



UNIL | Université de Lausanne

Unicentre

CH-1015 Lausanne

<http://serval.unil.ch>

Year : 2022

Les maximes procédurales en procédure civile suisse : origine, nature, sanctions

Brun Maguelone

Brun Maguelone, 2022, Les maximes procédurales en procédure civile suisse : origine, nature, sanctions

Originally published at : Thesis, University of Lausanne

Posted at the University of Lausanne Open Archive <http://serval.unil.ch>

Document URN : urn:nbn:ch:serval-BIB_0619A3EF4E5D7

Droits d'auteur

L'Université de Lausanne attire expressément l'attention des utilisateurs sur le fait que tous les documents publiés dans l'Archive SERVAL sont protégés par le droit d'auteur, conformément à la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA). A ce titre, il est indispensable d'obtenir le consentement préalable de l'auteur et/ou de l'éditeur avant toute utilisation d'une oeuvre ou d'une partie d'une oeuvre ne relevant pas d'une utilisation à des fins personnelles au sens de la LDA (art. 19, al. 1 lettre a). A défaut, tout contrevenant s'expose aux sanctions prévues par cette loi. Nous déclinons toute responsabilité en la matière.

Copyright

The University of Lausanne expressly draws the attention of users to the fact that all documents published in the SERVAL Archive are protected by copyright in accordance with federal law on copyright and similar rights (LDA). Accordingly it is indispensable to obtain prior consent from the author and/or publisher before any use of a work or part of a work for purposes other than personal use within the meaning of LDA (art. 19, para. 1 letter a). Failure to do so will expose offenders to the sanctions laid down by this law. We accept no liability in this respect.



UNIL | Université de Lausanne

FACULTÉ DE DROIT, DES SCIENCES CRIMINELLES ET
D'ADMINISTRATION PUBLIQUE

CENTRE DE DROIT PRIVÉ

Les maximes procédurales
en procédure civile suisse :
origine, nature, sanctions

THÈSE DE DOCTORAT

présentée à la

Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration
publique
de l'Université de Lausanne

pour l'obtention du grade de

Docteur en droit

par

Maguelone Brun

Directeur de thèse
Prof. Denis Tappy

Jury

Prof. Camille Perrier Depeursinge, Présidente du jury
Prof. Jacques Haldy, Rapporteur interne
Prof. Isabelle Chabloz, Rapporteur externe
Prof. François Bohnet, Rapporteur externe

LAUSANNE
2022



UNIL | Université de Lausanne

FACULTÉ DE DROIT, DES SCIENCES CRIMINELLES ET
D'ADMINISTRATION PUBLIQUE

CENTRE DE DROIT PRIVÉ

Les maximes procédurales
en procédure civile suisse :
origine, nature, sanctions

THÈSE DE DOCTORAT

présentée à la

Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration
publique
de l'Université de Lausanne

pour l'obtention du grade de

Docteur en droit

par

Maguelone Brun

Directeur de thèse
Prof. Denis Tappy

Jury

Prof. Camille Perrier Depeursinge, Présidente du jury
Prof. Jacques Haldy, Rapporteur interne
Prof. Isabelle Chabloz, Rapporteur externe
Prof. François Bohnet, Rapporteur externe

LAUSANNE
2022

Lausanne, le 28 octobre 2022

Imprimatur

Le Directeur de l'Ecole de Droit de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique, vu le préavis de la Commission de soutenance, a autorisé l'impression de la thèse de doctorat soutenue, le 8 septembre 2022, par

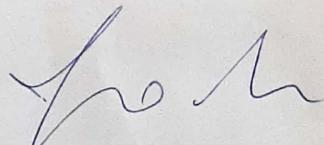
Madame Maguelone Brun

dont le titre est le suivant :

« Les maximes procédurales en procédure civile suisse : origine, nature, sanctions »

Sur proposition de la Commission de soutenance, le Conseil de l'Ecole de Droit a accordé à ladite thèse, lors de sa dernière séance, la mention

magna cum laude.



Francesco Maiani
Directeur de l'Ecole de Droit

Remerciements

Selon moi, l'humilité va le plus souvent de pair avec le savoir. Plus on sait de choses, plus on prend conscience de l'étendue de ce que l'on ignore encore. Seule la personne qui se contente de ce qu'elle maîtrise déjà peut s'imaginer ne passer à côté de rien de substantiel. Si je m'en tiens à ce bref constat, alors je pense que tous ceux qui le côtoient s'accorderont à dire que le Professeur Tappy ne fait pas exception à cette règle, dès lors que l'étendue de ses connaissances est proportionnelle à celle de son humilité. Durant ma thèse, il m'a rendue sensible, de la plus polie des manières, à tout ce que j'ignorais encore, et m'a de ce fait énormément appris. Pour cela et pour toute sa bienveillance, je lui suis infiniment reconnaissante.

Je remercie également vivement les membres du jury de thèse, Mmes les Professeures Camille Perrier Depeursinge, Isabelle Chabloz et MM. les Professeurs François Bohnet et Jacques Haldy pour leur regard externe et pointu ainsi que leurs remarques pertinentes.

Enfin, un grand merci à mes collègues de bureau et d'expertises, plus communément connues sous le nom de « Tappistes ». Je l'admets, j'ai passé le plus clair de mon temps et surtout la fin de mon assistanat enfermée dans mon bureau, faisant peu d'efforts pour garder un contact avec le monde extérieur au bureau 331. Cette autarcie n'était possible que parce que j'avais la meilleure compagnie du monde dans mon « 6m² avec vue sur la Chamberonne » ainsi que lors de nos sempiternelles pauses café. Raquel, Aldina, Anne, Romina : c'est grâce à vous que j'ai adoré mes années de doctorat et je vous en remercie. Je vous souhaite plein de réussite et vous envoie toutes mes bonnes ondes pour la suite de vos aventures universitaires.

Enfin, je n'ai pas de mots suffisamment forts pour remercier ma famille. Leur soutien indéfectible m'accompagne, quoique j'entreprenne, et la rédaction de cette thèse en fut l'exemple parfait. Merci de toujours croire en moi.

A mon merveilleux grand-père

Je vais vous révéler en peu de mots un grand mystère de la vie humaine. L'homme s'épuise par deux actes instinctivement accomplis qui tarissent les sources de son existence. Deux verbes expriment toutes les formes que prennent ces deux causes de mort : vouloir et pouvoir. Entre ces deux termes de l'action humaine il est une autre formule dont s'emparent les sages, et je lui dois le bonheur et ma longévité. Vouloir nous brûle et Pouvoir nous détruit ; mais Savoir laisse notre faible organisation dans un perpétuel état de calme. Ainsi le désir ou le vouloir est mort en moi, tué par la pensée ; le mouvement ou le pouvoir s'est résolu par le jeu naturel de mes organes. En deux mots, j'ai placé ma vie, non dans le cœur qui se brise, ou dans les sens qui s'émoussent ; mais dans le cerveau qui ne s'use pas et qui survit à tout.

Honoré de Balzac, La Peau de chagrin

Table des matières

Table des abréviations	XXV
Bibliographie	XXIX
Introduction	1
Première Partie : Genèse et réception en droit suisse de la notion de maxime de procédure	1
Chapitre 1 : Du droit romain à l'entrée en vigueur de la « deutsche Zivilprozessordnung » de 1877	3
I. Réception et développement des principes de procédure issus du droit romain en procédure romano-canonique	4
A. Survol de la procédure de droit romain et comparaison avec les concepts de droit moderne	5
1. Des « Actions de la loi » à la procédure formulaire	5
2. De la procédure <i>extra ordinem</i> et de l'héritage procédural laissé par le droit romain	9
3. Excursus relatif à la notion de fardeau de la preuve en droit romain	11
B. Réception et développement des maximes de procédure en droit romano-canonique	14
1. Historique et développement du droit canon de l'Antiquité à sa réception en droit commun allemand	15
a. Historique des premiers développements du droit canon	15
b. Essor du droit canon comme droit savant	17
2. Apports du droit romano-canonique sur l'organisation du procès civil moderne	19
a. Théorie de la présomption relative au fardeau de la preuve (« Beweislast ») et sa distinction avec la notion d'administration de la preuve (« Beweisführung »)	20
b. Principe de l'accusatoire et problématique des « Kenntnis <i>ut iudex</i> » en droit canon	22
(i) Réflexions autour du principe de l'accusatoire par les glossateurs et post-glossateurs	23
(ii) Entre « conscience » et connaissances du juge : la distinction entre juge et confesseur selon le droit canon	26
c. Influence de la pratique du Pape Innocent III sur la procédure civile laïque	27
d. <i>Clausula salutaris</i> : l'exception au pouvoir de disposer des parties dans la procédure de droit romano-canonique et dans l' <i>Usus modernus Pandectarum</i>	30
e. Conclusion	32
C. Mise en œuvre des maximes de procédure dans le procès romano-canonique	33
1. Structure générale du procès de droit romano-canonique à la fin du Moyen Âge	33

2.	La maxime des débats et ses atténuations en procédure romano-canonique..	36
3.	La maxime de disposition en procédure romano-canonique.....	38
4.	Transition et héritage du droit romano-canonique au droit commun allemand.....	40
II.	Naissance de la notion de maxime de procédure en droit commun allemand et aperçu en droit français, prussien et autrichien du 19 ^{ème} siècle.....	41
A.	Influence des jusnaturalistes et de l'Ecole historique.....	42
B.	Les maximes procédurales en droit commun allemand.....	44
1.	Naissance des maximes procédurales en droit commun allemand.....	46
a.	Création de la dichotomie entre maxime des débats et maxime inquisitoire.....	46
b.	Atténuation du principe « Alles oder nichts von Amts wegen ».....	51
c.	« L'impopularité » de la maxime inquisitoire.....	53
2.	Evolution des maximes de procédure jusqu'à l'entrée en vigueur du Code de procédure civile allemand de 1877.....	55
a.	Evolution de la notion de maxime des débats.....	55
b.	Evolution de la notion de maxime de disposition.....	58
c.	Notion de « richtig verstandene Verhandlungsmaxime » et externalisation des autres maximes de procédure.....	60
d.	Fin de l'opposition stricte entre maxime des débats et maxime inquisitoire.....	64
e.	Code de procédure civile allemand de 1877 et ses réformes successives.....	65
f.	Conclusion.....	79
C.	Aperçu du droit procédural français, prussien et autrichien du 19 ^{ème} siècle sous l'angle des principes de direction du procès civil.....	80
1.	De la Grande Ordonnance de 1667 au Code de procédure civile napoléonien de 1806 : Aperçu des « maximes de procédure » en droit français.....	80
2.	Du Code de 1806 à l'avènement d'une nouvelle culture judiciaire sous la V ^e République.....	84
3.	De L'AGO prussienne de 1793 à la Réforme de Klein : aperçu des maximes de procédure dans les pays germanophones.....	90
a.	Du recès impérial de 1709 à l'« Allgemeine Gerichtsordnung » de Prusse du 6 juillet 1793.....	90
b.	De l'AGO autrichienne du 5 janvier 1781 à la réforme de Klein.....	95
Chapitre 2 : Réception de la notion de maxime de procédure en droit suisse du 19^{ème} siècle à nos jours		103
A.	Réception cantonale : exemple des cantons de Genève, Vaud et Zurich.....	104
1.	Loi sur la procédure genevoise de 1819.....	104
a.	Historique.....	104

b.	Procédure.....	106
c.	Conclusion.....	110
2.	Code de procédure civile du canton de Vaud de 1824	111
a.	Historique.....	111
b.	Procédure selon le Code de procédure civile du canton de Vaud du 11 décembre 1824	114
c.	Conclusion.....	117
d.	Transition par les codes de procédure civile vaudois de 1847 et 1869	117
3.	« Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege » de 1874	121
a.	Historique.....	121
b.	Procédure selon « das Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege vom 2. Christmonat 1874 ».....	124
c.	Conclusion.....	129
B.	Aperçu de la procédure civile fédérale de 1850 à nos jours.....	132
C.	Les maximes de procédure dans la jurisprudence fédérale et cantonale antérieure au 1 ^{er} janvier 2011	136
1.	Principe <i>iura novit curia</i> , maxime d'office et confusion avec la notion de « maxime officielle ».....	137
2.	Maxime inquisitoire.....	142
3.	Maxime de disposition et principe <i>ne ultra petita</i>	148
4.	Maxime des débats.....	150
5.	Exemple de l'évolution de la jurisprudence en matière de divorce et maximes procédurales applicables	154
a.	Jurisprudence entre 1907 et 1917 : protection de la sphère familiale, pouvoir de disposer de l'époux non fautif et intérêt de l'enfant.....	154
b.	Conclusion.....	156
D.	Apparition des termes de maximes de procédure dans la législation cantonale avant son unification fédérale.....	158

