenu essentiel* du témoignage suffit. La règle correspond à la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>174</sup> et aux souhaits des participants à la procédure de consultation.

<sup>173</sup> P. ex. également § 121 CPC/BS.

<sup>174</sup> ATF 129 I 85; 126 I 15.

- Les tribunaux déterminent la *forme* en laquelle les dépositions sont consignées (papier, bande sonore, vidéo, mini-disque ou autres supports techniques). Elle doit permettre l'exercice du *droit de consulter le dossier* (art. 51).
- A la requête de la partie intéressée, le procès-verbal relate la teneur des questions *complémentaires* écartées par le tribunal – en vue d'un éventuel recours.

#### Art. 174 à 177 Titres

L'évolution technique commande une *définition large du titre* (art. 174). Le support doit permettre de prouver des faits juridiques (*vertu probatoire*). Contrairement à la définition du droit pénal (art. 110, ch. 5, CP), la *finalité probatoire*, l'établissement à fins de preuve n'est pas requise. L'adéquation à démontrer l'existence d'un fait suffit, qu'il s'agisse de titres authentiques ou de titres sous seing privé (voir art. 170 AP).

L'énumération, exemplative, inclut les *supports de données électroniques*. Les supports digitaux ont qualité de titres comme les supports traditionnels (voir art. 957, al. 4, CO qui peut être abrogé; ch. 5 de l'annexe). Cela résulte également du droit à la preuve (art. 150). Qu'il s'agisse d'un support électronique dès l'origine ou d'un document traditionnel scanné n'importe pas.

Selon la règle générale (art. 8 CC), la partie qui se fonde sur un document (art. 175) a la charge d'en établir l'authenticité. La partie adverse ne peut toutefois se borner à la nier; il lui incombe de fournir des éléments de nature à faire naître des doutes sérieux sur l'authenticité du contenu ou de la signature du document. C'est à cette condition seulement que la partie chargée de la preuve *aura, en outre, la charge de démontrer l'authenticité du document qu'elle invoque*. L'exigence du projet est conforme à la doctrine et à la pratique dominantes.

Le projet ne détermine pas de manière rigide la *force probante* d'un titre; elle relève de la libre appréciation de la preuve (art. 154). Il en va de même d'un *titre établi sur support électronique*; il est fiable, lorsque le processus de numérisation respecte certaines règles (celles qui s'appliquent p. ex en droit commercial<sup>175</sup>). L'archivage purement numérique, qui joue un rôle grandissant dans le commerce et l'industrie, ne doit pas amener avec lui une dépréciation de la valeur probante des documents archivés. La règle fixe prévue pour les *registres publics et les titres authentiques* correspond à celle du droit actuel (art. 176; voir art. 9 CC): ces supports de données jouissent de la foi publique, à preuve contraire. Contrairement à l'art. 9 CC cependant, l'art. 176 CPC vaut non seulement pour les titres authentiques et les registres publics du droit privé fédéral, mais également pour ceux du droit cantonal.

Le titre peut être produit en original ou en copie (art. 177, al. 1). Le droit de la partie adverse à la *production de l'original* n'est pas absolu. Il n'existe qu'en cas de contestation motivée de l'authenticité. Lorsque le tribunal doit établir les faits d'office, il peut spontanément exiger la production de l'original. La partie qui se fonde sur un document volumineux, une comptabilité ou une correspondance abondante par exemple, a la charge d'identifier de manière adéquate les passages pertinents qu'elle invoque (al. 2).

<sup>175</sup> Voir art. 9 s. de l'ordonnance concernant la tenue et la conservation des livres de comptes (Olico; RS 221.431).

L'usage des copies est entré dans les mœurs; il préserve l'original de perte et de dégradations. Qu'il s'agisse de copies classiques ou de produits de l'électronique (imprimés tirés d'un document scanné p. ex.) n'importe pas. Le projet les place sur pied d'égalité. La force probante d'une copie relève de l'appréciation des preuves. 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. Cette conformité avérée, la distinction n'importe plus.

Les règles qui précèdent valent pour toutes les procédures du CPC. Elles s'appliquent donc aussi dans les affaires de poursuites et de faillites. Ainsi, en procédure de mainlevée, le créancier peut-il produire une copie plutôt que l'original de la reconnaissance de dette (art. 82 LP), qu'il prendra évidemment soin de conserver afin de réduire le risque d'échec de la preuve.

#### *Art. 178 et 179 Inspection*

Ce *moyen de preuve* classique peut être aussi le simple instrument d'une meilleure *compréhension des faits* par le tribunal. En tant que preuve, son administration est subordonnée, en conformité de la maxime des débats, à la demande d'une partie (art. 178, al. 1). En tant qu'instrument de la compréhension des faits, elle peut être ordonnée d'office. Le tribunal peut synchroniser l'inspection, le témoignage et l'expertise (al. 2). L'inspection peut avoir lieu à l'audience lorsqu'elle porte sur un bien qui peut être déplacé (al. 3).

Le droit des parties de participer à l'inspection découle du droit général de la preuve (art. 152) et du droit d'être entendu.

Les constatations faites au cours de l'inspection sont consignées au *procès-verbal* (art. 179). Le jugement ne peut se fonder que sur les éléments de l'inspection qui résultent des actes<sup>176</sup>.

#### *Art. 180 à 185 Expertise*

En tant que moyen de preuve ou instrument d'éclaircissement de l'état de fait comme l'inspection, l'expertise peut être ordonnée d'office (art. 180, al. 1). Les parties doivent toutefois être préalablement entendues, pour qu'elles puissent se prononcer sur son coût et la personne de l'expert (indépendance, compétence). L'expertise étant souvent décisive, les experts sont soumis aux mêmes *causes de récusation* que les magistrats et fonctionnaires de l'ordre judiciaire (al. 2).

Le tribunal peut avoir recours aux *connaissances spéciales* de ses membres (art. 180, al. 3). Les parties doivent être informées dès qu'il apparaît que les connaissances spéciales du tribunal peuvent jouer un rôle dans l'administration des preuves. La règle importe spécialement en procédure devant les *tribunaux de commerce*, puisqu'ils comprennent des spécialistes (architectes, ingénieurs, médecins, maîtres d'œuvre, etc.).

Les *droits et obligations* propres à l'expert (art. 181, al. 1 et 2) correspondent à ceux que prévoient les procédures actuelles. Le tribunal fixe sa rémunération (honoraires et remboursement de ses frais; al. 3). La décision y relative peut faire l'objet d'un

<sup>176</sup> Voir ATF 106 Ia 73.

recours limité au droit de l'expert ou, conformément aux vœux exprimés en procédure de consultation, des parties elles-mêmes.

L'expert est *nommé et instruit* par le tribunal (art. 182, al. 1). Les questions d'expertise sont déterminées par le tribunal, mais les parties ont le droit de se déterminer et, le cas échéant, de demander des modifications ou des compléments (al. 2). Composante du droit d'être entendu, cette règle est explicitement énoncée en raison de son importance pratique. Le tribunal doit conduire le procès (art. 122) de manière qu'il ne soit pas prolongé indûment par l'expertise; il en fixe le délai d'exécution (al. 3) en tenant compte de la complexité du mandat.

L'expert a souvent besoin de procéder personnellement à des *investigations* pour se représenter les faits de la cause (p. ex. par un entretien avec des employés d'une partie, une inspection du lieu de l'accident; art. 183, al. 1). La constitution du dossier étant en principe l'affaire des parties et une composante de l'administration des preuves, l'expert ne peut y procéder sans l'autorisation du tribunal<sup>177</sup>. Les investigations effectuées doivent être mentionnées dans le rapport d'expertise, de façon qu'elles puissent être au besoin répétées par une administration formelle de preuves (témoignage des employés, inspection par le tribunal; al. 2).

Le tribunal détermine si l'expertise a lieu *oralement ou par écrit* (art. 184, al. 1). L'expertise orale, admissible dans les affaires relativement simples seulement, doit être consignée au procès-verbal (al. 2). En cas d'expertise collective, chaque expert doit faire rapport (al. 3). L'expertise collective se justifie lorsque l'état de fait relève de plusieurs spécialités ou pose une question controversée dans une spécialité. Le tribunal peut toutefois aussi exiger un rapport d'expertise commun des experts. Les parties ne sont pas liées par le rapport d'expertise; elles peuvent requérir des explications et poser des questions complémentaires (al. 4).

L'art. 185 a trait à l'*exécution imparfaite* de l'expertise. L'avant-projet disposait que l'expert répondait des frais consécutifs au retard ou aux défauts du rapport d'expertise (art. 181, al. 3, AP). Le projet ne reprend pas cet énoncé qui résulte de l'art. 106 aux termes duquel les frais inutiles sont à la charge de celui qui les cause.

Outre l'expertise judiciaire, l'avant-projet réglait l'*expertise privée* (art. 182 AP), exécutée en vertu du mandat conféré personnellement par une partie. Le projet y renonce en raison des critiques dont elle a été l'objet en procédure de consultation. L'expertise privée n'est pas un moyen de preuve, mais reste admissible, en tant qu'allégations d'une partie, aux conditions de recevabilité de celles-ci.

#### Art. 186 Expertise-arbitrage

L'expertise-arbitrage est une institution originale de procédure. Elle permet de charger un tiers, jouissant de connaissances spéciales, de procéder à la *constatation, obligatoire pour les parties*, de faits pertinents. Celles-ci peuvent faire établir ainsi, sans possibilité de contestation ultérieure, certains faits concernant un procès actuel ou futur (al. 1)<sup>178</sup>. Elle dispense le tribunal de procéder à l'administration de preuves concernant ces faits. Elle peut également – comme la preuve à futur (art. 155) – dissuader une partie d'ouvrir ou de poursuivre un procès dépourvu de chance de succès.

<sup>177</sup> Arrêt du TF 4P.172/2003.

<sup>178</sup> Voir arrêt du TF 4P.199/2003; ATF 117 Ia 365.

L'expertise-arbitrage est subordonnée à la conclusion d'une *convention formelle entre parties* (al. 2; voir art. 16) et n'est autorisée que dans les affaires laissées à leur *libre disposition* (al. 3). Elle ne lie le tribunal qu'à la condition de respecter certaines *garanties juridiques fondamentales*: l'expert-arbitre doit être neutre et indépendant, le rapport, indemne d'erreurs manifestes<sup>179</sup>. Le projet admet ce moyen de preuve jusqu'à la fin de la procédure probatoire (voir par contre art. 184, al. 1, AP).

#### Art. 187 Renseignements écrits

Les renseignements écrits sont une manière hybride de la preuve par titre, de l'expertise et du témoignage. Ils ont une grande importance dans la pratique, du fait de leur variété, de leur rapidité et de leur efficacité. Ils sont en principe réservés aux autorités et services officiels (al. 1), mais peuvent, exceptionnellement, remplacer avantagement la lourdeur d'une audition formelle (al. 2), (attestation médicale p. ex.).

L'avant-projet précisait que les renseignements écrits n'excluaient pas une audition ultérieure (art. 185, al. 4, AP). Cela va de soi.

#### Art. 188 à 190 Interrogatoire et déposition des parties

Les déclarations que les parties font aux stades successifs du procès n'ont pas la même portée. Celles faites au stade de la *tentative de conciliation* ne sont, en principe, pas prises en considération dans le procès consécutif éventuel (art. 202); des négociations libres entre les parties seraient sinon illusoire. Celles faites dans la *phase consacrée aux allégués* (art. 54) – débats d'instruction (art. 223), premières plaidoiries en procédure ordinaire (art. 224), première interrogation en procédure simplifiée (art. 241) notamment – n'ont pas valeur de preuves, mais participent de l'établissement des faits en distinguant ce qui est contesté de ce qui ne l'est pas.

Au stade probatoire toutefois (ouvert par ordonnance de preuves), les déclarations des parties peuvent constituer un moyen de preuve. Inspiré de procédures cantonales et du résultat de la procédure de consultation, le projet institue deux formes de dépositions:

- L'*interrogatoire des parties* (art. 188) est la forme simple et modérée. Les parties sont tenues de répondre conformément à la vérité, mais les dépositions qui lui sont contraires ne sont passibles de sanctions disciplinaires qu'en cas de mensonge délibéré. Chaque partie peut demander à être interrogée. De telles dépositions n'ont, en raison de la partialité de leur auteur, qu'une faible force probante, et doivent être corroborées par un autre moyen de preuve.
- La *déposition des parties* est la forme qualifiée d'interrogatoire (art. 189). Contrairement à certaines procédures cantonales, le projet n'en fait pas un moyen subsidiaire: l'épuisement des autres moyens de preuve n'est pas une condition de son utilisation. L'opportunité recommande toutefois d'en faire usage seulement pour écarter les derniers doutes. La partie est soumise ici à une contrainte plus stricte. La déposition mensongère en effet est un crime (art. 306 CP), comme le faux témoignage (art. 307 CP). Pour éviter des abus, la déposition ne peut être ordonnée que d'office, à l'initiative exclusive du

<sup>179</sup> ATF 129 III 538

tribunal, non à celle de la partie adverse. L'avant-projet admettait au contraire la déposition sur requête (art. 186 AP).

L'art. 173 est applicable par analogie au procès-verbal de l'interrogatoire et de la déposition (art. 190).

## 5.11 Entraide judiciaire entre tribunaux suisses

Le projet règle l'entraide judiciaire intracantonale et intercantonale. Le devoir *de s'entraider* des tribunaux (art. 191) découle de la Constitution fédérale. Le projet suit les propositions de la commission d'experts et offre au tribunal deux possibilités d'accomplir les actes de procédure hors arrondissement.

- Le tribunal a la faculté, première possibilité, d'accomplir ces actes lui-même directement (art. 192), de procéder par exemple à une inspection hors arrondissement ou hors canton. Point n'est besoin d'obtenir l'autorisation des autorités du canton d'accomplissement ni même de les informer (l'art. 190 AP, disposant un devoir d'information, a été, à juste titre, jugé désuet en procédure de consultation). La Suisse formera un espace judiciaire unique. L'accomplissement direct des actes de procédure hors l'arrondissement facilite le travail du tribunal et réduit d'autant la durée des procès.
- Le tribunal a la faculté aussi, seconde possibilité, de solliciter *l'entraide* classique, la collaboration du tribunal compétent du lieu d'accomplissement de l'acte (art. 193). L'audition de témoins par commission rogatoire épargne les déplacements longs et coûteux.

## 5.12 Ouverture et déroulement du procès civil (résumé)

Un point essentiel du projet est l'importance nouvelle donnée au *règlement à l'amiable, extrajudiciaire ou préalable à la procédure au fond*, dans le but de décharger les tribunaux d'une part, et, d'autre part, de limiter les frais pour les parties et d'éviter le durcissement du litige (voir ch. 3.2.1.). C'est pourquoi une phase formelle de pourparlers doit en principe avoir lieu avant que l'action ne soit portée devant le tribunal. Cette phase peut consister, selon le choix des parties, en une demande en conciliation ou alors en une médiation. L'action ne peut être portée directement devant le tribunal que dans des cas particuliers. De ce fait, un procès civil peut s'ouvrir de plusieurs manières:

- par une requête de conciliation (art. 194 ss);
- par une demande commune de médiation (art. 210 ss);
- par une action portée directement devant le tribunal (art. 195 s.).

Les trois possibilités d'introduction ont le même effet en matière de sauvegarde du délai et ouvrent l'instance (art. 60). Pour donner la même importance formelle à la procédure de conciliation qu'à la médiation, le projet consacre à chacune des deux institutions un titre distinct.

Le procès civil en tant que tel – soit la procédure au fond à juger par le tribunal qui a le pouvoir de statuer – s'ouvre par le *dépôt de la demande*. Différents types de procédure s'appliquent selon la nature du litige: la procédure ordinaire (art. 216 ss),

la procédure simplifiée (art. 239 ss), la procédure sommaire (art. 244 ss) ainsi que des procédures spéciales en droit de la famille (art. 267 ss, 290 ss).

### 5.13 Tentative de conciliation

Le projet valorise la tentative de conciliation en la rendant en principe *obligatoire* et en exigeant qu'elle ait certaines *caractéristiques* spécifiques (en particulier la confidentialité). Les autorités de conciliation se voient en outre attribuer, dans une mesure limitée, des *compétences juridictionnelles*: des pouvoirs en matière de conduite de la procédure (p. ex. administration des preuves) et un droit de statuer bien déterminé.

Certains cantons attribuent aujourd'hui déjà des compétences juridictionnelles à l'autorité de conciliation (p. ex. au juge de paix pour des affaires de peu d'importance). Le droit fédéral a recours lui aussi, au cas par cas, à cette solution (voir les pouvoirs de décision de l'autorité de conciliation en matière de baux et loyers, art. 274e CO). Le projet prévoit une solution uniforme. Des attributions de juridiction supplémentaires entrent certes en conflit avec une activité de conciliation pure, mais elles sont incontournables pour une justice proche du citoyen et peu onéreuse. Elles contribuent en outre à décharger les tribunaux.

#### Art. 194 Principe

Le projet suit le principe «concilier d'abord, juger ensuite». Cette règle de base est suivie par la plupart des procédures civiles cantonales. La terminologie cantonale est en revanche très diverse (on y trouve ainsi p. ex. *Aussöhnungsversuch*, *Versöhnungsversuch*, *Sühnverfahren*, *Vermittlungsverfahren*, etc.).

Dans la plupart des cantons, c'est un juge de paix ou un juge conciliateur qui est chargé de la tentative de conciliation, tandis que dans les autres, celle-ci a lieu devant un juge de première instance. Ces *différences d'organisation* peuvent subsister (art. 3 s.). La conciliation ne doit notamment pas être dévolue à une autorité «judiciaire» – contrairement à ce qui figurait dans l'avant-projet (art. 191 AP). On peut penser ici aux autorités de conciliation en matière de bail à loyer et prévues par la loi sur l'égalité qui sont rattachées à l'administration cantonale ou communale. L'autorité de conciliation doit seulement être matériellement et physiquement *indépendante* de l'administration – la structure d'un tribunal au sens formel n'est pas nécessaire. Ainsi il ne sera pas nécessaire de créer des tribunaux des baux ou de l'égalité.

#### Art. 195 Exceptions

Le principe de la conciliation préalable connaît cependant d'importantes exceptions – comme dans le droit actuel – qui ouvrent directement la voie au tribunal amené à trancher au fond (action ou requête directe).

- La *procédure sommaire* n'a pas à être précédée d'une tentative formelle de conciliation (*let. a*) du fait que l'accent est mis ici tout spécialement sur la célérité. Une audience de conciliation pourrait même mettre en échec la finalité de la procédure (p. ex. en cas de protection d'un droit à titre provisionnel ou de faillite sans poursuite préalable).

- Sont également exclus les procès d'*état civil* (*let. b*) qui tendent par exemple à l'établissement d'une naissance, d'un décès, de la filiation ou de l'état civil. Une tentative spécifique de conciliation serait ici dénuée de sens car le litige ne peut en principe pas être réglé à l'amiable.
- On ne trouve pas non plus de procédure de conciliation à proprement parler dans les procédures de divorce et dans celles concernant la dissolution du partenariat enregistré (*let. c et d*). Cela correspond au droit en vigueur dans le cas du divorce sur requête commune, tandis que dans la procédure de divorce sur demande unilatérale, il est possible qu'une audience de conciliation spéciale ait lieu devant le tribunal saisi de la cause (art. 285 s.).
- La procédure de conciliation est par ailleurs exclue pour les actions relevant de la LP qui doivent être jugées en procédure accélérée conformément au droit actuel (*let. e*; voir art. 25, ch. 1, LP et ch. 17 de l'annexe). L'urgence particulière qui prévaut dans ces cas est ainsi prise en considération. On a désormais inclus dans cette énumération les actions en revendication de tiers et de la masse (art. 242 LP) du fait qu'elles touchent – tout comme l'action en revendication (art. 106 ss LP) – à l'établissement de la masse soumise à exécution.
- Sont aussi soustraits à la conciliation préalable les litiges qui doivent être tranchés par une *juridiction cantonale unique* (art. 5; *let f*) car les connaissances techniques nécessaires ne sauraient être présumées chez une autorité de conciliation non spécialisée. Une tentative de conciliation doit cependant précéder les litiges en matière commerciale et ceux qui sont portés directement devant une instance supérieure (art. 6 et 7).
- Enfin, la conciliation ne s'applique pas à des cas de figure particuliers de la procédure (*let. g*): dans ces cas, une demande de conciliation séparée qui intervient ultérieurement ne ferait que retarder la procédure.

Il est à relever que ces exceptions n'empêchent en aucun cas toute autre forme de conciliation. Seule la *procédure spéciale de conciliation* devant l'autorité de conciliation demeure exclue. Le tribunal reste libre, dans le cadre du procès, d'ordonner des débats en vue de trouver un accord (art. 122, 223) ou même de proposer aux parties une médiation (art. 211).

#### *Art. 196* Renonciation à la procédure de conciliation

Bien que l'avant-projet ait, en principe, opté pour une procédure de conciliation préalable, il a donné aux parties – en plus des exceptions prévues par la loi (art. 193 AP) – de larges possibilités d'y renoncer. Dans les litiges patrimoniaux d'une valeur de plus de 20 000 francs, chaque partie pouvait y renoncer même unilatéralement (art. 192, al. 2, AP). Selon l'avant-projet, la tentative de conciliation n'était obligatoire que dans les causes relevant de la procédure simplifiée. Lors de la consultation, ce point fit l'objet de nombreuses critiques dont le Conseil fédéral a tenu compte:

- Dans les litiges patrimoniaux, les parties ne peuvent *renoncer* à la tentative de conciliation que si la valeur litigieuse dépasse 100 000 francs (*al. 1*). Elles ne peuvent en outre le faire que d'un *commun accord*, par une déclaration expresse ou par actes concluants, lorsque la partie adverse ne s'oppose pas à l'introduction directe de l'action.

- La *renonciation unilatérale* est limitée à trois cas (*al. 2*): les deux premiers (*let. a et b*) sont des cas d'école (domicile à l'étranger d'une partie, résidence inconnue du défendeur). Toutefois, pour ouvrir l'instance aussi rapidement que possible (art. 60), une requête en conciliation est ici aussi recommandée.
- Le troisième cas correspond au droit en vigueur, car la tentative de conciliation est en principe facultative dans les litiges selon la *loi sur l'égalité* (*let. c*; voir art. 11 LEg, qui peut être abrogé; ch. 1 de l'annexe). Un droit de renonciation unilatéral est de ce fait accordé au demandeur.

#### Art. 197 Autorités paritaires de conciliation

Comme cela a été souvent souligné, les cantons organisent librement leurs autorités de conciliation. Le projet prévoit cependant deux exceptions:

- Le *droit du bail à loyer et à ferme* en vigueur oblige déjà les cantons à instituer des autorités de conciliation paritaires (art. 274a CO, voir ch. 5 de l'annexe). La représentation paritaire a fait ses preuves. La formulation correspond à la révision du droit du bail mise en consultation en décembre 2005 (*al. 1*)<sup>180</sup>.
- Le projet exige également une représentation paritaire au sein des offices de conciliation prévus par la *loi sur l'égalité* (*al. 2*). Actuellement, leur composition varie d'un canton à l'autre: la conciliation est menée par une seule personne dans certains cantons, et par des commissions de conciliation spéciales dans d'autres. Conformément aux avis exprimés lors de la consultation, la représentation paritaire sera dorénavant prescrite par le droit fédéral. La *représentation paritaire* doit être *double*, à savoir une représentation égale des partenaires sociaux et des sexes.

#### Art. 198 Tâches de l'autorité de conciliation

Le projet définit les différentes tâches de l'autorité de conciliation.

L'*al. 1* décrit l'*activité de conciliation* proprement dite. Elle a généralement un caractère informel et se déroule oralement. L'autorité est libre – sous réserve du respect des principes fondamentaux d'un Etat de droit – dans sa manière de procéder. Des questions sortant du cadre du litige peuvent également être abordées en vue de faciliter la recherche d'une solution durable. L'autorité de conciliation agirait cependant avec trop de légèreté si elle pressait les parties à un accord ou si elle constatait l'échec de la transaction et délivrait l'autorisation de procéder de façon systématique. Il lui incombe bien au contraire – dans la mesure du possible – d'éclairer les parties sur la situation juridique et de les inciter à agir en conséquence.

Très importante dans la pratique, la *fonction de conseil juridique* attribuée à certaines autorités de conciliation est ancrée à l'*al. 2*. Le droit fédéral actuel la prévoit déjà (art. 274a CO pour le *droit du bail à loyer et à ferme*, art. 11 LEg pour le *droit de l'égalité*). Cette activité particulière de conseil peut intervenir indépendamment d'une tentative concrète de conciliation, par exemple pour décider de l'opportunité d'introduire une procédure. Les cantons sont libres de mettre sur pied des offices de

<sup>180</sup> Voir le rapport explicatif de l'Office fédéral du logement sur la révision du droit du bail, décembre 2005, p. 23.

conseils juridiques ou des permanences dans d'autres domaines. C'est notamment le cas de certaines juridictions prud'homales qui dispensent gratuitement des conseils juridiques.

#### *Art. 199 à 204* Déroutement de la procédure de conciliation

La *requête de conciliation* doit répondre à des exigences réduites (*art. 199, al. 1 et 2*): elle peut être introduite oralement, par écrit ou sous forme électronique. Dès lors qu'elle introduit l'instance (*art. 60*), elle doit toutefois renfermer tous les éléments nécessaires à l'identification du litige. La requête est portée à la connaissance de la partie adverse en même temps que la date de l'audience de conciliation est arrêtée (*art. 199, al. 3*).

Les autorités spéciales de conciliation (bail, égalité) peuvent ordonner un *échange d'écritures* aux fins de préparer l'audience (*art. 199, al. 4*), et précisément dans les affaires complexes, qu'elles doivent préparer avec toute l'attention requise – en vue d'une proposition de jugement tout spécialement (*art. 207*). Mais la convocation directe à l'audience orale reste la règle.

L'autorité de conciliation doit non seulement citer les parties sans retard, mais aussi tenir l'audience dans le délai prescrit (*art. 200, al. 1*). Le délai d'un mois seulement de l'avant-projet a été considéré comme peu réaliste lors de la consultation.

*Aucune procédure probatoire* n'a lieu durant l'audience de conciliation, car l'administration des preuves est une tâche éminemment juridictionnelle. L'autorité de conciliation peut toutefois se faire soumettre des documents et procéder, à sa libre appréciation, à une inspection pour se faire une idée de la cause (*art. 200, al. 2*). Néanmoins, si une proposition de jugement ou une décision entrent en ligne de compte, d'autres moyens de preuve (p. ex. une audition de témoins) sont envisageables – dans l'intérêt d'établir la vérité matérielle. Ces moyens complémentaires sont avant tout destinés aux autorités paritaires de conciliation (bail, égalité). En règle générale, elles feront cependant preuve d'une grande retenue avant d'administrer des preuves, car la procédure doit rester informelle et simple.

Les audiences *ne sont pas publiques* afin de permettre aux parties de s'exprimer librement (*art. 200, al. 3*). Ce principe n'est assoupli que devant les autorités paritaires de conciliation. Dans ces cas, il peut y avoir un intérêt public à connaître la pratique de ces autorités particulières. La publicité des audiences de conciliation en matière de bail est d'ailleurs prescrite, dans son principe, dans différents cantons.

A la demande des parties, l'autorité de conciliation peut tenir plusieurs audiences (*art. 200, al. 4*). La procédure doit cependant être close après une année. Dans ce cadre, l'autorité peut aussi simplement suspendre la procédure afin de donner aux parties la possibilité de négocier à titre privé en vue de transiger. Si la transaction aboutit, elles peuvent la faire homologuer par l'autorité de conciliation (*art. 205*).

La *comparution personnelle* des parties optimise les chances de succès de la conciliation; c'est seulement dans ce cas qu'une véritable discussion peut s'engager (*art. 201, al. 1*). Les parties peuvent se faire *assister* (*art. 201, al. 2*), mais la personne qui assiste doit rester en retrait: les parties doivent avant tout s'exprimer elles-mêmes.

Celui qui ne fait qu'assister une partie est à distinguer de celui qui représente une partie (absente; *art. 201, al. 3*). La représentation n'est autorisée que dans des cas exceptionnels (*let. a à c*), usuellement admis en droit de procédure. Le représentant

doit toujours être muni d'une procuration lui permettant de conclure une transaction. Si une partie veut se faire représenter, la partie adverse doit alors en être informée (art. 201, al. 4) de manière à ce qu'elle puisse se préparer en conséquence (règle de l'égalité des armes).

Outre la comparution personnelle, la *confidentialité* est une condition importante du succès de la conciliation. Les dépositions des parties ne doivent pas faire l'objet d'un procès-verbal ni être prises en compte dans le procès ultérieur, faute de quoi l'objectivité des dépositions pourrait être compromise (art. 202, al. 1). Une exception est faite – imposée par la nécessité – lorsqu'il s'agit de motiver succinctement une proposition de jugement ou une décision de l'autorité de conciliation (art. 202, al. 2).

En cas de *défaut* d'une partie, la conciliation n'est pas possible (art. 203). Suivant la partie qui est défaillante, la procédure est rayée du rôle ou l'autorisation de procéder est délivrée. En cas de défaut du défendeur, une proposition de jugement (art. 207 ss), voire une décision (art. 209), peuvent également entrer en ligne de compte.

L'art. 204 traite des *frais* de la conciliation. En règle générale, il incombe au demandeur de supporter les frais. Néanmoins, si le procès vient à s'ouvrir, les frais suivent le sort de la cause et sont répartis avec les autres frais de procédure. Si la conciliation aboutit, les parties se déterminent elles-mêmes sur le partage des frais (art. 107). Il y a lieu de relever qu'il n'est pas alloué de dépens en procédure de conciliation (art. 111).

#### *Issue de la tentative de conciliation*

La procédure devant l'autorité de conciliation peut se terminer de différentes façons:

- avec succès, par une conciliation (art. 205);
- en cas d'échec, par la délivrance de l'autorisation de procéder (art. 206);
- par une proposition de jugement (art. 207 s.);
- par une décision (art. 209).

#### *Art. 205 Conciliation*

La tentative de conciliation aboutit quand le défendeur admet les prétentions du demandeur (*acquiescement*), ou quand le demandeur renonce purement et simplement au dépôt de sa demande (*désistement d'action*) ou encore quand les deux parties font des concessions et parviennent, avec le concours de l'autorité de conciliation, à une *transaction* (al. 1).

En vertu de l'al. 2, ces arrangements entre les parties ont les effets d'une décision entrée en force. Ils emportent autorité de chose jugée (*res iudicata*) et sont exécutoires (voir l'art. 237). Ainsi une transaction ou un acquiescement valent titre de mainlevée définitive (art. 80 LP). Ces actes ne peuvent être attaqués que par une demande de révision (art. 326, al. 1, let. c).

Il faut distinguer le désistement d'action du simple *retrait de la requête de conciliation*. Ce dernier n'emporte pas désistement, car la charge de continuer le procès n'intervient que devant le tribunal du fond (art. 63).

## Art. 206 Autorisation de procéder

Lorsque la conciliation échoue, l'autorisation de procéder est en principe délivrée au demandeur (*al. 1 et 2*). Elle l'autorise à s'adresser au tribunal. Ce droit est toutefois limité dans le temps (*al. 3*): l'autorisation s'éteint après trois mois, et met ainsi un terme à la litispendance. Le demandeur qui veut procéder à nouveau doit introduire une nouvelle requête de conciliation. Le délai permet d'éviter que le défendeur reste pendant une durée indéterminée sans savoir si la procédure va se poursuivre ou non. Une autorisation de procéder valable est une condition de recevabilité.

Le délai de trois mois ne s'applique pas lorsque la loi ou le tribunal fixe un délai plus court pour agir. On pense à l'action en libération de dette (art. 83, al. 2, LP), à l'action en validation du séquestre (art. 279 LP) ou à l'action en validation de mesures provisionnelles avant la litispendance (art. 259). Dans ces cas, le demandeur doit saisir le tribunal dans le délai (plus court) qui lui est imparti.

## Art. 207 et 208 Proposition de jugement

La proposition de jugement occupe une *place intermédiaire* entre une proposition de règlement à l'amiable et une décision. Elle s'assimile à une proposition de règlement à l'amiable dans la mesure où chaque partie peut la refuser librement. En cas de silence des parties en revanche, elle vaut décision entrée en force et exécutoire.

Certains cantons connaissent déjà cette institution pour les litiges patrimoniaux de faible montant. Ainsi les juges de paix des cantons de SZ et AG peuvent soumettre une proposition de jugement lorsque la valeur litigieuse est inférieure à 2000 francs; dans le canton de SG, cette compétence va même jusqu'à 5000 francs. Cette notion n'est pas non plus étrangère au droit fédéral: dans certains litiges du droit du bail à loyer et à ferme, les autorités de conciliation peuvent rendre une décision qui, en réalité, n'est qu'une proposition de jugement<sup>181</sup>.

La proposition de jugement a été contestée lors de la procédure de consultation. Le Conseil fédéral tient cependant fermement à cette institution car elle peut constituer un instrument complémentaire permettant de résoudre les litiges avant d'entamer une procédure. Contrairement à l'avant-projet (art. 204 AP), elle est toutefois conçue comme une *option*, à la libre disposition de l'autorité de conciliation. Elle est envisagée notamment pour les cas où – malgré la prédisposition des parties à transiger – un accord ne peut être trouvé.

Toute cause civile ne peut toutefois aboutir à une proposition de jugement, car l'activité principale de l'autorité de conciliation doit rester celle de la conciliation classique (*art. 207, al. 1*):

- elle n'est admise sans restriction que dans le domaine du *droit de l'égalité* (*let. a*), ce qui correspond à un besoin pratique de ces offices de conciliation spécialisés.
- comme auparavant, elle n'est en revanche admise en matière de *droit du bail à loyer et à ferme* que dans certains cas (*let. b*). La proposition de l'avant-projet, qui allait plus loin, a été refusée en procédure de consultation.

<sup>181</sup> Consignation des loyers ou fermages, contestation du congé, prolongation du bail ou du bail à ferme (art. 259i, 273, 274e, al. 2, et art. 274f, al. 1, CO).

- enfin, la proposition de jugement est possible dans les *litiges patrimoniaux* dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 5000 francs (*let. c*).

La proposition de jugement doit être rédigée et communiquée comme un jugement (*art. 207, al. 2*). Elle n'a pas besoin d'être motivée, même si les parties devaient en faire la demande, car un recours n'est pas requis pour s'y opposer. Au contraire, une déclaration unilatérale de l'une des parties à l'autorité de conciliation dans le délai fixé vaut *opposition* (*art. 208*). Cette déclaration n'a pas à être motivée, tout comme l'opposition à une poursuite (*art. 75 LP*). Elle a pour seul effet la délivrance de l'autorisation de procéder: le demandeur est désormais admis à soumettre le différend au tribunal de *première instance*.

L'avant-projet confiait au contraire le rôle du demandeur – sur le modèle du droit du bail (voir *art. 273, al. 5, CO*) – à la partie opposante, ce qui aurait pu, selon les cas, avoir pour conséquence d'inverser le rôle des parties dans le procès au fond. Cette proposition a été très critiquée en consultation et il y a lieu d'en tenir compte: l'autorisation de procéder doit toujours être délivrée au demandeur, indépendamment du fait de savoir laquelle des parties à fait opposition à la proposition de jugement. De cette manière, les rôles initiaux des parties demeurent inchangés.

L'opposition pure et simple est la compensation nécessaire du fait que la proposition de jugement est prononcée sans véritable procédure d'instruction. Par ailleurs, toutes les voies de droit demeurent ouvertes aux parties.

#### *Art. 209*      Décision de l'autorité de conciliation

Quelques cantons attribuent aujourd'hui déjà une compétence décisionnelle aux autorités de conciliation pour les litiges patrimoniaux de faible montant (bagatelles). La valeur litigieuse maximale pour ce type de décision est cependant très variable (p. ex. jusqu'à 300 francs à NW, ZG et SO, jusqu'à 500 francs à ZH, SZ, BL et TG, et jusqu'à 2000 francs au TI). Le projet fixe uniformément la limite de la valeur litigieuse à 2000 francs (*al. 1*).

Jusqu'à cette limite de valeur et en cas d'échec de la conciliation, l'autorité de conciliation agit comme une véritable juridiction de première instance. Mais cette transformation en organe de juridiction n'intervient que sur *requête* du demandeur. En l'absence de requête, l'autorité de conciliation n'est pas habilitée à prendre une décision, mais doit délivrer l'autorisation de procéder ou ne soumettre qu'une proposition de jugement. Tant que le demandeur ne requiert pas de décision, il peut retirer sa requête de conciliation sans risque – après cela, le retrait vaut désistement d'action (*art. 63*). L'autorité de conciliation doit le lui signaler.

La requête n'oblige pas l'autorité de conciliation à prendre une décision (norme potestative). L'autorité réservera plutôt la décision judiciaire aux causes en *état d'être jugées* dès la première audience. Des procédures d'administration des preuves onéreuses nécessitant plusieurs audiences n'ont pas à être traitées par l'autorité de conciliation, tant il est vrai que la procédure y est strictement orale (*al. 2*). La décision de l'autorité de conciliation est sujette au *recours limité au droit* (*art. 316 ss*).

La médiation est une procédure *extrajudiciaire*. Elle se caractérise essentiellement par l'intervention d'un tiers neutre et indépendant. Dans cette mesure, elle s'apparente à la conciliation classique. Mais, alors que la tentative de conciliation repose sur une négociation informelle, la médiation obéit à une structure plus formelle. A la différence de l'autorité de conciliation, les parties se trouvent dans un rapport *horizontal* avec le médiateur. Celui-ci ne dispose donc d'aucun pouvoir de décision, ce qui distingue également la médiation de l'arbitrage.

Cette institution prend toujours plus d'importance, tant sur le plan national qu'international (voir ch. 4.3). Ses domaines d'application privilégiés sont la famille, les rapports de travail et les relations commerciales. Mais elle peut aussi être instituée dans la vie publique – p. ex. en politique ou à l'école. Elle joue également un rôle important dans la nouvelle procédure pénale (art. 317 P-CPP et art. 18 du projet de procédure pénale applicable aux mineurs). Elle a également fait son entrée dans la procédure administrative fédérale<sup>182</sup>.

Pour ce qui est des affaires de droit civil, sa réglementation, en Suisse, est pour le moins rudimentaire. Il existe ainsi, dans le domaine de la médiation en matière familiale, un droit de refuser de témoigner ou de fournir des renseignements découlant du *droit fédéral* (art. 139, al. 3, CC). Quelques *procédures civiles cantonales* font aussi ponctuellement appel à la médiation en matière de divorce. Dans le canton de Zurich, le conseil d'Etat peut régler les conditions d'accès à une médiation gratuite en matière familiale (art. 89a CPC/ZH). La nouvelle procédure civile du canton de Glaris contient même un renvoi général au règlement de différends effectué d'un commun accord avec l'aide de tiers (art. 162 CPC/GL). Seul le canton de Genève dispose d'une réglementation complète<sup>183</sup>.

Le projet mis en consultation a été critiqué pour n'avoir pas mieux pris en compte la médiation. Le Conseil fédéral tient compte de cette critique mais il renonce à une réglementation complète, car la procédure de médiation ainsi que les exigences techniques et personnelles relatives aux médiateurs ne peuvent pas être traitées dans une loi de procédure civile. Dans la procédure de consultation, une forte majorité n'a du reste pas exigé une réglementation complète de la médiation. En revanche, le lien avec la procédure judiciaire y est précisé afin qu'elle puisse remplir sa mission, soit la résolution durable du litige au profit aussi de l'allègement des tribunaux. En se fondant sur l'évolution nationale et internationale la plus récente, le Conseil fédéral confère à la médiation en matière de *litiges relevant du droit de la famille* une importance particulière (voir le commentaire des art. 215 et 292).

Le «médiateur» n'est pas un titre professionnel protégé. Il existe toutefois de nombreux cycles de formation dont l'achèvement donne droit à un tel titre (p. ex. «médiateur FSA», délivré par la Fédération suisse des avocats, ou «médiateur FSM-SDM», délivré par la Fédération Suisse des Associations de Médiation, ou encore «médiateur SKWM» délivré par la Chambre Suisse de Médiation Commerciale). Lorsqu'il parle de médiation, le projet se réfère en premier lieu à ces médiateurs

<sup>182</sup> Voir art. 33b PA; FF 2005 3898.

<sup>183</sup> Loi sur la médiation civile (modifiant la loi de procédure civile, la loi d'organisation judiciaire et d'autres lois cantonales) adoptée par le Grand Conseil genevois le 28 octobre 2004, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005.

qualifiés. Mais d'autres personnes indépendantes qui ont la confiance des parties peuvent entrer en ligne de compte.

Selon le projet, la médiation peut jouer un rôle à deux égards en relation avec un procès civil:

- en tant qu'alternative à une requête de conciliation (art. 210);
- en tant que procédure incidente dans le cadre d'un procès pendant, que ce soit en première ou seconde instance (art. 211).

#### *Art. 210* Médiation remplaçant la procédure de conciliation

La médiation est une alternative d'égale valeur à la procédure de conciliation (*al. 1*; voir ch. 3.2.1). Les parties doivent cependant en faire la demande ensemble, soit déjà dans la requête de conciliation, soit – sur conseil de l'autorité de conciliation – à l'audience de conciliation (*al. 2*). Le caractère commun de la demande met en relief l'aspect *volontaire* de la médiation. L'autorité de conciliation peut aider les parties dans le choix approprié d'une tierce personne.

Si la demande de médiation est déjà déposée dans la requête de conciliation, l'audience de conciliation n'a pas besoin d'être tenue: les parties peuvent sans autres dispositions organiser la médiation. La requête de conciliation n'en demeure pas moins introductive d'instance. Elle crée ainsi la litispendance (art. 60) et sauvegarde ou interrompt un éventuel délai de prescription ou de péremption (art. 141).

Chacune des parties peut à tout moment renoncer unilatéralement à la poursuite de la médiation – c'est là aussi une conséquence du caractère volontaire de la procédure (*al. 3*). Il suffit que l'autorité de conciliation en soit informée. L'autorisation de procéder est ensuite délivrée sans autre formalité au demandeur, comme en cas d'échec de la tentative de conciliation (art. 206). En revanche, une proposition de jugement ou d'une décision n'entrent ici pas en ligne de compte.

#### *Art. 211* Médiation pendant la procédure au fond

Une médiation est possible en tout temps, même après le dépôt de la demande – que ce soit sur le conseil du tribunal ou sur une requête commune des parties (*al. 1 et 2*). Elle est ici aussi pleinement volontaire et peut, de ce fait, être interrompue unilatéralement à tout moment. La procédure au fond reste suspendue pendant tout le temps que dure la médiation (*al. 3*). La suspension n'a toutefois aucune incidence sur la litispendance et ses effets. Le droit d'ordonner des mesures provisionnelles reste également possible nonobstant la suspension.

#### *Art. 212* Organisation et déroulement de la médiation

Ni les autorités de conciliation, ni le tribunal n'ont à se soucier de l'organisation et du déroulement de la médiation (voir cependant les art. 292 et 296 pour la procédure dans des affaires concernant les enfants). Le médiateur n'est ainsi pas institué par le tribunal. Il incombe plutôt aux parties de se mettre d'accord sur la personne du médiateur ainsi que sur la façon de procéder, et de conclure un contrat de médiation approprié. Les autorités peuvent toutefois donner les informations utiles aux intéressés (p. ex. par la remise de notices informatives). Cette autonomie des parties n'est naturellement pas aussi marquée dans la procédure pénale. Dans cette dernière, le médiateur est mandaté par le ministère public; il lui incombe, de ce fait, de rendre

des comptes à l'autorité étatique (art. 317 P-CPP). L'autonomie d'organisation laissée aux particuliers a également pour corollaire de faire supporter, en principe, aux seules parties les *frais* de la médiation (voir art. 215).

#### *Art. 213 et 214* Relation avec la procédure judiciaire; ratification de l'accord

Outre son caractère volontaire, qui est central, la médiation se distingue par son *indépendance* par rapport à la procédure judiciaire (*art. 213, al. 1*). Ni le tribunal, ni l'autorité de conciliation ne sont autorisés à donner des instructions. Aussi, celui qui a déjà agi en tant que médiateur dans une cause, n'a pas le droit d'apporter son concours en tant que magistrat ou fonctionnaire judiciaire (*art. 45*). Le médiateur n'a de comptes à rendre ni à l'autorité de conciliation, ni au tribunal.

La *confidentialité* de la médiation signifie que les déclarations des parties ne peuvent être prises en compte ultérieurement dans la procédure au fond sans leur consentement (interdiction d'utilisation; *art. 213, al. 2*). Aussi, le médiateur dispose-t-il d'un droit de refuser de collaborer (*art. 163*).

Les parties sont libres de faire ratifier par le tribunal le résultat de la médiation (*art. 214*). Que cette solution d'un commun accord ait été trouvée dans le cadre de la procédure de conciliation ou de jugement ne joue ici aucun rôle. Seule l'instance qui ratifie est différente: soit l'autorité de conciliation, soit le tribunal saisi. Par son homologation, l'accord conclu déploie, à l'instar d'une transaction judiciaire, les effets d'un *titre exécutoire*. En même temps, il constitue, pour les points dont il fait l'objet, une *res iudicata*. A noter que la demande de ratification doit elle aussi être présentée conjointement par toutes les parties: c'est là aussi une conséquence du caractère volontaire de la médiation. Une demande unilatérale d'une partie ne suffit pas.

L'instance qui ratifie a seulement pour tâche de vérifier que l'accord n'est pas manifestement disproportionné et qu'il ne viole pas le droit impératif. Cette cognition limitée découle du principe de disposition (*art. 56, al. 1*). Si l'accord ne peut être ratifié, l'autorité de conciliation délivre l'autorisation de procéder ou, le cas échéant, le tribunal reprend la procédure au fond.

#### *Art. 215* Frais de la médiation

Corollaire de l'autonomie d'organisation (*art. 212*), les frais de la médiation sont en principe à la charge des seules parties (*al. 1*). Dans ce sens, il n'existe pas de droit général à une médiation gratuite.

Le projet connaît cependant aussi des exceptions (*al. 2*): dans les affaires non patrimoniales concernant le droit des enfants (p. ex. des litiges relatifs au droit de visite ou à l'attribution de l'autorité parentale), une médiation gratuite est accordée à des conditions précises. Ces affaires, qui posent souvent des problèmes aigus, méritent un traitement privilégié, car le maintien de la communication entre les parties y est de la plus grande importance. Dans les mariages internationaux, la médiation peut parer au danger imminent d'enlèvements d'enfants ou faciliter leur retour (voir *art. 298*). Le projet prévoit deux conditions à la gratuité:

- premièrement, les parties doivent manquer de ressources au sens du droit de procédure; ce qui est valable pour l'assistance judiciaire gratuite l'est aussi ici (*let. a*; voir *art. 115, let. a*);

- deuxièmement, le tribunal doit recommander le recours à la médiation (*let. b*). C'est ce qu'il fera s'il peut conclure que la médiation est propre à amener une solution durable dans le cas d'espèce.

Au même titre que l'assistance judiciaire gratuite, la dispense de frais n'est pas définitive, mais sujette à remboursement en faveur du canton (art. 121). Le droit (fédéral) à la gratuité de la médiation s'entend comme un minimum (*al. 3*). Les cantons sont libres d'accorder des dispenses de frais plus larges.

## 5.15 La procédure ordinaire

### *Art. 216* Champ d'application

Le procès ordinaire est la *procédure de base* du projet. Ses règles ne s'appliquent de ce fait pas seulement aux litiges qu'elle régit, mais aussi, par analogie, si une autre procédure s'applique. Les dérogations peuvent découler directement de la loi ou être commandées par les exigences d'une procédure particulière.

La procédure ordinaire s'applique notamment:

- aux litiges patrimoniaux dont la valeur litigieuse est supérieure à 30 000 francs (voir art. 239);
- aux litiges qui sont de la compétence d'une instance cantonale unique (art. 5 à 7), en particulier ceux qui ressortissent au droit de la propriété intellectuelle, au droit de la concurrence et au droit commercial;
- aux litiges non patrimoniaux auxquels la procédure simplifiée ne s'applique pas.

La procédure de base reprend le schéma classique d'un procès civil (voir ch. 3.2.2): la maxime des débats s'y applique (art. 53, al. 1) et le tribunal se limite pour l'essentiel à la conduite formelle du procès. En ce qui concerne le déroulement concret de la procédure, le Conseil fédéral suit pour l'essentiel l'avant-projet – avec toutefois une différence significative: l'échange d'écritures unique avant la première audience de débats oraux constitue la règle; le principe du double échange d'écritures (voir art. 214 AP), considéré comme trop lourd, a en effet été critiqué lors de la consultation.

### *Art. 217 à 220* Demande et réponse

Le procès devant le tribunal du fond s'ouvre avec le dépôt de la *demande* (art. 217). Le dépôt de la demande peut aussi introduire l'instance, mais celle-ci est généralement déjà ouverte au préalable (par la requête de conciliation, voir le commentaire de l'art. 60). La demande doit respecter la forme d'un mémoire (art. 218); le projet reprend les formalités et indications usuellement requises en droit de procédure. Une motivation juridique peut également s'avérer utile bien que les tribunaux connaissent la loi et l'appliquent d'office (art. 55).

Le défendeur peut se déterminer par écrit sur le contenu de la demande (*réponse*; art. 219, al. 1). Le délai imparti pour déposer la réponse doit tenir compte de la longueur de la demande et de la complexité du litige. S'agissant d'un délai judiciaire, il peut être prolongé (art. 142). Les conditions de forme de la réponse sont

identiques à celles de la demande. Quant au fond, le défendeur doit en particulier se déterminer sur les faits allégués dans la demande (*art. 219, al. 2*). La contestation des faits doit de ce fait être étayée; des explications globales ne sauraient suffire (voir aussi le commentaire de l'art. 148)<sup>184</sup>. Dans le cadre de la conduite du procès (*art. 123*), le tribunal peut limiter dans un premier temps la réponse à certains points déterminés (*art. 219, al. 3*; p. ex. à la question de la compétence territoriale ou à la prescription)<sup>185</sup>.

La réponse est notifiée au demandeur (*art. 219, al. 4*) afin qu'il en prenne simplement connaissance ou – exceptionnellement – en vue d'une réplique (*art. 222*). En cas de *défaut* (*art. 145*), le défendeur reçoit un bref délai supplémentaire pour déposer sa réponse (*art. 220*). La procédure ne suit donc pas simplement son cours (par une éventuelle ouverture des débats principaux ou même immédiatement par une décision par défaut). Le ralentissement lié au défaut est fondé, la réponse étant une déclaration décisive de la partie.

#### *Art. 221*          Demande reconventionnelle

Le défendeur n'a pas à se limiter à la contestation de la demande. Il peut bien plus opposer au demandeur ses *propres prétentions* en introduisant une demande reconventionnelle. La demande reconventionnelle est une demande indépendante. Elle subsiste même en cas de retrait de la demande principale ou en cas de non entrée en matière sur cette dernière.

Par le jeu de la demande et de la demande reconventionnelle, les prétentions et les contre-prétentions des parties sont examinées dans un seul et unique procès. La demande reconventionnelle permet une économie de procédure mais le tribunal reste libre de séparer les deux demandes (*art. 123*).

La demande reconventionnelle est généralement soumise à trois conditions:

- Premièrement, elle n'est admissible que si la procédure de la demande principale lui est applicable (*al. 1*). Si la demande principale est soumise à la procédure simplifiée (*art. 239*), une demande reconventionnelle soumise à la procédure ordinaire ne peut être introduite. Cette condition est pleinement exigée dans le projet.
- Comme deuxième condition, l'avant-projet exigeait un *lien matériel* (connexité) entre la demande principale et la demande reconventionnelle (*art. 80 AP*). Le projet introduit la nuance suivante: un lien de connexité est uniquement requis lorsque le for de la demande reconventionnelle ne peut être donné qu'en vertu de l'art. 13. Si le for de la demande reconventionnelle résulte en outre d'une autre règle de compétence territoriale ou d'une clause d'élection de for, des contre-prétentions sans lien de connexité peuvent aussi être soulevées devant le tribunal de la demande principale.
- Comme dans l'avant-projet, le tribunal de la demande principale ne doit pas être compétent *à raison de la matière* pour la demande reconventionnelle. La demande principale et la demande reconventionnelle sont bien plus transmises au tribunal compétent pour la valeur la plus élevée lorsque la valeur litigieuse de la demande reconventionnelle dépasse la compétence

<sup>184</sup> Voir ATF 117 II 113.

<sup>185</sup> Voir p. ex. l'art. 168 s. CPC/BE, § 202, al. 2 CPC/LU, § 138 CPC/SO.

matérielle du tribunal de la demande principale (al. 2). Ce renvoi fait droit à une requête formulée lors de la procédure de consultation. Il ne peut évidemment avoir lieu que si le demandeur ne perd pas de niveau de juridiction. Il n'est ainsi pas possible de déposer une demande reconventionnelle dont la compétence ressortit matériellement à une juridiction cantonale unique – au tribunal de commerce par exemple (art. 6) – dans le cadre d'un procès pendant devant une juridiction cantonale inférieure.

L'al. 3 interdit enfin la demande reconventionnelle à une demande reconventionnelle, car le procès deviendrait trop compliqué.

#### Art. 222 et 223 Deuxième échange d'écritures et débats d'instruction

Après l'échange d'écritures (demande et réponse), le tribunal doit, en règle générale, ordonner des débats. Il peut déjà s'agir des débats principaux ou alors d'une audience préparatoire spéciale (débats d'instruction) préalable. La simplification et l'accélération de la procédure ordinaire qui en découlent répondent à une demande faite lors de la consultation.

Un second échange d'écritures – réplique et duplique en la forme écrite – doit de ce fait demeurer l'exception (art. 222). Il peut s'avérer utile dans des cas complexes. Des *débats d'instruction* sont en revanche toujours souhaitables: ils permettent de négocier une transaction (dans la forme des actuelles «Referentenaudienzen» connues dans certaines procédures cantonales), d'établir et de compléter l'état de fait et les preuves proposées, ou même de procéder à une première administration des preuves (art. 223). Des débats d'instruction peuvent précisément décharger une juridiction collégiale dans la mesure où le tribunal peut en déléguer la direction à l'un de ses membres, le «juge d'instruction» (art. 122, al. 2, 152).

#### Art. 224 à 230 Débats principaux

Les débats principaux débutent avec les *premières plaidoiries* (art. 224). A ce stade, les parties peuvent aussi alléguer des faits et produire des moyens de preuve nouveaux (art. 225, al. 1). Eu égard à cette *réglementation des faits et moyens de preuve nouveaux* – question centrale du droit de procédure – le projet est moins strict que l'avant-projet: aux termes de ce dernier, les parties devaient énoncer déjà au stade de l'échange d'écritures tous les faits et moyens de preuve qui peuvent être pertinents. L'application de la maxime éventuelle à un stade si précoce – et le risque que les parties ne surchargent les écritures – a été critiquée en consultation (voir art. 215, al. 1, AP).

Après les premières plaidoiries, le procès passe de la *phase des allégations* (réunion des éléments du procès) à celle des *preuves*. A partir de ce moment, l'admission des faits et moyens de preuve nouveaux se détermine selon des critères plus stricts afin d'assurer le déroulement rapide de la procédure (art. 225, al. 2). Cependant, une exclusion totale se révélerait excessive même à ce stade: les *novas proprement dits*<sup>186</sup> peuvent toujours être invoqués. La modification de l'état de fait qui fonde la demande doit être prise en considération, sans quoi la vérité matérielle serait ignorée. En revanche, les *novas improprement dits*<sup>187</sup> ne sont en principe pas admissi-

<sup>186</sup> Faits survenus après les premières plaidoiries.

<sup>187</sup> Faits existant au moment des premières plaidoiries.

bles. Les moyens (admissibles) ne sont toutefois valables que s'ils sont invoqués *immédiatement*, cela afin d'éviter des manœuvres dilatoires. Les procédures dominées par la *maxime inquisitoire* ne connaissent par contre aucune limitation. L'allégation de faits et la production de moyens de preuve nouveaux peuvent y être admises jusqu'aux délibérations (*art. 225, al. 3*). Une production tardive est cependant sanctionnée par la responsabilité pour les frais causés (*art. 106*). La réglementation des faits et moyens de preuve nouveaux du projet est, dans son ensemble, un compromis entre la rigueur de la procédure et la volonté de se rapprocher de la vérité matérielle. De nombreux cantons connaissent une réglementation similaire.

L'avant-projet autorisait encore les faits et les moyens de preuve nouveaux s'ils résultent du droit d'interpeller du juge (*art. 215, al. 2, AP*). Cela aurait conduit *de facto* à l'élimination de la maxime des débats dans la procédure ordinaire, comme d'aucuns l'ont relevé à juste titre lors de la procédure de consultation. La variante selon laquelle un fait ou un moyen de preuve nouveau – proprement dit ou non – qui peut être immédiatement prouvé par titre doit toujours être pris en compte a été écartée avec force lors de la consultation, le danger de manœuvres tactiques utilisant l'effet de surprise étant trop important.

La réglementation des faits et moyens de preuve nouveaux amène également à poser la question essentielle du moment jusqu'auquel les parties peuvent modifier leurs conclusions ou même présenter de nouvelles prétentions (*modification de la demande*). Ici aussi, le projet adopte un compromis.

- Jusqu'à la fin des premières plaidoiries des débats principaux, la modification de la demande est tout à fait possible: il suffit que la prétention nouvelle ou modifiée présente un *lien de connexité* avec l'ancienne et qu'elle relève de la *même procédure* (*art. 226, al. 1*).
- La modification ultérieure de la demande reste possible, mais elle doit reposer sur des faits ou des *moyens de preuve nouveaux admis* ou recueillir le *consentement* de la partie adverse (*art. 226, al. 2*).
- La demande peut être restreinte en tout état de la cause (*art. 226, al. 4*).

D'après l'avant-projet, la demande ne pouvait être modifiée que dans les limites de la compétence matérielle du tribunal saisi (*art. 216 AP*). Le projet abandonne cette condition et prévoit – comme pour la demande reconventionnelle (*art. 221, al. 2*) – la transmission du procès au tribunal compétent (*art. 226, al. 3*).

L'*administration des preuves* (*art. 227*) succède aux premières plaidoiries. Elle intervient ainsi en règle générale durant les débats principaux. Il n'y a cependant aucune obligation à ce titre, car, en fonction de la situation, les preuves peuvent être administrées préalablement, que ce soit à titre provisionnel (*art. 155*) ou au cours des débats d'instruction (*art. 223*). Toutefois le tribunal doit toujours indiquer les faits à prouver, la partie qui a la charge de la preuve et si la partie adverse est autorisée à apporter la contre-preuve et par quels moyens. Cette *ordonnance des preuves* peut être prise immédiatement lors des débats principaux, mais une notification préalable aux parties est à recommander le plus souvent. S'agissant d'une ordonnance d'instruction, elle n'a pas besoin d'être motivée et peut être complétée ou modifiée en tout état de la cause par le tribunal (sur son annulabilité limitée voir le commentaire de l'*art. 316*).

L'avant-projet avait en outre prévu une ordonnance de preuves qualifiée, suivant laquelle les parties devaient rapporter leurs moyens de preuve aux faits à prouver dans un document écrit, la liste des preuves (art. 219 AP). Cet échange d'écritures supplémentaire a été très critiqué en consultation. Le projet l'abandonne, tant il est vrai que les conclusions prises de part et d'autre figurent déjà dans la demande et dans la réponse (art. 218, al. 1, let. e).

A l'issue de l'administration des preuves, les parties peuvent se prononcer sur la cause dans les *plaidoiries finales* (art. 228). A cet effet, elles ont en principe le choix de tenir leurs plaidoiries *oralement* ou de les déposer *par écrit* au tribunal. La renonciation aux plaidoiries orales présuppose une demande commune des parties. Dans les deux cas, les parties ont le droit de répliquer et de dupliquer. Si les plaidoiries sont tenues oralement, la remise de «notes de plaidoiries» complémentaires est interdite (voir au contraire l'art. 223, al. 3, AP).

Dans le but d'accélérer la procédure, les parties peuvent non seulement renoncer aux plaidoiries finales, mais aussi aux débats principaux (art. 229). Cette possibilité peut entrer en ligne de compte si l'administration des preuves n'est pas nécessaire. La renonciation repose à nouveau sur une demande commune des parties. Le tribunal est, en principe, lié par cette décision: il ne peut assigner les parties que dans les procédures régies par la maxime d'office (art. 291).

Le *défaut* des parties à l'audience des débats principaux est réglé différemment selon qu'il est le fait d'une seule ou des deux parties (art. 230). A remarquer qu'une partie absente n'est pas convoquée à nouveau et que les conséquences du défaut s'appliquent immédiatement. Sous réserve de restitution, le défaut ne saurait en principe retarder le procès (art. 145).

- Si *une des parties* est défaillante, le tribunal ne peut pas tenir compte sans plus des allégations de la partie comparante (art. 230, al. 1); les actes (formellement valables et introduits dans les délais) de la partie défaillante doivent aussi être pris en considération. Le tribunal peut même administrer les preuves d'office sur un fait formellement non contesté lorsqu'il doute sérieusement des allégations de la partie présente (art. 151). En cas de défaut de l'une des parties, un jugement est prononcé – même si le demandeur est absent sans s'être excusé. Le défaut n'est pas assimilé à un désistement d'action (qui vaut passé-expédient).
- Il en va autrement lorsque *les deux parties* font défaut sans s'être excusées. Dans ce cas, l'audience est annulée et les frais judiciaires sont répartis également entre les parties (art. 230, al. 2). La radiation du rôle de l'affaire n'emporte pas force de chose jugée (voir art. 238).

#### Art. 231 Procès-verbal

Un *procès-verbal* de toutes les audiences d'instruction et des débats principaux doit être tenu (art. 231). Les parties ont en principe droit à ce que le dossier soit complet (art. 51). C'est pourquoi le procès-verbal doit consigner l'essentiel des actes (les étapes formelles de la procédure). Les demandes et les déclarations qualifiées des parties ainsi que les ordonnances d'instruction sont à transcrire à la lettre. Les allégués des parties ne doivent en revanche être consignés que dans leur substance, mais seulement lorsque les faits ne découlent pas d'une autre manière des actes (p. ex. des mémoires, des annexes ou des procès-verbaux de l'administration des

preuves; voir l'art. 112 LTF). Ainsi le tribunal n'est pas tenu de consigner ou d'enregistrer des débats visant à parvenir à une transaction ou des plaidoiries. De même, les arguments juridiques présentés oralement par les parties ne doivent pas faire l'objet d'un procès-verbal. Le tribunal est libre dans le choix des moyens techniques pour autant que l'accès au contenu soit garanti aux parties (droit de consulter le dossier). A la différence de l'avant-projet, le projet prévoit expressément la rectification du procès-verbal: le tribunal statue sur la requête y relative par une ordonnance d'instruction.

#### Art. 232 à 236 Décision

Après les plaidoiries, le procès entre dans la *phase du jugement*: le tribunal procède au jugement de la cause (jugement au fond; p. ex. condamnation du défendeur à payer une somme d'argent déterminée), ou déclare la demande irrecevable (décision de procédure; p. ex. en cas d'incompétence). Dans les deux cas, le tribunal saisi met fin au procès, raison pour laquelle le projet – en accord avec la procédure du Tribunal fédéral (art. 90 LTF) – parle de *décision finale* (art. 232, al. 1). La terminologie cantonale est à ce sujet très variée (p. ex. jugement, décision, ordonnance, etc.). A l'avenir, il suffira d'utiliser le terme simple et concis de «décision».

Un tribunal composé de plusieurs membres statue – après délibération publique (art. 52) – à la majorité (art. 232, al. 2). Chacun des membres est tenu de donner sa voix; l'abstention est exclue.

Le tribunal peut ordonner simultanément des *mesures d'exécution* dans sa décision (art. 232, al. 3). On pense par exemple à la fixation d'un délai pour la restitution d'un objet détenu sans droit, liée à un mandat de confiscation forcée par la police si le défendeur n'obtempère pas. Grâce à cela, la décision peut être exécutée sans que la partie qui a eu gain de cause ne doive encore présenter une requête d'exécution au préalable (*exécution directe* selon l'art. 335).

La décision finale règle complètement et définitivement la demande en justice qui était pendante. Exceptionnellement, le prononcé d'une *décision incidente* sur une partie seulement de la demande peut s'avérer utile (p. ex. sur la question de la compétence territoriale de la demande ou sur celle de la prescription du droit allégué; art. 233, al. 1). Le procès doit cependant s'en trouver simplifié (voir l'art. 93, al. 1, let. b, LTF). Ainsi, un tribunal saisi en première instance d'un procès en responsabilité complexe par exemple peut admettre sa compétence territoriale par une décision incidente. Si cette décision est attaquée et que l'instance de recours, d'un autre avis, nie la compétence, le procès peut être clos par une décision d'irrecevabilité (décision finale) sans que la cause elle-même ait pu donner lieu à un échange d'écritures abondant ou à une administration des preuves onéreuse (art. 219, al. 3). Il en va de même lorsque la première instance limite d'emblée le procès à la question de la prescription du droit et qu'elle la nie par une décision incidente. Ici aussi, une décision divergente de l'instance de recours conduit à une décision finale (rejet de la demande). Si la décision incidente n'est pas attaquée, la question qui en est l'objet ne peut plus être soulevée dans un recours contre la décision finale (art. 233, al. 2).