Deuxième partie : Les maximes de procédure consacrées par le CPC et leurs sanctions 169

Chapitre 1 : Notion et portée des maximes de procédure 171

I.	Notion.....	171
A.	Délimitation terminologique	172
1.	Versions française, italienne et allemande des maximes de procédure dans le Code de procédure civile suisse	172
2.	Maximes, adages, principes, « Kann-Vorschriften » : délimitation et intérêts d'une telle distinction	176
B.	Délimitation matérielle et théorique	181
1.	Définitions et distinctions générales entre maximes de procédure, principes et garanties de procédure	181

2.	Délimitation au sein des maximes de procédure : entre direction, conduite du procès et établissement de la matière litigieuse	183
3.	Le devoir de vérité comme critère de distinction entre les maximes de procédure.....	187
4.	Délimitation entre pouvoir d'appréciation du juge et maximes procédurales	194
5.	Délimitation entre fardeau de la preuve et maximes procédurales.....	197
6.	Critique théorique quant à l'utilité des maximes et pertinence de la notion de vérité matérielle	199
II.	Portée	203
A.	Les maximes de procédure : notion, exceptions, jurisprudence	203
1.	Maxime des débats	203
a.	La maxime des débats en général.....	203
b.	Behauptungs-, Bestreitungs- et Substanziierungslast	206
(i)	Behauptungs- et Bestreitungslast.....	208
(ii)	Substanziierungslast	210
(iii)	En résumé.....	214
c.	Exceptions et atténuations.....	215
d.	Jurisprudence récente.....	218
(i)	Délimitation et exigences générales relatives à la maxime des débats	218
(ii)	Spécificités relatives au devoir de « substantification »	223
(iii)	Prise en considération des preuves excédentaires dans une procédure soumise à la maxime des débats	227
(iv)	Atténuations du fardeau de la motivation : fixation du dommage (art. 42 CO) et question du montant global.....	231
(v)	Devoir de renseigner dans le cadre d'une procédure en modification du jugement de divorce soumise à la maxime des débats (art. 277 al. 2 CPC) et questions relatives aux contributions d'entretien.....	233
(vi)	Fardeau de l'allégation et de la contestation : mise en cause de la responsabilité de l'avocat dans la perte d'un procès	236
e.	Exemples de violation de l'art. 55 CPC	241
2.	Interpellation par le tribunal	244
a.	Définition générale.....	244
b.	Jurisprudence récente.....	253
(i)	En général	253
(ii)	Devoir de retenue du juge et non-interpellation fautive.....	256
(iii)	Limite temporelle à l'interpellation par le juge	259
(iv)	Distinction entre maxime inquisitoire sociale et devoir d'interpellation accrue.....	260

c.	Conclusion.....	262
3.	Maxime inquisitoire.....	262
a.	Maxime inquisitoire en général et obligations/incombances de collaborer.....	262
b.	Définitions spécifiques : maxime inquisitoire sociale et maxime inquisitoire illimitée	266
(i)	Maxime inquisitoire sociale.....	266
(ii)	Maxime inquisitoire illimitée.....	273
c.	Maximes inquisitoires et répartition des fardeaux de la preuve, de l'allégation et de la motivation	276
d.	Jurisprudence récente	279
(i)	En général.....	279
(ii)	Quid de l'admission des nova en procédure d'appel et de recours	282
(iii)	Etendue du « devoir de rechercher » du juge soumis à la maxime inquisitoire sociale	286
(iv)	Maxime inquisitoire sociale et règles d'administration des preuves.....	289
4.	Maxime de disposition.....	292
a.	Définition générale.....	292
b.	Jurisprudence récente	300
(i)	Généralités.....	300
(ii)	Appréciation juridique des faits, pouvoir de cognition du juge et prévisibilité de la solution juridique.....	303
(iii)	Interprétation des conclusions des parties et critère du « sens véritable des conclusions »	307
5.	Maxime d'office	310
a.	Définition générale.....	310
(i)	Notion et fonction.....	310
(ii)	Champ d'application et contenu normatif.....	310
b.	Champ d'application de la maxime d'office et jurisprudence récente ..	312
(i)	Procédure applicable aux enfants en droit de la famille.....	312
(ii)	Distinction/confusion entre maxime d'office et maxime inquisitoire.....	314
(iii)	Autres cas d'application de la maxime d'office en procédure civile.....	315
(iv)	Cas d'application de la maxime d'office en droit matériel	317
c.	Exclusion de l'acquiescement d'action et ratification obligatoire des transactions par le juge	319
6.	Les maximes de procédures au stade de l'appel et du recours : quid des nova et de la <i>reformatio in pejus</i>	320

B.	Procédure et droit matériel applicables aux maximes de procédure.....	322
1.	Art. 247 al. 2 CPC : la maxime inquisitoire sociale en procédure simplifiée.....	322
2.	Art. 255 CPC : la maxime inquisitoire sociale en procédure sommaire.....	325
3.	Art. 272 CPC : la maxime inquisitoire sociale dans les procédures spéciales de droit matrimonial.....	328
4.	Art. 277 CPC : principe de la procédure accusatoire et ses exceptions en procédure de divorce	331
5.	Art. 296 CPC : la maxime inquisitoire pure et la maxime d’office dans les procédures applicables aux enfants dans les affaires de droit de la famille .	336
C.	Mentions en procédure pénale	340
1.	Procédure pénale : le délicat équilibre entre maxime inquisitoire, recherche de la vérité matérielle et respect des droits de la défense	340
2.	Procès civil dans le procès pénal : action civile adhésive et maximes de procédure applicables	345

Chapitre 2 : Sanctions et formes alternatives de réparation consécutive à la violation des maximes de procédure **349**

I.	Sanctions en cas de violation des maximes de procédure : mise en cause de la responsabilité du mandataire et/ou des fonctionnaires et employés publics ?.....	349
A.	Exécution conforme du contrat de mandat et violation des maximes de procédure : la responsabilité de l’avocat.....	349
1.	Responsabilité civile de l’avocat en général	350
2.	Responsabilité civile de l’avocat en lien avec les maximes de procédure....	353
B.	Devoir d’investigation d’office et violation des maximes de procédure : la responsabilité des fonctionnaires et employés publics	354
1.	En général.....	354
2.	Responsabilité du juge en lien avec les maximes de procédure ?	355
II.	Formes alternatives de réparation consécutive à une violation des maximes de procédure.....	359
A.	Du tribunal de première instance au Tribunal fédéral	359
1.	En première instance	359
a.	Droit à une deuxième chance au sens de l’art. 229 al. 2 CPC	360
b.	Restitution en cas de « défaut de contenu » au sens de l’art. 148 CPC.	364
c.	Art. 292 CP : sanction en cas d’entrave à la mise en œuvre de la maxime inquisitoire illimitée	370
2.	En deuxième instance	373
a.	Réexamen d’office des contributions d’entretien de l’enfant en vertu de l’art. 282 al. 2 CPC.....	374
b.	Administration des preuves en appel consécutive à une violation de la maxime inquisitoire par le juge de première instance (art. 316 al. 3 CPC)	376

c.	Faits et moyens de preuve nouveaux et modification de la demande dans le cadre d'un recours au sens large.....	378
(i)	Faits et moyens de preuve nouveaux en vertu de l'art. 317 al. 1 CPC.....	379
(ii)	Conclusion intermédiaire et quid de l'admission de nova en tant que conséquence de la violation de la maxime inquisitoire en première instance.....	382
(iii)	Modification de la demande en vertu de l'art. 317 al. 2 CPC.....	383
(iv)	Recours stricto sensu : nova et maximes de procédure.....	385
3.	Devant le TF.....	387
a.	Distinction préalable : le recours au TF comme première ou deuxième instance de recours.....	388
b.	Mise en œuvre des principes généraux de procédure et conduite du procès : quels moyens à disposition ?.....	389
(i)	Mesures probatoires exceptionnelles en vertu de l'art. 55 LTF ..	389
(ii)	Quid d'une répartition modifiée des frais et dépens judiciaires « si les circonstances le justifient ».....	391
c.	Violation des maximes de procédure invoquées dans le cadre d'un recours en matière civile.....	395
(i)	Décisions sujettes à recours.....	396
(ii)	Motifs invocables en lien avec la violation des maximes de procédure.....	398
(iii)	Rectification et compléments des faits déterminants au sens de l'art. 105 al. 2 LTF.....	402
(iv)	Nova résultant de la décision de l'autorité précédente.....	404
d.	Révision, interprétation et rectification : <i>ultima ratio</i> prévues aux art. 121 ss et 129 LTF.....	407
(i)	Révision.....	407
(ii)	Interprétation et rectification.....	411
B.	Sanctions subsidiaires : la mise en cause de la responsabilité de l'avocat et/ou du juge.....	412
1.	Mise en cause de la responsabilité de l'avocat en lien avec la violation des maximes procédurales.....	412
2.	Quid de la mise en cause possible de la responsabilité de l'employé de l'Etat et indemnités compensatoires.....	418
a.	Décision de justice et notion d'illicéité.....	419
(i)	En cas de dommage patrimonial : analyse du critère de « norme protectrice du bien juridique atteint ».....	420
(ii)	En cas de tort moral : analyse du critère de « gravité particulière du préjudice subi ».....	425
b.	Preuve du dommage et notion de « perte de chance ».....	428

c. « Rapport Rouiller » : illustration de la mise en cause de la responsabilité de l’Etat pour négligence.....	430
3. Conclusion intermédiaire.....	437
4. Imputation des frais judiciaires (art. 107 al. 2, 108 CPC et 66 LTF)	438
C. Mécanismes procéduraux d’anticipation du dommage consécutif à la violation des maximes de procédure	440
1. Limitation de la procédure à une question déterminée : celle des maximes de procédure applicables (art. 125 let. a CPC).....	440
2. Modification de la valeur litigieuse en cas de conclusions reconventionnelles en négation de droit dans le cadre d’une action partielle (art. 86 et 224 CPC).....	443
Conclusion	451
Sur la genèse des maximes de procédure : quel bilan après des siècles d’expérimentation ?	451
Sur leur nature : portée, limites et solution proposée	452
Sur leur sanction : envisager la restitution plutôt que la réparation <i>stricto sensu</i> ?	454
Index	459

Table des abréviations

art.	article
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BBI	Bundesblatt
BGB	Bürgerliches Gesetzgebung vom 1. Januar 1900
BSK	Basler Kommentar
BZP 1947	Bundesgesetz vom 4. Dezember 1943 über den Bundeszivilprozess (RO 1948 473)
consid.	considérant
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 28 novembre 1974 (RS 0.101)
CO	Loi fédérale complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (RS 220)
CR	Commentaire Romand
CS	Commentaire Stämpfli
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPC/VD 1824	Code de procédure civile du canton de Vaud du 11 décembre 1824
CPC/VD 1847	Code de procédure civile du canton de Vaud du 5 février 1847
CPC/VD 1869	Code de procédure civile du canton de Vaud du 25 novembre 1869
CPra	Commentaire Pratique
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
DC	Droit de la construction
dZPO	deutsche Zivilprozessordnung vom 30. Januar 1877
FF (fr.)	Feuille fédérale
FF (it.)	Foglio Federale
Hrsg.	Herausgeber (Editeur)

JdT	Journal des Tribunaux
KUKO	Kurzkomentar
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (RS 741.01)
LL.EE.	Leurs Excellences de Berne
LNo	Loi vaudoise sur le Notariat du 29 juin 2004
LPC/GE 1819	Loi genevoise sur la procédure civile du 29 septembre 1819
LRECA	Loi sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents du 16 mai 1961 (RSV 170.11)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
Message CPC 2006	Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) (FF 2006 6841)
Message CPC 2020	Message relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit) (FF 2020 2607)
n°	numéro
n.	note de bas de page
öZPO	Österreichische Zivilprozessordnung vom 1. August 1895
p.	page
PCF 1850	Loi fédérale de procédure civile fédérale du 22 novembre 1850
pCPC	projet du Code de procédure civile suisse
pp.	pages
RFJ	Revue fribourgeoise de Jurisprudence
RJJ	Revue jurassienne de Jurisprudence
RNRF	Revue suisse du Notariat et du Registre foncier
RPS	Revue Pénale Suisse
RSJ/SJZ	Revue Suisse de Jurisprudence/ Schweizerische Juristen- Zeitung
RVJ	Revue Valaisanne de Jurisprudence
RO	Recueil Officiel
s.	et suivant(e)
SJ	Semaine Judiciaire
ss	et suivant(e)s
TF	Tribunal fédéral
TFB	Tribunal fédéral des brevets
TC	Tribunal cantonal

Vol.	Volume
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristvereins
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008
ZPO/ZH 1874	Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege vom 2. Christmonat 1874
ZR	Zürcherische Rechtsprechung
ZSR/RDS	Zeitschrift für Schweizerisches Recht/Revue de droit suisse
ZV 1831	Staatsverfassung für den eidgenössischen Stand Zürich vom 10. März 1831

Bibliographie

AEBI-MÜLLER REGINA E., Mangelhafte Prozessführung durch die Parteien = Prozessverlust? Möglichkeiten und Grenzen gerichtlicher Hilfestellungen, unter besonderer Berücksichtigung familienrechtlicher Prozesse, in: Bommer/Berti (éd.), Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011 – 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, vol. 53, Zurich 2011, pp. 179 ss

ARNAUD ANDRE-JEAN, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2^{ème} édition, Paris 1993

ASPRION STÖCKLIN SABINE, Die Verhandlungsmaxime im schweizerischen Zivilprozessrecht de lege lata und de lege ferenda, Thèse, Bâle 1970

BARON JULIUS, Pandekten, Leipzig 1876

BATHE HEINRICH THEODOR, Verhandlungsmaxime und Verfahrensbeschleunigung bei der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, Berlin 1977

BAUMGARTNER SAMUEL/DOLGE ANNETTE/MARKUS ALEXANDER R./SPÜHLER KARL, Schweizerisches Zivilprozessordnung mit Grunzügen des internationalen Zivilprozessrechts, Berne 2018 (notamment § 25 N 5-59)

BAYER HIERONYMUS VON, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilproceß, Munich 1858

BELLOT PIERRE-FRANÇOIS, Loi sur la procédure civile du canton de Genève suivie de l'Exposé des motifs, 3^{ème} édition, Genève 1870

BELOW GEORG VON, Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland, Historische Bibliothek, Vol. 19, Munich/Berlin 1964 (réédition de 1905)

BERNHARDT WOLFGANG, Das Zivilprozeßrecht, 3^{ème} édition, Berlin 1968

BOMSDORF FALK, Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit: Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozess: vom gemeinen Recht bis zur ZPO, Vol. 19, Berlin 1970

BOHNET FRANÇOIS, La procédure sommaire : Cas clair – Mesures provisionnelles – Mise à ban, in : Bohnet (éd.), Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, pp. 193 ss [BOHNET, La procédure sommaire, p.]

BOHNET FRANÇOIS, La procédure civile en schémas, Bâle 2014 [BOHNET, La procédure civile en schéma, p.]

BOHNET FRANÇOIS, CPC annoté, Neuchâtel 2016 [BOHNET, CPC annoté]

BOHNET FRANÇOIS, Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant : procédure et mise en œuvre, in : Bohnet/Dupont (éd.), Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage de la prévoyance, Bâle 2016, pp. 29 ss [BOHNET, Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant, p.]

BOHNET FRANÇOIS, CPC et LTF – L'examen du Code de procédure civile suisse par le Tribunal fédéral, in : Bohnet/Tappy (éd.), Dix ans de Loi sur le Tribunal fédéral, Bâle 2017, pp. 1 ss [BOHNET, Dix ans de Loi sur le Tribunal fédéral, p.]

BOHNET FRANÇOIS, Ecritures, maximes de procédure et débats dans le procès civil social, in : Bohnet/Dupont (éd.), Le Procès civil social, Bâle 2018, pp. 31 ss [BOHNET, Le procès civil social, p.]

BOHNET FRANÇOIS, Allégations et contestations: la dialectique procédurale, Revue de l'avocat 9/2020, pp. 346 ss [BOHNET, Allégations et contestations]

BOHNET FRANÇOIS, L'allégation des faits et leur contestation en procédure civile : principe et modalités, in : Bohnet/Dupont (éd.), 10 ans de Code de procédure civile, Bâle 2020, pp. 1 ss [BOHNET, 10 ans de CPC]

BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile coutumière neuchâteloise, Notes de cours de Georges-Auguste Matile et Henri-Pierre Jacottet, Neuchâtel 2020

BOHNET FRANÇOIS, Les conclusions en procédure civile – Articulation et chiffrage, in : Bohnet/Dupont (éd.), Les conclusions en procédures civile et pénale, Bâle 2021, pp. 1 ss [BOHNET, Articulation et chiffrage]

BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, 3^{ème} édition, Bâle 2021 [BOHNET, Procédure civile, p.]

BOHNET FRANÇOIS/CARRON BLAISE/MONTINI MARINO, Commentaire pratique, Droit du bail à loyer et à ferme, 2^{ème} édition, Bâle 2017

BOHNET FRANÇOIS/DROESE LORENZ, Präjudizienbuch – ZPO – Zivilprozessordnung, Berne 2018 [BOHNET/DROESE, Präjudizienbuch ZPO, art. 1 N 1]

BOHNET FRANÇOIS/DUPONT ANNE-SYLVIE, Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage de la prévoyance, Bâle 2016

BOHNET FRANÇOIS/DUPONT ANNE-SYLVIE, Le procès civil social, Bâle 2018

BOHNET FRANÇOIS/DUPONT ANNE-SYLVIE, Dix ans de Code de procédure civile, Bâle 2020

BOHNET FRANÇOIS/DUPONT ANNE-SYLVIE, Les conclusions en procédures civile et pénale, Bâle 2021

BOHNET FRANÇOIS/GUILLOD OLIVIER, Commentaire pratique, Droit matrimonial, Fond et procédure, Bâle 2016

BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS, Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2^{ème} édition, Bâle 2019

BOHNET FRANÇOIS/JEANNERET YVAN, Preuve et vérité en procédures pénale et civile suisses, in : Les preuves, TRA – Travaux du groupe suisse de l'Association Henri Capitant, Vol. III, 2014

-
- BOHNET FRANÇOIS/TAPPY DENIS, Dix ans de Loi sur le Tribunal fédéral, Neuchâtel 2017
- BOHNET FRANÇOIS/MARTENET VINCENT, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009
- BRÖNNIMANN C. JÜRGEN, Die Behauptungslast- und Substanziierungslast im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Thèse, Berne 1989
- BRÜGGEMANN FRIEDRICH, Wahrheitspflicht und Verhandlungsmaxime in heutigen Prozeßrecht, Thèse, Cologne 1936
- BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, art. 1-196, 2^{ème} édition, Zurich/St. Gall 2016
- BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, art. 197-408, 2^{ème} édition, Zurich/St. Gall 2016
- BRUS FLORENCE, Le principe dispositif et le procès civil, Thèse non publiée, Pau 2014
- BUCHER JÖRG, Die Erforschung der materiellen Wahrheit und ihre Grenzen nach dem Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, Thèse, Berne 1951
- BÜHL WILHELM ADOLF, Ueber die Instruktion des Civil-Prozesses auf mündliches Vorbringen der Parteien, mit besonderer Hinsicht auf die Preußische Prozeßordnung, Hamm 1831
- BÜLOW OSKAR, Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht, Vorlesungsnachschrift von L. Fechler aus dem Wintersemester 1868/69, édité par JOHANN BRAUN, Tübingen 2003
- CADIET LOÏC, Le Nouveau Code de Procédure civile français, vingt-cinq ans après, Derecho Puc, n° 53, décembre 2000
- CADIET LOÏC/DAUCHY SERGE/HALPERIN JEAN-LOUIS (sous la dir.), Itinéraires d'histoire de la procédure civile, 1. Regards français, 2. Regards Etrangers ; Bibliothèque de l'IRJS, Paris 2014 et 2020.
- CANCE ADRIEN, Le Code de droit canonique, Commentaire succinct et pratique, Tome premier, 8^{ème} édition, Paris 1950
- VON CANSTEIN RABAN, Die rationellen Grundlagen des Civilprozesses und deren Durchführung in den neuesten Civilprozeß-Gesetzentwürfen Oesterreichs und Deutschlands, Vol. 1, Manz 1877
- CARBASSE JEAN-MARIE, Les droits du Moyen Âge, in : Histoire du droit, Que Sais-je ?, 3^{ème} édition, Paris 2008 [CARBASSE, Les droits du Moyen Âge, p.]
- CARBASSE JEAN-MARIE, Manuel d'introduction historique au droit, 5^{ème} édition, Paris 2013 [CARBASSE, Manuel d'introduction historique au droit, p.]
- CHABLOZ ISABELLE/DIETSCHY-MARTENET PATRICIA/HEINZMANN MICHEL, Petit commentaire, Code de procédure civile, Bâle 2019
- CHAIX FRANÇOIS, L'apport des faits au procès, in : Bohnet (éd.) : Procédure civile suisse, les grands thèmes pour les praticiens, 1^{ère} édition, 2014

CHORUS JEROEN M. J., Le relevé d'office de moyens de droit et de fait: l'application de règles du droit européen par le juge national: étude de droit comparé et d'histoire du droit [CHORUS, Le relevé d'office]

CHORUS JEROEN M. J., La casuistique de la conscience du juge dans la tradition romano-canonique (XII^{ème}-XVI^{ème} siècle), in: Kranjc (éd.), Le juge dans l'histoire: entre création et interprétation du droit, Pravnik, Vol. 71(133), pp. 49 ss, 2016 [CHORUS, Conscience du juge]

COLOMBINI JEAN-LUC, Code de Procédure civile, Condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise, Ferlens 2018

CONOD PHILIPPE, Le code de procédure civile vaudois de 1824 ou la fidélité à la pratique judiciaire, Thèse, Lausanne 1987

CORBOZ BERNARD, Les dispositions générales du CPC [Titres 3 à 6], in: Foëx/Jeandin (éd.), Le Code de procédure civile – Aspects choisis, Genève 2011, p. 31 ss

CORBOZ BERNARD/WURZBURGER ALAIN/FERRARI PIERRE/FRESARD JEAN-MAURICE/AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Commentaire de la LTF, 2^{ème} édition, Berne 2014 [Commentaire de la LTF, art. 1 N 1]

CORNU GERARD, Linguistique juridique, 3^{ème} édition, Paris 2005 [CORNU, Linguistique juridique, p.]