La *décision partielle* doit être distinguée d'une décision incidente. Il y a décision partielle lorsque – en cas de cumul objectif d'actions – le tribunal statue d'abord sur une partie des différentes demandes en justice (art. 123), ou – en cas de cumul subjectif d'actions (consortité) – ne se détermine que sur le fait de l'un ou de quelques uns des consorts (voir l'art. 91 LTF). Ces décisions partielles sont en réalité des

décisions finales puisqu'elles mettent un terme à l'instance relativement aux demandes ou aux consorts concernés. C'est pour cette raison qu'il n'y a pas lieu de les mentionner expressément dans la loi. Il faut enfin distinguer les décisions incidentes des *ordonnances d'instruction* et des autres *décisions sur incident* du tribunal: celles-ci ne concernent pas l'objet du litige en tant que tel, mais l'organisation formelle et le déroulement du procès (voir à ce sujet le commentaire de l'art. 316).

Les exigences du projet quant au *contenu et à la structure d'une décision* sont usuelles (*art. 234*). La question de la *motivation écrite* de la décision est de la plus grande importance pratique. L'avant-projet la prévoyait en principe. Elle n'était superflue que lorsque les parties avaient renoncé à faire recours (*art. 231 s. AP*). Cette proposition fit l'objet de fortes critiques lors de la consultation: une telle tâche ne saurait être imposée aux tribunaux du fait du seul silence (passivité) des parties. Le projet tient compte de ces remarques:

- En règle générale, le tribunal peut communiquer sa décision sans motivation écrite (*art. 235, al. 1*). Il peut se limiter à remettre le *dispositif de la décision par écrit* aux parties: immédiatement après les débats principaux (quand la décision est communiquée et même brièvement motivée par oral) ou, subseqüemment, par une notification en bonne et due forme (*art. 136 s.*).
- Une motivation écrite est remise aux parties à des conditions précises (*art. 235, al. 2*): tout d'abord si une partie en fait la demande, dans les dix jours qui suivent la communication (en vue d'une exécution à l'étranger ou d'une action récursoire contre un tiers). Une motivation écrite est aussi exigée en cas d'appel ou de recours limité au droit.
- Si la décision est sujette à *recours au Tribunal fédéral*, les dispositions de la loi sur le Tribunal fédéral sont réservées (*art. 235, al. 3*; voir l'art. 112 LTF). Cette réserve est destinée aux tribunaux qui statuent en instance cantonale unique (*art. 5 à 7*; pour les décisions des instances de recours voir les *art. 315, al. 2 et 325, al. 5*).

La remise d'emblée d'une motivation écrite par le tribunal peut toutefois se révéler plus appropriée dans certains cas. On pense ici à des décisions prises en *procédure sommaire*: dans ces cas, la motivation peut être succincte et n'occasionner que peu de travail aux tribunaux (voir le commentaire de l'art. 252). La procédure de recours s'en trouve par ailleurs simplifiée et raccourcie (voir le commentaire des *art. 308 et 319*).

L'avant-projet avait prévu une réduction des émoluments de décision d'au moins un tiers si les parties renonçaient à une motivation écrite (*art. 231 AP*). Cette disposition pose problème: elle pénalise indirectement la partie (qui succombe) si celle-ci veut savoir pourquoi elle a perdu le procès. Une telle réduction aurait en outre porté atteinte au droit des cantons de fixer les tarifs (*art. 94*).

En règle générale, les décisions ne sont notifiées qu'aux parties (et aux parties accessoires). Le projet réserve la communication aux autorités et aux tiers ainsi que la publication, dans la mesure où la loi l'ordonne ou que l'exécution le commande (*art. 236*; voir p. ex. les *art. 28a, al. 2, CC, 40 et 42 OEC*<sup>188</sup>, *60, al. 3 LBI* ou *176 LP*).

<sup>188</sup> Ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil (RS 211.112.2)

L'avant-projet déterminait au surplus le moment de l'entrée en force de chose jugée formelle d'une décision (voir art. 234 AP). Le projet y renonce car l'entrée en force formelle découle sans autre du système de recours. La définition de l'autorité matérielle de chose jugée peut être laissée – comme par le passé – à la doctrine et à la jurisprudence.

#### *Art. 237 et 238* Clôture de la procédure sans décision

Un procès ne se termine pas toujours par une décision. Les parties peuvent parvenir à un accord même au stade du jugement (art. 122). Une transaction, un acquiescement ou un désistement d'action met immédiatement fin au procès (art. 237). Celui-ci devient sans objet et l'affaire est rayée du rôle pour la bonne forme. Les actes de disposition précités des parties ont – en tant qu'*équivalents au jugement* – autorité de chose jugée et sont exécutoires au même titre que des décisions (voir l'art 205, al. 2 pour la procédure de conciliation et l'art. 214 pour la médiation). Seul le désistement d'action fait exception, s'il intervient avec l'accord de la partie adverse (art. 63).

Le procès peut devenir sans objet pour d'autres raisons (art. 238). On pense par exemple au défaut des deux parties lors des débats principaux, au décès de l'une des parties durant une procédure en divorce, à la disparition de l'objet litigieux, à la levée de la poursuite dans un procès en revendication, etc. Dans tous ces cas, la procédure est également rayée du rôle – évidemment sans autorité de chose jugée sur les droits en question.

## 5.16 La procédure simplifiée

Tandis que la procédure ordinaire demeure réservée aux affaires importantes, la procédure simplifiée – avec la procédure sommaire – déterminera le *quotidien des tribunaux* (voir ch. 2.2 et 3.2.2). Comme la procédure ordinaire, la procédure simplifiée est précédée d'une tentative de conciliation (art. 194); et comme elle, c'est une procédure *complète* car elle ne connaît aucune limitation de preuves ou de cognition. Ses caractéristiques sont: un formalisme simplifié (art. 240), la prédominance de la forme orale (art. 241), le renforcement de l'implication du tribunal (art. 243), la rapidité (art. 242), l'admission élargie de faits et de moyens de preuve nouveaux (art. 243 en relation avec l'art. 225), ainsi que les dispenses de frais dans certains cas (art. 111 s.). La procédure simplifiée est à la fois peu onéreuse et sociale: elle s'applique à des cas où la procédure ordinaire serait trop lourde et où le caractère particulier des parties, de celle socialement plus faible en particulier, devrait être pris en compte («procès civil social»). La procédure est en outre accessible à tout un chacun.

La procédure simplifiée repose sur les dispositions légales cantonales correspondantes. Elle succède à la *procédure simple et rapide* que la Confédération prescrit déjà aujourd'hui aux cantons dans des domaines particuliers (p. ex. dans le droit à l'entretien, le droit du travail, le droit du bail, le droit des consommateurs). Les nombreuses règles dispersées dans le droit privé fédéral matériel peuvent de ce fait être abrogées (voir à l'annexe ch. 1 [art. 12 LEg], ch. 5 [art. 274–274g, 301 et 343 CO], ch. 7 [art. 47 et 48 LBFA], ch. 14 [art. 15, al. 4 LPD], ch. 15 [art. 13 LCD], ch. 26 [art. 15, al. 3 de la loi sur la participation], ch. 27 [art. 10 et 23 LSE], ch. 30 [art. 85, al. 2 LSA]).

Art. 239 Champ d'application

Tous les *litiges patrimoniaux* y sont soumis jusqu'à une certaine valeur litigieuse (*al. 1*). La limite de 20 000 francs prévue par l'avant-projet (art. 237, let. g, AP), considérée comme trop basse, a été critiquée en consultation. De ce fait, elle a été augmentée – sur le modèle du droit du travail en vigueur (art. 343 CO) – et fixée uniformément à 30 000 francs. En dessous de cette valeur, c'est la procédure simplifiée qui s'applique, comme par exemple:

- aux causes relevant des droits réels ou du droit des successions;
- aux litiges relevant du CO;
- aux prétentions relevant du droit du travail (conformément au droit actuel);
- aux litiges découlant du droit du bail et du bail à ferme. Ceux-ci sont traités de la même manière que les litiges du droit du travail – à la différence du droit actuel qui privilégie le droit du bail en faisant abstraction de la valeur litigieuse (art. 274d, al. 1 CO; voir art. 237, let. a, AP). Cette différence de traitement ne se justifie pas, comme cela a été relevé lors de la procédure de consultation;
- aux litiges du droit de la consommation (voir art. 31). En vertu du droit en vigueur, la procédure simple et rapide n'est applicable que jusqu'à une valeur litigieuse de 20 000 francs<sup>189</sup>;
- aux contestations relevant de la LP (p. ex. les actions en libération de dette, en revendication, en contestation de l'état de collocation, en validation du séquestre).

Des domaines particulièrement sensibles du droit privé social sont en revanche soumis à la procédure simplifiée, et continueront de l'être, sans égard à la valeur litigieuse (*al. 2*). Le projet énumère exhaustivement ces domaines:

- en ce qui concerne les causes relevant de la loi sur l'égalité, de la loi sur la protection des données, de la loi sur la participation et de la loi sur l'assurance-maladie (*let. a, d, e et f*), le projet reprend le droit en vigueur;
- *la let. b* correspond à une récente révision du CC (violences, menaces ou harcèlement dans la famille et dans le couple)<sup>190</sup>;
- en matière de droit du bail, la limite de la valeur litigieuse est en principe celle de l'al. 1, mais une exception sera faite dans les domaines centraux de la protection des locataires (protection contre les loyers abusifs et contre les congés) (*let. c*);
- enfin, la procédure simplifiée s'applique quelle que soit la valeur litigieuse aux procédures indépendantes concernant les enfants (art. 290), en particulier à l'action en entretien de l'enfant contre ses parents ainsi qu'aux actions

<sup>189</sup> Voir l'ordonnance du 7 mars 2003 fixant la valeur litigieuse déterminante dans les procédures en matière de protection des consommateurs et de concurrence déloyale (RS 944.8).

<sup>190</sup> Voir le rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 18 août 2005 concernant l'initiative parlementaire, protection contre la violence dans la famille et dans le couple, FF 2005 6437 ss ainsi que le projet de modification du Code civil suisse (protection de la personnalité en cas de violence, de menaces ou de harcèlement), FF 2005 6459 s.

alimentaires (voir art. 329, al. 3, CC). Cela aussi correspond au droit en vigueur.

La procédure simplifiée est une forme typique de procès pour les instances cantonales inférieures. Un juge unique est précisément le plus à même de faire usage des compétences étendues dans la conduite (matérielle) du procès. La procédure simplifiée ne s'applique pas en instance cantonale unique ou devant le tribunal de commerce (*al. 3*): les litiges et la procédure y sont le plus souvent trop complexes.

#### *Art. 240 et 241* Demande simplifiée et déterminations de la partie adverse

A la différence du procès ordinaire, un véritable mémoire n'est pas exigé pour la demande. A l'instar de la requête de conciliation préalable (art. 199, al. 2), il suffit que le litige puisse être circonscrit (*art. 240, al. 1*). Les parties, les conclusions, l'objet du litige et la valeur litigieuse doivent être indiqués. La motivation de la demande n'est cependant pas nécessaire (*art. 240, al. 2*): elle n'a pas besoin de renfermer des allégués de fait ou de droit, et le demandeur n'est pas davantage tenu d'indiquer les moyens de preuve se rapportant aux allégations respectives (voir par contre l'art 218, al. 1).

La demande est simplifiée non seulement dans son contenu mais aussi dans sa forme: elle peut même être déposée *oralement* au tribunal (dépôt au greffe du tribunal; *art. 240, al. 1, phr. 1*). Le droit de procédure cantonal connaît déjà cette possibilité. Le Conseil fédéral mettra en outre à disposition des formulaires accessibles à tout un chacun (art. 398, al. 2). Ce «formulaire de demande» a été salué en consultation, mais on a signalé à juste titre qu'il ne saurait remplacer un dépôt de demande oral.

La demande est notifiée au défendeur – non pas en vue d'une réponse, mais seulement pour prise de connaissance (*art. 214, al. 1*). Les parties sont en revanche citées à des débats où il leur est loisible de motiver par oral la demande et la réponse. La phase procédurale des allégations peut ainsi se dérouler complètement par oral.

Ces simplifications ne constituent que des options pour le demandeur. Celui-ci reste libre de déposer une demande écrite, complète et motivée (art. 218). La procédure simplifiée débute alors comme la procédure ordinaire: un délai est impartie au défendeur pour déposer une réponse écrite (et motivée) (*art. 241, al. 2*). Une demande complète en la forme écrite se justifie lorsque la situation juridique ou l'état de fait sont complexes, ce qui peut se présenter en procédure simplifiée.

#### *Art. 242 et 243* Conduite du procès et établissement des faits

Simplification de la forme et oralité doivent aussi contribuer à l'accélération de la procédure: le procès doit idéalement être clos à la première audience (*art. 242, al. 1*). Le Conseil fédéral est conscient qu'il s'agit là d'un but idéal difficile à réaliser. Il ne peut être atteint que si la situation juridique et l'état de fait sont simples. Nonobstant cela – notamment lorsqu'une procédure probatoire plus étendue qu'un simple examen des titres produits est à envisager – une audience supplémentaire peut devoir être fixée. Si les circonstances l'exigent, le tribunal peut aussi ordonner un échange d'écritures formel (*art. 242, al. 2*). La procédure peut ainsi être adaptée aux exigences du cas d'espèce, ce qui constitue une flexibilité indispensable compte tenu l'étendue de son champ d'application.

Une des caractéristiques de la procédure simplifiée est la *maxime inquisitoire* (art. 243, al. 1). L'avant-projet l'avait limitée aux matières classiques de la procédure sociale (art. 240 AP). Ici, par contre, son application est générale car elle est indissociable d'une procédure qui se veut accessible à tous. Il y a lieu de relever qu'elle ne vaut toutefois que sous une forme *atténuée*:

- Le tribunal n'est soumis qu'à une obligation d'interpellation accrue. Comme en procédure ordinaire, les parties doivent participer activement à l'établissement des faits (avances de frais pour l'administration des preuves comprises; voir le commentaire de l'art. 151). Mais le tribunal leur vient en aide par des questions adéquates afin que les allégations utiles soient faites et que les moyens de preuve correspondants soient précisément énumérés. Les parties recueillent ainsi elles-mêmes les éléments du procès, même si cette tâche s'effectue sous la conduite du tribunal. Ce dernier ne se livre à aucune investigation de sa propre initiative. C'est dans cette mesure que la maxime inquisitoire du procès civil se distingue clairement de celle de la procédure pénale (art. 6 ainsi que 305 ss P-CPP; voir le commentaire de l'art. 291).
- L'étendue du concours prêté par les autorités judiciaires dans un cas d'espèce dépend en outre du statut social et du niveau de formation d'une partie, ainsi que de sa représentation éventuelle par un avocat. La doctrine et la jurisprudence parlent de «maxime inquisitoire sociale»<sup>191</sup>: on n'y a recours que dans la mesure où elle est vraiment nécessaire: surtout pour compenser un rapport de forces inégal entre les parties (p. ex. employeur contre travailleur) ou en cas de disproportion des moyens de procéder (partie inexpérimentée face à une partie représentée par un avocat). Lorsque deux parties représentées par un avocat se trouvent face à face, le tribunal peut et doit faire preuve de retenue comme dans un procès ordinaire.

L'*acceptation large de faits et moyens de preuve nouveaux* est un effet accessoire de la maxime inquisitoire. Les parties peuvent alléguer des faits et proposer des moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations (art. 243, al. 2). Ce droit ne doit toutefois pas ouvrir la voie à un comportement dilatoire: en cas de production tardive, les frais supplémentaires qui en résultent peuvent être mis à charge de la partie concernée (art. 106).

La procédure simplifiée se déroule au surplus comme la procédure ordinaire (art. 216): dès lors *l'administration des preuves* a lieu selon les mêmes formes (art. 227); les parties ont droit à des *plaidoiries finales* (art. 228), et la *décision* est prise et communiquée de manière similaire (art. 232 ss).

## 5.17 La procédure sommaire

La procédure sommaire joue dans la pratique un rôle important. Elle se caractérise par sa souplesse et sa rapidité. Souple dans sa forme, car elle peut être orale ou écrite, rapide grâce à l'admission limitée des moyens de preuve (seuls des moyens de preuve disponibles rapidement sont en principe admis) ainsi qu'à la cognition du tribunal limitée aux faits patents (p. ex. dans un cas de protection d'un droit dans des

<sup>191</sup> Arrêt du TF 4C.211/2004 concernant le droit du bail; arrêt du TF 4C.340/2004 concernant le droit du travail.

cas clairs) ou à une grande vraisemblance (p. ex. en cas de mesures provisionnelles). Il existe cependant des procédures sommaires atypiques auxquelles ces restrictions ne s'appliquent pas (la juridiction gracieuse ou la procédure concordataire de la LP, art. 251).

#### *Art. 244 à 247* Champ d'application

Le champ d'application est très large, montrant encore l'importance pratique de cette procédure. Il est déterminé pour l'essentiel dans le projet (*art. 244*), mais l'applicabilité de cette procédure peut aussi découler d'une autre loi fédérale.

Les art. 245 et 246 constituent un *catalogue* des plus importantes causes du CC et du CO régies par la procédure sommaire. Les cas énumérés sont classiques et correspondent à des dispositions semblables figurant dans des lois d'introduction cantonales. Il s'agit pour la plupart de causes de juridiction gracieuse (p. ex. annulation d'un papier-valeur), mais des cas de procédure contentieuse s'y trouvent également (p. ex. le droit de réponse). L'énumération n'est pas exhaustive. Le projet renonce par contre – comme l'avant-projet – à dresser une liste des causes relevant de lois spéciales du droit privé fédéral traitées en procédure sommaire. Les cas énumérés se limitent ainsi, suivant l'usage, aux principaux domaines du droit privé matériel. Les causes du *droit de la famille* relevant de la procédure sommaire ne sont pas mentionnées dans ce titre mais avec les procédures qui s'y rattachent, selon leur lien matériel (titres 6, 7 et 8 de la partie 2).

Les causes relevant du *droit de la poursuite pour dettes et de la faillite* (*art. 247*) à juger en procédure sommaire sont répertoriés séparément, conformément à une demande des participants à la procédure de consultation. La réglementation reprend le contenu de l'art. 25, ch. 2, LP, qui peut ainsi être abrogé (ch. 17 de l'annexe; concernant la procédure accélérée de la LP, voir le commentaire de l'art. 195).

#### *Art. 248 à 252* Procédure et décision

Ces dispositions s'appliquent en principe à toutes les causes à juger en procédure sommaire. Les règles de la procédure ordinaire les complètent (*art. 216*) dans la mesure où elles sont compatibles avec le caractère du procès sommaire. L'appel en cause en est par exemple exclu (*art. 79, al. 3*) tandis que la demande reconventionnelle (*art. 221*) est admise, pour autant qu'elle ne retarde pas excessivement la procédure (comme des prétentions de la partie adverse dans une procédure de protection de l'union conjugale). L'avant-projet avait au contraire expressément exclu la demande reconventionnelle (*art. 263 AP*), ce qui fut critiqué en consultation.

La procédure sommaire est introduite directement par une *requête* (*art. 248, al. 1*; voir *art. 195*). Le projet désigne cet acte introductif ainsi et non par le terme de *demande*, en accord avec le droit en vigueur et la jurisprudence. Il est par ailleurs précisé que la requête peut aussi être déposée oralement. Le caractère oral de la procédure rend son accès plus aisé aux non-spécialistes et peut contribuer à la célérité du procès (*al. 2*). Un souhait émis en procédure de consultation est ainsi pris en compte. Le dépôt de la requête est introductif d'instance (*art. 60*). L'obligation de joindre tous documents utiles n'est pas expressément mentionnée dès lors qu'elle découle déjà de l'art. 218, al. 2.

Le tribunal donne à la partie adverse l'occasion de *se prononcer* (art. 249). Un voire plusieurs échanges d'écritures supplémentaires n'ont pas leur place ici car une large place accordée à l'écrit contredit le caractère de cette procédure. Exceptionnellement, l'avis du défendeur peut même se révéler superflu: notamment en cas de requête *manifestement irrecevable* en raison, par exemple, de l'absence évidente d'une condition de recevabilité, en cas d'inapplicabilité de la procédure sommaire ou de requête *manifestement mal fondée*.

En règle générale, seuls les *moyens de preuve* immédiatement disponibles sont admis, car ils peuvent être administrés sans délai. Les titres remplissent idéalement cette exigence (art. 250, al. 1). Cette limitation des moyens de preuve souffre cependant d'exceptions: les autres moyens de preuve peuvent aussi être examinés si un retard sensible de la procédure n'est pas à craindre (al. 2, let. a)<sup>192</sup>. Cela peut arriver lorsque le tribunal ordonne des débats oraux: le temps pour un interrogatoire des parties ou de témoins, ou encore pour une inspection, est alors à disposition. Le but même de la procédure peut rendre l'administration d'autres preuves nécessaire (p. ex. des auditions de témoins dans le cadre de la révocation de l'administrateur de la copropriété; al. 2, let. b). Enfin, dans certaines procédures où la maxime inquisitoire s'applique (art. 251), l'administration des preuves se fait sans restriction (al. 2, let. c). Ces aménagements répondent à une requête exprimée en procédure de consultation.

La *maxime inquisitoire* est à vrai dire atypique dans la procédure sommaire. Elle joue néanmoins un rôle important car elle s'applique – déjà sous l'empire du droit en vigueur – dans des causes d'une importance pratique considérable (art. 251): ainsi, devant le tribunal de la *faillite ou de concordat* (let. a) ou dans le cadre de la *juridiction gracieuse* (let. b). Le tribunal peut prendre d'office toutes les décisions nécessaires à l'éclaircissement des faits. Dans la juridiction gracieuse, la maxime inquisitoire permet de suppléer à l'absence de partie adverse (voir au sujet de la juridiction gracieuse le commentaire de l'art. 1).

Le caractère *écrit ou oral* de la procédure est laissé à la libre appréciation du tribunal (art. 252, al. 1), ce qui permet de tenir compte du cas d'espèce. Un procès essentiellement écrit est la règle en matière de mainlevée (art. 80 ss LP), tandis qu'en matière de protection de l'union conjugale, les débats sont de rigueur (art. 269).

Les règles de la procédure ordinaire s'appliquent à la *communication de la décision*. Le tribunal peut ainsi communiquer sa décision par oral ou par écrit. L'avant-projet prescrivait la communication écrite et la motivation de la décision (art. 265 AP), ce qui avait été toutefois critiqué en consultation. En accord avec le caractère de la procédure sommaire, une motivation écrite peut être très courte (voir aussi le commentaire de l'art. 235).

Les *voies de recours* – appel ou recours limité au droit – contre une décision prise en procédure sommaire sont définies par les règles du titre 9 de la partie 2. Une particularité, en dérogation au droit de procédure cantonal, concerne seulement la *juridiction gracieuse* (art. 252, al. 2)<sup>193</sup>: une décision qui s'avère ultérieurement être incorrecte peut être modifiée en dehors de toute procédure de recours, dans la mesure où la sécurité du droit le permet et où aucune prescription légale ne s'y oppose (voir

<sup>192</sup> Voir par ex. § 239 s. CPC/SO; § 170 CPC/SZ; § 234 CPC/LU; art. 138, ch. 4, CPC/GR; et aussi art 81 LP.

<sup>193</sup> Voir par ex. art. 239, al. 4, CPC/OW; § 175, al. 4, CPC/SZ; § 212 CPC/ZH.

l'art. 269 AP). Cette possibilité facilitée de rectification répond à une exigence pratique (p. ex. rectification d'un certificat d'héritier erroné).

## 5.18 Procédures sommaires spéciales

*Art. 253* Protection dans les cas clairs

Quelques cantons connaissent une *procédure dite de sommation (Befehlsverfahren)*. La «protection dans les cas clairs» vise à transposer cette institution cantonale efficace dans le droit fédéral. Le demandeur peut, si la *situation de fait et de droit n'est pas équivoque*, obtenir rapidement – sans introduire de procédure complète – une décision ayant autorité de force jugée et exécutoire. La «protection dans les cas clairs» ne doit pas être confondue avec les mesures provisionnelles (art. 257 ss): ces dernières déploient directement leur effet pour autant que l'on rende vraisemblable une prétention (mise en péril) – mais elles ne sont pas dotées de la pleine autorité de chose jugée.

La «protection dans les cas clairs» est une *option dont dispose* le demandeur. Il reste libre d'emprunter la voie ordinaire (procédure ordinaire ou simplifiée). La procédure accélérée n'est fermée que si l'affaire est soumise à la maxime d'office (*al. 2*), car sa nature ne s'accorde pas aux affaires régies par cette maxime (voir art. 291). Elle est également exclue dans la procédure de divorce. En revanche, et contrairement à ses prédécesseurs en droit cantonal, la «protection dans les cas clairs» est ouverte pour les *créances pécuniaires* car le créancier d'une somme d'argent doit pouvoir obtenir rapidement une mainlevée définitive si le cas n'est pas contesté.

La «protection dans les cas clairs» est soumise aux conditions suivantes (*al. 1*):

- L'*état de fait* doit pouvoir être *établi sans peine*, c'est à dire que les faits doivent être incontestés et susceptibles d'être immédiatement prouvés (*let. a*). La limitation des moyens de preuve est ici très marquée. Même si des débats oraux ont lieu, le tribunal devrait se restreindre à l'examen de titres; *dans le doute, l'affaire doit être traitée dans une procédure complète*. L'inspection d'un objet apporté à l'audience est également envisageable, mais les expertises, les auditions de témoins et les interrogatoires des parties ne sauraient en principe entrer en ligne de compte.
- En outre, la *situation juridique* doit être claire (*let. b*). Cela ne peut être le cas que si, sur la base d'une doctrine et d'une jurisprudence éprouvées, la norme s'applique au cas concret et y déploie ses effets de manière évidente.
- La *partie adverse* doit être entendue (art. 249). Si elle conteste les faits ou oppose une exception à la prétention du demandeur, la protection dans les cas clairs ne peut pas être accordée. Il suffit de démontrer la *vraisemblance* des objections; par contre, des allégations dénuées de fondement ne sauraient faire obstacle à un procès rapide.

L'*admission de la requête* lui confère l'autorité matérielle de chose jugée. La prétention est jugée sur le fond et non pas seulement exécutoire à titre provisoire. Un procès ultérieur introduit dans la procédure ordinairement prévue se heurterait ainsi à la *res iudicata*. Ces effets correspondent autant à la doctrine qu'à la jurisprudence les plus récentes et rompent avec le principe dépassé selon lequel une décision prise en procédure sommaire n'est pas dotée de la pleine autorité de chose jugée.

Il en va autrement quand la protection dans les cas clairs ne peut être accordée parce que l'état de fait ou la situation juridique ne sont pas clairs. Dans ce cas, le tribunal ne rejette pas la requête (sur le fond) mais *n'entre pas en matière* (al. 3). Le demandeur est libre ensuite de faire valoir son droit dans une procédure complète donnant lieu cette fois à une administration étendue des preuves et où le tribunal a un plein pouvoir de cognition. L'art. 61 (litispendance rétroactive) est applicable à cette éventualité. Le rejet de la requête avec autorité matérielle de chose jugée aurait constitué une conséquence inéquitable, ce qui a été signalé à juste titre lors de la procédure de consultation.

Par sa fonction, la «protection dans les cas clairs» représente ainsi un instrument de la *protection des créanciers*. A l'instar de la procédure de sommation cantonale, la «protection dans les cas clairs» aura un rôle à jouer dans le cadre de l'*expulsion de locataires et de fermiers* suite à un *congé extraordinaire*, notamment en cas de demeure (art. 257d CO) ou de faillite (art. 266h CO) du locataire ou du fermier. La preuve par titres de telles situations pourra être rapportée rapidement (mises en demeure, fixations de délai, résiliations); du reste, la prolongation dans ces cas est exclue en vertu de la loi (art. 272a CO).

#### *Art. 254 à 256* Mise à ban générale

Cette forme particulière de protection de la propriété foncière reprend les dispositions cantonales correspondantes. Il convient toutefois de relever que le projet ne traite que de l'*interdiction générale*. Un trouble de la possession concret, causé par une personne déterminée (p. ex. des émissions du voisinage) doit faire l'objet d'une procédure contentieuse. Si les circonstances sont suffisamment claires, la voie de la «protection dans les cas clairs» est également ouverte (art. 253). Les critiques faites lors de la procédure de consultation ont ici aussi été prises en considération.

C'est le propriétaire du fonds concerné qui est *légitimé* en premier lieu à demander la mise à ban (art. 254). Celle-ci peut interdire *n'importe quelle forme de trouble* (p. ex. «accès interdit», «interdiction de stationner», «jeux de ballon interdits»). L'interdiction peut aussi être formulée de manière abstraite («tout trouble»). Le montant maximal de l'*amende* est fixé à 2000 francs. Pour être valable, la mise à ban doit faire l'objet d'une publication et être clairement signalée (art. 255).

La mise à ban est accordée sur demande unilatérale, et donc sans audition préalable des personnes susceptibles d'être touchées. Elle est susceptible d'*opposition* (art. 256). L'opposition n'est pas une voie de recours mais s'apparente plutôt à l'opposition en cas de poursuite: elle ne doit pas être motivée et rend la mise à ban caduque – mais seulement envers la personne qui s'est opposée. Le bénéficiaire de l'interdiction doit alors entamer une procédure pour faire valider la mise à ban à l'encontre de l'opposant.

Grâce à ce droit d'opposition simple, les personnes concernées – comme les voisins du fonds – ne doivent pas, pour prouver leur «droit préférable», se borner à attendre qu'une procédure pénale soit ouverte à leur encontre ou déposer, à titre provisionnel, une «action en libération» afin d'éviter une plainte pénale.

La protection du droit à titre provisionnel constitue un mécanisme incontournable pour réaliser un droit à temps: elle protège la personne concernée contre des préjudices qu'elle pourrait subir avant que le tribunal puisse accorder la protection «définitive» du droit à l'issue d'une procédure qui peut s'avérer longue. La question de savoir si cette protection relève du droit cantonal ou du droit fédéral est controversée. La doctrine tend à la ranger parmi les prétentions découlant du droit privé fédéral, tandis que le Tribunal fédéral se rallie au contraire à l'opinion qui les attribue au droit cantonal, les qualifiant de mesures visant au maintien d'un simple état de fait<sup>194</sup>. L'unification de la procédure met un terme à cette controverse.

Sur le fond, le projet s'inspire des dispositions afférentes à la protection de la personnalité (art. 28c ss CC; celles-ci peuvent dès lors être abrogées, voir ch. 3 de l'annexe). Les mesures provisionnelles en matière de protection de la personnalité constituent incontestablement un modèle reconnu de protection d'un droit à titre provisionnel. C'est pourquoi les lois sur les biens immatériels, où les mesures provisionnelles sont d'une importance capitale, renvoient explicitement aux dispositions du CC. Les dispositions correspondantes du droit des biens immatériels seront par conséquent également abrogées (voir ch. 9 à 13, 15 et 16 de l'annexe).

Les mesures provisionnelles figurent sous le titre qui règle la procédure sommaire. Les art. 248 à 252 s'y appliquent dès lors pour autant qu'aucune règle particulière ne soit prévue – tenu de la possibilité de prendre des mesures superprovisionnelles (art. 261). Il va de soi par ailleurs que dans les affaires soumises à la maxime d'office (art. 291), les mesures nécessaires sont ordonnées d'office.

#### Art. 257 Principe

Les conditions générales suivantes doivent être remplies pour que le tribunal puisse ordonner des mesures provisionnelles (*al. 1*):

- Le requérant doit en premier lieu rendre vraisemblable le *motif qui justifie la mesure*, qui consiste en une *mise en danger* ou une *violation effective* d'une prétention risquant de causer à son titulaire un *préjudice* difficilement réparable (*let. a et b*) et impliquant une *urgence temporelle*. Le préjudice envisagé doit être objectivement vraisemblable, une erreur d'appréciation n'étant pas totalement exclue<sup>195</sup>. Par préjudice, on entend par exemple l'atteinte à l'exercice de droits absolus (p. ex. un trouble de la propriété). Peu importe que l'atteinte puisse être réparée par une somme d'argent. Même un dommage immatériel imminent ou qui est difficile à évaluer ou à démontrer (pour cause de contrefaçon d'un procédé de fabrication ou d'un produit protégé par exemple), ou encore des difficultés d'exécution d'une décision, en font partie.
- Il faut par ailleurs que la *prétention matérielle* mise apparemment en danger ou déjà violée soit vraisemblable (*titularité du droit invoqué*). Le requérant est donc tenu de rendre vraisemblable la *légitimité de sa demande principale* (p. ex. son droit à la délivrance de l'objet d'une vente que le défendeur s'apprête à expédier, en violation du contrat, à un tiers à l'étranger).