CORNU GERARD, Adages et brocards, in : Alland/Rials (éd.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris 2003 [CORNU, Adages et brocards, p.]

CORNU GERARD, Vocabulaire juridique, 11^{ème} édition, Paris 2016 [CORNU, Vocabulaire juridique, p.]

CREUX JEAN, Die Stellung des Richters im genferischen Zivilprozess, Winterthur 1960

DAUCHY SERGE, La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1806, in : Cadiet/Canivet (éd.), 1806 – 1976 – 2006, De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France, pp. 77 ss, 2006

DAMRAU JÜRGEN, Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen seit der Rechtszivilprozessordnung von 1877, Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, Heft 16, Paderborn 1975

DE LOS MOZOS-TOUYA JOSE JAVIER, Le juge romain à l'époque classique, in: Carbasse/Depambour-Tarride (éd.), La conscience du juge dans la tradition européenne, pp. 49 ss

DERNBURG HEINRICH, Pandekten, Vol. 1, 3^{ème} édition, Berlin 1892

DIETSCHY PATRICIA, Le déroulement de la procédure simplifiée, in : Bohnet (éd.), Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, pp. 173 ss [DIETSCHY, Le déroulement de la procédure simplifiée, p.]

DIETSCHY PATRICIA, Le devoir d'interpellation du tribunal et la maxime inquisitoire sous l'empire du Code de procédure civile suisse, RSPC 1/2011, pp. 82 ss [DIETSCHY, Le devoir

d'interpellation du tribunal et la maxime inquisitoire sous l'empire du Code de procédure civile suisse, p.]

DONATSCH ANDREAS/LIEBER VIKTOR/SUMMERS SARAH/WOHLERS WOLFGANG, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 3^{ème} édition, Zurich 2020 [Zürcher Kommentar StPO-AUTEUR, art. 1 N 1]

DONDORP HARRY/SHRAGE ELTJO J.H., The Sources of Medieval Learned Law, in: Cairns/Du Plessis (éd.), The Creation of the *Ius Commune*, From Casus to Regula, Introduction, Vol. 7, pp. 7 ss, 2012

DONZALLAZ YVES, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, Berne 2008 [LTF-Commentaire, art. 1 N 1]

DUNAND WILLIAM, Du rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits, Etude comparative des principes des lois allemandes, françaises et genevoises, Thèse, Genève 1940

DUSS VANESSA, Gericht, Gesetz und Grundsatz, Entstehung und Funktion von Prinzipien des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts vor und nach Einführung der zivilrechtlichen Kodifikationen (OR und ZGB), Thèse, Zurich 2009

ECKERT RAPHAËL, Peine judiciaire, pénitence et salut entre droit canonique et théologie (XII^e s.-début du XIII^e s.), in : Revue de l'histoire des religions, l'ordre chrétien médiéval entre le droit et la foi, pp. 483 ss, Malakoff 2011

ENGELMANN ARTHUR *et al.*, A History of Continental Civil Procedure, traduit et édité par ROBERT WYNESS MILLAR (Book review), Archiv für die civilistische Praxis, 1928, Vol. 9, pp. 252 ss [ENGELMANN *et al.*, p.]

FASCIATI RETO, Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im Basellandschaftlichen Zivilprozess, Thèse, Bâle 1979

FEENSTRA ROBERT, L'Ecole de droit d'Orléans au treizième siècle et son rayonnement dans l'Europe médiévale, Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique, n° 13, pp. 23 ss, 1992

FELLMANN WALTER, Substanziierungspflicht der Parteien und richterliche Fragepflicht – von der Notwendigkeit materieller Prozessleitung, in: Bommer/Berti (éd.), Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011 – 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, vol. 53, pp. 279 ss, Zurich 2011

FRITZSCHE HANS, Begründung und Ausbau der neuzeitlichen Rechtspflege des Kantons Zürich, Zurich 1940

GAFNER MAX, Die Parteibefragung im schweizerischen Zivilprozessrecht, Thèse, Berne 1919

GÄRTNER GUSTAV FRIEDRICH, Kritik des Untersuchungs-Principes des Preussischen Civil-Processes, Berlin 1832

GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2^{ème} éd, Bâle 2014

-
- GAUDEMET JEAN, Formation du droit canonique et gouvernement de l'Eglise de l'Antiquité à l'âge classique, Strasbourg 2008 [GAUDEMET, Formation du droit canonique, p.]
- GAUDEMET JEAN, Le droit privé romain, Paris 1974 [GAUDEMET, Le droit privé romain, p.]
- GAUTSCHI WALTER, Beweislast und Beweiswürdigung bei freiem Richterlichem Ermessen, Zurich 1913
- GERKENS JEAN-FRANÇOIS, Droit privé comparé, Bruxelles 2007
- GIRARD PAUL FRÉDÉRIC, Manuel Elémentaire de Droit Romain, 8^{ème} édition, Paris 2003
- VON GÖNNER NIKOLAUS THADDÄUS, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände, Vol. 1, 2^{ème} édition, Erlangen 1804 [GÖNNER, Vol. I, p.]
- VON GÖNNER NIKOLAUS THADDÄUS, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände, Vol. 2, 2^{ème} édition, Erlangen 1804 [GÖNNER, Vol. II, p.]
- GOTTWALD PETER, Die österreichische Zivilprozeßordnung aus deutscher Sicht, in: Mayr (éd.), 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze, 1998, pp. 179 ss [GOTTWALD, Die österreichische Zivilprozessordnung aus deutscher Sicht, p.]
- GOURON ANDRE, L'enseignement du droit civil au XII^e siècle : de la coutume à la règle, n^o VII, in: Juristes et droits savants : Bologne et la France médiévale, 2000, pp. 183 ss [GOURON, L'enseignement du droit civil au XII^e siècle, p.]
- GOURON ANDRE, Ordonnances des rois de France et droits savants (XIII^e-XV^e siècles), n^o XII, in : Juristes et droits savants : Bologne et la France médiévale, 2000, pp. 851 ss [GOURON, Ordonnances des rois de France et droits savants (XIII^e-XV^e siècles), p.]
- GULDENER MAX, Über die Herkunft des schweizerischen Zivilprozessrechtes, Schriften zum Prozessrecht, vol. 2, Berlin 1966 [GULDENER, Über die Herkunft]
- GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 3^{ème} édition, Zurich 1979
- HAAS ULRICH/MARGHITOLA RETO, Fachhandbuch, Zivilprozessrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zurich 2020 [AUTEUR, in: FHB Zivilprozessrecht, N]
- HALDY JACQUES, Les maximes procédurales : droit fédéral ou procédure cantonale ?, in : Le droit en action, Lausanne : Faculté de droit de l'Université de Lausanne 1996, pp. 187 ss
- HALDY JACQUES, Procédure civile suisse, Bâle 2014
- HALDY JACQUES, La nouvelle procédure civile suisse, Introduction pour les praticiens et les étudiants, Bâle 2009
- HAMZA GÁBOR, Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition, Budapest 2009
- HEFFTER AUGUST WILHELM, System des römischen und deutschen Civil-Proceßrechts, 2^{ème} édition, Berlin 1843

-
- HEILFRON EDUARD, *Geschichte des gemeinen Privatrechts und Civilprozesses, Ein Hülfsbuch für Referendare und Studierende*, Berlin 1893
- HEINZMANN MICHEL, *La procédure simplifiée, une émanation du procès civil social*, Thèse d'habilitation présentée à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, 2018
- HEINZMANN MICHEL/DEMIERRE RAFAELLA, *Quand la vérité formelle l'emporte sur la vérité matérielle*, DC 2015, pp. 341 ss
- HEUSLER ANDREAS, *Der Zivilprozess der Schweiz*, 1923 Leipzig
- HILAIRE JEAN, *Propos sur l'office du juge* in : Constable/Rouche (éd.), *Auctoritas*, Mélanges offerts à Olivier, pp. 779 ss
- HOCHEGGER HERBERT, *Die Zivilprozeßordnung aus der Sicht der Anwaltschaft*, in: Mayr (éd.), *100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze*, 1998, pp. 85 ss
- HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, *Le Code de procédure civile*, 3^{ème} édition, Berne 2021
- HOHL FABIENNE, *Procédure civile, Tome I : Introduction et théorie générale*, 2^{ème} édition, Berne 2010-2016
- HOHL FABIENNE, *Procédure civile, Tome II : Compétence, délais, procédures et voies de recours*, 2^{ème} édition, Berne 2010
- JÄCK JOACHIM HEINRICH, *N. Th. Gönners Biographie*, 3^{ème} édition, Erlangen 1908
- JACQUEMOUD-ROSSARI LAURA, *Les voies de recours, L'appel et le recours limité au droit selon le CPC*, in : Foëx/Jeandin (éd.), *Le Code de procédure civile – Aspects choisis*, 2011, pp. 111 ss
- JEANDIN NICOLAS, *L'administration des preuves*, in : Foëx/Jeandin (éd.), *Le Code de procédure civile – Aspects choisis*, pp. 89 ss, Genève 2011
- JEANDIN NICOLAS/PEYROT AUDE, *Précis de procédure civile*, Zurich 2015
- JAUERNIG OTHMAR, *Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Tübingen 1967
- JEULAND EMMANUEL, *La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1975*, in : Cadiet/Canivet (éd.), *1806 – 1976 – 2006, De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, 2006, pp. 101 ss
- JOLIDON PIERRE, *Vérité, Justice et Procédure civile*, *Zeitschrift des Bernischen Juristenverein/Revue de la Société des juristes Bernois*, 5 mai 1973, Vol. 109, pp. 177 ss
- JOUSSE D., *Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance civile du mois d'avril 1667*, Tome I, 1769
- JUNGO ALEXANDRA, *Zürcher Kommentar – Zivilgesetzbuch, Art. 8 ZGB, Beweislast*, 3^e éd., Zurich 2018 [ZK-JUNGO, art. 8 CC N 1]
- KASER MAX/HACKL KARL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, 3^{ème} partie, 4^{ème} édition, Munich 1996 [KASER/HACKL, p.]

KAUFMANN MARCEL, *Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Tübingen 2002

VON KELLER FRIEDRICH LUDWIG, *Die neuen Theorien in der Zürcherischen Rechtspflege*, Zurich 1828

KÉRY LOTTE, *Inquisitio – denunciatio – exceptio : Möglichkeiten der Verfahrenseinleitung im Dekretalenrecht*, ZSS 118(2001), pp. 226 ss

KLEIN FRANZ, *Festschrift für Franz Klein zu seinem 60. Geburtstag*, Wien 1914

KLINGER RAFAEL, *Die Eventualmaxime in der schweizerischen Zivilprozessordnung*, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A : Privatrecht, Vol. 98, Bâle 2010

KOLB ROBERT, *Les maximes juridiques en droit international public : questions historiques et théoriques*, *Revue Belge de droit international*, n° 2, pp. 407 ss, 1992

KOLZ ALFRED, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne, vol. I : Ses fondements idéologiques et son évolution institutionnelle dans le contexte européen, de la fin de l'Ancien Régime à 1848*, Berne 2006 [KOLZ, I, p.]

KOLZ ALFRED, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne, vol. II : L'évolution institutionnelle de la Confédération et des cantons depuis 1848*, Berne 2013 [KOLZ, II, p.]

KRIEGER JOËL, *Le code de procédure civile vaudois de 1847, Du dogmatisme révolutionnaire au pragmatisme judiciaire*, Lausanne 1993

KRYNEN JACQUES/JEULAND EMMANUEL, *Office(s) du juge*, in : Cadiet/Dauchy/Halpérin (éd.), *Itinéraires d'histoire de la procédure civile, 1. Regards français*, Bibliothèque de l'IRJS, Tome 52, pp. 29 ss, Paris 2014

KUHN ANDRÉ/JEANNERET YVAN, *Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse*, 2^{ème} édition, Bâle 2019

KUHN OLIVIER/HOFFMANN-NOWOTNY/STAUBER DAMIEN, *ZPO-Rechtsmittel – Berufung und Beschwerde, Kommentar zu den Art. 308-327a ZPO*, Bâle 2013 [ZPO-Rechtsmittel-AUTEUR, art. 1 N 1]

KURAS GERHARD, *Die Zivilprozeßordnung aus der Sicht der Richterschaft*, in: Mayr (éd.), *100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze*, pp. 65 ss, 1998

KUTTNER STEPHAN, *Studies in the History of Medieval Canon Law*, Michigan 1990

LANDAU PETER, *Die Verteilung kirchlicher Abgaben im klassischen kanonischen Recht*, pp. 223 ss in: Mayenburg/Condorelli/Roumy/Schmoeckel (éd.), *Der Einfluss des kanonischen Rechts auf die europäische Rechtskultur, vol. 5 Das Recht der Wirtschaft*, Cologne/Weimar/Vienne 2013 [LANDAU, *Der Einfluss des kanonischen Rechts auf die europäische Rechtskultur*, p.]

LANDAU PETER, *Papst Innocenz III. in der richterlichen Praxis, Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Kooperationsmaxime*, pp. 623 ss in: *Europäische Rechtsgeschichte und kanonisches Recht im Mittelalter*, Badenweiler 2013 [LANDAU, *Papst Innocenz III. in der richterlichen Praxis*, p.]

-
- LE BRAS GABRIEL, *Etudes d'histoire du droit canonique*, Tome II, Paris 1965 [LE BRAS, *Etude d'histoire du droit canonique*, p.]
- LE BRAS GABRIEL, *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident*, Tome VII, L'Age classique, 1140+1378 : sources et théories du droit, Paris 1965 [LE BRAS, *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise*, p.]
- LEGENDRE PIERRE, *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique de Gratien à Innocent IV (1140-1254)*, Thèse, Paris 1957
- LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2^{ème} édition, Berne 2016
- LEUENBERGER CHRISTOPH (éd.). *Beitr. von BRÖNNIMANN C. JÜRGEN et al., Der Beweis im Zivilprozess*, La preuve dans le procès civil, Berne 2000 [BRÖNNIMANN in : *Leuenberger et al., Der Beweis im Zivilprozess*, p.]
- LEUPOLD BENEDICT H., *Die Massgeblichen Prozessmaximen im Verfahren der erbrechtlichen Nichtigkeitsklage*, Zurich 2022
- LERMINIER EUGENE, *Introduction générale à l'histoire du droit*, 2^{ème} édition, Paris 1835
- LE TOURNEAU DOMINIQUE, *Le droit canonique, Que sais-je ?*, 3^{ème} édition, Paris 2002
- LÉVY-BRUHL HENRI, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960
- LIENHARD ANDREAS, *Die materielle Prozessleitung der schweizerischen Zivilprozessordnung*, *Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht*, Vol. 15, Zurich/St. Gall 2013
- LIENHARD ANDREAS/MORDASINI-ROHNER CLAUDIA, *Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime*, *AJP* 2015, pp. 1635 ss
- LINDE JUSTIN TIMOTHEUS BALTHASAR, *Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses*, 5^{ème} édition, Bonn 1838 (http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10554363_00005.html, dernière consultation le 23.10.2022)
- LITEWSKI WIESLAW, *Der römisch-kanonische Zivilprozess nach den älteren ordines iudicarii*, Cracovie 1999
- LIU MING-SHEN, *Die richterliche Hinweispflicht, Dogmatik und Rechtskultur*, Thèse, Frankfurt-sur-le-Main 2009
- LOTZ JOHANN FRIEDRICH EUSEBIUS, *Civilistische Abhandlung zur Berichtigung einiger Punkte*, 2^{ème} édition, Coburg/Leipzig 1832
- MACALUSO ALAIN, *L'action civile dans le procès pénal régi par le nouveau CPP*, in : *Le procès en responsabilité civile*, Berne 2011, pp. 175 ss
- MARTIN PASCAL, *L'autorité de la chose jugée en matière civile, Etude de droit romain et de droit suisse*, Thèse, Lausanne 2017
- MAYR PETER G., *100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze*, 1998 [AUTEUR, *Titre article*, pp., in : *Mayr (éd.), 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetz*]

MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine Kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zurich 2010

MEIER RAOUL A., Die Behauptungs-, Bestreitungs-, und die Substantiierungslast im ordentlichen und vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A Privatrecht, Vol. 120, Bâle 2015

MEILI FRIEDRICH, Der Zivil- und Straf-Prozess des Kantons Zürich und des Bundes, Ein Kommentar auf Grundlage der Praxis, Zurich 1882

MITTERMAIER CARL JOSEPH ANTON, Der neue Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in Civil-Rechtssachen, in: Archiv für die civilistische Praxis – 3, pp. 289 ss, 1820 [MITTERMAIER, AcP 3, 1820, p.]

MITTERMAIER CARL JOSEPH ANTON, Ueber das teutschrechtliche Verfahren bei dem Zeugenbeweis in vergleichung mit dem preussischen und französischen Verfahren und den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung, in : Archiv für die civilistische Praxis – 5, pp. 177 ss, 1822 [MITTERMAIER, AcP 5, 1822, p.]

MITTERMAIER CARL JOSEPH ANTON, Was hat der deutsche Prozeß im Ganzen und im Detail durch die neuere doctrinelle und legislative Behandlung gewonnen ?, in : Archiv für die civilistische Praxis - 12, pp. 133 ss, 1829 [MITTERMAIER, AcP 12, 1829, p.]

MIZUNO KOJI, Das officium iudicis und die Parteien im römisch-kanonischen Prozess des Mittelalters: Eine Betrachtung über die clausula salutaris, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung, 2011, Vol. 97(1), pp. 76 ss

MOHNHAUPT HEINZ, Von der Ordnung der Rechte zur Ordnung des Rechts, Zu Theorie und Praxis der Rechtsquellen bei Johann Stephan Pütter, in : Usus Modernus Pandectarum, Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der frühen Neuzeit. Klaus Luig zum 70. Geburtstag, Vol. 24, Göttingen 2007

MORDASINI-ROHNER CLAUDIA, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A : Privatrecht, Vol. 112, Bâle 2013

MOREILLON LAURENT, La recherche des preuves dans l'instruction pénale : maxime inquisitoire et droits de la défense, RPS 122/2004, pp. 140 ss

MOTULSKY HENRI, Ecrits, Etudes et notes de procédure civile, Paris 1973

MOUSOURAKIS GEORGE, Comparative Law and Legal Traditions, Historical and Contemporary Perspectives, Cham 2019

MÜLLER CHRISTOPH, La responsabilité civile et extracontractuelle, 2013

MÜLLER CHRISTOPH, Contrats de droit suisse, Bâle 2012

NAZ RAOUL, Traité de droit canonique, Introduction, Règles générales, Des personnes, Tome premier, Paris 1948 [NAZ, Tome I, p.]

NAZ RAOUL, *Traité de droit canonique, Des procès, Des délits, Des peines*, Tome quatrième, Paris 1848 [NAZ, Tome IV, p.]

NÖRR KNUT WOLFGANG, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, Munich 1967 [NÖRR, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß*, p.]

NÖRR KNUT WOLFGANG, *Über Kategorien von Prozesshandlungen im mittelalterlichen romanisch-kanonischen Recht*, in: *IUS ROMANUM – IUS COMMUNE- IUS HODIERNUM*, Studies in honour of Eltjo J. H. Schrage on the occasion of his 65th birthday, 2010 [NÖRR, *Über Kategorien von Prozesshandlungen im mittelalterlichen romanisch-kanonischen Recht*, p.]

NÖRR KNUT WOLFGANG, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht, Erkenntnisverfahren erster Instanz in civilibus*, Heidelberg 2012 [NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, p.]

NÖRR KNUT WOLFGANG, *Ein geschichtlicher Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses*, *Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen in ausgewählten Kapiteln*, Vol. 118, Tübingen 2015 [NÖRR, *Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses*, p.]

NOWAK ERWIN, *Richterliche Aufklärungspflicht und Befangenheit*, Thèse, Bochum 1991

OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA, *Germany, Switzerland and Austria*, in : *European Traditions in Civil Procedure*, Vol. 54, pp. 103 ss, 2005

OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/ULRICH HAAS, *Kurzkommentar ZPO*, 3^{ème} édition, Bâle 2021 [AUTEUR, *KUKO ZPO*]

ORTLOFF HERMANN, *Das Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen und Hauptformen*, Iena 1858

OTTOMANN RUDOLF, *Die Offizialmaxime – ein schillernder Verfahrensgrundsatz im Zivilprozess* in: Meier/Ottomann (éd.) *Prinzipiennormen und Verfahrensmaximen*, *Zürcher Studien zum Verfahrensrecht*, vol. 103, pp. 73 ss, Zurich 1993

OURLIAC PAUL, *L'office du juge dans le droit canonique classique*, in : *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, pp. 627 ss, 1980

PADOA-SCHIOPPA ANTONIO, *Sur la conscience du juge dans le ius commune européen*, in : *Carbasse/Depambour-Tarride (éd.), La conscience du juge dans la tradition européenne*, 1^{ère} édition, 1999, pp. 95 ss

PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE/GARBARSKI ANDREW M./MUSKENS LOUIS FREDERIC, *Action civile adhésive au procès pénal – No Man's Land procédural ?*, *SJ 2021 II*, pp. 186 ss

PIERRE-MAURICE SYLVIE, *Le code de procédure civile et les maximes*, *Scientia Juris* n°2 (2013), publié in : *Revue générale du droit online*, 2013 (<http://www.revuegeneraledudroit.eu>), pp. 1 ss

PRANTL CARL, *Geschichte der Ludwig-Maximilians-Universität in Ingolstadt, Landshut, München*, zur Festfeier ihres Vierhundertjährigen Bestehens im Auftrage des Akademischen Senates, Vol. 1, Munich 1872

PUCHTA GEORG FRIEDRICH, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig 1838 [PUCHTA, *Pandekten*, p.]

PUCHTA GEORG FRIEDRICH, Über die Grenzen des Richteramts in bürgerlichen Rechtsfachen, Nürnberg 1819 [PUCHTA, Grenzen, p.]