<sup>194</sup> ATF 104 II 179.

<sup>195</sup> Voir ATF 103 II 287; 99 II 344.

En vertu de l'*al.* 2, la partie adverse peut écarter une mesure provisionnelle si elle fournit des *sûretés* appropriées. C'est là une conséquence du *principe de la proportionnalité* qui doit être toujours respecté en matière de mesures provisionnelles (art. 258; voir l'art. 277 LP). La mesure provisionnelle peut être révoquée si les *sûretés* ne sont fournies qu'ultérieurement (voir art. 264).

#### Art. 258      Objet

La doctrine et la jurisprudence divisent les mesures provisionnelles en *mesures de réglementation* (p. ex. l'ordre de suspension de la vie commune pendant la durée du divorce), en *mesures d'exécution anticipée provisoire* (p. ex. l'injonction judiciaire en cessation d'un trouble déterminé) et en *mesures conservatoires* (p. ex. une interdiction de modifier ou d'aliéner un objet litigieux). Le projet tient compte de cette diversité en prévoyant une *clause générale*: toute mesure provisionnelle propre à écarter le préjudice imminent peut être ordonnée. La mesure doit cependant toujours être *proportionnée*, c'est-à-dire appropriée et nécessaire d'un point de vue temporel et matériel. Les alternatives les moins incisives (appropriées) doivent avoir la préférence. La mesure provisionnelle doit se limiter à ce qui est réellement nécessaire à la protection provisoire d'une prétention rendue vraisemblable<sup>196</sup>.

Le projet énumère quelques mesures à titre exemplatif (*let. a à e*):

- une *interdiction* judiciaire, par exemple, de continuer à utiliser un nom ou d'exercer une activité concurrente;
- la *cessation d'un état de fait illicite*, par exemple la saisie de contrefaçons ou d'objets falsifiés;
- l'ordre donné à un *registre public* de prendre des mesures particulières, p. ex. l'annotation d'une *restriction du droit d'aliéner* ou la mention d'un *blocage* au registre foncier, ou le blocage de la divulgation de données personnelles du registre d'état civil (art. 46 OEC). Pour satisfaire un souhait émis en consultation, l'ordre peut également s'adresser à un *tiers privé* (p. ex. une banque, de clôturer un compte déterminé);
- une *prestation de bien*, p. ex. en vue de recouvrer la possession d'un bien soustrait ou retenu sans droit;
- l'ordre d'effectuer une *prestation en argent à titre provisionnel* au requérant est aussi admis, mais dans des cas prévus par la loi et non pas d'une manière générale. Ainsi d'un procès en paternité qui serait assorti d'une action en entretien (art. 299). Dans ce cas, le défendeur peut être obligé de s'acquitter provisoirement de la dette d'entretien pendant la durée du procès. Cette réglementation correspond à celle des art. 282 ss CC, qui peuvent être abrogés (ch. 3 de l'annexe). Des versements opérés à titre provisionnel aux demandeurs (lésés) sont aussi possibles dans le cadre de litiges relevant de la loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire (art. 28 LRCN). L'introduction d'un système généralisé de paiements anticipés s'avèrerait en revanche problématique. Il exposerait d'une part le défendeur à un risque injustifié à l'encaissement de l'indu, dans l'hypothèse où l'existence de sa dette venait à être niée. Il serait d'autre part inutile dès lors que le projet offre à un créancier présumé d'autres moyens pour être désintéressé dans un

<sup>196</sup> Voir ATF 94 I 10.

délai raisonnable (voir en particulier l'art. 253 et le ch. 3.4.1). Les *sûretés* de créances pécuniaires doivent encore être clairement distinguées du paiement à titre provisoire: elles sont entièrement garanties par le droit du séquestre de la LP (art. 271 ss LP).

#### *Art. 259* Mesures avant litispendance

Des mesures provisionnelles peuvent s'avérer nécessaires avant l'ouverture de l'instance mais doivent alors être *validées* à temps par le dépôt de la demande (voir l'art. 279 LP). Ainsi, le requérant ne peut pas se contenter de l'éclaircissement à titre provisoire de la situation juridique, mais doit demander la protection définitive de son droit. Pour ce faire, le tribunal lui impartit un délai assorti de la menace de caducité des mesures ordonnées.

L'avant-projet permettait au tribunal de renoncer à la fixation du délai dans des litiges de droit des biens immatériels et de la concurrence si la mesure provisionnelle ordonnée consistait en une *confiscation* (art. 277, al. 2, AP). Cette disposition visait essentiellement la saisie d'objets piratés (contrefaçons, falsifications). Dans de tels cas, l'ouverture d'un procès peut être vaine, surtout si l'on part de l'idée que la partie adverse ne se manifesterait certainement pas. Selon le projet, le requérant n'est pas tenu d'introduire une procédure ordinaire mais peut exiger la destruction complète des objets contrefaits par le biais de la «protection dans les cas clairs» (art. 253). C'est pourquoi cette disposition problématique spécifique au droit des biens immatériels peut être abandonnée.

#### *Art. 260* Sûretés et dommages-intérêts

Les mesures provisionnelles peuvent constituer une atteinte substantielle pour la partie adverse et lui causer un préjudice. Le projet tient compte de ce risque à double titre:

- A la demande de la partie adverse, le tribunal peut subordonner la prise de la mesure à la *fourniture* préalable de *sûretés* par le requérant (*al. 1*); suivant les cas, il peut même l'astreindre a posteriori à fournir les sûretés, de les réduire ou de les agumenter.
- Le requérant *répond* envers le requérant (et envers des tiers éventuels) du dommage causé par des mesures provisionnelles injustifiées (*al. 2*). C'est une *responsabilité causale simple* qui est instituée ici – en accord avec l'avant-projet (voir l'art. 28f CC). Une responsabilité causale aggravée (responsabilité sans preuve libératoire) aurait fait obstacle à l'utilisation des mesures provisionnelles pour la protection d'un droit.

L'action en dommages-intérêts contre le requérant doit être intentée séparément. Des sûretés dont le dépôt aurait été ordonné ne sont libérées que s'il est établi que la personne lésée n'intentera pas d'action (*al. 3*).

#### *Art. 261* Mesures superprovisionnelles

En règle générale, les mesures provisionnelles ne sont ordonnées qu'après audition de la partie adverse (art. 249). En cas de danger imminent, elles peuvent toutefois s'avérer inopérantes si une partie adverse prévenue en déjoue les effets. C'est pourquoi, en cas d'urgence particulière, la protection à titre provisionnel peut être ordon-

née et exécutée *sans préavis* (al. 1). Le cas d'école est celui du «risque d'entrave» (*Vereitelungsgefahr*), une expression qui est notamment utilisée en matière de droit des biens immatériels.

Le tribunal saisi d'une requête de mesures superprovisionnelles doit l'examiner avec circonspection: il ne doit pas s'arrêter à la vraisemblance du danger (qualifié) et, sans se contenter du caractère plausible des faits présentés, exiger aussi des pièces à l'appui. S'il apparaît que la partie adverse pourrait subir un préjudice, le tribunal doit en outre, *d'office*, subordonner l'exécution des mesures au dépôt préalable de sûretés par le requérant (al. 3). La maxime *d'office* compense ici l'absence d'audition préalable de la partie adverse (voir l'art. 273, al. 1, LP).

Les mesures superprovisionnelles ordonnées ne sont pas sujettes à recours en tant que telles. La partie adverse sera plutôt invitée à *se déterminer* au moment du prononcé de la mesure ou de son exécution (al. 2). La partie adverse n'a donc pas besoin d'interjeter un recours pour faire part de son avis; il lui suffit de s'adresser directement – oralement ou par écrit – à la juridiction concernée. Le droit d'être entendu lui est donc garanti *a posteriori*. Le tribunal statue ensuite sans délai sur les mesures provisionnelles; sa *décision* peut être *attaquée* par la voie de l'appel ou du recours limité au droit.

#### Art. 262 Mesures à l'encontre des médias

La règle spéciale correspond au droit en vigueur (art. 28c, al. 3, CC; cette disposition peut de ce fait être abrogée, voir l'annexe ch. 3).

#### Art. 263 et 264 Exécution; modification et révocation des mesures

Comme la protection d'un droit à titre provisionnel doit déployer ses effets sans délai, le tribunal prend en même temps les dispositions d'exécution qui s'imposent (art. 263). Le requérant n'a pas à déposer de requête spéciale d'exécution.

Etant provisoires, les mesures doivent pouvoir être modifiées ou levées selon l'évolution de la situation durant le procès (art. 264, al. 1). Toutes deviennent caduques de par la loi lorsqu'une décision sur le fond ayant force de chose jugée y supplée en apportant la protection «définitive» au droit (art. 264, al. 2). Le tribunal peut cependant proroger leurs effets notamment en vue de l'exécution, d'une restriction du droit d'aliéner (art. 960, al. 1, ch. 1 CC) ou du blocage du registre foncier (art. 178, al. 3 CC), qui doivent être maintenus jusqu'à ce que la rectification au registre foncier soit effectuée en conformité du jugement.

#### Art. 265 Dispositions réservées

La LP reste comme aujourd'hui applicable aux sûretés en garantie de *créances pécuniaires* (en particulier le droit du séquestre; *let. a*). Ce renvoi est expressément prévu pour plus de clarté. Restent également réservées les *mesures de sûreté en matière de successions* (art. 551 ss CC): elles sont trop intimement liées à la succession pour figurer dans le CPC (*let. b*). Par ailleurs, les mesures en matière successorale ne sont pas toutes prises par des tribunaux (voir le commentaire de l'art. 1), ainsi que cela a été relevé en consultation. La *let. c* vise un cas particulier du droit des brevets.

Celui qui craint de faire l'objet de mesures superprovisionnelles n'en est pas réduit à attendre qu'elles soient effectivement ordonnées. Il peut bien au contraire adresser un mémoire préventif au *tribunal compétent* et y exposer les motifs qui s'opposent à la mesure en elle-même ou, du moins, à une ordonnance prise sans préavis (*al. 1*). Un défendeur potentiel prévoyant peut ainsi anticiper l'exercice de son droit d'être entendu grâce au mémoire préventif. En outre, le tribunal se trouve ainsi dans une certaine mesure prêt à traiter une requête de mesures superprovisionnelles – pour autant qu'elle soit réellement déposée<sup>197</sup>. Le mémoire préventif revêt en particulier de l'importance dans les causes de droit des biens immatériels et de la concurrence car il peut empêcher des dommages importants. C'est pourquoi son introduction a été saluée en consultation.

Le mémoire préventif est un moyen de défense connu de nombreux pays européens. En Suisse aussi il a commencé à occuper une place avant tout dans les quatre cantons dotés de tribunaux de commerce, en tant qu'institution non-écrite du droit de procédure. On peut l'utiliser contre toutes les mesures susceptibles d'être ordonnées sans audition préalable, même en vertu d'autres dispositions que celles du CPC. A cet égard, on peut penser au séquestre de la LP ou à la procédure unilatérale d'exequatur en vertu de la convention de Lugano. Le projet prend également position – suite à une demande formulée en procédure de consultation – sur la question controversée de savoir si le mémoire préventif doit être porté immédiatement à la connaissance de la partie habilitée à requérir des mesures provisionnelles. La réponse est négative (*al. 2*). La finalité du mémoire préventif serait sinon mise en échec. Du rôle de *détermination* prise à titre préalable, il se transformerait en aide (une sorte de liste de contrôle) mise à disposition de la partie requérante: cette dernière pourrait infirmer point par point les arguments du mémoire préventif sans laisser à la partie menacée la possibilité de se déterminer une nouvelle fois. Mais comme le mémoire préventif anticipe une procédure, il faut que son effet soit *limité dans le temps* (*al. 3*). Il devient caduc après six mois et peut être retourné à la partie qui l'a déposé sans autres formalités.

## 5.20 Procédures spéciales en droit matrimonial

### 5.20.1 Procédure sommaire

Art. 267 à 269 Champ d'application; procédure

Le droit fédéral prescrit la procédure sommaire aux cantons pour de nombreuses causes de droit matrimonial. Pour les mesures protectrices de l'union conjugale notamment (art. 172 ss CC), le requérant peut se contenter de rendre vraisemblables les faits à l'appui de sa requête. La situation demeurera inchangée (*art. 267*).

La procédure est en principe régie par les dispositions générales de la procédure sommaire (voir art. 248 à 252), avec les particularités suivantes:

<sup>197</sup> Voir ATF 119 Ia 53.

- La première concerne l'*établissement des faits*. Tandis que la manière d'établir les faits est aujourd'hui librement réglée par les cantons – à l'exception de la procédure applicable aux enfants –, le projet s'attache au *principe de la vérité matérielle* et prescrit la maxime inquisitoire (art. 268).
- Ensuite, les parties doivent en règle générale être convoquées à une audience (*principe d'immédiateté*; art. 269). Il n'est possible d'y renoncer que si les faits sont clairs ou non contestés. Conformément à ce qui précède, le projet prévoit la comparaison personnelle des parties, à moins que de justes motifs tels que l'âge ou la maladie ne justifient une dispense.
- Enfin, à l'instar de toute procédure de droit matrimonial, le juge doit tenter de trouver un *accord* entre les parties (art. 269, al. 3).

## 5.20.2 Procédure de divorce

### Situation initiale

Le droit du divorce entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000 contient un grand nombre de dispositions de procédure civile aux art. 135 à 149 CC. En raison des différences parfois très importantes entre les procédures civiles cantonales, le législateur a voulu créer les fondements d'une application aussi uniforme que possible du droit matériel du divorce. A cette époque, une unification de la procédure de divorce n'était pas encore possible faute de base légale générale en matière de procédure civile. Cela explique pourquoi certaines questions de procédure sont réglées aujourd'hui de manière exhaustive dans le CC (p. ex. les art. 139 à 145 CC) alors que d'autres, en revanche, ne le sont que par des prescriptions cadres ou minimales (p. ex. les art. 138, al. 1 et 148, al. 2, CC). Des questions importantes comme l'établissement des faits en matière de régime matrimonial ou d'entretien après le mariage sont réglées – sous réserve de l'art. 140, al. 2, CC – par le droit cantonal uniquement. L'unification du droit de procédure civile permet de mettre un terme au morcellement du droit en la matière. Les art. 136 à 149 CC en vigueur pourront donc être abrogés (voir le ch. 3 de l'annexe).

Il ressort de la procédure de consultation que les dispositions de l'avant-projet en matière de procédure de divorce (art. 242 à 251 AP) étaient trop succinctes. Les praticiens souhaitaient une réglementation plus détaillée de la procédure en cas d'accord partiel des époux notamment (voir art. 112 CC et ch. 3.4). Le chapitre ayant trait à la procédure de divorce ne doit cependant pas tout régler, vu que les dispositions générales règlent déjà un grand nombre de points, comme la libre appréciation des preuves (voir art. 154) ou la force partielle de chose jugée en cas de recours ordinaire (art. 312, al. 1).

Le chapitre sur la procédure de divorce comprend quatre sections:

- La première qui comprend les *dispositions générales* (art. 270 à 279). Elles s'appliquent à toutes les procédures de divorce.
- La deuxième qui règle la procédure en cas de divorce sur *requête commune* (art. 280 à 284).
- La troisième qui traite de la *procédure contentieuse* (demande unilatérale de divorce, art. 285 à 288).

- La quatrième qui concerne les actions en séparation et en annulation du mariage (art. 289).

Bien que la procédure de divorce soit un procès d'une forme particulière, les dispositions de la procédure ordinaire lui sont applicables à titre supplétif (voir l'art. 216).

#### *Art. 270 et 271* Introduction de la procédure et mesures provisionnelles

La procédure de *divorce sur requête commune* et sur *demande unilatérale* n'est pas précédée d'une tentative de conciliation séparée (*art. 270*; voir art. 195, let. c). Cela correspond au droit en vigueur en ce qui concerne le divorce sur requête commune (art. 136, al. 1, CC); les cantons sont actuellement libres de prévoir une autre solution pour le divorce sur demande unilatérale. Selon le nouveau CPC, la conciliation est du ressort du tribunal saisi du litige (voir art. 122, al. 3 et 285, al. 2).

La réglementation des *mesures provisionnelles* (*art. 271*) reprend celle de l'art. 137, al. 2, CC. Comme par le passé, dès l'entrée en litispendance, la compétence matérielle passe du tribunal qui a ordonné les mesures protectrices de l'union conjugale à celui du divorce. Les mesures protectrices de l'union conjugale qui ont déjà été ordonnées sont toutefois maintenues jusqu'à modification ou suppression éventuelle par le tribunal du divorce. Contrairement aux mesures protectrices de l'union conjugale (art. 172, al. 3, CC), les mesures provisionnelles dans la procédure de divorce ne feront toujours pas l'objet d'*un numerus clausus*. Peuvent être ordonnées pendant la procédure de divorce toutes les mesures provisionnelles qui sont nécessaires, appropriées et proportionnées. L'ordonnance de mesures provisionnelles relatives aux affaires patrimoniales des époux est subordonnée à une requête spécifique (voir le principe de disposition; art. 56); en revanche, les mesures provisionnelles peuvent être ordonnées d'office dans la procédure applicable aux enfants (art. 291, al. 3).

#### *Art. 272 et 273* Etablissement des faits et comparution personnelle

La disposition relative à l'*établissement des faits* ne concerne que les litiges entre époux; la maxime inquisitoire au sens propre s'applique s'agissant du sort des enfants dans les affaires du droit de la famille (art. 291, al. 1).

- La maxime des débats (*art. 272, al. 1*; art. 53, al. 1) est en principe applicable à la *liquidation du régime matrimonial* (art. 204 ss, 236 ss, 250 s. CC) et aux *contributions d'entretien après le divorce* (art. 125 ss CC). Cela correspond à la réglementation actuelle dans la plupart des cantons.
- Le principe des débats est toutefois tempéré à divers titres: en plus de son devoir d'interpeller (art. 54), le tribunal est tenu d'intervenir si des documents manquent pour statuer sur les conséquences patrimoniales du divorce (*art. 272, al. 2*). Une interpellation spéciale par le tribunal et un devoir d'informer existent aussi en cas d'indexation de la rente d'entretien après le divorce (voir art. 277, al. 1, let. d). Enfin, un devoir d'examen par le tribunal existe en ce qui concerne la ratification d'une convention relative au régime matrimonial et à l'entretien après le divorce (art. 274, al. 1).
- Pour le reste, le tribunal doit établir les faits d'office (*art. 272, al. 3*), notamment pour toutes les questions qui touchent à la prévoyance professionnelle (art. 122 ss CC), mais également pour la réalisation des conditions du divorce (voir en particulier art. 114 s. CC). Une disposition particulière dans le sens de l'actuel art. 139, al. 2, CC est de ce fait superflue.

Les particularités de la procédure de divorce requièrent la comparution personnelle des parties (*art. 273*).

#### *Art. 274*      Ratification de la convention

Cette disposition correspond au droit en vigueur (*art. 140 CC*). Pour respecter la chronologie – l'examen des conditions de ratification intervenant avant la ratification et l'inclusion dans le dispositif – les alinéas ont été intervertis. La mention spécifique de la prévoyance professionnelle apporte plus de clarté, les conditions de ratification étant alors plus strictes (voir *art. 275*, al. 1 et 3).

#### *Art. 275 et 276*      Prévoyance professionnelle

Les *art. 141 et 142 CC* traitent de la prévoyance professionnelle et distinguent deux situations de procédure:

- Si la *convention* conclue par les époux est conforme aux prescriptions légales et peut être réalisée, la décision sur les prestations de sortie peut être directement prise dans la procédure de divorce (voir *art. 141 CC*), conformément au droit matériel (*art. 122 ss CC* ainsi que *22 LFLP*<sup>198</sup>).
- En cas de *désaccord* entre les époux, le tribunal du divorce doit en revanche transmettre la question de la prévoyance professionnelle au *tribunal des assurances sociales* du for du divorce (*art. 142 CC*; *art. 25a LFLP*).

Le projet reprend pratiquement telle quelle l'idée de l'*art. 141 CC (accord des conjoints; art. 275)*. Seul l'al. 1 a été remanié afin de préciser les conditions nécessaires à la ratification:

- Les époux doivent tout d'abord s'être entendus sur le partage et les modalités de son exécution (*art. 275, al. 1, let. a*). Il s'agit du montant de la prestation et du maintien du droit (voir *art. 122 CC, art. 22, al. 1, et 22b LFLP*).
- En deuxième lieu, une attestation des institutions de prévoyance concernées confirmant le montant des prestations de sortie et le caractère réalisable de l'accord doit être présentée (*art. 275, al. 1, let. b*).
- Troisièmement, le tribunal doit être convaincu que la convention est conforme à la loi (*art. 275, al. 1, let. c*). Cette condition n'est pas mentionnée expressément dans le droit en vigueur. Elle établit avant tout le lien avec le droit matériel (*art. 122 ss CC*). Le tribunal ne se limite pas en matière de prévoyance professionnelle à l'examen du caractère manifestement inéquitable. C'est bien plus la maxime inquisitoire qui s'applique (voir par contre *art. 274*). Par conséquent, la règle de partage des *art. 122 ss CC* n'est pas de droit dispositif, que la convention repose sur un divorce sur requête commune ou sur un divorce prononcé en vertu des *art. 114 ou 115 CC*. Les conditions générales de ratification doivent bien entendu être remplies également (voir *art. 274, al. 1*).

En revanche, l'*art. 276, al. 1* modifie le droit actuel (*art. 142 CC*) en cas de désaccord des époux. Il a été dit, à juste titre, en procédure de consultation que le renvoi au tribunal des assurances sociales compétent ne se justifiait pas vraiment lorsque le *montant des prestations de sortie était fixé*. Dans ce cas, le tribunal du divorce doit

<sup>198</sup> Loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage (RS **831.42**).

pouvoir statuer directement sur les questions relatives à la prévoyance professionnelle, même si les époux ne sont pas d'accord sur le mode de partage. Une seconde procédure devant le tribunal des assurances sociales s'avérerait peu économique et disproportionnée au vu de la question à trancher. La décision du tribunal du divorce doit toutefois pouvoir être exécutée par les institutions de prévoyance concernées, ces dernières n'étant pas parties au procès. C'est pourquoi des *attestations du caractère réalisable* doivent être demandées, dans ce cas, d'office (art. 276, al. 1 et 2).

Si les conditions de l'art. 276, al. 1, ne sont pas réalisées, la cause est renvoyée, comme aujourd'hui, au tribunal des assurances sociales compétent (art. 276, al. 3).

#### Art. 277 Contributions d'entretien

L'al. 1 correspond à l'actuel art. 143 CC. Il règle la *documentation* des bases essentielles de décision. Les renseignements exigés facilitent notablement le travail du tribunal saisi d'une demande en modification et ont donc une importance pratique considérable dans ces procès. En outre, dans le cadre de l'*exécution*, ils permettent de déterminer clairement les créanciers (époux divorcé, enfants) et le montant des contributions d'entretien (*let. b et d*). Enfin, l'avance des contributions d'entretien pour les enfants, que les cantons prévoient aujourd'hui dans des proportions très variables, repose avec cette disposition sur une base précise.

L'al. 2 correspond également au droit en vigueur (art. 148, al. 1, CC). Dès lors que le projet prévoit expressément l'entrée en force partielle (voir art 312, al. 1), ce moyen exceptionnel vise à permettre le réexamen et, au besoin, la *modification des contributions d'entretien qui n'ont pas été attaquées* par l'instance de recours. Cet instrument est avant tout d'importance dans la pratique lorsque le montant contesté de la contribution d'entretien après le divorce doit être réduit et qu'il apparaît simultanément que la contribution d'entretien allouée à l'enfant fixée par l'instance inférieure est trop basse mais n'a pas fait l'objet d'un recours. La contribution d'entretien de l'enfant ne pourrait être corrigée sans cette disposition spéciale. Il s'agit d'une exception particulière au principe de la chose jugée, puisque les contributions d'entretien allouées aux enfants qui n'ont pas été attaquées demeurent exécutoires jusqu'à la décision de l'instance de recours.

#### Art. 278 Décision unique

Dans l'intérêt de la sécurité du droit, le projet prescrit expressément que le tribunal statue sur le divorce et sur ses effets dans la même décision, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (*al. 1*)<sup>199</sup>. Des difficultés majeures peuvent justifier le renvoi complet de la liquidation du régime matrimonial à une procédure séparée, afin de ne pas retarder outre mesure le jugement sur le principe du divorce (en état d'être jugé) et sur les autres effets de celui-ci (*al. 2*)<sup>200</sup>. Ce *renvoi ad separatum* est laissé au pouvoir d'appréciation du tribunal (art. 4 CC). Le principe de l'unicité de la décision de divorce connaît une autre exception à l'art. 276, al. 3, du projet.

<sup>199</sup> Voir ATF 127 III 433 ss, cons. 1; 113 II 98 s. cons. 2.

<sup>200</sup> Voir ATF 113 II 98 s. cons. 2, 105 II 223 s. cons. 1c.

Le jugement partiellement entré en force (sur le principe du divorce) doit être communiqué aux autorités compétentes (art. 236). Il sert d'attestation au sens de l'art. 96 CC et constitue le point de départ du délai de l'art. 119 CC.

#### Art. 279 Modification des effets du divorce ayant force de chose jugée

L'*al. 1* est une règle de renvoi pure, attendu que c'est le droit matériel qui fixe les *conditions* de modification d'une décision de divorce, s'agissant des contributions d'entretien ou du sort des enfants (art. 129 CC et 134 CC). La «*compétence à raison de la matière*» n'est pas celle déterminée par la loi cantonale d'organisation judiciaire, mais celle découlant du CC: la modification de la décision de divorce concernant le sort des enfants est régie par les dispositions particulières de l'art. 134, al. 3 et 4, CC, qui attribuent certaines compétences à l'autorité tutélaire.

Selon la doctrine dominante, l'art. 140 CC n'est pas applicable à la *modification conventionnelle* d'une décision de divorce entrée en force portant sur les affaires patrimoniales des époux (s'agissant en particulier des contributions d'entretien). L'*al. 2* part également de ce principe. Par souci de clarté et afin d'éviter toute décision irréflichte, un contrat correspondant doit être fait en la forme écrite simple (art. 11 ss CO).

Toutefois, les conventions relatives au sort des enfants – hormis celles ayant trait aux relations personnelles – ne peuvent être valablement conclues sans le concours de l'autorité tutélaire (voir en détail l'art. 134 CC).

La procédure de divorce sur requête unilatérale s'applique par analogie à la procédure contentieuse (art. 285 ss) de modification (*al. 3*).

#### Art. 280 à 284 Divorce sur requête commune

Le divorce sur requête commune (art. 111 ss CC) est caractérisé par le fait que seule la volonté de divorcer manifestée selon une procédure déterminée peut constituer la cause matérielle du divorce (en particulier l'audition personnelle des parties et la confirmation de leur volonté de divorcer après un délai de réflexion de deux mois, voir art. 111, al. 1 et 2, CC). C'est pourquoi des modifications décisives des motifs de divorce – comme la suppression du délai de réflexion de deux mois – ne doivent pas être discutées dans le cadre de l'unification de la procédure civile, mais devront plutôt être examinées à l'occasion d'une éventuelle révision du droit du divorce<sup>201</sup>. La finalité du projet consiste en effet à régler de manière claire, à la lumière du droit en vigueur, le déroulement de la procédure de divorce.

L'*art. 280* détermine le contenu de la *requête en cas d'accord complet*. Celle-ci doit comporter notamment les pièces nécessaires (*let. e*), soit les copies du livret de famille, de la déclaration d'impôts, des fiches de salaires (généralement celles des trois derniers mois) et des attestations de la caisse de prévoyance relatives aux prestations de sortie existantes. Les parties pourront suivre le modèle d'aide-mémoires pour déposer leur requête; cette pratique est déjà usuelle dans bon nombre de tribunaux<sup>202</sup>.

<sup>201</sup> 04.444 Iv.pa. Jutzet Erwin, Délai de réflexion obligatoire et art. 111 CC.

<sup>202</sup> Conformément à l'art. 398, al. 2, du projet, la mise à disposition par la Confédération de formulaires pour les actes des parties est prévue.

L'art. 281 a pour objet *la requête en cas d'accord partiel*. Les époux doivent demander au tribunal de régler les effets du divorce qui sont litigieux (*al. 1*). Si cette requête fait défaut, le tribunal doit la réclamer aux parties. Cette disposition est le pendant procédural de la condition de droit matériel énoncée à l'art. 112, al. 1, CC. Pour des raisons d'économie de procédure, les parties ont, d'entrée en cause – et non pas uniquement au stade de la deuxième étape de la procédure prévue par l'art. 283, al. 2 –, le droit de déposer des conclusions motivées sur les effets du divorce qui n'ont pas fait l'objet d'un accord (*al. 2*). Pour la partie non contestée, le projet renvoie à la requête en cas d'accord complet (*al. 3*).

L'art. 283 règle *la suite de la procédure et la décision*. A ce titre, il y a lieu de distinguer différentes situations:

- L'*al. 1* envisage le cas où la cause est déjà *en état d'être jugée*, et se réfère en premier lieu aux situations où un *accord complet* existe. Il peut toutefois aussi arriver que les parties s'acheminent en cours de procédure – avec ou sans le concours du juge – d'un accord partiel initial à un *accord complet subséquent*. Des accords incidents de cette nature *ne* sauraient faire courir un *nouveau* délai de réflexion de deux mois. C'est pourquoi le divorce peut être prononcé sans autre formalité, pour autant que la convention soit en état d'être ratifiée et que le délai de réflexion de deux mois soit écoulé.
- S'il subsiste un désaccord sur certains ou sur tous les *effets du divorce* – par exemple parce qu'une partie, tout en manifestant sa volonté de divorcer, n'accepte pas la convention, ce qui revient à une déclaration tacite au sens de l'art. 281, al. 1 –, il y a alors lieu d'ouvrir la *deuxième étape de la procédure* (*al. 2*). L'art. 112, al. 3, CC peut de ce fait être abrogé.
- Le tribunal impartit un délai aux parties pour qu'elles présentent des conclusions motivées sur les effets du divorce qui n'ont pas fait l'objet d'un accord. Il peut explicitement attribuer aux parties les rôles de demandeur et de défendeur afin de structurer la procédure (*al. 2, 2<sup>e</sup> phrase*). Le déroulement ultérieur de la procédure n'est soumis à aucune autre prescription particulière (voir art. 216). Un premier, voire un second échange d'écritures peut être ordonné en fonction de la complexité du cas (art. 222). Le tribunal du divorce peut également, en tout état de la cause, ordonner des débats d'instruction (art. 223).
- L'*al. 3* définit la procédure, si pour quelque raison que ce soit, les parties *ne confirment pas leur volonté de divorcer*. La requête commune de divorce doit alors être rejetée et un délai est imparti à chaque époux pour introduire une demande en divorce. La règle de procédure prévue à l'art. 113 CC devient ainsi sans objet et peut être abrogée. La litispendance (voir art. 57, al. 2, let. d)<sup>203</sup> et d'éventuelles mesures provisionnelles (art. 271) subsistent si la demande en divorce est introduite dans le délai.

La décision de divorce en tant que telle peut faire l'objet d'un appel (*art. 284*), mais pour vice du consentement uniquement. La nouvelle disposition apporte ici une simplification par rapport au droit actuel (art. 149 CC). En revanche, la décision relative aux effets du divorce ne peut être attaquée sur la base de l'art. 284 mais par les voies de recours ordinaires.

<sup>203</sup> Le maintien de la litispendance influence de manière déterminante le moment de la dissolution du régime, voir art. 204, al. 2, et 236, al. 2, CC.