RECHBERGER WALTER H., Die österreichische Zivilprozeßordnung an der Jahrtausendwende, in: Mayr (éd.), 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze, pp. 55 ss, 1998

RECHBERGER WALTER H., Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa, *Ritsumeikan Law Review*, n° 25, pp. 101 ss, 2008

REGELSBERGER FERDINAND, Pandekten, Vol. 1, Paris 1893

REICHEL ALEX, Die Stellung der neueren (hauptsächlich schweizerischen) Gesetzgebungen zur Verhandlungsmaxime, *Zeitschrift des Bernischen Juristen-Vereins/Revue de la Société des juristes bernois*, Vol. XXXIII, cahier 2, pp. 101 ss, 1897

RENAUD ACHILLES, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilprozeßrechts mit Rücksicht auf die neuern Civilprozeßgesetzgebung, Leipzig/Heidelberg 1867

ROLAND HENRI/BOYER LAURENT, Adages du droit français, 4^{ème} édition, 1999

ROSCH DANIEL/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA/HECK CHRISTOPH (éd.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, 2^e éd, Berne 2018

ROSENBERG LÉO/SCHWAB KARL HEINZ/GOTTWALD PETER, Zivilprozessrecht, 18^{ème} édition, Munich 2018

ROTH HERBERT, Entwicklung und Reformen der ZPO, *Juristische Rundschau* 2018(4), pp. 159 ss

ROUILLER NICOLAS, La responsabilité des professionnels du droit/ I.-III., in : TRA : Travaux du groupe suisse de l'Association Henri Capitant Band/Nr. I, Les professions juridiques, Paris 2012

SALVIOLI GIUSEPPE, Storia della procedura civile e criminale, 2 vol. : Storia della procedura civile e criminale, Milan 1925 ; Storia del diritto italiano, Milan 1927; réimpression Francfort-Florence 1969

SARBACH MARTIN, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, *Zeitschrift des Bernischen Juristen-Vereins/ Revue de la Société des juristes bernois*, ZBJV/RJB 136/2000, pp. 685 ss

SARBACH MARTIN, Zivilprozessrecht im Wandel, Am Beispiel der bundesrechtlichen Untersuchungsmaxime, in : Schindler/Schlauri (éd.), Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, pp. 133 ss, Zurich 2001

SARBACH MARTIN, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, *Abhandlungen zum schweizerischen Recht*, Livre 673, Zurich 2003

SARBACH ROLAND, Das Verbot überraschender Rechtsanwendung im ordentlichen Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Thèse, St. Gall 2017

SCHLUMPF DIETER, Dispositives Recht und Parteibefugnisse im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung der Zivilprozeßordnung des Kantons Basel-Stadt und des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit, Inaugural Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte an der Hohen Juristischen Fakultät der Universität Basel, Bâle 1981

-
- SCHMIDLIN BRUNO/CANNATA CARLO AUGUSTO, *Droit privé romain*, vol. 1 : Sources, famille, biens, 1984 ; vol. 2 : Obligations successions, procédure, 1987, Lausanne
- SCHÖNFELD KLAUS ECKHARD, *Zur Verhandlungsmaxime im Zivilprozeß und in den übrigen Verfahrensarten – Die Modifikation des Prozeßrechts durch das Sozialstaatspostulat*, Francfort-sur-le-Main/Berne 1981
- SCHRAGE ELTJO J.H., *Einleitung*, in : *Das römische Recht im Mittelalter, Wege der Forschung*, Vol. 635, 1987
- SCHURTER EMIL, *Grundzüge des materiellen Beweisrechtes in der schweizerischen Zivilprozessgesetzgebung*, Zurich 1890
- SCHURTER EMIL/FRITZSCHE HANS, *Die geschichtlichen Grundlagen der kantonalen Rechte*, 1931
- SEELIG HORST, *Die prozessuale Behandlung materiellrechtlicher Einreden – heute und einst.*, Thèse, Cologne 1980
- SEIDL ERWIN, *Römische Rechtsgeschichte und römisches Zivilprozessrecht*, Cologne 1962
- SEILER BENEDIKT, *Die Berufung nach ZPO*, Zurich 2013
- SEILER HANSJÖRG/VON WERDT NICOLAS/GÜNGERICH ANDREAS/OBERHOLZER NIKLAUS, *Bundesgerichtsgesetz (BGG) Bundesgesetz über das Bundesgericht, Handkommentar*, 2^{ème} édition, Zurich 2015 [CS BGG, art. 1 N 1]
- SPOHR TILMAN, *Die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) im Zivilprozess*, Thèse, Göttingen 1969
- SPÜHLER KARL/AEMISEGGER HEINZ/DOLGE ANNETTE/VOCK DOMINIK, *Bundesgerichtsgesetz, Praxiskommentar*, 2^{ème} édition, Bâle 2013 [PraxisKomm BGG, art. 1 N 1]
- SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/GEHRI MYRIAM, *Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts*, 9^{ème} édition, 2010
- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK, *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3^{ème} édition, Bâle 2017
- STAEHELIN ADRIAN/GROLIMUND PASCAL/BACHOFER EVA, *Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*, Zurich 2019 [AUTEUR, p. 1, § 1]
- STAMMLER WOLFGANG/ERLER ADALBERT/EKKEHARD KAUFMANN, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*, Vol. IV, Berlin 1990 [STAMMLER et al., p.]
- STÜRNER ROLF, *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen – Von Deutschland aus gesehen*, in: Habscheid (éd.), *Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht*, Vol. 5, Bielefeld 1991
- STRÄULI EMIL, *Kommentar zum Gesetze betreffend die zürcherische Rechtspflege vom 2. Christmonat 1874 und 13. Brachmonat 1880, Winterthur 1883*
- SUTTER-SOMM THOMAS, *Das familienrechtliche Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, in : *Schriftenreihe zum Familienrecht*, Vierte Schweizer

Familienrecht§Tage : 31. Januar/1. Februar 2008 in Zürich, pp. 79 ss [SUTTER-SOMM, Das familienrechtliche Verfahren, p.]

SUTTER-SOMM THOMAS, avec la collaboration de: Dario Ammann/Flora Stanischewski/Jakob Steiner, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3^{ème} édition, Zurich 2017 [SUTTER-SOMM, p.]

SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3^{ème} édition, Bâle 2016 [AUTEUR, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm, art., N]

SUTTER-SOMM THOMAS/SEILER BENEDIKT, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1-408 ZPO, Zurich 2021 [CHK-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 1 N 1]

TAPPY DENIS, Procédure civile fédérale et organisation judiciaire cantonale : à la recherche d'un nouvel équilibre, ZSR 138(2019) II, pp. 292 ss [TAPPY, RDS 138(2019) II, p.]

TAPPY DENIS, Chronologie sommaire des questions concernant le sort du canton de Vaud et ses institutions, 1813-1815 (pp. 17 ss) et Les institutions vaudoises dans la tourmente: le contexte politique difficile de l'élaboration de la Constitution cantonale du 4 août 1814 (pp. 203-224, in : Meuwly O. (éd.) Le Congrès de Vienne et le Canton de Vaud: 1813-1815, Bibliothèque historique vaudoise [TAPPY, Congrès de Vienne]

TAPPY DENIS, Un feuillet de plus de deux siècles : l'unification de la procédure civile en suisse, ZSR 120(2001), Halbband 1, II, pp. 127 ss [TAPPY, ZSR 2001 II, p.]

TAPPY DENIS, La procédure civile en Suisse, de la fin de l'Ancien Régime à nos jours : évolution historique et influences, in : Cadiet/Dauchy/Halpérin (éd.), Itinéraires d'histoire de la procédure civile, 2. Regards étrangers, Paris 2020, pp. 292 ss [TAPPY, Regards étrangers, p.]

TAPPY DENIS, Conclusions et voies de recours, in : Bohnet/Dupont (éd.), Les conclusions en procédures civile et pénale, Bâle 2021, pp. 75 ss [TAPPY, Conclusions et voies de recours]

THEVENOZ LUC/WERRO FRANZ, Code des obligations I, Commentaire romand, 2^{ème} édition, Bâle 2012

THOMAS YAN, Les artifices de la vérité en droit commun médiéval, l'Homme, pp. 113 ss, 2005

TREZZINI FRANCESCO/FORNARA STEFANO/COCCHI BRUNO/BERNASCONI GIORGIO A./VERDA CHIOCCHETTI FRANCESCA, Commentario pratico al Codice didiritto processuale civile svizzero, 2 volumes, 2^{ème} édition, Lugano 2017

TROLLER ALOIS, Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus, Bâle 1945

ULLMER RUDOLF EDUARD, Die Zürcherische Civilprozeß nach den Gesetzen und der Praxis, Zurich 1861

VALDRINI PATRICK/VERNAY JACQUES/DURAND JEAN-PAUL/ECHAPPE OLIVIER, Droit canonique, 2^{ème} édition, 1999, Paris [VALDRINI et al., p.]

VILLERS ROBERT, Rome et le droit privé, Paris 1977

WACH ADOLF, Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung, in : Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Vol. 14, pp. 329 ss, 1872

-
- WÄLKENS LAURENT LEO JOZEF MARIA, La théorie de la coutume chez Jacques de Révigny, Edition et analyse de sa répétition sur la loi De quibus (D. 1,3, 32), 1984
- WÄLDER HANS ULRICH, Die Offizialmaxime, Anwendungsbereich und Grenzen im schweizerischen Zivilprozeßrecht, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht, 1^{er} livre, Leiden 1973 [WÄLDER, Die Offizialmaxime, p.]
- WÄLDER-RICHLI HANS ULRICH, Zivilprozessrecht, nach Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 5^{ème} édition, Zurich 2009
- WÄLDER-RICHLI HANS ULRICH/GROB-ANDERMÄCHER BEATRICE, Zivilprozessrecht, nach Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 5^{ème} édition, 2009
- WÄLDER HANS ULRICH/MEIER ISAAC, Rezeption deutschen Zivilprozeßrechts in der Schweiz, untersucht anhand des Beispiels der ZPO des Kantons Zürich, in : Das deutsche Zivilprozeßrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen, Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht e.V., Vol. 5, Bâle 1991
- WARNOENIG LEOPOLD AUGUST, De la science du droit en Allemagne depuis 1815, Paris 1841
- WELSCH JOHANN BAPTIST, Revision der Gesetzgebung und Rechtspflege Baiern, Vol. 1, Munich 1819
- WENGER LEOPOLD, Institutionen des römischen Zivilprozessrechts, Munich 1925
- WETZELL GEORG WILHELM, System des ordentlichen Civilprocesses, 3^{ème} édition, Leipzig 1878
- WETZSTEIN THOMAS, Heilige Vor Gericht, Das Kanonisationsverfahren im Europäischen Spätmittelalter, 28^{ème} édition, Vienne 2004
- WIJFFELS ALAIN, Le destin du Code de procédure civile (1806) en France, in : Cadiet/Canivet (éd.), 1806 – 1976 – 2006, De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France, pp. 129 ss, Paris 2006
- WILDHÄBER BOHNET STEPHANIE, Le devoir d'interpellation du tribunal en procédure civile suisse, Jusletter du 23 septembre 2013
- WILLISEGGER DANIEL, Grundstruktur des Zivilprozesses, Grundlagen, Grundelemente, Gerichtsverfahren, Zurich 2012
- WINDSCHEID BERNHARD, Lehrbuch des Pandektenrechts, Düsseldorf 1874-1975
- WOLF ERIK, Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4^{ème} édition, Tübingen 1963
- WOLTER UDO, Ius canonicum in iure civili, Studien zur Rechtsquellenlehre in der neueren Privatrechtsgeschichte, Cologne/Vienne 1975

Introduction

Dès le 18^{ème} siècle, l'unification du droit de procédure civile fut un passage obligé pour un grand nombre de pays européens. D'abord en 1781 pour l'Autriche et 1793 pour la Prusse, puis en 1806 pour la France, en 1865 pour l'Italie et finalement en 1877 pour l'Allemagne. Pour sa part, la Suisse dut attendre le 1^{er} janvier 2011 pour l'entrée en vigueur de son Code de procédure civile unifié¹. La modernisation du procès civil suisse s'est d'abord effectuée au niveau cantonal, en s'inspirant des codes de procédure civile nouvellement en vigueur dans les autres pays européens. C'est seulement après 200 ans de pratique et « d'expérimentations » au niveau de ses cantons que la Suisse choisit de mettre fin à la parcellisation de sa procédure. L'objectif principal était de pallier le morcellement du droit et l'insécurité juridique par l'unification de son droit procédural. Mû par une volonté de pérenniser les traditions juridiques suisses tout en simplifiant leurs mises en œuvre, l'avant-projet du CPC s'inspire de tous les modèles cantonaux sans jamais n'en retenir un comme référence².

L'étude des codes cantonaux de procédure civile, la recherche d'une systématique et l'analyse des points de convergence entre ceux-ci amènent au constat suivant : la plupart des lois cantonales concordent significativement sur les grands principes de procédure comme première expression d'une longue expérience procédurale. Parmi ces points de concordance prédominant notamment la maxime de disposition et la maxime des débats, qualifiées « d'épine dorsale de la procédure civile » par le rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts de 2003³.

Mais qu'entend-on exactement par cette dénomination de « principes de procédure » et plus spécifiquement par celle de « maximes de procédure » ? D'où viennent-elles et comment sont-elles apparues en droit suisse ? Pourquoi sont-elles consacrées dans la législation suisse et surtout pour quel résultat ?

Si l'on se penche sur leur origine, les maximes procédurales sont progressivement apparues avec l'émergence du droit savant, soit de l'interaction entre droit romain et droit canonique, pour ensuite être théorisées par les pandectistes et intégrées dans le droit procédural allemand.

¹ RO 2010 1739. Ci-après abrégé « CPC ».

² Loi fédérale de procédure civile (Procédure civile suisse), Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts, juin 2003, p. 10 ; Message CPC 2006, p. 6866 ss.

³ Loi fédérale de procédure civile (Procédure civile suisse), Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts, juin 2003, p. 14.

Dans ce contexte, l'importance de chacun de ces principes de procédure fut fluctuante et évolua au gré du temps, des conceptions contemporaines de l'Etat et de son rôle plus ou moins protecteur au sein de la société⁴.

- 5 Selon sa définition générale, une maxime n'est autre qu'une formule résumant un principe de morale, une règle de conduite ou un jugement d'ordre général. La maxime de procédure (« Prozeßmaxime » ou « Prozeßgrundsatz ») renvoie elle à la notion juridique plus stricte de principe de droit procédural. OTTOMANN reprend pour sa part la définition de BRÜGGEMANN qui caractérise la maxime de procédure comme une **représentation de l'ordre en même temps qu'un outil dans l'arsenal du législateur**⁵. Sur cette base, WILLISEGGER distingue encore parmi trois catégories : les **maximes de procédure**, relatives à la direction et la conduite du procès (« Grundsätze mit Kompetenzgehalt ») ; les **garanties de procédure**, assurant la réalisation et la protection des droits des parties durant leur procès (« Grundsätze mit Anspruchsgehalt ») ; et les **principes de procédure**, relatifs à l'organisation du procès (« Grundsätze mit Gestaltungsgehalt »). La maxime des débats, la maxime inquisitoire, la maxime d'office et la maxime de disposition prévues aux art. 55 et 58 CPC entrent, d'après cette répartition, dans la première catégorie. Chacune propose un **modèle de direction du procès** d'après une répartition des tâches et des compétences différentes entre parties et juge. La maxime des débats et la maxime de disposition privilégient l'initiative et l'autonomie des parties, tandis que la maxime d'office et la maxime inquisitoire font primer l'intervention du juge pour assurer le bon déroulement de la procédure⁶.
- 6 Contrairement à la classification de WILLISEGGER, nous avons choisi de ne pas intégrer la **maxime éventuelle** dans la catégorie des maximes de procédure. Comme il la qualifie lui-même, la maxime éventuelle est à la fois une limite temporelle qui conditionne la recevabilité de la demande (« Eventualmaxime ») et une exigence de concentration des allégations (« Konzentrationsmaxime »)⁷. Elle n'est pas directement consacrée par le texte du CPC actuel et ces deux objectifs sont à ce jour indirectement remplis par l'art. 229 CPC relatifs aux nova ainsi que par le principe général de l'art. 124 CPC sur la conduite rapide du procès. Pour les raisons suivantes, nous n'associerons donc pas la maxime éventuelle à notre acception de la maxime de procédure, considérant qu'elle correspond plus aux caractéristiques des principes d'organisation du procès (planification dans le temps du procès) ou encore aux

⁴ Loi fédérale de procédure civile (Procédure civile suisse), Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts, p. 15 s.

⁵ OTTOMANN, p. 82 et n. 20: «können Prozessmaximen aufgefasst werden als Ordnungsvorstellungen und gleichzeitig als «Material im Arsenal des Gesetzgebers»».

⁶ WILLISEGGER, p. 246 s.; STAEHELIN/BACHOFNER, p. 132, N 1 s. ; STAMMLER et al., p. 55 s. ; ASPRIEN STÖCKLIN, p. 11 s. ; BOHNET, La procédure civile en schémas, pp. 88 s. et 99 ; CORBOZ, Les dispositions générales du CPC, p. 34 ss.

⁷ Bien qu'il classe la maxime éventuelle dans sa partie sur les maximes de procédure (ou « Grundsätze mit Kompetenzgehalt ») WILLISEGGER différencie cette dernière en l'assimilant à ce qu'il appelle une « Verhaltensmaxime » ou *regula maxima*. Cette *regula* rappelle la responsabilité des parties d'agir dans un délai restreint, sans pour autant prévoir de sanction en cas de violation de cet impératif de temps, du moins jusqu'à ce que les conditions pour l'admission des nova soient dépassées. WILLISEGGER, p. 255 s. Voir aussi OTTOMANN, concernant la difficulté pour définir et surtout délimiter ce qui appartient à la notion de « Verfahrensgrundsatz » ou pas, p. 82 s.

garanties de procédure (protection des parties contre les allégations volontairement tardives, simplification de la procédure en limitant la surcharge et la complexité des écritures, etc.)⁸.

La catégorie des garanties de procédure (« Grundsätze mit Anspruchsgehalt ») regroupe pour sa part les principes figurant aux art. 52, 53 et 56 CPC à savoir le respect des règles de la bonne foi, le droit d'être entendu ainsi que **l'interpellation des parties**, qui les prémunit contre leurs propres lacunes. Bien qu'elle constitue une garantie plutôt qu'une maxime de procédure, nous intégrerons régulièrement l'interpellation des parties dans notre réflexion, dès lors qu'elle atténue l'effet de la maxime des débats et se pose à ce titre comme une forme alternative à la maxime inquisitoire. De même, nous aborderons régulièrement le principe *iura novit curia* (art. 57 CPC ; application du droit d'office) en parallèle des maximes de procédure⁹, afin de souligner la distinction entre **allégations (des faits et des exceptions) par les parties** d'une part, et **examen d'office du bien fondé des conclusions sous l'angle du droit par le juge** d'autre part. Le principe de bonne foi et le droit d'être entendu sont pour leurs parts, de pures garanties de procédure que nous n'intégrerons pas spécifiquement dans nos recherches¹⁰.

Enfin, sont rassemblés sous la dénomination de principes d'organisation du procès (« Grundsätze mit Gestaltungsgehalt ») les préoccupations relatives à la forme écrite ou orale de la procédure, le principe de l'immédiateté (« Unmittelbarkeitsprinzip ») ou encore le principe de publicité ou le secret des débats. Les conditions relatives à la forme (écrite ou orale) et au principe d'immédiateté sont inscrites parmi les règles de conduite du procès et actes de procédure (art. 124 et 130 CPC) ainsi que dans les dispositions générales sur la preuve (art. 152 ss CPC). Seul le principe de publicité figure parmi les « principes de procédure » énumérés aux art. 52 ss CPC. Nous ne nous attarderons cependant pas particulièrement sur ce principe, de même que sur les règles de forme et d'immédiateté, dans la mesure où ils ne concernent pas directement les « rapports de force » entre juge et parties durant le procès¹¹.

Sur la base de cette brève classification des principes de procédure, nous choisirons donc de traiter les maximes procédurales selon une acception relativement restreinte regroupant maxime des débats, maxime de disposition, maxime inquisitoire et maxime d'office. Au surplus, nous ne traiterons du devoir d'interpellation et du principe *iura novit curia* que pour mettre en balance l'étendue et la teneur de la maxime inquisitoire et de la maxime d'office. Nous ne traiterons pas non plus spécifiquement des maximes applicables en vertu d'autres règles, même dans le cadre de procédure à caractère civil au sens large, en particulier la

⁸ ASPRION STÖCKLIN, p. 40 ss ; STAHELIN/BACHOFNER, p. 147 N 37 ss ; KLINGER, pp. 3, 16 s. ; MORDASINI-ROHNER, p. 22 ss ; FASCIATI, p. 13 ss.

⁹ Notamment en lien avec l'art. 58 CPC relatif à la maxime de disposition (al. 1) et à la maxime d'office (al. 2) : que le juge soit ou non lié par les **conclusions des parties**, il connaît le droit (*iura novit curia*) et n'est en ce sens pas lié par les **arguments de droit des parties**.

¹⁰ WILLISEGGER, p. 257 ss ; Message CPC 2006, p. 6888 s. (principes à peine abordés dans Message CPC 2020, p. 2669) ; ASPRION STÖCKLIN, pp. 35 ss, 128 ss ; MORDASINI-ROHNER, p. 29 ss ; CORBOZ, Les dispositions générales du CPC, p. 31 ss.

¹¹ WILLISEGGER, p. 274 ss ; STAHELIN/BACHOFNER, p. 154 ss, N 52 ss ; BOHNET, La procédure civile en schémas, p. 88 s. ; Message CPC 2006, p. 6888 ss et 6915 ss (pas abordé dans Message CPC 2020).

protection de l'adulte et de l'enfant (cf. art. 446 al. 1 et 446 al. 3 CC). Nous excluons enfin toutes les règles de forme et principes généraux relatifs au déroulement du procès ne traitant pas du rapport juge-parties et de leurs compétences réciproques.