Le projet apporte une simplification essentielle dans la mesure où la demande unilatérale de divorce – à l’instar de la demande en procédure simplifiée (art. 240) – peut être déposée sans motivation écrite (art. 285, al. 1). Une demande motivée quant au divorce lui-même ou à ses effets demeure toujours possible; elle n’est cependant pas obligatoire. Le projet énumère les éléments essentiels que la demande unilatérale de divorce doit contenir. Outre les conclusions relatives aux effets du divorce, on doit y trouver aussi l’énoncé du motif du divorce (art. 114 ou 115 CC) dont se prévaut le demandeur. Cela permet au tribunal d’opérer un premier tri entre les cas plus simples et les cas plus complexes, et d’organiser, le cas échéant, une audience de conciliation de manière adéquate. Une partie peut exiger, dans la demande, que le tribunal cite les époux à une *audience de conciliation* afin de parvenir à un accord sur les effets du divorce (art. 285, al. 2). Une audience de conciliation peut également être ordonnée d’office, en particulier lorsque le demandeur a déposé une demande unilatérale de divorce motivée par écrit.

- Au cours de l’audience de conciliation, le tribunal examine l’*existence du motif du divorce* (art. 286, al. 1). En pratique, cela n’est possible que pour un divorce motivé par la suspension de la vie commune (art. 114 CC), car l’établissement des faits y est alors relativement facile.
- Si le motif de divorce est donné, le tribunal tente de trouver un accord entre les époux sur les effets du divorce (art. 286, al. 2). Comme en droit actuel, un tel accord est obligatoire pour les parties et ne peut être dénoncé unilatéralement. Si l’accord est trouvé, le tribunal peut, lorsque le cas est simple, éventuellement ratifier la convention au cours de la même audience (art. 274) et prononcer le divorce. Il est à relever que si le motif de divorce est donné et que les parties sont d’accord sur le principe du divorce, le projet ne permet pas de passer à la procédure de divorce sur requête commune (art. 287, al. 2). Si les parties ont vécu séparées pendant deux ans ou davantage, le délai de réflexion de deux mois ne se justifie pas et alourdirait inutilement la procédure.
- Si le motif de divorce est donné, mais que l’accord sur les effets du divorce fait défaut, la procédure se déroule alors contradictoirement et se termine par la décision de divorce correspondante (art. 286, al. 3).

En revanche, si le *motif de divorce n’est pas donné* lors de l’audience de conciliation – ce qui est surtout le cas des demandes fondées sur l’art. 115 CC –, il est déterminant pour la suite du procès de savoir s’il y a accord ou pas entre les parties sur le principe du divorce.

- Si l’accord fait défaut, le tribunal impartit au demandeur un délai pour déposer une motivation écrite de la demande. Si le délai n’est pas respecté, la procédure est rayée du rôle faute d’objet (art. 286, al. 3).
- En cas d’accord sur le principe du divorce, la procédure se poursuit selon les dispositions du divorce sur requête commune (art. 287, al. 1). L’art. 116 CC peut dès lors être abrogé.

L’art. 288 contient une règle spéciale qui permet de modifier la demande en divorce en une demande de séparation de corps (art. 138, al. 2, CC; voir la situation inverse à l’art. 289). Pour les autres cas de modification de la demande, qui ont trait aux effets

du divorce, ce sont les dispositions générales qui s'appliquent (voir art. 226), sous réserve de celles ayant trait au sort des enfants (voir art. 291).

#### *Art. 289*      Actions en séparation et en annulation du mariage

Cette disposition remplace l'art. 110 CC, qui, de ce fait, peut être abrogé. On a renoncé à prévoir une disposition de procédure spéciale pour la séparation de corps sur requête commune: il va de soi que les règles relatives au divorce sur requête commune s'appliquent ici également par analogie. L'art. 117, al. 2, CC peut dès lors également être abrogé.

## **5.21                      Procédure applicable aux enfants dans les affaires du droit de la famille**

Le titre 7 de la deuxième partie réunit les dispositions de procédure civile applicables aux enfants dans les affaires de droit de la famille. Les articles correspondants du CC (art. 144 à 147, 254, 280 à 284 CC) pourront par conséquent être abrogés (voir ch. 3 de l'annexe).

#### *Art. 290 et 291*      Dispositions générales

Le premier chapitre contient des *dispositions* qui ont le bien de l'enfant pour objectif:

- L'art. 290 prescrit la procédure simplifiée pour les *procédures indépendantes*, quelle que soit la valeur litigieuse (voir art. 240 ss). Celles-ci ont le plus souvent pour objet des actions d'entretien indépendantes (voir art. 276 ss CC), mais aussi des actions relatives à la constatation et à la contestation de la filiation. Pour l'action en paternité, des dispositions spéciales (art. 299) doivent enfin être prises en compte.
- La *maxime inquisitoire au sens strict* et la *maxime d'office* s'appliquent en outre à toutes les procédures applicables aux enfants dans les affaires de droit de la famille (art. 291). Cela correspond au droit actuel (voir en particulier les art. 133 et 145 CC) et à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral<sup>204</sup>. Avec la maxime inquisitoire au sens strict, le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties et peut ordonner toute enquête nécessaire ou utile en vue de l'établissement des faits déterminants. Le projet, dans sa version allemande, utilise par ailleurs volontairement le terme d'*Erforschung* (investigation) – et non pas simplement celui de *Feststellung* (constatation; voir par contre la maxime inquisitoire atténuée de l'art. 243, al. 1). En outre, cette maxime inquisitoire au sens strict bat en brèche le *numerus clausus* des moyens de preuve (voir art. 165, al. 2). Le *libre choix de la preuve*<sup>205</sup> s'applique ici. Même le non paiement de l'avance des frais d'administration des preuves ne dispense pas le tribunal de procéder à l'établissement des faits<sup>206</sup>. La maxime inquisitoire déroge par ailleurs également à la maxime éventuelle. Des faits et moyens de preuve nouveaux, que ce soit des vrais ou

<sup>204</sup> ATF 128 III 412 s. cons. 3.

<sup>205</sup> Voir en particulier ATF 122 I 55 cons. 4; 111 II 229 cons. 4.

<sup>206</sup> Voir toutefois note 132.

des faux novas, doivent être pris en considération jusqu'aux délibérations de jugement. La maxime inquisitoire s'applique également à l'établissement de faits de nature procédurale, en vue par exemple de la décision de faire représenter un enfant (art. 294).

- Conformément à la maxime inquisitoire et au droit actuel (art. 254, ch. 2 CC), il est précisé, s'agissant de *procès d'état*, que les parties et les tiers sont tenus de prêter leurs concours aux expertises nécessaires à l'établissement de la filiation, si elles peuvent leur être imposées sans danger pour leur santé (art. 291, al. 2). C'est pourquoi les dispositions générales sur le droit de refuser de collaborer des parties et des tiers ne sont pas applicables (art. 291, al. 2; art. 160 ss).
- En vertu de la maxime d'office, le tribunal ne sera pas lié par les conclusions des parties (art. 291, al. 3), comme c'est le cas actuellement.

#### Art. 292 à 296 Procédures de droit matrimonial

Les dispositions du chapitre 2 sur la *procédure applicable aux enfants dans les affaires du droit de la famille* reprennent en grande partie celles du droit en vigueur (voir art 144 ss CC). Aujourd'hui déjà, le Tribunal fédéral et la doctrine appliquent ces dispositions non seulement au divorce, mais également à la protection de l'union conjugale<sup>207</sup>. Le projet apporte cependant aussi quelques nouveautés et précisions.

- Compte tenu de l'importance particulière accordée à la médiation (familiale) en relation avec la procédure applicable aux enfants, le projet prévoit que le tribunal peut *exhorter* les parties à *tenter une médiation* (art. 292, al. 2). Cette médiation peut même être gratuite (art. 215).
- Dans la pratique, la part des *auditions d'enfants* qui doit être verbalisée et la connaissance que les parents doivent en avoir a soulevé des interrogations qui ont trouvé une réponse dans la jurisprudence du Tribunal fédéral (art. 293, al. 2)<sup>208</sup>.
- De même, le *droit de recours* de l'enfant capable de discernement contre les décisions lui refusant le droit d'être entendu (art. 293, al. 3) et la désignation d'un représentant (art. 294, al. 4) est désormais réglé.
- Les conditions pour *représenter un enfant* et les *compétences du curateur* correspondent dans une large mesure au droit actuel (art. 294 et 295; voir art. 146 s. CC). Il résulte clairement de la place de ces dispositions qu'elles s'appliqueront dorénavant à toutes les procédures de droit matrimonial. Il est en outre précisé à qui la décision doit être communiquée (art. 296). Enfin, c'est désormais le tribunal lui-même qui désignera le curateur et non plus l'autorité tutélaire (voir art. 147 CC).

<sup>207</sup> Voir par ex. ATF 131 III 553 cons. 1.1. relatif à l'audition de l'enfant en vertu de l'art. 144 CC dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale.

<sup>208</sup> Voir à ce sujet ATF 122 I 53 ss.

#### Art. 297 et 298 Procédure sommaire

Le chapitre 3 détermine les affaires qui, de par leur nature ou en raison de leur caractère urgent, doivent être soumises à la procédure sommaire.

Au premier plan figure l'enlèvement international d'enfants (art. 297, let. a). A ce titre, il y a lieu de relever les particularités suivantes (art. 298):

- Les décisions judiciaires doivent toujours être accompagnées des mesures d'exécution appropriées afin d'en rendre l'exécution directe possible (al. 1; voir art. 335).
- Dans le but d'atténuer le conflit, le projet accorde une grande importance au dialogue entre les parents: le tribunal doit tenter d'office de trouver un accord entre les parties ou les exhorter à une médiation (al. 2); cette médiation aussi peut être gratuite (art. 215).
- Les parents doivent être entendus en personne, dans la mesure où ils sont atteignables; l'art. 293 est applicable à l'audition de l'enfant concerné (al. 3).
- Un représentant de l'enfant doit toujours être désigné en cas d'enlèvement (al. 4). Il a le même statut et les mêmes compétences que le représentant dans les procédures de droit matrimonial.
- Pour le surplus, les tribunaux cantonaux (voir art. 5, al. 1, let. h) sont compétents pour ordonner des mesures protectrices de l'enfant et régler les relations personnelles (al. 5).

Ces dispositions du projet reprennent des propositions formulées par la Commission fédérale d'experts en matière de protection des enfants en cas d'enlèvement<sup>209</sup>. Le Conseil fédéral envisage en outre de ratifier la convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. La procédure de consultation relative à un avant-projet de loi fédérale sur les enlèvements internationaux d'enfants et aux conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes sera ouverte cette année encore.

#### Art. 299 et 300 Action en paternité

Enfin, le chapitre 4 contient des dispositions complémentaires relatives à l'action en paternité. Les art. 299 (mesures provisionnelles) et 300 (compétence) correspondent aux dispositions du droit en vigueur (art. 280, al. 3, 282 à 284 CC); ces dernières peuvent de ce fait être abrogées. Il en va de même des art. 280 et 281 CC relatifs à la procédure et aux mesures provisoires, qui ne sont plus nécessaires non plus (voir art. 290, 291, al. 1).

## 5.22 Procédure en matière de partenariat enregistré

Le titre 8 de la deuxième partie prévoit trois dispositions relatives à la procédure en matière de partenariat enregistré<sup>210</sup>.

<sup>209</sup> Voir le rapport final du 6 décembre 2005 de la commission d'experts.

<sup>210</sup> Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat (LPart; RS 211.231).

- L’art. 301 énumère les cas dans lesquels la *procédure sommaire* s’applique. Le domaine d’application de cette disposition reprend pour l’essentiel celui des mesures protectrices de l’union conjugale (art. 302; voir le commentaire des art. 267 ss).
- Comme aujourd’hui, les règles relatives à la procédure de divorce s’appliquent à la dissolution et la déclaration d’annulation du partenariat enregistré<sup>211</sup> (art. 303). L’art. 35 de la loi sur le partenariat enregistré peut donc être abrogé (voir ch. 4 de l’annexe).

## 5.23 Recours

### *Le système des voies de recours*

Les recours se situent à la croisée d’intérêts divergents de l’Etat de droit. Ainsi, l’objectif d’un *jugement* qui soit aussi *juste et conforme au droit* que possible ne peut être atteint que grâce à un système de voies de recours suffisamment développé; d’un autre côté, cependant, l’exigence d’une justice *rapide et peu dispendieuse* – thème qui est aussi d’actualité dans le cadre des réformes judiciaires entreprises à l’étranger – implique une limitation du nombre des voies de droit. Entre ces deux objectifs antagonistes, le projet emprunte la voie du *compromis*.

A l’instar des systèmes cantonaux, le projet renonce à introduire le *recours unifié*, contrairement à la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral dans le cadre de la réforme de l’organisation judiciaire. Le projet prévoit, au contraire, conformément au modèle classique, une *pluralité de voies de recours*. La grande majorité des participants à la consultation a salué ce choix, alors que l’unité des voies de recours dans le cadre de la réforme de l’organisation judiciaire fédérale n’a pas pu être pleinement réalisée<sup>212</sup>.

L’avant-projet prévoyait trois *voies de recours principales*: l’appel (art. 290 ss AP), l’appel simplifié, une variante de l’appel (art. 299 ss AP) et le recours limité au droit (art. 310 ss AP)<sup>213</sup>. Par souci de simplification, certains participants à la consultation ont préconisé la fusion de l’appel simplifié et de l’appel. Tenant compte de cette suggestion, le projet prévoit les voies de droit suivantes:

- l’*appel*, voie de recours principale, recours ordinaire avec un plein pouvoir d’examen (art. 304 à 315);
- le *recours limité au droit* en tant que voie, par principe, subsidiaire, recours extraordinaire avec pouvoir d’examen limité (art. 316 à 325);
- la *révision*, ainsi que l’*interprétation* et la *rectification* en tant que moyens de droit extraordinaires (art. 326 à 332).

<sup>211</sup> Voir art. 9 ss (annulation) et 29 s. (dissolution) LPart.

<sup>212</sup> La loi sur le Tribunal fédéral connaît trois recours unifiés: en matière civile (art. 72 ss), en matière pénale (art. 78 ss.) et pour les causes de droit public (art. 82 ss). Elle prévoit en outre – en sus de la révision et de l’interprétation (art. 121 ss) – un recours subsidiaire de droit constitutionnel (art. 113 ss.).

<sup>213</sup> L’appel simplifié (Rekurs) était ouvert contre les décisions prises en procédure sommaire, tandis que l’appel (Apellation) l’était contre celles prises dans les procédures ordinaire et simplifiée.

Il convient d'éviter que les voies de recours soient utilisées à des fins *dilatoires*, ce qui prolongerait la procédure et retarderait l'exécution des décisions. Aussi le projet prévoit-il que tout recours – l'appel, le recours limité au droit et la révision – peut être rejeté sur-le-champ et sans que la partie adverse se soit déterminée, s'il apparaît comme étant manifestement irrecevable ou infondé (*examen préalable*, voir art. 309, 320 et 328). La deuxième instance peut en outre prendre en considération les chances d'aboutissement d'un recours *en retirant ou en accordant l'effet suspensif*.

### *Exigences de l'organisation judiciaire fédérale*

Les instances de recours cantonales doivent se conformer aux exigences de la loi sur le Tribunal fédéral, afin que la saisie du Tribunal fédéral ne soit pas entravée:

- Le principe du *double degré de juridiction* s'applique (art. 75 LTF). D'après ce principe, une décision cantonale de première instance doit être déférée devant une instance cantonale supérieure avant d'être portée devant le Tribunal fédéral.
- Le *pouvoir d'examen* de la dernière instance cantonale ne doit pas être plus restreint que celui du Tribunal fédéral (art. 111, al. 3, LTF).
- Dans les litiges patrimoniaux, les questions juridiques de principe peuvent être soumises au Tribunal fédéral alors même que les limites de la valeur litigieuse fixées par la loi sur le Tribunal fédéral ne sont pas atteintes (art. 74 LTF). Les décisions prises dans de tels litiges doivent être sujettes à recours sur le plan cantonal si l'on veut satisfaire au principe du *double degré de juridiction*.

Le projet respecte entièrement ces exigences. En effet, il soumet tout d'abord *toute décision prise en première instance cantonale* à recours au plan cantonal<sup>214</sup>. Lorsque l'appel n'est pas recevable en raison d'une valeur litigieuse trop basse (art. 304) ou de l'existence d'une exception (art. 305), le recours limité au droit est ouvert (art. 316 ss). Il correspond au recours en matière civile quant aux griefs pouvant être invoqués (art. 95 ss LTF). En revanche, le projet utilise pleinement les – rares – possibilités de recours direct au Tribunal fédéral prévues par la loi sur le Tribunal fédéral (art. 75, al. 2 et 77 LTF). En effet, la décision prise en instance cantonale unique (art. 5), rendue par le tribunal de commerce (art. 6) ou prononcée suite à une action directe devant le tribunal supérieur (art. 7), ainsi que la sentence rendue par un tribunal arbitral (art. 387), peuvent être directement attaquées devant le Tribunal fédéral (voir ch. 2 de l'annexe).

## **5.23.1 L'appel**

### *Art. 304 et 305 Décisions attaquables*

En règle générale, toute décision de première instance en matière contentieuse ou gracieuse (décision au fond ou d'irrecevabilité) est sujette à appel (*art. 304, al. 1*),

<sup>214</sup> La décision sur l'opposition au retour à meilleure fortune (art. 265a, al. 1, P-LP; voir ch. 17 de l'annexe) constitue – comme sous l'empire du droit actuel – une exception. Celle-ci reste justifiée, car la décision ne fait que déterminer le rôle des parties pour la suite de la procédure.

qu'elle ait été prononcée en procédure ordinaire, simplifiée, sommaire ou de droit de la famille. Peu importe également qu'il s'agisse d'une décision finale ou incidente (art. 232 s.). Seules les ordonnances d'instruction ne sont pas sujettes à appel: elles peuvent toutefois faire l'objet d'un recours limité au droit mais à certaines conditions (art. 316, let. b). Les décisions relatives aux mesures provisionnelles en particulier sont aussi sujettes à appel.

Le régime de l'appel connaît cependant des *exceptions* importantes:

- L'appel n'est pas recevable contre les décisions prises en *instance cantonale unique* (art. 5 à 7) ou par un *tribunal arbitral* (art. 354).
- Les *causes civiles de nature patrimoniale* ne sont sujettes à appel que si la *valeur litigieuse* atteint au moins 10 000 francs (art. 304, al. 2). Si tel n'est pas le cas, seule la voie du recours limité au droit est ouverte (art. 316 ss). Comparée aux droits cantonaux en vigueur, la valeur litigieuse minimale a été légèrement augmentée (la plupart des cantons prévoient un montant de 8000 francs). La valeur litigieuse minimale ne doit pas être calculée – contrairement à ce que prévoyait l'avant-projet (art. 290, al. 2, AP) – selon le système du *gravamen*<sup>215</sup>, mais correspond au montant qui était encore litigieux au moment du jugement de première instance. Le système du gravamen a été très contesté lors de la consultation car il restreint encore davantage les voies de recours. Il n'a pas réussi à s'imposer non plus lors des délibérations parlementaires sur la loi sur le Tribunal fédéral. Comme il serait contradictoire de calculer différemment la valeur litigieuse selon que le recours soit cantonal ou fédéral, ce système doit être abandonné. Les *causes civiles de nature non patrimoniale* (p. ex. les causes relatives à un état) sont, en revanche, toujours sujettes à appel.
- La limite de la valeur litigieuse est aussi valable pour le recours contre des *mesures provisionnelles* ordonnées dans un litige de nature patrimoniale, ainsi que pour le *séquestre* au sens de la LP: la décision sur opposition peut être ainsi attaquée par appel si la valeur de l'objet séquestré atteint au moins 10 000 francs (art. 278, al. 3, P-LP; voir ch. 17 de l'annexe); si tel n'est pas le cas, il faut intenter un recours limité au droit (art. 316 ss).
- Une série de décisions prises en *procédure sommaire* ne sont pas non plus sujettes à appel (art. 305): celles rendues par le *tribunal de l'exécution* (let. a) et dans certaines affaires relevant de la *poursuite pour dettes* (let. b). Ces cas demandent à être liquidés rapidement. La mainlevée définitive de l'opposition, par exemple, aboutit déjà en principe à une décision exécutoire et, en cas de mainlevée provisoire, le débiteur peut opposer toutes les objections en intentant une action en libération de dette. Une voie de recours avec pouvoir d'examen complet n'est par conséquent pas nécessaire. Ces décisions sont néanmoins sujettes au recours limité au droit (art. 316 ss; voir ch. 17 de l'annexe).

<sup>215</sup> Selon ce système, la valeur litigieuse est déterminée par la différence entre le montant des dernières conclusions maintenues et celui admis dans le jugement de première instance. Les cantons de BL et BS appliquent cette méthode.

- Enfin, l'appel peut être écarté par une *disposition spéciale* du projet: c'est le cas notamment de la décision sur les frais, laquelle ne peut pas être attaquée séparément, quand bien même la cause principale serait sujette à appel (art. 108).

#### Art. 306 Motifs

*Voie de recours avec plein pouvoir d'examen*, l'appel permet de revoir complètement le procès de première instance (application du droit et établissement des faits). L'instance supérieure – désignée par le droit cantonal (art. 4, al. 1) – examine librement tous les griefs.

La *violation du droit* dont il est questions à la *let. a*, doit être entendue dans un sens large. Il importe peu que ce soit le *droit fédéral* ou le *droit cantonal* qui ait été mal appliqué, ou encore que l'erreur commise par la première instance relève du droit de procédure ou du droit matériel. Une violation du droit peut ainsi consister en particulier en:

- une application erronée de la procédure civile elle-même ou de ses dispositions d'exécution;
- une application erronée du droit privé fédéral (CC, CO, droit des biens immatériels, droit de la concurrence, droit international privé, etc.) et de ses ordonnances d'exécution;
- une application erronée du droit privé cantonal;
- une application erronée du droit public (droit constitutionnel et droit administratif), pour autant qu'elle fût requise pour le jugement de la cause civile;
- une fausse application ou la non-application d'un droit étranger (voir art. 148, al. 3 et art. 96, LTF).

#### Art. 307, 308 et 311 Déclaration et motivation de l'appel

L'appel est interjeté en deux étapes: une simple déclaration d'appel est communiquée dans un premier temps (art. 307), puis l'instance de recours impartit un délai convenable pour motiver ultérieurement l'appel (art. 308).

Ce schéma correspond à la seconde variante de l'avant-projet (art. 292 s.). Ce choix est aussi très lié à l'abandon de l'obligation générale de motiver le jugement par écrit (art. 235): on ne peut exiger des parties un mémoire motivé si elles n'ont pas connaissance des considérants du jugement. Cette variante est, par ailleurs, plus favorable aux parties dans la mesure où la latitude accordée dans la fixation du délai permet de tenir compte du cas d'espèce.

La question du dépôt de l'appel devant le *judex ad quem* (instance de recours) ou le *judex a quo* (instance qui a prononcé le jugement) a été controversée durant la consultation. Le projet a tranché – suivant en cela l'avant-projet – en faveur du *judex ad quem*. La contestation d'une décision judiciaire devant être mûrement réfléchie, le *seuil fonctionnel* ne doit pas être placé trop bas. L'instance de recours est, en outre, mieux placée que le *judex a quo* pour *diriger la procédure*. Il est donc avantageux de ce point de vue que le procès lui soit transmis rapidement (effet dévolutif): la juridiction supérieure décide s'il y a lieu de retirer l'effet suspensif à l'appel, si l'appelant doit continuer à bénéficier de l'assistance judiciaire gratuite, si des ordon-

nances d'instruction particulières, voire des mesures conservatoires, doivent être prises. Si la première instance avait continué d'être compétente, ses décisions prises en la matière auraient pu à leur tour faire l'objet d'un appel ou d'un recours limité au droit – d'où d'inutiles complications.

Il n'est pas nécessaire que la *déclaration d'appel* (art. 307) fasse état des conclusions ni même de la motivation de l'appel. Le délai pour son dépôt est de ce fait bref: dix jours dès la communication de la décision. Il est identique pour toutes les procédures d'appel. Cela permet d'être fixé rapidement sur l'éventualité d'un recours contre la décision car ce délai ne peut être prolongé (art. 142, al. 1). Une restitution de délai reste cependant possible (art. 146).

Après le dépôt de la déclaration d'appel, la procédure se déroule différemment suivant que la décision attaquée est motivée par écrit ou non:

- Si une *motivation écrite de la décision* existe, l'instance de recours impartit à l'appelant un délai convenable pour *motiver* l'appel et prendre des *conclusions* (art. 308, al. 1).
- Si, en revanche, la *décision* attaquée n'a pas été motivée par écrit, l'instance qui l'a rendue doit la motiver (art. 308, al. 3). Ce n'est qu'après qu'un délai peut être fixé à l'appelant.

Le délai pour motiver l'appel est fixé en tenant compte de l'ampleur et de la complexité du litige. Aucune marge d'appréciation n'est accordée au juge lorsque la décision a été prise en procédure sommaire car ces procès doivent être liquidés rapidement en deuxième instance également (art. 311): le délai pour motiver l'appel n'est ici que de dix jours. Si le délai n'est pas observé, aucun délai supplémentaire n'est accordé – ce qui permet là encore d'accélérer la procédure – et l'appel est déclaré irrecevable (art. 308, al. 2). S'agissant d'un délai judiciaire, le délai pour motiver l'appel peut être prolongé, pour autant que la demande y relative soit présentée à temps (art. 142); la restitution du délai est également possible (art. 146).

Les *exigences* de fond et de forme auxquelles doit répondre la motivation ne sont pas toujours les mêmes mais dépendent de la procédure dans laquelle la décision attaquée a été rendue. Ainsi, dans les causes relevant de la *procédure simplifiée*, la motivation peut être brève et succincte (procédure accessible au justiciable qui n'a pas de connaissances particulières)<sup>216</sup>. Un simple renvoi aux actes de procédure antérieurs n'est évidemment pas suffisant. Inversement, l'appelant doit s'abstenir de toutes explications prolixes (art. 130). Pour la motivation de l'appel en *procédure ordinaire*, on est, en revanche, en droit d'attendre un mémoire complet et soigneusement rédigé (art. 218).

#### Art. 309 et 310 Réponse et appel joint

La partie adverse se prononce sur le fond de l'appel dans sa *réponse* (art. 309). En ce qui concerne les exigences auxquelles doit satisfaire cet acte écrit, nous renvoyons aux considérations sur la motivation de l'appel. Cette formalité est toutefois superflue s'il s'avère, lors de l'examen préalable, que l'appel est manifestement irrecevable parce que tardif ou infondé.

<sup>216</sup> La maxime d'office (art. 243) ne dispense pas de motiver un recours (arrêt du TF 5C.14/2005 concernant le recours en réforme au Tribunal fédéral).

L'*appel joint* (art. 310) constitue un moyen de contre-attaquer offert à la partie adverse: la décision attaquée est susceptible d'être modifiée encore davantage au détriment de l'appelant (*reformatio in peius*). Ce risque supplémentaire conduit souvent l'appelant à retirer son appel. L'appel joint n'est pas limité à l'objet de l'appel. Il est même admissible pour la seule question des dépens.

A l'instar de l'appel, l'appel joint est interjeté en deux temps: par la *déclaration d'appel joint* tout d'abord (art. 310, al. 1), par le dépôt ultérieur de la *motivation* ensuite (al. 2). Les formalités décrites ci-dessus pour l'appel valent aussi pour l'appel joint. L'instance de recours doit notifier à l'appelant la motivation de l'appel joint afin qu'il puisse se prononcer (droit d'être entendu). Le projet précise que le sort de l'appel joint dépend de celui de l'appel (al. 3).

#### Art. 312 Effet suspensif

En tant que voie de recours ordinaire, l'appel a, en règle générale, un effet suspensif (al. 1). L'effet suspensif est complet tant que l'appelant n'a fait qu'interjeter l'appel (art. 307). En fonction des conclusions, il peut être restreint après le dépôt de la motivation de l'appel, de sorte à ce que la partie non contestée de la décision puisse entrer en force et être exécutée. Cette notion de *force exécutoire partielle* est conforme à un droit de procédure moderne.

L'effet suspensif proroge l'*autorité de la chose jugée* et la *force exécutoire*. L'instance de recours peut, cependant, autoriser l'exécution anticipée de sorte qu'une décision qui n'est pas encore formellement entrée en force peut être exécutée (al. 2). Une exécution immédiate peut être de mise s'agissant d'une procédure de «protection dans les cas clairs» (art. 253). Elle est également admissible dans le cas d'un jugement portant sur une somme d'argent. Ainsi, celui-ci, bien que dépourvu de force exécutoire, permet d'obtenir la mainlevée définitive de l'opposition (voir art. 79 P-LP, ch. 17 de l'annexe). La simplification de l'exécution qui en résulte est justifiée par l'intérêt à ce que la protection du droit en cause soit accordée à temps. Comme demandé par plusieurs participants à la consultation, l'instance de recours peut ordonner des mesures conservatoires ou la fourniture de sûretés au bénéfice de la partie adverse. Seules les décisions formatrices ne sont pas sujettes à exécution anticipée (al. 3; voir art. 103, al. 2, let. a, LTF).

Exceptionnellement, la loi enlève à l'appel son effet suspensif (al. 4), comme lorsqu'il porte sur des décisions en matière de *droit de réponse* ou des *mesures provisionnelles*. Ces décisions doivent pouvoir être exécutées immédiatement. Le projet règle le droit de réponse conformément au droit fédéral en vigueur (art. 281, al. 4, CC; cette disposition peut dès lors être abrogée; ch. 3 de l'annexe). L'exécution d'une mesure provisionnelle peut toutefois être suspendue si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable (al. 5).

#### Art. 313 Procédure devant l'instance de recours

Au cours de la consultation, d'aucuns ont demandé que les règles de procédure devant l'instance de recours soient précisées. Le projet tient compte de ces demandes: l'appel est une procédure *indépendante* dans laquelle l'instance de recours dispose d'une grande marge de manœuvre. Suivant les cas, elle mettra davantage l'accent sur l'oralité ou sur le caractère écrit de la procédure.

- Après l'*examen préalable* (qui permet de s'assurer que le recours n'est manifestement pas dépourvu de chances de succès) et l'*échange des écritures* (motivation de l'appel et réponse), l'instance de recours peut ordonner des débats oraux ou statuer immédiatement sur pièces (*al. 1*). Elle peut aussi ordonner un second échange d'écritures (*al. 2*).
- Des *débats* (d'instruction ou principaux) seront ordonnés si une administration des preuves se révèle nécessaire – notamment lorsque des faits et des moyens de preuve nouveaux se font jour (art. 314) – (*al. 3*) ou – précisément dans l'hypothèse d'un recours contre une décision prise en procédure simplifiée – si les actes écrits des parties ne fournissent pas assez d'informations. En revanche, le recours contre une décision rendue en *procédure sommaire* fera le plus souvent l'objet d'une procédure écrite.
- Les *maximes de procédure* régissant le procès de première instance continuent de s'appliquer en deuxième instance, comme la maxime des débats en *procédure ordinaire* (art. 53, al. 1) et la maxime inquisitoire atténuée dans les procédures simplifiées ou certaines procédures sommaires (art. 243, 251). Cette règle vaut également pour les éventuelles *restrictions des moyens de preuve* (art. 250 et 253) et du *pouvoir d'examen* (examen de l'évidence selon l'art. 253 ou de la vraisemblance selon l'art. 257).

*Art. 314* Faits et moyens de preuve nouveaux; modification de la demande

L'*admission de faits et moyens de preuve nouveaux* en procédure d'appel est réglée différemment selon les lois de procédure cantonales. Peu de cantons excluent l'admission de tous faits et moyens de preuve nouveaux, d'autres les admettent sans restriction. La plupart d'entre eux empruntent une *voie intermédiaire* à laquelle le projet – tout comme l'avant-projet – se rallie dans les grandes lignes (*al. 1*): seuls les *novas proprement dits* (faits survenus postérieurement à la décision de première instance) peuvent être invoqués sans aucune restriction. En revanche, les *novas improprement dits* (faits qui existaient déjà lors du prononcé de première instance) sont, en règle générale, exclus.

Une particularité vaut pour les procès qui sont soumis à la *maxime inquisitoire*. Même en deuxième instance, les faits et moyens de preuve nouveaux sont admis jusqu'aux délibérations du jugement. A cet égard, nous pensons en particulier aux décisions prises en procédure simplifiée ou en matière de droit matrimonial ainsi qu'à celles rendues en juridiction gracieuse. En acceptant largement les faits et moyens de preuve nouveaux, le projet tient compte du fait que cette procédure doit être accessible au justiciable qui n'a pas de connaissances particulières. Toutefois, si les faits avaient pu être allégués et les moyens de preuve invoqués, en première instance déjà, les frais supplémentaires qui en résultent peuvent être mis à la charge de la partie peu diligente (art. 106).

Les faits et moyens de preuve nouveaux sont admis au début de la procédure d'appel dans la même mesure qu'à la fin du procès de première instance. Vue sous cet angle, la procédure d'appel constitue la continuation du procès de première instance. Ce qui précède vaut aussi pour la *modification de la demande*, ce que prévoit l'*al. 2*.

L'instance supérieure peut confirmer la décision de première instance (*al. 1, let. a*), la modifier (*let. b*) ou l'annuler en renvoyant la cause à la première instance (*let. c*). Selon les cas, l'appel a donc un effet réformatoire ou cassatoire.

Un renvoi de la cause doit cependant rester l'exception (*let. c, ch. 1 et 2*), sans quoi les procès seraient prolongés inutilement. La première instance est liée par les considérants de la juridiction supérieure; la nouvelle décision qu'elle prendra est, en principe, également sujette à appel.

Contrairement à la procédure de première instance (voir art. 235), l'instance de recours est toujours tenue de communiquer sa décision aux parties avec une *motivation écrite* (*al. 2*), cela en prévision d'un éventuel recours au Tribunal fédéral (art. 112 LTF). Une brève motivation suffit lorsque la décision attaquée est confirmée. L'*al. 3* enfin est prévu par souci de clarté.

### 5.23.2 Recours limité au droit

Le recours limité au droit est *subsidaire* à l'appel (*let. a*):

- Il est recevable contre les décisions prises dans les *affaires patrimoniales* qui, en raison de leur valeur litigieuse peu élevée, ne sont pas sujettes à appel (p. ex., la décision d'un juge de paix au sens de l'art. 209). Peu importe, là encore, que la cause relève de la juridiction contentieuse ou gracieuse.
- Le recours limité au droit est aussi ouvert contre des décisions qui ne sont pas sujettes à l'*appel de par la loi* (art. 305).

Le recours limité au droit constitue toutefois la *voie principale* dans deux cas: pour contester des décisions sur incident, d'une part (*let. b*), et en cas de retard injustifié, d'autre part (*let. c*).

Le tribunal rend des *décisions sur incident* lorsqu'il doit ordonner des mesures particulières en cours de procédure. Ces décisions déterminent pour l'essentiel le déroulement formel et l'organisation matérielle de la procédure (*ordonnances d'instruction*). Elles peuvent aussi consister en d'*autres décisions* relatives à des questions incidentes de pure procédure.

- En ce qui concerne certaines de ces décisions, le projet prévoit *expressément* le recours limité au droit dans les dispositions correspondantes (*let. b, ch. 1*). A titre d'exemples: la récusation (art. 48), l'intervention accessoire (art. 73, al. 2), l'appel en cause (art. 80, al. 4), la fixation des avances de frais et des sûretés à fournir (art. 101), le refus de l'assistance judiciaire (art. 119), la suspension de la procédure (art. 124, al. 2), le renvoi pour cause de connexité (art. 125, al. 2), le prononcé d'une amende disciplinaire (art. 126, al. 4), la mise en œuvre de l'obligation de collaborer de tiers (art. 164, al. 3), la rémunération d'un expert (art. 181, al. 3). Compte tenu de la portée particulière que revêtent ces décisions, ceux qui en sont touchés doivent pouvoir recourir sans délai pour dénoncer le vice de procédure allégué. Ils n'ont pas à attendre la décision finale.

- La possibilité d’attaquer séparément les autres décisions incidentes est en revanche soumise à des restrictions, dans le souci de ne pas retarder inutilement le cours du procès (*let. b, ch. 2*). On peut penser à des ordonnances d’instruction telles que les citations à comparaître (art. 131), les renvois d’audience (art. 133), les prolongations de délai (art. 142, al. 2) ou les ordonnances d’administration de preuves (art. 227). Ces décisions judiciaires ne peuvent être attaquées séparément que si elles sont de nature à causer *un préjudice difficilement réparable*. Ainsi, une partie qui voudrait contester l’administration erronée d’une preuve ou la récusation d’un témoin doit le faire, en règle générale, par un recours dirigé contre la décision finale.

Enfin, le recours limité au droit est la voie principale ouverte en cas de *retard injustifié* (*let. c*). Il est également recevable contre le *déni de justice* qualifié (art. 29, al. 1, Cst.). Les manquements des autorités de conciliation y sont aussi soumis, par exemple, dans le cas où les parties n’ont pas été convoquées à l’audience dans le délai de deux mois (art. 200, al. 1).

Il y a lieu de relever que les décisions sur incident et le retard injustifié de l’*instance de recours* elle-même (p. ex. une ordonnance d’instruction dans le cadre d’une procédure d’appel) ou d’une *instance cantonale unique* (art. 5 à 7) ne peuvent pas faire l’objet d’un recours au niveau cantonal, mais doivent être déferées – à certaines conditions – au Tribunal fédéral.

#### Art. 317 Motifs

En ce qui concerne la *violation du droit* (*let. a*), les commentaires relatifs à l’appel (voir le commentaire de l’art 306) valent également pour le recours limité au droit. Par conséquent, l’instance de recours examine les questions de droit avec le même pouvoir d’examen que l’instance précédente. A cet égard, le recours limité au droit va plus loin que les traditionnels «recours ou pourvois en nullité» du droit de procédure cantonal.

En revanche, les griefs qui peuvent être soulevés contre l’établissement des faits sont plus restreints que dans l’appel (*let. b*): à l’instar des recours cantonaux actuellement, seul l’*arbitraire* (c’est-à-dire une violation de l’art. 9 Cst.) peut être invoqué. Il en ira, par exemple, ainsi en cas de constatations de faits qui contredisent les pièces versées au dossier. Lorsque, en revanche, une constatation de fait repose sur une fausse application du droit (p. ex. l’attribution erronée du fardeau de la preuve, l’application du faux degré de preuve, la violation du droit d’être entendu, la violation de la maxime des débats ou de la maxime inquisitoire), le recours sera interjeté pour violation du droit, l’instance de recours disposant alors d’un plein pouvoir d’examen. Les recours formés uniquement pour arbitraire constitueront donc l’exception. Sur le fond, ce grief correspond à celui qui figure dans la loi sur le Tribunal fédéral (art. 97, al. 1, LTF).

#### Art. 318 et 319 Introduction du recours

Les modalités auxquelles obéit l’introduction du recours varient selon que la décision attaquée comporte déjà une motivation écrite ou non (art. 235).

- Le recours doit être interjeté par écrit et motivé (mémoire) quand la décision qu’il attaque est elle-même motivée (*art. 318*). Le délai est de 20 jours (*al. 1*) en principe, mais il n’est que de 10 jours pour les décisions prises en

procédure sommaire et pour les ordonnances d'instruction (*al. 2*). La loi peut même prévoir des délais plus brefs (p. ex. à l'art. 185 LP pour la recevabilité de l'opposition dans la poursuite pour effet de change).

- Si la décision attaquée n'est pas encore motivée, le recours est introduit en deux temps, comme pour l'appel. C'est tout d'abord une *déclaration de recours* qui doit être déposée (*art. 319, al. 1*), puis, dans un délai déterminé, une motivation (*al. 3 et 4*). Contrairement à la procédure de l'appel, les délais de motivation ne sont pas judiciaires et variables mais légaux et donc fixes. Ils ne commencent d'ailleurs pas à courir par le fait de l'instance de recours, mais automatiquement dès la communication subséquente de la motivation de la décision. Ce régime plus strict, qui vise à accélérer la procédure, est d'autant plus justifié que le recours limité au droit est une voie de recours extraordinaire.

Le recours contre des *ordonnances d'instruction* doit toujours être interjeté conformément à l'art. 318 (c'est-à-dire par le dépôt d'un mémoire), car ces ordonnances – qui ne sont pas des véritables décisions – n'ont pas à être motivées, même ultérieurement. Seul le *recours pour retard injustifié* n'est soumis à aucun délai: il peut être interjeté – par le dépôt d'un mémoire également – aussi longtemps qu'existe un intérêt digne de protection (*art. 318, al. 4*).

S'agissant des exigences auxquelles doit satisfaire la *motivation du recours*, on se référera à ce qui a été dit pour l'appel (commentaire de l'art. 308).

#### *Art. 320 et 321* Réponse et recours joint

Comme dans la procédure d'appel, l'instance de recours examine, dans un premier temps, si le recours est manifestement irrecevable ou infondé (*art. 320*). Dans l'affirmative, le recours limité au droit peut aussi être liquidé sans procédure contradictoire. L'instance de recours doit observer le principe de l'*égalité des armes* lorsqu'elle fixe le délai à la partie adverse pour se prononcer: l'intimé doit pouvoir disposer d'autant de temps que celui dont le recourant a disposé pour la motivation du recours.

Conformément aux dispositions qui régissent actuellement les recours en nullité cantonaux, le *recours joint* est exclu (*art. 321*).

#### *Art. 322* Avis de l'instance précédente

L'instance de recours invitera l'instance précédente à donner son avis principalement en cas de recours contre des *ordonnances d'instruction* (parce qu'il n'y a pas lieu de les motiver par écrit) et ne statuera pas avant de connaître sa position. Dans le cas d'un *recours pour retard injustifié*, une prise de position de l'instance précédente s'impose d'autant plus qu'une décision formelle fait généralement défaut ensuite du déni de la juridiction «incriminée». Il va de soi que l'avis doit, par ailleurs, être communiqué au recourant (*art. 51*).

#### *Art. 323* Effet suspensif

En tant que voie de recours extraordinaire, le recours limité au droit n'a pas d'effet suspensif (*al. 1*). De ce fait, les décisions attaquées acquièrent la *force de chose jugée* dès leur communication; toutefois, l'instance de recours peut en suspendre

l'exécution et, au besoin, ordonner simultanément des mesures conservatoires (al. 2).

**Art. 324** Conclusions, allégations de faits et preuves nouvelles

A la différence de la procédure d'appel, des faits et des moyens de preuve nouveaux ne peuvent être allégués dans la procédure du recours limité au droit, pas plus que des conclusions nouvelles ne sauraient y être prises, conformément au caractère extraordinaire du recours. Celui-ci a pour fonction principale de vérifier la conformité au droit et n'a pas pour but de continuer la procédure de première instance. L'irrecevabilité de faits et de moyens de preuve nouveaux vaut également pour les procédures qui sont soumises à la maxime inquisitoire. La réserve formulée à l'al. 2 se réfère, par exemple, au recours contre le jugement de faillite (art. 174 LP) ou à l'opposition à l'ordonnance de séquestre (art. 278, al. 3, LP).

**Art. 325** Procédure et décision

L'exclusion de débats, telle que prévue dans l'avant-projet (art. 318, al. 1, AP), a été critiquée dans la procédure de consultation. En règle générale, la procédure de recours ne se déroulera que par écrit (al. 1 et 2), mais l'instance de recours restera libre d'ordonner des débats si elle le juge utile.

L'admission du recours limité au droit a un effet principalement *cassatoire* (al. 3, let. a): la décision attaquée est cassée et la cause renvoyée à l'instance précédente pour qu'elle prenne une nouvelle décision. Si la cause est en état d'être jugée, l'instance de recours peut, cependant, aussi rendre une décision au fond (al. 3, let. b; *caractère réformatoire*). Ce sera par exemple le cas dans les procédures sommaires relevant du droit des poursuites (p. ex. la mainlevée, la déclaration de faillite, l'octroi du sursis concordataire) ou lorsque la décision sur les frais est attaquée (art. 108). Une modification au détriment du recourant (*reformatio in peius*) n'est pas admise. En revanche, quand le jugement est cassé, l'instance précédente doit statuer sur la base des conclusions initiales des parties et peut accorder au recourant moins que ce qu'il avait obtenu à la faveur du jugement annulé.

L'admission d'un *recours pour retard injustifié* est accompagnée de directives concrètes à la juridiction de première instance (al. 4). En ce qui concerne la *motivation* de la décision sur recours (al. 5), nous renvoyons au commentaire de l'art. 315, al. 2.

### 5.23.3 Révision

**Art. 326** Motifs de révision

La révision est connue de toutes les procédures civiles cantonales. Permettant de corriger, pour des motifs précis, une décision entrée en force mais erronée, elle sert l'établissement de la vérité matérielle. Les codes cantonaux présentent cependant des différences en ce qui concerne les motifs de révision. Outre les deux motifs *classiques* (infraction ayant influencé la décision, découverte subséquente de faits ou moyens de preuve nouveaux), certains codes cantonaux prévoient également la révision en cas de *vices de procédure* graves ou de contestation d'une *transaction*.

Cette révision élargie figure également dans l'organisation judiciaire fédérale (art. 136 OJ et 122 s. LTF).

A l'instar de l'avant-projet, le projet se limite essentiellement aux motifs de révision usuels (voir art. 417 P-CPP), attendu que les vices de procédure doivent être attaqués par les voies de droit principales (appel et recours limité au droit). Le motif de la violation de la CEDH constitue, en revanche, une nouveauté.

Le projet énumère – *exhaustivement* – les motifs de révision suivants:

- *Révision pour faits et moyens de preuve nouveaux* (al. 1, let. a): il doit s'agir de faits et de moyens de preuve qui existaient à l'époque du procès, mais qui, pour des motifs excusables, n'avaient pas pu être invoqués (*novas improprie dits*). Celui qui procède de manière peu diligente ne saurait avoir accès à la révision<sup>217</sup>.
- *Révision en raison d'une infraction (crime ou délit; al. 1, let. b)*: un tel motif serait donné, par exemple, dans les cas où un faux témoignage, une fausse expertise, une fausse traduction, l'utilisation de titres falsifiés ou une situation de subornation ont influencé la décision. Le crime ou le délit doit avoir un *lien de causalité* avec la décision en cause.
- *Contestation de certains actes de disposition des parties* (al. 1, let. c): faute d'être assimilés à une décision, une transaction judiciaire, un acquiescement ou un désistement d'action ne peuvent pas être attaqués par appel ni par recours limité au droit. La possibilité de faire réviser la décision correspond à la tendance moderne en droit de procédure. Au titre de ce motif de révision, entrent en compte, au premier chef, les vices de la volonté (art. 21 ss CO).
- *Révision pour violation de la CEDH* (al. 2): ce motif de révision est déjà connu de l'organisation judiciaire fédérale (art. 139a OJ, désormais art. 122 LTF; voir art. 417, al. 2, P-CPP) mais il est rare sur le plan cantonal. Le pourvoi en révision ne doit toutefois être ouvert que s'il n'est pas possible de réparer les effets de la violation concrète de la CEDH ou d'y remédier d'une autre manière – notamment par le versement d'une indemnité.

En matière de révision les compétences locale et matérielle appartiennent au tribunal qui a statué en dernière instance (*phrase introductive de l'al. 1*).

#### *Art. 327 et 328* Demande, délais et avis de la partie adverse

Le motif de révision invoqué doit figurer dans la *demande* (art. 327, al. 1). D'un point de vue temporel, celle-ci est soumise à une double péremption: elle doit tout d'abord être déposée dans les nonante jours à compter de la connaissance du motif de révision. Ce *délai relatif* est également prévu par de nombreuses procédures civiles cantonales, par le projet de code de procédure pénale (art. 418 P-CPP) et par l'organisation judiciaire fédérale (art. 124 LTF). Le motif doit être connu avec certitude. Si une procédure pénale a été ouverte, le délai relatif ne commence à courir qu'à partir de sa clôture (jugement ou classement). Il en va de même pour la contestation d'actes de disposition (art. 326, al. 1, let. c) où c'est ce délai qui s'applique et non pas celui, plus long, du droit des obligations (art. 31 CO).

<sup>217</sup> ATF 105 II 271

Pour assurer la sécurité du droit, la révision est, en outre, soumise à un délai *absolu* (art. 327, al. 2): ce dernier – par analogie à l’organisation judiciaire fédérale (art. 124, al. 2, LTF) – est de dix ans à compter de l’entrée en force de la décision apparemment entachée d’un vice. Seule la révision au motif d’une infraction pénale n’est pas soumise à ce délai.

La partie adverse a le droit de donner son avis sur la demande de révision (art. 328). Il s’agit là d’une précision qui a été suggérée lors de la procédure de consultation.

#### Art. 329 Effet suspensif

En tant que voie de recours extraordinaire, la révision n’a pas d’effet suspensif (al. 1): la décision conserve la force de chose jugée et son caractère exécutoire. Le tribunal peut toutefois suspendre, à titre exceptionnel, l’exécution pour autant qu’elle n’ait pas encore eu lieu (al. 2). Pour ce faire, il devra prendre en considération les chances de succès de la révision et la gravité du préjudice qu’un refus de suspension pourrait entraîner<sup>218</sup>. Au besoin, il pourra ordonner des mesures conservatoires au profit de la partie adverse.

#### Art. 330 et 331 Décision

Un procès en révision peut comporter plusieurs phases:

- Le tribunal doit tout d’abord se déterminer sur la *demande de révision* (art. 330). Si elle est tardive ou irrecevable, le tribunal *n’entre pas en matière*; si elle est infondée, elle est *rejetée*. Dans ces cas, la décision entrée en force subsiste et le demandeur supporte les frais et dépens des parties occasionnés par le procès.
- Si, au contraire, la demande est *admise*, le tribunal annule sa décision antérieure (art. 331, al. 1 et 2). La cause peut ainsi être jugée à nouveau. La nouvelle décision doit toujours comporter une motivation écrite (art. 331, al. 3).

## 5.23.4 Interprétation et rectification

#### Art. 332

L’interprétation et la rectification ne sont pas des véritables voies de recours, mais des moyens de droit qui ne visent pas à modifier une décision mais à la clarifier. Ces moyens de droit sont connus de l’organisation judiciaire fédérale (art. 129 LTF) et dans quelques codes cantonaux<sup>219</sup>.

Toutes les décisions sur le fond et les décisions de procédure sont, en règle générale, sujettes à interprétation et à rectification, qu’elles soient ou non déjà entrées en force. Il en va de même lorsque des mesures provisionnelles sont ordonnées. Contrairement à l’avant-projet – et pour faire droit à une revendication émise lors de la consultation – le recours à ces moyens ne présuppose pas que la décision n’a pas

<sup>218</sup> Voir ZR 97 n° 2.

<sup>219</sup> Comme à Zurich (§ 162 ss et § 166 OJ/ZH); le canton de Berne ne connaît que la rectification (art. 334, al. 2, CPC/BE); dans le canton de Vaud, seules les décisions finales sont sujettes à interprétation (art. 482 CPC/VD).

encore été exécutée. Ainsi, des contributions d'entretien ou des prétentions qui auraient été calculées de façon erronée peuvent faire l'objet d'une rectification même après qu'elles ont été exécutées.

La compétence matérielle et locale appartient au tribunal qui a rendu la décision (*al. 1*). Il faut que le caractère contradictoire ou imprécis de la décision soit imputable à une formulation lacunaire. Les vices matériels (une application erronée du droit) doivent, quant à eux, être corrigés par les voies de recours principales dans les délais prescrits. L'interprétation et la rectification peuvent aussi intervenir d'office, ce qui répond à un besoin pratique signalé lors de la consultation.

Si une partie demande l'interprétation ou la rectification, la partie adverse est habilitée à donner son avis (*al. 2*). Il est aussi précisé que la demande de rectification ou d'interprétation n'a pas d'effet suspensif. Les décisions de rectification et d'interprétation sont sujettes à recours limité au droit (*al. 3*). Les décisions interprétées ou rectifiées sont à nouveau communiquées aux parties (*al. 4*), ce qui fait courir un nouveau délai d'appel ou de recours limité au droit.

## 5.24 Exécution

### 5.24.1 Exécution des décisions

#### *Art. 333* Champ d'application

Les dispositions du premier chapitre de ce titre régissent principalement l'exécution de décisions *qui ne portent pas sur une somme d'argent* (*al. 1*). La LP demeure applicable comme par le passé aux prestations en argent (*al. 2*).

L'*al. 3* ressortit à la procédure civile internationale: il règle la procédure d'*exequatur* (la reconnaissance et la déclaration du caractère exécutoire de décisions étrangères, voir les art. 25 ss LDIP et 31 ss de la convention de Lugano). Il précise en même temps la réserve générale de l'art. 2.

#### *Art. 334* Caractère exécutoire

Contrairement à l'avant-projet, le caractère exécutoire fait l'objet d'une définition. En règle générale, une décision devient exécutoire au moment où elle entre formellement en force (*al. 1, let. a*). L'entrée en force formelle signifie que la décision ne peut plus être attaquée par une voie de recours ordinaire. Il y a cependant des situations où l'entrée en force et le caractère exécutoire ne coïncident pas:

- En cas d'appel, l'instance de recours peut prononcer l'exécution anticipée d'une décision qui n'est pas encore entrée en force (*al. 1, let. b*; voir art. 312, al. 2).
- En cas de recours extraordinaire (recours limité au droit ou révision), l'instance de recours a la possibilité de suspendre l'exécution de la décision lors même que celle-ci est déjà entrée en force (art. 323, al. 2 et 329, al. 2).

L'attestation du caractère exécutoire selon l'*al. 2* est indispensable, notamment en relation avec une exécution directe (art. 335). L'office des poursuites peut lui aussi exiger une telle attestation, lorsque le créancier qui est au bénéfice d'une mainlevée

définitive requiert la continuation de la poursuite. L'attestation doit être établie par le tribunal qui a rendu la décision à exécuter<sup>220</sup>.

#### Art. 335 Exécution directe

Traditionnellement, l'exécution est précédée d'une requête (art. 336 à 339). Dans ce cas, le tribunal de l'exécution examine si les conditions d'exécution sont remplies et ordonne les mesures appropriées (art. 341). L'exécution réelle classique est donc «indirecte»: elle est subordonnée à «autorisation» préalable du tribunal de l'exécution.

Aux fins d'accélération et de simplification, le projet prévoit une voie alternative: le tribunal qui a rendu la décision peut déjà ordonner les mesures d'exécution nécessaires (voir art. 232, al. 3), ce qui évite la saisie ultérieure du tribunal de l'exécution (al. 1). Il peut par exemple fixer dans la décision un délai dans lequel l'objet du litige doit être restitué et, si la partie tenue à exécution ne le respecte pas, charger la police de l'enlèvement de la chose ou de l'expulsion d'un immeuble. L'attestation du caractère exécutoire écartera tout doute de la police sur le caractère exécutoire de la décision.

L'exécution directe est également valable sur le plan *intercantonal*. Par exemple, une décision rendue par un tribunal vaudois et portant sur la restitution d'une chose qui se trouve dans le canton de Soleure, permettra à la partie qui a obtenu gain de cause de s'adresser directement à la police soleuroise, sans avoir à déposer une demande d'exécution ou d'exequatur devant un tribunal soleurois. La Suisse constituera ainsi un *espace d'exécution unique*.

Même en cas d'exécution directe, la partie succombante a cependant la possibilité de formuler des *objections* et de demander la suspension de la procédure (al. 2). Ce garde-fou est calqué sur celui de l'art. 85 LP.

#### Art. 336 à 339 Procédure d'exécution

Si la voie de l'exécution directe n'est pas ouverte, la partie qui a eu gain de cause doit s'adresser au tribunal de l'exécution.

- La *requête d'exécution* doit établir que les conditions de l'exécution sont remplies et contenir les documents nécessaires (la décision ou équivalent, comme une transaction judiciaire ou l'attestation du caractère exécutoire; art. 366). Le fardeau de la preuve du caractère exécutoire incombe au demandeur.
- En ce qui concerne la compétence à raison du lieu, le projet prévoit trois fors alternatifs (art. 337, al. 1). Conformément à la pratique et eu égard à sa nature, le procès de l'exécution se déroule en procédure sommaire (al. 2).
- En cas de besoin, le tribunal de l'exécution peut également ordonner des mesures conservatoires, le cas échéant même sans consultation préalable de la partie visée par la mesure (art. 338). Cela vaut notamment pour les mesures conservatoires en relation avec une procédure d'exequatur de première instance, en vertu de la convention de Lugano (voir art. 39 de la convention

<sup>220</sup> Voir arrêt du TF 2A.69/2003.

de la Lugano). Dans ce contexte, le séquestre demeure réservé (art. 271 LP) s'agissant de l'exécution de créances d'argent.

- Le tribunal de l'exécution examine d'office si les conditions de l'exécution sont remplies (art. 339, al. 1). C'est pourquoi, même en l'absence d'objection correspondante de la partie tenue à exécution, il doit s'assurer que la décision a été dûment notifiée, qu'elle est formellement entrée en force ou, le cas échéant, que l'exécution anticipée en a été autorisée. En revanche, il incombe à la partie tenue à exécution de faire valoir d'elle-même les exceptions de droit matériel qui s'opposent à l'exécution (maxime des débats). Pour le lui permettre, la procédure devant le tribunal de l'exécution est *contradictoire* (art. 339, al. 2).
- Les *objections de droit matériel* sont au surplus limitées (art. 339, al. 3): seuls des *novas* au sens propre peuvent être opposés tels l'extinction, le sursis, la prescription ou la péremption intervenus entre temps – comme en matière de mainlevée définitive de l'opposition, en droit des poursuites (art. 81, al. 1, LP). Comme pour celle-ci, l'extinction et le sursis doivent être prouvés par titres (al. 3). Des vices de procédure qui sont le fait du tribunal qui a prononcé la décision à exécuter ne peuvent de ce fait pas être invoqués (p. ex. l'incompétence, le défaut de représentation légale de la partie tenue à exécution, etc.), même en matière d'*exécution intercantonale*. Ces vices doivent être invoqués contre la décision au fond, par les voies de droit principales. Les décisions rendues dans le canton ou dans un autre canton sont ainsi entièrement placées sur un pied d'égalité<sup>221</sup> – y compris, ce qui est nouveau, pour l'exécution des prestations en argent (voir art. 81 P-LP, ch. 17 de l'annexe<sup>222</sup>).

Sont également mis sur pied d'égalité les titres intra- et intercantonaux s'agissant de l'exécution de prestations en argent résultant de décisions administratives suisses, de la Confédération, des cantons et des communes (art. 80, al. 2, P-LP, ch. 17 de l'annexe). Le concordat intercantonal<sup>223</sup> y relatif devient de ce fait sans objet. Pour valoir titre de mainlevée définitive, ces décisions doivent toutefois satisfaire – comme les décisions judiciaires – à des exigences spécifiques, à savoir un dispositif clair, la garantie du droit d'être entendu dans la procédure administrative, l'indication des voies de droit, la preuve que l'autorité est habilitée à prendre une décision, une notification régulière et l'attestation du caractère exécutoire.

#### *Art. 340*      Prestation conditionnelle ou subordonnée à contre-prestation

Cette disposition reprend le droit de procédure en vigueur. La constatation immédiate de la réalisation de la condition par le tribunal de l'exécution ne se limite pas aux cas clairs (voir par contre l'art. 331, al. 2, AP). Un procès (complet) sur cette question devant le tribunal compétent au fond retarderait considérablement la procédure. Un examen adéquat est possible dans la procédure sommaire de l'exécution,

<sup>221</sup> Le concordat du 10 mars 1977 sur l'exécution des jugements civils devient par conséquent sans objet.

<sup>222</sup> La «mini mainlevée» s'agissant des décisions rendues hors canton (art. 81, al. 2, LP) sera abrogée.

<sup>223</sup> Concordat du 28 octobre 1971 sur l'entraide judiciaire pour l'exécution des prétentions de droit public.

car la limitation à des moyens de preuve immédiatement disponibles fait l'objet d'exceptions (voir art. 250).

*Art. 341* Obligation de faire, de s'abstenir ou de tolérer

Cet article énumère des mesures d'exécution possibles, mais ce catalogue n'est pas exhaustif (*al. 1*). Plusieurs mesures peuvent être combinées.

- La *menace de la peine* prévue à l'art. 292 CP (*let. a*) a pour but – en tant que moyen de contrainte indirecte – d'exhorter la partie qui y est tenue à exécuter l'obligation non pécuniaire.
- L'*amende d'ordre* (*let. b*) n'est également qu'un moyen indirect de contrainte. La partie succombante doit payer une amende pour chaque jour d'inexécution. Il s'agit là d'une prétention publique – l'argent versé ne revient donc pas à la partie qui a eu gain de cause. L'amende journalière permet de parvenir efficacement à une exécution rapide.
- La contrainte directe (*manus militaris; let. c*) peut notamment intervenir en cas d'enlèvement d'une chose mobilière ou d'expulsion d'un immeuble, et une *mesure de substitution*, pour des prestations qui s'y prêtent (p. ex. la réparation d'une chose louée, la réfection d'un ouvrage défectueux).
- D'après l'avant-projet, le tribunal aurait pu ordonner le versement d'une *astreinte* pour chaque jour d'inexécution au profit de l'ayant droit (voir art. 332, al. 1, let. c, AP). L'astreinte – institution du droit français – est inconnue en Suisse. Elle se différencie de l'amende d'ordre du fait que l'argent revient directement au créancier et non à l'Etat. Son montant n'est par ailleurs pas limité, mais en principe déterminé selon l'appréciation du juge. Bien qu'elle puisse paraître très efficace, l'astreinte ne va pas sans poser des problèmes. Le cumul des sommes journalières à payer peut accroître sensiblement et très rapidement les passifs de la partie tenue à exécution et conduire – dans de petites et moyennes entreprises en particulier – à un surendettement ou, à tout le moins, à des difficultés de trésorerie. En outre, une éventuelle insolvabilité de la partie tenue à exécution lèserait les autres créanciers: elle diminuerait fortement le dividende qu'ils seraient susceptibles de toucher. Aussi le projet renonce-t-il à l'astreinte, tant il est vrai que cette institution est également controversée au niveau européen.

L'*al. 2* prescrit à l'encontre de la partie succombante, mais aussi de tiers (une banque p. ex.) – à l'instar des art. 91 et 222 LP – des obligations de fournir des renseignements et de tolérer. Enfin, l'*al. 3* établit que l'assistance de la police peut être requise.

L'art. 335 AP prévoyait en outre la *confiscation* d'objets fabriqués, utilisés ou portant une marque en contravention de la loi, en droit des biens immatériels et de la concurrence (voir art. 69 LBI, art. 63 LDA, art. 36 LDes, art. 10 LTo<sup>224</sup>, art. 57 LPM). Comme la confiscation n'est pas une simple mesure d'exécution mais une prétention en tant que telle à faire valoir en justice, le projet laisse aux lois spéciales le soin de la régler.

<sup>224</sup> Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur les topographies (RS 231.2).

*Art. 342* Déclaration de volonté

Le jugement exécutoire tient lieu de la déclaration de volonté à laquelle la partie défenderesse est condamnée (en vue p. ex. de requérir l'inscription d'un transfert au registre foncier ou d'une déclaration de cession; *al. 1*). Lorsque la décision concerne une inscription dans un registre, le tribunal qui l'a rendue donne les instructions nécessaires aux personnes chargées de la tenue du registre, afin de faciliter l'exécution (*al. 2*).

*Art. 343* Dommages-intérêts et prestation pécuniaire

L'exécution en nature peut s'avérer être une impasse pour la partie qui a obtenu gain de cause:

- C'est avant tout le cas si la partie succombante n'obtempère pas aux injonctions du tribunal (*al. 1, let. a*). Dans cette éventualité, le projet reprend un instrument éprouvé du droit de procédure cantonal et prévoit de procéder à la *substitution* par des dommages-intérêts. La partie qui a eu gain de cause obtient ainsi directement une *indemnité* en argent équivalant à la valeur de la prestation qui n'a pas été exécutée en nature (p. ex. la contre-valeur d'un tableau qui n'a pas pu être retrouvé chez la partie succombante). Un dommage supplémentaire ne peut être invoqué dans cette procédure sommaire, mais la partie qui a eu gain de cause garde toute latitude de le faire valoir dans un nouveau procès, dans une procédure qui ne connaît pas de restrictions.
- La partie créancière n'est toutefois pas tenue d'entreprendre des démarches préalables en vue de requérir une exécution en nature (manifestement vouée à l'échec). Au contraire, elle a la possibilité de solliciter la conversion en argent d'emblée (*al. 1, let. b*). Chaque prétention non pécuniaire peut ainsi être facilement convertie en une prétention pécuniaire et être exécutée directement par voie de poursuite, avec peut-être davantage de chances de succès (la décision de conversion vaut titre de mainlevée définitive). Il est même possible que le tribunal compétent au fond fixe déjà lui-même la contre-valeur. A la différence de la procédure cantonale, la conversion n'est pas subsidiaire, ce qui épargne des procédures inutiles au créancier.

*Art. 344* Recours de tiers

Des mesures d'exécution peuvent aussi toucher des tiers (p. ex. en cas de perquisitions ou de remises d'informations). De ce fait, ces derniers ont aussi qualité pour recourir, ce qu'explique cette disposition.

## 5.24.2 Exécution de titres authentiques

Avec le titre authentique exécutoire, le projet introduit une nouvelle institution dans l'ordre juridique suisse. Elle est largement répandue dans les Etats européens (dans les pays voisins de la Suisse mais aussi en Ecosse, en Espagne, au Portugal, en Grèce, en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas). Il n'en existe toutefois pas de modèle unifié (sur le plan européen), car chaque Etat définit le titre authentique exécutoire de manière différente. De ce fait, la marge de manœuvre est également

large pour le législateur suisse: cette institution peut être adaptée à l'ordre juridique actuel.

Dans les grandes lignes, ce titre autorise une partie à faire exécuter *directement* la prétention qu'il atteste, sans intenter de procès civil. Le titre authentique est ainsi exécutoire *en lui-même*, bien qu'il ne soit pas revêtu de la force de chose jugée. Même si l'exécution est en cours, le débiteur peut toujours soumettre la prétention à un tribunal, mais le rôle, souvent plus difficile, de demandeur lui incombera alors et le procès civil en cours ne suspendra pas automatiquement l'exécution.

Cette nouvelle institution a été controversée en procédure de consultation.

- Sa *nécessité* a d'emblée été mise en doute, du fait que les titres – authentiques ou sous seing privé – peuvent aujourd'hui déjà avoir force exécutoire (en tant que reconnaissance de dette dans la mainlevée provisoire selon l'art. 82 LP).
- D'une manière générale, la crainte que soient ainsi privilégiés des *créanciers dominants sur le marché* s'est exprimée (donneurs de crédits p. ex.), au détriment en particulier des petites et moyennes entreprises ainsi que des consommateurs.
- Le statut plus favorable que les décisions judiciaires dont jouiraient les titres authentiques dans l'*exécution de créances en argent* a été également critiqué. D'après l'avant-projet, la déclaration exécutoire aurait permis au créancier de requérir directement la continuation de la poursuite (art. 88 LP) – sans poursuite préalable (voir art. 341 AP). Le créancier au bénéfice d'un titre authentique aurait été avantagé, non seulement sur le plan de la procédure, mais aussi sur le plan temporel (voir art. 110 LP).
- La «procédure préliminaire» portant sur l'octroi par l'officier public d'une *clause d'exécution* (art. 339 AP) a été rejetée: cette procédure a été considérée, d'une part, comme trop lourde et, d'autre part, le pouvoir de cognition (limité) de l'officier public est apparu comme étranger au système et peu clair.

Bien que le projet ait tenu compte de ces critiques (voir le commentaire des articles respectifs), le Conseil fédéral a maintenu l'institution du titre authentique exécutoire et ce pour les raisons suivantes:

- Tout d'abord, la Suisse peut mettre ainsi un terme à la *discrimination* qui existait vis-à-vis des Etats parties à la convention de Lugano. Les titres authentiques de ces pays doivent aujourd'hui déjà être exécutés en Suisse selon les mêmes procédures que les jugements (art. 50 CL), tandis que les titres authentiques dressés en Suisse ne bénéficient pas du même traitement à l'étranger, faute d'une réglementation juridique claire.
- Le titre authentique exécutoire peut en outre apporter des avantages notables dans les rapports juridiques à l'intérieur de la Suisse, par une simplification de l'exécution (protection du créancier) et en contribuant à décharger les tribunaux.

En règle générale, le titre authentique exécutoire peut avoir n'importe quelle prestation pour objet (*phrase introductive*; pour les exceptions, voir art. 346): une prestation pécuniaire, unique ou périodique (p. ex. le remboursement et les intérêts d'un prêt, le versement d'une rente), une prestation en nature (p. ex. la livraison d'une chose mobilière, des travaux de construction), une déclaration de volonté (la réquisition de transfert de la propriété immobilière au registre foncier ou d'octroi d'un droit réel restreint sur un immeuble). La procédure se déroule toutefois différemment selon que le titre authentique porte sur une prestation en argent ou sur un autre type de prestation:

- Une *prestation en argent* s'exécute comme aujourd'hui par voie de poursuite, mais ce type particulier de titre authentique vaudra dorénavant titre de mainlevée *définitive* (art. 347).
- Le titre authentique ayant pour objet une prestation non pécuniaire sera exécuté selon la procédure spéciale prévue aux art. 348 et 349.

Pour que le titre authentique puisse être exécuté ainsi, il doit cependant remplir des conditions, formelles et matérielles, déterminées:

1. Il doit être dressé selon les *prescriptions cantonales applicables en matière d'instrumentation des actes authentiques* (art. 55 Tit. fin. CC).
2. Il doit contenir une *déclaration d'exécution directe* de la partie qui s'oblige (*let. a*)<sup>225</sup>. La déclaration d'exécution directe doit être faite en personne par la partie qui s'oblige; la représentation – conférée par pouvoirs exprès – est toutefois admissible. L'officier public a un *devoir spécial d'information*: il lui incombe de renseigner la partie qui s'oblige sur les conséquences de sa déclaration.
3. La *cause juridique* de la prestation promise doit être *mentionnée* dans le titre authentique (*let. b*). En revanche, il n'est pas nécessaire d'instrumenter tout le contenu de l'obligation en la forme authentique. Un titre authentique exécutoire peut ainsi être instrumenté après coup, pour des prestations qui ont déjà été convenues oralement, par voie électronique ou en la forme écrite simple. Une reconnaissance abstraite d'obligation ne suffit pas.
4. La prestation due doit être *suffisamment déterminée* dans le titre (*let. c, ch. 1*). Une prestation en argent doit ainsi être chiffrée ou pouvoir être quantifiée sans équivoque. Les principes valables pour la reconnaissance de dette selon la LP s'appliquent ici aussi.
5. La partie qui s'oblige doit avoir reconnu la prestation due dans le titre (*let. c, ch. 2*).
6. Enfin, la prestation due doit être *exigible* (*let. c, ch. 3*), pour une prestation pécuniaire, au moment de la notification du commandement de payer (art. 71 s. LP), et, pour une autre prestation, au moment de la notification du titre à la partie qui s'oblige (art. 348, al. 1).

L'exécution directe du titre authentique est laissée au libre choix de l'ayant droit. En lieu et place, il lui est loisible d'agir en justice pour obtenir une décision judiciaire sur sa prétention et, ensuite, d'en demander l'exécution par la voie ordinaire.

<sup>225</sup> Voir le rapport relatif à l'AP, p. 158 pour des exemples.

Art. 346            Exceptions

Le titre authentique exécutoire ne doit pas servir à contourner les règles du procès civil social et la protection particulière du droit privé social. C'est pourquoi la partie qui s'oblige ne peut pas, pour certaines prestations déterminées, se soumettre à une exécution directe – même si leur valeur litigieuse venait à dépasser la limite fixée pour la procédure simplifiée (art. 239). Cela a toute son importance pour les prétentions du droit du travail, de droit du bail et de droit de la consommation. Le projet prend ce faisant en considération les critiques émises par les participants à la consultation qui craignaient des abus de position dominante sur le marché.

Art. 347            Titre portant sur une prestation en argent

Le bénéficiaire d'un titre authentique doit – comme n'importe quel autre créancier – engager une poursuite, pour obtenir l'exécution de sa prétention. Il ne peut donc pas s'épargner d'introduire la poursuite selon la LP, comme le prévoyait l'avant-projet (vivement critiqué sur ce point). En revanche, arrivé au stade de la mainlevée, il bénéficie d'un avantage non négligeable: si le titre authentique remplit les conditions de l'art. 345, il ne vaut pas simplement titre de mainlevée provisoire, mais bien *titre de mainlevée définitive*. La LP sera adaptée en conséquence (art. 80 et 81 P-LP, ch. 17 de l'annexe).

Ce titre de mainlevée définitive n'est pourtant pas doté de la même efficacité qu'une décision judiciaire: sur le plan matériel, le débiteur n'est notamment pas limité dans ses exceptions (art. 81, al. 2, LP) – dans cette mesure, la situation est la même que dans la mainlevée provisoire. Le *degré de la preuve* libératoire est toutefois plus exigeant: la partie obligée ne peut se contenter de montrer la vraisemblance de ses exceptions, elle doit bien plus pouvoir les *prouver immédiatement*. La preuve par titre est en règle générale indispensable. Si la preuve est admise, l'ayant droit peut encore *agir en reconnaissance de son droit* (art. 79 LP), car la force de chose jugée fait défaut au titre et la procédure de mainlevée n'a pas le bien-fondé de la prétention pour objet.

La partie qui s'oblige peut par ailleurs agir en «libération», si la mainlevée définitive est prononcée. Elle ne pourra cependant pas tenter l'action (suspensive) en libération de dette de l'art. 83, al. 2, LP, mais seulement procéder par une voie extraordinaire. Elle dispose, à titre principal, d'une action en constatation négative sur le modèle de l'art. 85a LP. Mais l'action en répétition de l'indu reste bien entendu aussi ouverte (art. 86 LP). Si le titre authentique ne remplit pas les conditions particulières de l'art. 345, il permettra quand même – comme jusqu'à présent – d'obtenir la mainlevée provisoire.

Art. 348 à 349      Titre portant sur une autre prestation

La procédure d'exécution d'une prestation non pécuniaire est calquée sur la poursuite:

- L'ayant droit dépose une *requête* à cet effet (art. 348, al. 1) – à l'image d'une réquisition de poursuite – auprès de l'officier public. La compétence de ce dernier sera déterminée par le droit cantonal. Le plus souvent, il s'agira de la personne qui a dressé le titre et qui en conserve l'original.

- L’officier public notifie à la personne qui s’est obligée – à l’instar du commandement de payer – une *copie du titre* certifiée conforme, et lui fixe un délai de 20 jours pour s’exécuter. La notification est régie par les art. 134 ss. L’officier public – tout comme l’office des poursuites – ne dispose d’aucun pouvoir de cognition s’agissant de la prétention. La personne qui s’est obligée peut faire valoir ses objections devant le tribunal de l’exécution, et au nombre de celles-ci, les vices liés à la notification.
- Si l’officier public refuse de procéder à la notification, l’ayant droit de la prestation ne dispose d’aucune voie de recours selon le CPC, car ce refus n’est pas une décision judiciaire. Seul le recours à l’autorité de surveillance, prévu par le droit notarial (de droit cantonal) serait envisageable. Si l’on exclut ce dernier, l’ayant droit de la prestation ne peut qu’intenter une action en justice.
- Si l’exécution n’a pas lieu dans le délai fixé, l’ayant droit est habilité à présenter une *requête d’exécution* au tribunal de l’exécution (art. 348, al. 2).

La procédure finale devant le tribunal de l’exécution se déroule de façon similaire à celle de l’exécution d’une décision:

- La *compétence à raison* du lieu est identique (art. 337, al. 1, let. a et b).
- Le tribunal de l’exécution rend sa décision en procédure *sommaire* (art. 337, al. 2). A ce titre, il examine *d’office* le caractère exécutoire du titre (art. 339, al. 1): Même en l’absence d’objections de la partie obligée, il a l’obligation de vérifier si les conditions particulières de l’art. 345 sont remplies. Il doit également vérifier *d’office* la notification régulière du titre authentique et l’écoulement du délai pour l’exécution.
- La personne qui s’est obligée *doit être entendue* (art. 339, al. 2). En plus d’objections de forme (p. ex. l’incompétence du tribunal de l’exécution, l’inobservation du délai d’exécution, un vice du titre authentique), elle peut opposer toutes les *exceptions de fond* à la prétention invoquée, pour autant qu’elles puissent être prouvées sur-le-champ (art. 349, al. 1). Le degré de la preuve libératoire est ainsi identique à celui applicable à un titre portant sur une prestation en argent (art. 81, al. 2, LP). Si la partie qui s’est obligée n’est pas en mesure d’apporter les preuves exigées, elle peut toujours introduire un procès civil en bonne et due forme (art. 350), car dans le cas de l’exécution de prestations non pécuniaires aussi, ni le titre authentique, ni la procédure d’exécution, ne permettent de déterminer le bien-fondé de la prétention.
- Des *mesures conservatoires* peuvent être ordonnées en cas de nécessité (art. 338).
- Si le titre authentique a pour objet une *déclaration de volonté*, cette dernière est remplacée par la décision du tribunal de l’exécution (art. 349, al. 2; une réquisition au registre foncier, p. ex.). Le tribunal de l’exécution peut là aussi donner les instructions nécessaires.
- La décision du tribunal de l’exécution est sujette au recours limité au droit (art. 316 ss).

Ni le titre authentique lui-même, ni la décision du tribunal de l'exécution, n'ont force de chose jugée eu égard à la prestation due. C'est pourquoi la partie obligée peut *déposer une action négatoire* portant sur la prétention, si le créancier choisit la voie de l'exécution directe.

La partie qui s'est obligée dispose tout d'abord d'une action en constatation négative – fondée, sur l'art. 85a LP (voir le commentaire de l'art. 347) en cas d'exécution d'une prestation pécuniaire, et sur l'art. 86 du projet pour une autre prestation. L'exécution en cours ou la poursuite fondent à elles seules l'intérêt à cette constatation. Une *action en répétition de l'indu* est également envisageable, lorsque le créancier a obtenu l'exécution sans droit. La voie du procès civil demeure évidemment aussi ouverte à l'*ayant droit*, si le tribunal de l'exécution rejette la requête d'exécution: dans ce cas, il dispose en premier lieu de l'action condamnatoire (art. 82).

## 5.25 Arbitrage interne

### 5.25.1 Remarques préliminaires

#### Situation initiale

L'arbitrage interne est actuellement régi dans tous les cantons par le concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969<sup>226</sup>, alors que l'arbitrage international est soumis à la LDIP (Chap. 12, art. 176 à 194).

Le législateur fédéral a saisi l'occasion de l'élaboration de la LDIP pour créer une réglementation de droit fédéral pour l'arbitrage international, caractérisée par la flexibilité et par un respect maximum de l'autonomie des parties<sup>227</sup>. L'unification du droit de procédure civile offre aujourd'hui la même possibilité pour l'arbitrage interne.

#### Rendre la place d'arbitrage suisse plus attrayante

L'arbitrage interne doit connaître le même succès que notre arbitrage international (voir aussi ci-dessus ch. 3.2.1). Le projet prévoit des mesures concrètes en vue d'atteindre ce but; par exemple:

- La possibilité donnée au tribunal arbitral d'ordonner lui-même des mesures provisionnelles (art. 372);
- La facilitation de la compensation (art. 375);
- La possibilité de recourir directement au Tribunal fédéral (art. 387) contre la sentence arbitrale.

Les défauts du droit concordataire en vigueur ont de même été corrigés.

<sup>226</sup> CA.

<sup>227</sup> Message du Conseil fédéral 10 novembre 1982 concernant une loi fédérale sur le droit international privé, FF 1983 I 284.

## **Maintien du dualisme entre l'arbitrage international et l'arbitrage interne**

Le projet, comme l'avant-projet, ne règle que l'arbitrage interne. L'adoption d'un *code unique* – règles identiques pour l'arbitrage interne et international – n'a pas trouvé de soutien majoritaire lors de la consultation. Aucun motif ne justifie en effet la modification des dispositions reconnues de la LDIP sur l'arbitrage international. Inversement, soumettre l'arbitrage interne aux dispositions de la LDIP ne permet pas de tenir compte de ses spécificités et écarterait sans raison les règles reconnues et éprouvées du concordat. C'est pour ces raisons que la loi-type de la CNUDCI en particulier n'a pas été prise comme base du projet. Cette loi a par ailleurs essentiellement pour objet la procédure arbitrale internationale. Le système dualiste est donc maintenu: l'arbitrage international demeure du ressort de la LDIP et l'arbitrage interne sera désormais régi par la loi suisse de procédure civile.

Pour tenir compte des inconvénients que peut présenter cette solution, l'art. 351, al. 2 autorise les parties, en cas d'arbitrage interne, à choisir l'application du chap. 12 de la LDIP. Ainsi, des affaires de nature internationale pourront être soumises aux règles de la LDIP alors même que le domicile des parties et le siège du tribunal arbitral se trouvent en Suisse. De même, les parties à un arbitrage international peuvent convenir de l'application de la Partie 3 du CPC (art. 176, al. 2, P-LDIP; ch. 18 de l'annexe).

## **Fondements du projet**

Le projet se fonde sur le concordat en vigueur qui a fait ses preuves; la LDIP et la loi-type de la CNUDCI ont été mises à profit lorsque des compléments et des adaptations s'imposaient. La pratique doit pouvoir continuer à s'appuyer autant que possible sur la doctrine et la jurisprudence actuelles.

Contrairement à l'art. 1, al. 3, CA, les dispositions impératives ne sont pas énumérées. En effet, l'expérience a montré que l'énumération d'une longue série de dispositions impératives peut être source d'erreurs. La sécurité du droit ne s'en trouve donc pas garantie, comme l'ont avancé quelques participants à la consultation. Le projet s'en tient donc à la solution de l'avant-projet.

La nature impérative d'une disposition sera déterminée par interprétation. Pour les mêmes raisons, le projet s'abstient de désigner les dispositions non impératives par un renvoi à l'admissibilité d'une convention divergente passée entre les parties.

## **Rapport avec l'ensemble de la procédure civile suisse**

La partie consacrée à l'arbitrage a été délibérément dissociée du reste de la procédure civile. En principe, on ne saurait tirer aucune conclusion pour la procédure d'arbitrage des règles applicables aux tribunaux étatiques. Pour la même raison, on a en principe évité les renvois à d'autres dispositions du projet: la partie 3 du futur code de procédure civile suisse doit être appliquée comme une loi indépendante et considérée comme formant un tout.

Les parties et les arbitres peuvent bien sûr s'inspirer du reste code de procédure civile pour établir la procédure ou déclarer quelques titres applicables (p. ex. les dispositions sur la preuve).

Comme dans le concordat, dans la LDIP ainsi que dans bon nombre de modèles étrangers (en grande partie aussi dans la loi-type de la CNUDCI), la procédure arbitrale n'est pas réglementée en détail dans le nouveau CPC: les parties et le

tribunal arbitral disposent donc d'une grande autonomie pour fixer les règles. Cette flexibilité est nécessaire pour adapter l'organisation de la procédure aux spécificités de chaque cas. Pour cette raison, l'application subsidiaire des dispositions étatiques de procédure civile, très critiquée, n'a pas été reprise (voir art. 24, al. 2, CA).

### **Contrat d'arbitre**

Le contrat d'arbitre (convention entre les parties et les membres du tribunal d'arbitrage) ne fait pas l'objet du droit de procédure. C'est une convention de droit matériel. Pour cette raison, il convient d'apprécier selon le droit matériel applicable (en général le droit suisse) si elle doit être qualifiée de mandat ou uniquement être assimilée à un mandat (voir aussi le commentaire des art. 361 et 362). La responsabilité d'un arbitre pour exécution imparfaite de son mandat est également régie par le droit matériel.

## **5.25.2 Dispositions générales**

### *Art. 351*      Champ d'application

*L'al. 1* est le pendant de l'art. 176, al. 1, LDIP qui définit à l'aide de critères formels la notion d'arbitrage international (siège du tribunal arbitral en Suisse, domicile ou résidence à l'étranger pour au moins l'une des parties au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage). Le champ d'application de la Partie 3 est défini négativement par rapport à l'art. 176, al. 1, LDIP.

*L'al. 2* a été introduit suite aux critiques émises lors de la consultation. Il a été relevé que la distinction de nature formelle entre arbitrage interne et international pouvait avoir comme effet indésirable de soumettre des affaires semblables à des règles différentes du simple fait qu'une partie est domiciliée en Suisse ou à l'étranger. Il en résulterait une inégalité de traitement, qui a en particulier son importance dans le domaine du droit du sport. *L'al. 2* permet notamment aux associations sportives de soumettre des arbitrages internes aux art. 176 ss LDIP.

### *Art. 352*      Objet de l'arbitrage

Le contenu de cette disposition correspond à la première partie de l'art. 5 CA. L'art. 177, al. 1, LDIP, selon lequel seules les causes de nature patrimoniale peuvent faire l'objet d'un arbitrage, n'a donc pas été repris.

La disponibilité d'une prétention et son étendue sont déterminées par le droit matériel. Dans les cas d'arbitrage interne, il s'agira généralement du droit suisse. Un droit qui n'est pas disponible ne peut être soustrait aux juridictions étatiques en cas de litige.

La notion de «libre disposition» du droit va d'une part plus loin que le terme de «cause de nature patrimoniale» car elle englobe aussi les litiges qui ne sont pas de nature patrimoniale, comme l'exclusion d'un membre d'une association culturelle ou des prétentions de nature non patrimoniale découlant d'une violation des droits de la personnalité. Par ailleurs, elle est plus restrictive car il faut vérifier dans chaque

cas la disponibilité du droit. Cette vérification n'est pas exigée dans l'arbitrage international<sup>228</sup>.

Le caractère impératif d'un for n'a par contre aucune influence sur l'arbitrabilité d'un litige. Le législateur en a décidé ainsi lors de l'adoption de la LFors<sup>229</sup>.

#### *Art. 353*      Siège du tribunal arbitral

Les *al. 1 à 4* correspondent quant au contenu à l'art. 2 CA; ils ont néanmoins été adaptés du point de vue rédactionnel. L'*al. 5* concernant le lieu où le tribunal arbitral se réunit est nouveau et confirme une pratique depuis longtemps courante tant en matière d'arbitrage interne que d'arbitrage international.

#### *Art. 354*      Tribunaux étatiques compétents

Cette disposition diverge de l'art. 3 CA en ce sens qu'elle sépare délibérément l'instance étatique compétente pour les recours et l'entraide en matière d'exécution (tribunal supérieur) de l'instance qui ne fait que prêter son concours à la procédure. Cela permet d'éviter par exemple qu'un tribunal doive juger en procédure de recours la décision d'un arbitre nommé par lui. Comme dans le concordat (art. 3 CA en relation avec l'art. 45 CA), les compétences des tribunaux étatiques cantonaux sont réglementées de manière exhaustive.

La compétence alternative qu'ont les tribunaux étatiques d'ordonner des mesures provisionnelles et leur exécution, prévue à l'art. 372, est soumise aux règles générales sur la compétence à raison du lieu (art. 12) et de la matière (droit cantonal selon l'art. 3). Pour les procédures arbitrales, le lieu où la compétence pour connaître de l'action principale est donnée (art. 12, let. a) est le siège du tribunal arbitral déjà constitué ou à constituer.

### **5.25.3                      Convention d'arbitrage**

#### *Art. 355*      Convention d'arbitrage

L'*al. 1* reprend l'art. 4 CA. La notion de «convention d'arbitrage» englobe à la fois le compromis, conclu sur des litiges existants, et la clause compromissoire, qui se rapporte à des litiges futurs. Elle est conforme à la terminologie utilisée à l'art. 178 LDIP. Cette distinction terminologique n'a pas besoin de figurer dans le texte de loi.

L'*al. 2* correspond à la première partie de la phrase de l'art. 178, al. 3, LDIP, alors que le contenu de la seconde partie de la phrase figure déjà dans l'al. 1.

L'on a renoncé à prévoir un alinéa correspondant à l'art. 178, al. 2, LDIP sur le droit applicable à la convention d'arbitrage. De ce fait, pour ce qui est de l'arbitrage interne, la validité d'une convention d'arbitrage doit être uniquement jugée selon le droit suisse même si le rapport de droit litigieux est soumis au droit étranger, ce qui sera rarement le cas.

<sup>228</sup> Voir ATF 118 II 353 ss.

<sup>229</sup> BO 1999 E 892 s.

*Art. 356*      Forme

L'*al. 1* reprend l'art. 178, al. 1, LDIP. La convention d'arbitrage peut donc être également conclue par des moyens modernes de communication (p. ex. le courrier électronique). Elle ne se limite donc plus, comme le prévoyait l'art. 6 CA, à la forme écrite aux sens des art. 13 ss CO. La formulation choisie est également compatible avec l'art. 2, ch. 2 de la convention de New York<sup>230</sup>.

L'art. 6, al. 2, CA sur les clauses compromissoires contenues dans des statuts ou dans un règlement n'a pas été repris. Les principes applicables sont donc les principes généraux sur la forme des conventions d'arbitrage – comme pour les clauses d'élection de for statutaires (voir art. 16, al. 2).

*Art. 357*      Contestation de la compétence du tribunal arbitral

L'*al. 1* correspond pour l'essentiel à l'art. 8 CA. Mais contrairement au régime du concordat où la question était contestée, la constitution régulière du tribunal arbitral est considérée comme une question de compétence. Le tribunal arbitral n'est pas obligé de statuer sur la compétence par une décision incidente.

L'*al. 2* correspond à l'art. 8, al. 2, CA et, quant au contenu, également à l'art. 186, al. 2, LDIP.

## 5.25.4                      Constitution du tribunal arbitral

*Art. 358*      Nombre des arbitres

L'*al. 1* est une formulation abrégée des art. 10 et 11, al. 1, CA. Comme c'est le cas actuellement, il permettra la constitution d'un tribunal arbitral composé d'un nombre pair de membres. Certes, le cas se présente rarement, mais il est prévu, par exemple, pour les litiges de petite importance à l'art. 51, al. 2 du nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce italienne pour la Suisse<sup>231</sup>.

L'*al. 2* s'inspire de la Section 15 de l'*Arbitration Act* anglais. Il s'agit d'une règle de présomption qui entend garantir qu'un tribunal arbitral ne soit constitué avec un nombre pair de membres que si cela correspond à la volonté effective des parties<sup>232</sup>. Par contre, la disposition de l'art. 11, al. 4, CA n'a pas été reprise: si un tribunal arbitral a un nombre pair de membres, il appartient au tribunal ou aux parties de trouver une solution en cas d'égalité des voix.

*Art. 359*      Nomination des arbitres par les parties

L'*al. 1* correspond à l'art. 179, al. 1, LDIP, l'*al. 2* est une version remaniée de l'art. 11, al. 3, CA et l'*al. 3* correspond à l'art. 11, al. 2, CA. L'*al. 4* reprend l'actuel art. 274c CO.

<sup>230</sup> Convention du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères; RS **0.277.12**.

<sup>231</sup> Disponible sur Internet: [http://www.ccis.ch/pdf/Reglement\\_Franzosisch.pdf](http://www.ccis.ch/pdf/Reglement_Franzosisch.pdf).

<sup>232</sup> Voir également ATF **121 I 81** ss.

### *Art. 360* Nomination par le tribunal étatique

L'*al. 1* reprend l'art. 12, CA. Le désaccord des parties sur le choix du président a été ajouté. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>233</sup>, le défaut de désignation par l'organe choisi par les parties y figure ainsi que les délais à respecter.

L'*al. 2* est nouveau. Il permet au tribunal étatique de nommer tous les arbitres d'un arbitrage multipartite, évitant ainsi le blocage de la procédure<sup>234</sup>. Ce problème survient par exemple en présence de quatre parties et d'un tribunal de trois arbitres. Le tribunal étatique a dans ce cas la faculté de nommer tous les arbitres, mais il pourra trouver une autre solution adaptée au cas d'espèce.

L'*al. 3* correspond à l'art. 179, al. 3, LDIP.

### *Art. 361* Obligation de révéler

Cette disposition est nouvelle. Elle correspond à l'usage national et international et s'appuie sur la formulation de l'art. 12, ch. 1 de la loi-type de la CNUDCI. Si l'on qualifie la mission de l'arbitre de contrat de mandat, comme le fait la doctrine presque unanime, le devoir de révéler découle également des obligations du mandataire (art. 398, al. 2, CO). Contrairement à l'avant-projet, le critère de l'impartialité est énoncé explicitement pour plus de clarté et pour aligner le texte sur le droit étranger et international.

Afin de protéger le secret professionnel des avocats ainsi que d'autres obligations de garder le secret, l'obligation de révéler est limitée à la présence de faits: les faits mêmes, pertinents quant au secret, ne doivent donc pas être révélés.

### *Art. 362* Acceptation du mandat

Les *al. 1 et 2* correspondent à l'art. 14 CA, sans toutefois limiter l'acceptation des arbitres à la «contestation qui leur est soumise», comme prévu à l'art. 14, al. 2, CA. La pratique décidera si les arbitres sont tenus de rester en fonction en cas d'élargissement considérable du litige. En outre, l'al. 2 a pour conséquence que personne ne peut être obligé d'accepter un mandat comme arbitre.

### *Art. 363* Secrétaire

Le contenu de cet article correspond à celui de l'art. 15 CA.

### *Art. 364* Durée de la mission

Cette disposition correspond à l'art. 16, al. 1 et 2, CA. Le tribunal arbitral doit rendre sa sentence et la notifier aux parties dans le délai fixé.

La prolongation de délai de l'*al. 2* est aussi applicable en cas de remplacement (art. 369) et de renvoi (art. 392 et 397), sans qu'il soit nécessaire de le prévoir explicitement comme à l'art. 43, al. 4, CA.

La règle de l'art. 16, al. 3, CA est un cas d'application de l'art. 371, al. 4 et n'a de ce fait pas été reprise.

<sup>233</sup> Voir ATF **110** Ia 59 ss.

<sup>234</sup> Problématique illustrée par l'arrêt de la Cour de Cassation du 7 janvier 1992, affaire Dutco, Bull.civ.I n° 2.

## 5.25.5

### Récusation, révocation et remplacement des arbitres

#### *Art. 365* Récusation d'un arbitre

Cette disposition se fonde sur l'art. 180, al. 1 et 2, LDIP. Comme à l'art. 361, l'impartialité de l'arbitre est expressément requise.

#### *Art. 366* Récusation du tribunal arbitral

Cette disposition correspond à l'art. 19 CA. Elle est importante surtout pour les tribunaux arbitraux dans lesquels une association ou, en cas de clauses compromissaires statutaires, une société exerce une influence sur la constitution du tribunal arbitral<sup>235</sup>. Comme en cas de récusation d'un arbitre, la communication immédiate au tribunal arbitral et à la partie adverse a été prévue (*al. 1, 2<sup>e</sup> phr.*).

#### *Art. 367* Procédure de récusation

Le contenu des *al. 1 à 3* correspond pour l'essentiel au contenu des art. 20 et 21, CA. Ils disposent que la demande doit être adressée en premier lieu à l'organe désigné par les parties.

L'*al. 4* est nouveau et correspond à la position de la doctrine.

L'*al. 5* est nouveau et s'appuie sur l'art. 180, al. 3, LDIP. Il est applicable en cas de décision de récusation de l'organe désigné par les parties ou du tribunal étatique. Afin d'éviter les abus, il exclut tout recours indépendant, même devant le Tribunal fédéral<sup>236</sup>. Le concordat n'est pas clair à ce propos.

#### *Art. 368* Révocation

L'*al. 1* correspond à l'art. 22, al. 1, CA.

L'*al. 2* rassemble en une seule disposition la révocation selon l'art. 22, al. 2, CA et le recours pour retard injustifié selon l'art. 17 CA. Il renferme en conséquence une référence aux délais à respecter («en temps utile»).

Le recours contre la décision de révocation (*al. 3*) est soumis à la même règle que la décision sur la récusation (art. 367, al. 5).

#### *Art. 369* Remplacement d'un arbitre

L'*al. 1* correspond quant au fond à l'art. 23, al. 1, CA. Il précise en outre que les parties peuvent prévoir autre chose pour la nomination d'un arbitre de remplacement. Elles peuvent également le faire au préalable, dans la convention d'arbitrage.

L'*al. 2* correspond quant au fond à l'art. 23, al. 2, CA. Les situations où la convention doit être considérée comme caduque ont été explicitées: la convention peut le prévoir expressément. La personne de l'arbitre choisi peut également constituer la raison d'être de la convention d'arbitrage.

<sup>235</sup> Voir p. ex. ATF 97 I 488 ss; 76 I 87 ss.

<sup>236</sup> Voir pour la LDIP, ATF 122 I 370.

L'*al.* 3 diverge de l'art. 23, al. 3, CA. Désormais, le pouvoir de décider si les actes de procédure conservent leur validité ne revient plus au tribunal étatique, mais au tribunal arbitral reconstitué. En effet, le tribunal étatique n'est pas en mesure de connaître véritablement l'objet du procès pour pouvoir rendre une décision adéquate. Le projet tient donc compte des critiques émises à l'encontre des règles juridiques actuelles.

L'*al.* 4 correspond à l'art. 23, al. 4, CA.

## 5.25.6 Déroulement de la procédure arbitrale

### *Art. 370* Litispendance

L'*al.* 1 correspond à l'art. 181 LDIP, à une innovation près: la litispendance peut également être déclenchée par l'introduction de la procédure de conciliation préalable convenue entre les parties.

Malgré l'identité des notions, la litispendance n'a pas les mêmes effets en procédure arbitrale que dans la procédure civile devant les tribunaux étatiques. Ainsi, elle ne fonde pas de compétence en matière de demande reconventionnelle (voir à ce sujet l'art. 375, al. 2).

L'*al.* 2 précise la relation entre un tribunal étatique et un tribunal arbitral lorsque tous deux sont saisis du même litige entre les mêmes parties. Si le premier tribunal saisi est le tribunal étatique, l'art. 59 s'applique (voir art. 7 LDIP).

### *Art. 371* Règles générales de procédure

L'*al.* 1 correspond à l'art. 182, al. 1, LDIP.

L'*al.* 2 correspond du point de vue du contenu à l'art. 182, al. 2, LDIP. En particulier, l'abandon de la seconde partie de la phrase n'a pas de portée matérielle.

L'*al.* 3 est nouveau et confirme l'admissibilité de la délégation, fréquente dans la pratique, de certaines questions de procédure au président du tribunal arbitral.

L'*al.* 4 correspond à l'art. 182, al. 3, LDIP.

Le contenu de l'*al.* 5 correspond à celui de l'art. 25, let. d, CA. L'art. 7 CA, qui prévoyait la nullité de clauses excluant les juristes de la procédure, a été supprimé. Ces clauses peuvent en effet reposer sur des motifs légitimes comme la volonté de limiter les frais de la procédure ou créer un climat propice à un règlement amiable. Il revient à la pratique de déterminer les limites que posent le droit d'être entendu et la protection de la personnalité à la licéité de telles clauses.

L'*al.* 6 correspond à la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>237</sup>.

### *Art. 372* Mesures provisionnelles, sûretés et dommages-intérêts

Cette nouvelle disposition tient compte des revendications de la doctrine et remplace le très controversé art. 26 CA, lequel réserve exclusivement au juge étatique l'ordonnance de mesures provisionnelles. Elle s'appuie sur l'art. 183 LDIP.

<sup>237</sup> Voir entre autres ATF 119 II 388.

Conformément à la doctrine et à la pratique actuelles relatives à l'art. 183 LDIP, l'*al. 1* dispose que le tribunal étatique et le tribunal arbitral sont tous deux compétents pour ordonner des mesures provisionnelles. Le demandeur de la mesure a donc la possibilité de choisir l'instance la plus appropriée.

Eu égard au second point controversé de l'art. 183, al. 2, LDIP, l'*al. 2* dispose que le tribunal étatique étranger ou suisse dont le concours est requis n'ordonne pas ses propres mesures provisionnelles, mais prend uniquement les mesures nécessaires à l'exécution des mesures ordonnées par le tribunal arbitral. Le tribunal étatique applique son propre droit. Il peut ainsi reformuler ou modifier les mesures provisionnelles ordonnées par le tribunal arbitral pour les rendre conformes à son propre droit. En outre, le tribunal étatique peut – contrairement au tribunal arbitral – menacer d'une peine pour insoumission en vertu de l'art. 292 CP.

Comme l'art. 183, al. 3, LDIP et l'art. 260, al. 1 pour la procédure devant un tribunal étatique, l'*al. 3* donne au tribunal arbitral la compétence de requérir la fourniture de sûretés appropriées.

Les *al. 4 et 5* concernant la responsabilité du requérant et la libération des sûretés sont nouveaux et correspondent, du point de vue du contenu, à l'art. 260, al. 2 et 3 concernant la procédure devant les tribunaux étatiques. Le tribunal arbitral n'est compétent pour juger des prétentions en dommages-intérêts émises à l'encontre du requérant que si elles sont invoquées durant la procédure arbitrale en cours. Si tel n'est pas le cas, c'est le tribunal étatique qui est compétent à cet égard, à moins qu'une interprétation de la convention arbitrale permette de dire qu'un tribunal arbitral est également compétent pour ces prétentions.

Le projet – comme la LDIP – ne réglemente pas les mesures superprovisionnelles. Mais elles sont également admises en procédure arbitrale. Pour ce qui est du droit d'être entendu (ultérieurement), le tribunal arbitral peut s'inspirer de l'art. 261, al. 2, applicable aux tribunaux étatiques.

#### *Art. 373* Administration des preuves et concours du tribunal étatique

L'*al. 1* correspond à la fois à l'art. 27, al. 1, CA et à l'art. 184, al. 1, LDIP.

L'*al. 2* va plus loin que l'art. 27, al. 2, CA. Il s'appuie sur l'art. 184, al. 2, LDIP et inclut en même temps l'art. 185 LDIP. Il n'est simplement pas précisé ici que le tribunal étatique applique son propre droit, car cela va de soi.

L'*al. 3* est nouveau et dispose que les membres du tribunal arbitral aussi peuvent, mais ne doivent pas participer à l'administration des preuves et à d'autres actes judiciaires.

#### *Art. 374* Consortité, cumul d'actions et participation de tiers

Les *al. 1 et 2* sont nouveaux. Ils permettent – à certaines conditions – la consorité active et passive ainsi que le cumul objectif d'actions. La possibilité d'une procédure rassemblant plusieurs parties accroît l'efficacité de la juridiction arbitrale.

L'*al. 3* reprend le contenu de l'art. 28 CA.

*Art. 375*      Compensation et reconvention

L'*al. 1* élimine un objet de critique majeur du concordat et répond aux besoins de la pratique. Le tribunal arbitral n'aura plus l'obligation de suspendre la procédure arbitrale jusqu'à décision sur la créance compensante par la juridiction compétente, comme le prévoit impérativement l'art. 29 CA. Le projet s'inspire des règlements d'arbitrage de diverses chambres de commerce<sup>238</sup>. Inversement, une prétention qui fait l'objet d'une convention d'arbitrage doit pouvoir être compensée devant un tribunal étatique.<sup>239</sup>

Les parties qui entendent exclure entièrement ou partiellement la possibilité de compensation devant un tribunal arbitral ou étatique doivent donc convenir d'une renonciation à la compensation. La validité et la portée de la renonciation relèvent toujours de la compétence du tribunal arbitral ou, le cas échéant, du tribunal étatique.

L'*al. 2* dispose que la reconvention nécessite une convention d'arbitrage concordante. La connexité n'est par contre pas requise. La convention qui couvre la prétention invoquée par voie reconventionnelle doit ainsi correspondre pour l'essentiel à la convention couvrant la prétention qui fait l'objet de la demande principale. La demande reconventionnelle ne sera ainsi pas admise si l'une des conventions prévoit un tribunal composé d'informaticiens et l'autre un tribunal composé de spécialistes du droit du sport.

*Art. 376*      Avance de frais

L'*al. 1* correspond à l'art. 30, al. 1, CA. Implicite dans le CA, la réserve concernant les conventions des parties est explicite dans le projet. Des règlements d'arbitrage convenus par les parties peuvent, par exemple, contenir des règles sur les honoraires.

La première phrase de l'*al. 2* correspond à l'art. 30, al. 2, CA. La seconde phrase par contre diverge du concordat: la partie qui n'est pas défaillante, si elle renonce à l'arbitrage, a le droit soit d'introduire une nouvelle procédure arbitrale, soit de traduire la partie adverse devant le tribunal étatique. Grâce à cette nouveauté, la partie qui ne s'acquitte pas de l'avance de frais qui lui incombe ne pourra plus provoquer la caducité de la convention d'arbitrage.

*Art. 377*      Sûretés pour les dépens

Cette disposition est nouvelle. Le CA et la LDIP ne règlent pas cette question. L'avant-projet partait du principe que les sûretés pour les dépens ne seraient pas admises. Cette position a été critiquée à juste titre lors de la consultation.

Si la sûreté n'est pas fournie, le défendeur peut renoncer à l'arbitrage en vertu de l'art. 376, al. 2, appliqué par analogie. Un nouvel arbitrage ou une demande devant le tribunal étatique sont alors possibles.

<sup>238</sup> Voir art. 12, al. 1 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce tessinoise, art. 29, al. 1 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce bâloise et art. 29, al. 1 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce zurichoise.

<sup>239</sup> Voir l'avis contraire exprimé par le Tribunal fédéral dans un arrêt ancien: ATF 63 II 133.

*Art. 378* Assistance judiciaire

Cette disposition était déjà prévue à l'art. 105, al. 2, let. c de l'avant-projet, dans le chapitre concernant l'assistance judiciaire gratuite. Elle a été déplacée dans la partie sur l'arbitrage pour des raisons de systématique.

## 5.25.7 Sentence

*Art. 379* Droit applicable

Le projet s'écarte de l'avant-projet et s'aligne sur la formulation de l'art. 187 LDIP. Il reprend ainsi à son compte les propositions faites par les participants à la consultation.

*L'al. 1* établit la priorité donnée au choix des parties. Il peut porter sur des règles de droit étatiques ou non étatiques, comme les Principes d'Unidroit (relatifs aux contrats du commerce international). La possibilité de choisir des règles non étatiques est bien établie dans l'arbitrage international. Elle doit également être possible dans l'arbitrage interne. Les parties peuvent également enjoindre le tribunal à statuer en équité.

Lorsque les parties n'ont pas effectué de choix, *l'al. 2* prévoit le critère du droit qu'un tribunal étatique suisse appliquerait. Le tribunal arbitral détermine donc le droit applicable selon les règles de la LDIP si l'affaire a un caractère international ou applique le droit suisse aux affaires purement internes. La règle de conflit de l'art. 187, al. 1, LDIP *in fine*, qui laisse un large pouvoir d'appréciation à l'arbitre, n'est pas adaptée à l'arbitrage interne.

*Art. 380* Délibération et sentence

*L'al. 1* correspond à l'art. 31, al. 1, CA.

*L'al. 2* est nouveau et revêt une importance majeure dans la pratique lorsqu'un arbitre ne se montre pas coopératif. Il se peut malgré cette règle que le tribunal arbitral ne parvienne pas à prendre de décision, si par exemple le président refuse de statuer et qu'une majorité ne se dégage pas parmi les autres arbitres. Le tribunal doit alors être reconstitué.

Sur le fond, les *al. 3 et 4* correspondent pour l'essentiel à l'art. 189, al. 2, LDIP et donnent au président le droit de rendre la sentence indépendamment de l'opinion des autres arbitres, s'il n'y a pas de majorité des voix. Cette disposition est la réponse aux critiques dont a fait l'objet l'art. 31, al. 2, CA. L'art. 31, al. 4, CA n'a pas été repris car l'obligation de ne pas statuer *ultra petita* découle déjà du motif de recours de l'art. 391, let. c.

*Art. 381* Sentences incidentes et partielles

Cette disposition reprend le contenu des art. 32 CA et 188 LDIP. Ainsi, des questions préjudicielles (p. ex. le rejet de l'exception de prescription ou l'approbation de la responsabilité de principe d'une partie) peuvent être tranchées dans une sentence incidente. Les sentences dites partielles sont celles qui statuent définitivement sur une partie des prétentions.

*Art. 382*          Contenu de la sentence

L'*al. 1* correspond pour l'essentiel à l'art. 33, al. 1, CA. La pratique actuelle en la matière reste pleinement valable.

Contrairement à l'art. 234, let. f, la sentence arbitrale ne doit pas contenir d'indication des voies de recours – eu égard aux tribunaux non professionnels et à la pratique suivie jusqu'à ce jour. L'art. 382 ne fait que fixer le contenu minimal d'une sentence arbitrale.

L'*al. 2* correspond à l'art. 189, al. 2, LDIP *in fine*.

*Art. 383*          Accord entre les parties

Cette disposition reprend l'art. 34 CA. En accord avec la pratique actuelle, la formulation plus large vise à inclure toute forme de règlement du litige par les parties (l'acquiescement, le désistement ou la transaction). Ainsi, le tribunal rend sur requête une sentence constatant que les parties ont mis fin au litige. A cet effet, le tribunal arbitral incorpore dans le dispositif de la sentence arbitrale la partie de la transaction réglant le litige ou y constate l'acquiescement ou le désistement.

*Art. 384*          Notification et dépôt

L'*al. 1* est nouveau et remplace la notification prévue à l'art. 35, al. 1 à 4, CA par les autorités de dépôt. La notification est ainsi effectuée de manière bien plus simple et moins coûteuse.

Les *al. 2 et 3* correspondent quant au contenu à l'art. 193, al. 1 et 2, LDIP. L'*al. 2* précise qu'il s'agit d'une faculté laissée aux parties. De ce fait, il n'est pas nécessaire que la sentence arbitrale soit déposée pour être exécutable à l'intérieur des frontières suisses.

L'*al. 3* remplace tout en la simplifiant la prescription de l'art. 44 CA.

*Art. 385*          Effets de la sentence

Cette disposition est nouvelle. Elle étoffe la formulation très concise de l'art. 190, al. 1, LDIP en ce sens qu'elle distingue le caractère exécutoire et l'entrée en force de chose jugée. Dans les deux cas néanmoins, la sentence arbitrale est mise sur un pied d'égalité avec la décision d'un tribunal étatique. La notion de «communication» que l'on retrouve dans cet article a été reprise de l'art. 190, al. 1, LDIP.

*Art. 386*          Rectification, interprétation de la sentence et sentence additionnelle

Cette disposition est nouvelle. La rectification, l'interprétation de la sentence et la sentence additionnelle étant des voies de droit et non des moyens de recours à proprement parler, elles ont été insérées dans le titre sur la sentence et non dans celui consacré aux moyens de recours. Cette disposition s'appuie sur l'art. 33 de la loi-type de la CNUDCI et diverge intentionnellement de la réglementation applicable aux procédures devant un tribunal étatique (voir art. 332). Le concordat n'autorise l'interprétation et la sentence additionnelle que dans le cadre d'un recours en nullité selon l'art. 36, let. h, CA, et non pas en tant que voies de droit<sup>240</sup>. Le projet permet,

<sup>240</sup> Voir p. ex. ATF 110 Ia 123 ss.

par exemple, de s'adresser directement au tribunal arbitral pour lui demander une motivation omise.

L'al. 1 reprend les motifs mentionnés à l'art. 33 de la loi-type et inclut donc aussi – contrairement à l'art. 332 – la possibilité de sentences additionnelles (let. c). La notion d'«erreur rédactionnelle» figurant à la let. a englobe également les fautes d'orthographe et d'impression mentionnées dans la loi-type.

L'al. 2 fixe le début du délai de 30 jours de manière plus flexible que l'art. 33 de la loi-type afin de permettre cette voie de droit également après l'expiration du délai de recours selon l'art. 387. L'al. 3 garantit en outre qu'une partie lésée par la rectification, l'interprétation ou la sentence additionnelle puisse à nouveau recourir ou demander, sur ce point uniquement, une révision de la sentence.

L'art. 33, al. 4 de la loi-type concernant la rectification d'office par le tribunal arbitral n'a pas été repris. Néanmoins, cela n'empêche pas un tribunal arbitral de dénoncer une erreur manifeste aux parties et de leur laisser le soin de déposer en temps voulu une requête au sens de l'al. 1. L'art. 33, al. 5 de la même loi-type concernant la forme des décisions de rectification, d'interprétation ou d'addition n'a également pas été repris. La pratique doit donc consigner et communiquer sa décision dans une forme adaptée au cas d'espèce. En cas d'erreur rédactionnelle minime comme la confusion des désignations des parties («demanderesse» à la place de «défendresse»), une lettre du tribunal arbitral ou de son président suffit.

### 5.25.8 Recours contre la sentence

Comme le ch. 7 du concordat, le titre 7 est consacré au recours contre les sentences arbitrales. La commission avait opté dans l'avant-projet pour le double degré de recours. Elle a écarté le recours direct au Tribunal fédéral pour contribuer à alléger ce dernier. Cette solution a été fortement critiquée lors de la procédure de consultation, car elle aurait entraîné une perte d'attrait pour l'arbitrage interne. La coordination avec l'art. 190 LDIP a également été mise en avant. Le projet prend en compte ces critiques et propose le recours direct au Tribunal fédéral. Les parties peuvent cependant choisir le tribunal cantonal comme instance de recours unique.

#### Art. 387 Recours au Tribunal fédéral

Le recours qui entre en ligne de compte devant le Tribunal fédéral est le recours en matière civile. Une sentence arbitrale n'étant pas une décision cantonale sujette à recours au sens de l'art. 75, al. 1, LTF<sup>241</sup>, la LTF doit être complétée (voir art. 77 P-LTF, ch. 2 de l'annexe).

L'art. 77 P-LTF s'applique ainsi tant à l'arbitrage interne qu'à l'arbitrage international. Il permet de tenir compte des particularités d'une sentence:

- Les sentences attaquables font l'objet d'une réglementation particulière (art. 390) qui exclut l'application des art. 90 ss LTF. Les sentences attaquables en matière d'arbitrage international se déterminent quant à elles comme avant, par interprétation de l'art. 190 LDIP.

<sup>241</sup> Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2000 4110.

- Les motifs du recours (art. 391) et la nature purement cassatoire de la décision de l'instance de recours (art. 393) font également l'objet d'une réglementation particulière.

*Art. 388*          Recours au tribunal cantonal

A l'instar de ce qui est prévu en matière d'arbitrage international (art. 191, al. 2, LDIP), le projet laisse les parties libres de choisir le tribunal cantonal comme autorité de recours (*al. 1*). Sa décision est définitive, de sorte que le principe du degré unique de recours est respecté. Le recours en matière civile et le recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF) au Tribunal fédéral sont l'un et l'autre exclus.

La procédure régissant le recours limité au droit est alors applicable à titre supplétif (*al. 2*). Les dispositions régissant de la forme du recours et des délais (art. 318 et 319) pourront par exemple s'appliquer.

*Art. 389*          Subsidiarité

Le contenu de cette disposition correspond à l'art. 37, al. 2, CA.

*Art. 390*          Sentences attaquables

Cet article reprend la réglementation de l'art. 377 de l'avant-projet tout en l'alignant sur la pratique développée en relation avec l'art. 190 LDIP.<sup>242</sup>

*Art. 391*          Motifs de recours

Les motifs de recours énumérés aux *let. a à d* correspondent à l'arbitrage international (art. 190, al. 2, *let. a à d*, LDIP) comme, en substance, au concordat (art. 36, *let. a à e*, CA).

La *let. e* maintient le recours pour cause d'arbitraire (art. 36, *let. f*, CA) malgré les critiques formulées lors de la consultation qui visaient à y substituer la notion d'ordre public (voir art. 190, al. 2, *let. e*, LDIP). Les motifs de ce choix sont que l'ordre public est une notion aux contours peu précis et de plus inconnue dans un contexte interne; la notion d'arbitraire est par contre définie dans la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>243</sup>.

La *let. f* correspond à l'art. 36, *let. i*, CA. Elle est complétée par l'indication que ce motif de recours vaut également pour les dépenses manifestement excessives. Cette disposition ne s'applique toutefois pas aux dépens accordés aux parties: ceux-ci peuvent être contestés, comme c'est le cas actuellement, par le recours pour arbitraire.

*Art. 392*          Renvoi pour complément ou rectification

Cette disposition correspond à l'art. 39 CA, avec quelques simplifications d'ordre rédactionnel. Dans les cas où le défaut à l'origine du recours peut être simplement éliminé par rectification ou complément, l'instance de recours peut renoncer à une

<sup>242</sup> Voir à ce propos ATF 130 III 76 ss.

<sup>243</sup> ATF 131 I 45

annulation selon l'art. 393. La sentence attaquée est simplement renvoyée au tribunal arbitral pour rectification, interprétation ou complément.

*Art. 393* Prononcé

L'*al. 1* correspond à l'art. 40, al. 1, CA, à l'exception d'une adaptation terminologique.

L'*al. 2* correspond à la première phrase de l'art. 40, al. 4, CA. Il précise néanmoins que le tribunal arbitral doit statuer sur la base des considérants de l'arrêt de renvoi émanant de l'instance de recours.

L'*al. 3* correspond à l'art. 40, al. 2, CA.

L'*al. 4* correspond à l'art. 40, al. 3, CA, mais laisse l'instance de recours décider si elle fixe elle-même les dépenses du tribunal arbitral ou si elle en laisse le soin au tribunal arbitral en fonction des considérants (p. ex. si les données sur le travail fourni manquent).

*Art. 394 à 397* Révision

Les motifs de révision (*art. 394*) correspondent à ceux qui peuvent être invoqués devant un tribunal étatique (*art. 326*). La révision d'une sentence peut donc – contrairement à l'art. 41 CA – être également demandée si l'acquiescement à la demande, le désistement d'action ou la transaction judiciaire n'est pas valable selon le droit civil.

La procédure de révision suit pour l'essentiel la procédure prévue pour une décision d'un tribunal étatique (*art. 396*). Les délais sont en particulier identiques (*art. 395*). La difficulté relative à la reconstitution du tribunal arbitral est résolue à l'*art. 397, al. 2*. La nomination de remplacement ne doit pas être obligatoirement effectuée par un tribunal étatique – comme le suggérait le texte du concordat.

L'admission de la demande de révision (*art. 397, al. 1*) est réglée de la même manière qu'à l'art. 43, al. 1, CA.

## **5.26 Dispositions finales**

### **5.26.1 Exécution**

*Art. 398* Principes

Dans les dispositions d'exécution qu'il édictera, le Conseil fédéral mettra notamment des *formulaire*s à disposition pour certains actes des parties (*al. 1 et 2*; p. ex. pour la requête de conciliation et la demande simplifiée; *art. 199 et 240*). Dans certaines procédures sommaires également, un formulaire pourra faciliter l'accès au tribunal (p. ex. pour la requête de mainlevée selon l'art. 80 ss LP ou pour la déclaration d'insolvabilité selon l'art. 191 LP). Les formulaires devront être rédigés de manière à être accessibles à tout un chacun.

Le Conseil fédéral pourra déléguer (*al. 3*) à l'Office fédéral de la justice la tâche d'édicter des prescriptions administratives et techniques comme celles ayant trait au format du document électronique (*art. 137*).

*Art. 399* Projets pilotes

Nonobstant la nouvelle compétence de la Confédération en droit de la procédure civile, les cantons sont expressément encouragés à participer activement à son développement: par le biais de la jurisprudence d'une part, et par des projets pilotes d'autre part (p. ex. pour d'autres formes de RAL ou dans le cadre de la mise sur pied de procédures en ligne simplifiées, de conciliation ou au fond). Ces projets pilotes sont cependant soumis à l'approbation du Conseil fédéral.

*Art. 400* Abrogation et modification du droit en vigueur

Voir à ce sujet ch. 5.27.

## 5.26.2 Dispositions transitoires

*Art. 401 et 402* Application de l'ancien droit; recours

Les procès en cours à l'entrée en vigueur du code de procédure civile unifiée sont régis par le droit de procédure (cantonal) en vigueur jusqu'à la clôture de la procédure (*art. 401, al. 1*). Cependant, une fois la décision rendue, les voies de recours cantonales se déterminent selon le CPC (*art. 402*). La règle de droit transitoire relative à la compétence à raison du lieu (*art. 401, al. 2*) reprend le contenu de l'*art. 38 LFors*.

*Art. 403 et 404* Election de for et convention d'arbitrage

En ce qui concerne la validité (admissibilité et forme) d'une *clause d'élection de for*, l'*art. 403* reprend le droit en vigueur (voir *art. 39 LFors*). La validité d'une *clause d'arbitrage* se détermine en revanche selon le droit qui lui est le plus favorable (*art. 404 al. 1*): les prescriptions plus favorables du projet permettent ainsi de sauvegarder une clause d'arbitrage conclue sous l'ancien droit.

Les *procédures d'arbitrage* pendantes à l'entrée en vigueur du CPC seront en principe régies jusqu'à leur clôture par l'ancien droit (*art. 404, al. 2*). Le nouveau droit s'applique aux recours interjetés contre la sentence (*art. 404, al. 3*) – comme pour une décision des tribunaux étatiques. Il en va de même pour les procédures accessoires pendantes de l'*art. 354* (p. ex. procédure de nomination ou de récusation) qui se clôturent sous l'empire de l'ancien droit (*art. 404, al. 4*).

## 5.27 Abrogation et modification du droit en vigueur

L'abrogation et la modification de droit en vigueur se trouve en annexe du projet de loi. Elle est commentée en relation avec les dispositions pertinentes du CPC. Le droit matériel est autant que possible épuré des règles de procédure (codification de la procédure civile dans le CPC). Le CPC a été harmonisé, dans la mesure du possible et de ce qui était indiqué, avec les autres lois de procédure fédérales, si possible et adéquat (voir ch. 2.2).

<b>Loi</b>	<b>Voir le commentaire</b>
1. du 24 mars 1995 sur l'égalité <sup>244</sup>	des art. 111, al. 2, let. a, 112, let. a, 194 à 209 (en particulier 196, 197 et 207) et 239 à 243
2. du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral <sup>245</sup>	sous ch. 5.23 et le commentaire des art. 57, al. 1 et 387.
3. Code civil <sup>246</sup>	sous ch. 5.19 et le commentaire des art. 1, 60, 262, 291, 300 et 312
4. du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe <sup>247</sup>	sous ch. 5.22
5. Code des obligations <sup>248</sup>	des art. 43, 61, 75, 105, 111, 112, 174 à 177, 194 à 209, 239 à 243, 275 à 276, 359
6. du 28 mars 1905 sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et de La Poste Suisse <sup>249</sup>	des art. 115 à 121 et 154
7. du 4 octobre 1985 sur le bail à ferme agricole <sup>250</sup>	des art. 111, 194 à 209 (en particulier 197, 207) et 239 à 243
8. du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance <sup>251</sup>	de l'art. 41
9. du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins <sup>252</sup>	des art. 5 et 257 à 265
10. du 28 août 1992 sur la protection des marques <sup>253</sup>	des art. 5 et 257 à 265
11. du 5 octobre 2001 sur les designs <sup>254</sup>	des art. 5 et 257 à 265
12. du 25 juin 1954 sur les brevets <sup>255</sup>	des art. 5, 83 et 257 à 265
13. du 20 mars 1975 sur la protection des obtentions végétales <sup>256</sup>	des art. 5, 86, 153, 259 et 260

<sup>244</sup> RS 151.1

<sup>245</sup> RS 173.110

<sup>246</sup> RS 210

<sup>247</sup> RS 211.231

<sup>248</sup> RS 220

<sup>249</sup> RS 221.112.742

<sup>250</sup> RS 221.213.2

<sup>251</sup> RS 221.229.1

<sup>252</sup> RS 231.1

<sup>253</sup> RS 232.11

<sup>254</sup> RS 232.12

<sup>255</sup> RS 232.14

<sup>256</sup> RS 232.16

- |     |   |  |
|-----|---|--|
| 14. | du 19 juin 1992 sur la protection des données <sup>257</sup>                        | de l'art. 239  |
| 15. | du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale <sup>258</sup>                   | des art. 5, 87 et le commentaire préalable à l'art. 239  |
| 16. | du 6 octobre 1995 sur les cartels <sup>259</sup>                                    | de l'art. 5  |
| 17. | du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite <sup>260</sup>         | des art. 61, 128 à 130, 134 à 139, consécutif aux art. 145 à 147 (relation des règles sur les délais avec la LP), des art. 195, 244 à 247, 304 et 305, 312, 336 à 339, 347 et la note de bas de page 212 |
| 18. | du 18 décembre 1987 sur le droit international privé <sup>261</sup>                 | préalable à l'art. 115, des art. 140 à 142 et le commentaire sous ch. 5.25.1 (remarques générales sur l'arbitrage)   |
| 19. | du 18 mars 1983 sur la responsabilité civile en matière nucléaire <sup>262</sup>    | de l'art. 5  |
| 20. | du 19 décembre 1958 sur la circulation routière <sup>263</sup>                      | Pas de commentaire particulier   |
| 21. | du 28 septembre 1923 sur le registre des bateaux <sup>264</sup>                     | Pas de commentaire particulier   |
| 22. | du 3 octobre 1975 sur la navigation intérieure <sup>265</sup>                       | Pas de commentaire particulier   |
| 23. | du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse <sup>266</sup> | Pas de commentaire particulier   |
| 24. | du 21 décembre 1948 sur l'aviation <sup>267</sup>                                   | Pas de commentaire particulier   |
| 25. | du 7 octobre 1959 sur le registre des aéronefs <sup>268</sup>                       | Pas de commentaire particulier   |
| 26. | du 17 décembre 1993 sur la participation <sup>269</sup>                             | préalable à l'art. 111 et à l'art. 239   |

257 RS **235.1**

258 RS **241**

259 RS **251**

260 RS **281.1**

261 RS **291**

262 RS **732.44**

263 RS **741.01**

264 RS **747.11**

265 RS **747.201**

266 RS **747.30**

267 RS **748.0**

268 RS **748.217.1**

269 RS **822.14**

27. du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services<sup>270</sup>      préalable à l'art. 111 et à l'art. 239
28. du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité<sup>271</sup>      de l'art. 275 et 276
29. du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité<sup>272</sup>      des art. 275 et 276.
30. du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurances<sup>273</sup>      préalable à l'art. 111 et à l'art. 239

## 6 Conséquences

### 6.1 Conséquences pour la Confédération

Le CPC s'applique à la procédure devant les juridictions civiles cantonales (art. 1). A l'exception de la législation d'exécution qu'elles devront adopter, les autorités fédérales ne sont pas concernées (pour la question de la révision de la PCF, voir ch. 3.2.1, note 23). Le projet n'a donc pas de conséquences financières sur la Confédération. C'est la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale qui a traité de la réforme des juridictions fédérales.

### 6.2 Conséquences pour les cantons

Ce sont les cantons qui sont les premiers concernés par le CPC unifié. La prise en compte de leurs intérêts et critiques est exposée en détail dans la partie générale (voir ch. 2.2, 2.3 et 3.2). Les effets économiques et financiers du nouveau CPC ne peuvent être chiffrés précisément, mais le *respect de la neutralité* des coûts est un fondement du projet.

Même si les cantons restent souverains en matière d'organisation judiciaire, ils devront effectuer certains *aménagement organisationnels* (p. ex., en relation avec le système des voies de recours et la conciliation préalable obligatoire). Ils ne devront par contre pas créer de nouvelles juridictions (voir ch. 3.2.1).

A plusieurs égards, le projet vise même à *alléger la charge de travail* des tribunaux cantonaux: on peut surtout mentionner les possibilités accrues de règlement pré- et extrajudiciaire (voir ch. 3.2.1) et les procédures spéciales, qui, dans le but d'alléger le travail administratif des tribunaux, sont peu formalistes (voir ch. 3.2.2). L'abandon de l'obligation de motiver les décisions par écrit (art. 235) et la possibilité

<sup>270</sup> RS 823.11

<sup>271</sup> RS 831.40

<sup>272</sup> RS 831.42

<sup>273</sup> RS 961.01

d'utiliser les nouvelles technologies de l'information (art. 128 et 137) sont également à relever.

### **6.3 Conséquences économiques**

Il est indéniable qu'un droit unifié contribue à l'efficacité de la justice et de ce fait à la stabilité sociale, à la prospérité économique et, finalement, à la qualité de vie<sup>274</sup>. Mais ces avantages ne peuvent être quantifiés (les inconvénients du morcellement actuel du droit sont exposés au ch. 1.1).

## **7 Liens avec le programme de la législature**

Dans son Rapport sur le Programme de la législature 2003–2007 du 25 février 2004<sup>275</sup>, le Conseil fédéral a annoncé l'unification de la procédure civile comme un objet des grandes lignes.

## **8 Aspects juridiques**

### **8.1 Constitutionnalité**

La Confédération est compétente en matière de procédure civile (art. 122, al. 1, Cst.; voir l'historique détaillé au ch. 1.3).

Les art. 29 et 30 Cst. prévoient les garanties constitutionnelles liées à la procédure, comme le droit d'être entendu (art. 29, al. 2, Cst.), l'assistance judiciaire (art. 29, al. 3, Cst.) ou la publicité des débats (art. 30, al. 3, Cst.). Le projet les respecte et les concrétise parfois expressément (voir p. ex., l'art. 52 concernant le principe de publicité ou les art. 115 ss concernant l'assistance judiciaire).

### **8.2 Délégation de compétences législatives**

Le CPC nécessitera l'adoption de dispositions d'exécution (voir art. 398 et art. 182, al. 2, Cst.).

Les *questions techniques* en particulier nécessitent des réglementations détaillées: p. ex. le format électronique des actes de procédure (art. 128) ou les modalités de la notification électronique (art. 137) ainsi que la mise au point et la mise à jour des formulaires (art. 398).

Les cantons restent compétents pour déterminer l'organisation judiciaire (art. 3 et 4) et le tarif des frais (art. 94).

<sup>274</sup> Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF **2001** 4275.

<sup>275</sup> FF **2004** 1035