- 10 Une fois cette délimitation précisée, bien d'autres questions se posent lorsque l'on aborde le thème des maximes de procédure : quelle est la portée réelle de ces principes de procédure civile et peut-on sanctionner leur violation ? Si oui par quels moyens ? Peut-on vraiment réparer une immixtion trop grande, voire un « excès de zèle » de la part d'un juge lors de la recherche et de l'établissement des faits ? A l'inverse peut-on sanctionner son inertie et si oui, jusqu'à quel point peut-on le tenir responsable des lacunes des parties ? Une partie mal représentée perd-elle l'assistance du juge, lorsque, dans les mêmes circonstances, une partie non représentée bénéficierait en principe d'une interpellation de sa part ? Peut-on espérer autre chose qu'une réparation en cas de violation d'une maxime de procédure ?
- 11 Ces questions sont d'autant plus complexes que, comme nous l'évoquions précédemment, les notions et la teneur des maximes ont eu tendance à évoluer au gré des conceptions de l'Etat ou encore de l'importance accordée à l'autonomie privée comme le résumait STEIN, spécialiste allemand de procédure civile du début du siècle passé¹² :
- 12 « Jede Zivilprozessreform muss sich das Ziel setzen, ein Verfahren zu schaffen, das, wenn auch nur für eine bestimmte Kultur- und Wirtschaftsperiode, allen Anforderungen und Interessen gerecht wird. Da diese nun miteinander im Widerspruch stehen und mit den stets wechselnden Anschauungen über den Staat und seine Aufgaben aufs engste zusammenhängen, **so hat das Problem eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Suchen nach dem *perpetuum mobile*. Es scheint sicher, dass die Aufgabe niemals restlos gelöst werden wird, und bemühen sich Generationen und Generationen immer wieder von neuem um die Prozessreform** ».
- 13 Ainsi, bien que l'essence même des maximes de procédure et de leurs fonctions dans le procès civil semblent perdurer au fil du temps, il n'en reste pas moins difficile d'en dresser un portrait figé. Nous reviendrons donc sur les **origines doctrinales puis légales** de ces notions afin de mettre en perspective les premières versions de ces maximes avec celles actuellement en vigueur en droit suisse. Nous rechercherons ensuite au sein du droit procédural et matériel toutes les **sanctions envisageables** en cas de violation de ces maximes de procédure.
- 14 A titre liminaire, il convient finalement de préciser que nous nous référerons – tout au long de cet ouvrage – aux notions de maxime des débats, maxime de disposition, maxime inquisitoire et maxime d'office, même pour des époques où ces concepts n'existaient pas encore, puisqu'ils ne seront conceptualisés qu'au début du 19^{ème} siècle par GÖNNER. Il s'agira donc simplement pour nous de faire des parallèles entre ces concepts modernes et les principes procéduraux de l'époque, dans les cas où des similitudes seront observées.

¹² STEIN FRIEDRICH, Der Zivilprozess, Rechtslehre, Rechtsvergleichung, Gesetzesreform. Die Reform des Zivilprozesses, Leipzig, 1922, p. 46.

Première Partie :

Genèse et réception en droit suisse de la
notion de maxime de procédure

Chapitre 1 : Du droit romain à l'entrée en vigueur de la « deutsche Zivilprozessordnung » de 1877

La procédure civile, au même titre que la procédure administrative et pénale, est gouvernée par certains principes procéduraux qui encadrent sa mise en œuvre. Comme nous l'évoquions en introduction, ces principes essentiels à l'articulation du procès civil règlent, selon leur **contenu, l'organisation** (« principes de procédure »), la **direction** (« maximes de procédures ») ainsi que la **protection des droits de parties** (« garanties de procédure ») durant le procès¹³.

Au sein même des maximes de procédure figurent un certain nombre de **règles et d'adages** destinés à aménager le procès civil de façon cohérente. Pourtant, ces maximes ne bénéficient pour la plupart pas de conditions ni de champ d'application ou de sanctions clairement établis malgré leur consécration pluriséculaire¹⁴.

Afin de mieux comprendre le flou qui règne autour des maximes de procédure, il convient de revenir sur les fondements de l'organisation du procès civil ainsi que sur la genèse de la notion de maxime procédurale en droit romano-canonique, puis en droit commun allemand, mais aussi en droit français, prussien et autrichien (I. Réception et développement des principes de procédure issus du droit romain en procédure romano-canonique ; II. Naissance de la notion de maxime de procédure en droit commun allemand et aperçu en droit français, prussien et autrichien du 19^{ème} siècle). Les multiples réajustements relatifs à la conduite du procès ainsi que la portée normative fluctuante du concept de maxime de procédure expliquent, au moins en partie, les inconstances voire les contradictions qui entourent l'application et l'interprétation faites de ces maximes¹⁵. Une analyse rétrospective en droit romain, en droit romano-canonique et en droit commun allemand nous permettra donc de mieux cerner la complexité de ces préceptes procéduraux à la fois incontournables et nébuleux. Car comme le rappelle SCHRAGE, le droit romain constitue le ciment sur lequel s'est bâti le droit dit « moderne », d'abord par la force des armes, ensuite par la force de son contenu¹⁶ :

« Dreimal hat Rom der Welt Gesetze diktiert, dreimal die Völker zur Einheit verbunden, das erstemal, als das römische Recht noch in der Fülle seiner Kraft stand, **zur Einheit des Staates**, das zweitemal, nachdem dasselbe bereits untergegangen, **zur Einheit der Kirche**, das drittemal, infolge der Rezeption des römischen Rechts im Mittelalter, **zur**

¹³ WILLISEGGER, p. 246 s. ; STAEHELIN/BACHOFNER, p. 132, N 1 s. ; STAMMLER et al., p. 55 s.

¹⁴ KOLB, p. 409.

¹⁵ KOLB, pp. 425 et 433 ; WESENER, pp. 53 à 60.

¹⁶ SCHRAGE, Einleitung, p. 1.

Einheit des Rechts; das erstmal mit äußerem Zwange durch die Macht der Waffen, die beiden andern Male durch die Macht des Geistes ».

I. Réception et développement des principes de procédure issus du droit romain en procédure romano-canonique

19 Afin de comprendre comment est apparue la notion de maxime procédurale, en quoi celle-ci se distingue d'autres propositions normatives, et quelle est sa place dans l'ordre juridique suisse actuel, il convient de revenir très brièvement sur les fondements de la pensée juridique romaine. En effet, l'étude de la procédure de droit romain constitue la **base juridique sur laquelle s'est construit la réflexion de droit commun allemand** puis, plus tard, la **réflexion pandectiste à l'origine du concept-même de maxime de procédure**, ultérieurement repris en procédure civile suisse. Si les termes génériques de maxime des débats, maxime inquisitoire, maxime éventuelle, etc. sont effectivement apparus dès l'ère pandectiste, les concepts eux, sont au moins en partie le fruit de la réflexion des juristes romains, et plus précisément du regard porté par les pandectistes sur le droit romain¹⁷. WINDSCHEID illustre d'ailleurs très bien ce caractère incontournable et salutaire du droit romain pour le mouvement pandectiste et le droit allemand en général¹⁸ :

20 « Die Begriffe des römischen Rechts sind immer scharf und präzise, und doch sind sie immer elastisch, immer bereit, sich jedem neu auftretende Lebensbedürfnisse zu öffnen und den Anforderungen desselben in sich Raum zu gewähren; das römische Recht ist immer klar, und doch nie abstrakt. Wenn einerseits das ältere deutsche Recht Gefahr lief, über der reichen Ausbildung des Details die begriffliche Zusammenfassung desselben zu vernachlässigen, und andererseits der deutsche Geist leicht an der Klippe dogmatischer Abstraktion scheitert: **so ist gerade für Deutschland das römische Recht ein heilsames Mittel der Zucht gewesen, das, wie es seinen Werth bewährt hat, hoffentlich nie wird mißachtet werden.** »

21 Vu l'étendue et la complexité du droit romain dont l'évolution de la procédure s'est faite sur plusieurs siècles, nous limiterons notre analyse à quelques particularités de la procédure de droit romain ayant inspiré la pensée romano-canoniste puis pandectiste. En ce sens, nous nous appuyerons uniquement sur des **sources secondaires** afin de mettre en exergue, non pas le droit romain dans sa version la plus authentique, mais la quintessence des concepts retenus par les canonistes et juristes de droit commun pour bâtir leurs propres principes de procédure civile. Ce parti pris de nous en tenir aux sources secondaires nous semble approprié dans la mesure où ce n'est pas la procédure effectivement mise en œuvre en droit romain antique qui permet des parallèles vraiment pertinents avec les maximes de procédure vues selon le droit moderne, mais plutôt **l'interprétation de cette procédure par la doctrine allemande du 19^{ème} siècle**. En effet on ressent, à la lecture des auteurs pandectistes, le besoin de définir

¹⁷ REGELSBERGER, p. 3 ss ; WARNKOENIG, p. 34 ss ; HEFFTER, p. 7 ss.

¹⁸ WINDSCHEID, p. 17. (Mise en gras ajoutée). Voir aussi BELOW, p. 139.

certaines notions, mais aussi de rattacher ces notions nouvelles au droit romain, parfois de manière presque fictive.

A noter encore que – comme mentionné en introduction (cf. N 14) – nous nous référerons parfois aux notions de maxime des débats, maxime de disposition, maxime inquisitoire et maxime d'office à propos d'époques antérieures à leur conceptualisation par GÖNNER au début du 19^{ème} siècle. Il s'agira donc simplement de faire des parallèles entre ces concepts modernes et les principes procéduraux de l'époque, dans les cas où des similitudes seront observées.

22

A. Survol de la procédure de droit romain et comparaison avec les concepts de droit moderne

Le terme de procédure renvoie à un ensemble de règles fixant la façon dont il faut procéder afin de faire reconnaître son droit en justice. A Rome, cette procédure était initialement bâtie autour d'un système d'actions en justice (*ius actionum*) et de vengeance privée dans laquelle les parties avaient un rôle central. Cependant, en raison des nombreux désagréments qu'engendrait ce mode de résolution des conflits, l'organisation judiciaire romaine bascula rapidement de la vengeance privée vers une justice d'Etat. L'établissement d'un pouvoir de médiation confié à une autorité étatique reconnue comme supérieure dans les conflits entre particuliers permit de mettre un terme à l'exercice d'une vengeance dite « abusive » et posa les fondements d'un régime de droit à proprement parler. De cette évolution naîtront successivement **trois procédures** visant, entre autres, à **répartir les pouvoirs et obligations entre les parties à la procédure et l'autorité chargée de rendre la justice** : la procédure des actions de la loi, la procédure formulaire et la procédure *extra ordinem*¹⁹.

23

1. Des « Actions de la loi » à la procédure formulaire

La procédure des actions de la loi, à la fois très archaïque et ritualisée, n'a **pas grandement inspirée la procédure de droit romano-canonique, de même que la procédure de droit commun allemand**. Fondée sur des actions légales soumises à un formalisme jugé *a posteriori* comme relativement excessif, cette procédure judiciaire et contradictoire, divisée en deux phases (*in iure* et *apud iudicem*) reposait essentiellement sur **l'initiative des parties**, laissant au magistrat un rôle relativement restreint et passif. De plus en plus impopulaire au fil du temps, la procédure des actions de la loi laissera sa place, durant l'époque classique, à la procédure formulaire²⁰.

24

¹⁹ GAUDEMET, Le droit privé romain, p. 160 s. ; KASER/HACKL, p. 26 ss ; SEIDL, p. 157 ; GIRARD, pp. 1025 s. et 1029 ss ; LÉVY-BRUHL, p. 12 ss.

²⁰ GIRARD, pp. 1029 s., 1031 ss et 1037 ss ; KASER/HACKL, pp. 4, 34 ss, 69 ss ; WENGER, pp. 108 s. et 118 ss ; MARTIN, p. 37 ss ; GAUDEMET, Le droit privé romain, p. 165 ss ; LÉVY-BRUHL, p. 170 ss.

25

La procédure formulaire, aussi appelée *ordo iudiciorum privatorum* par opposition à la *cognitio extraordinem* ou procédure extraordinaire, se découpe en deux phases (*in iure* et *in iudicio*). Contrairement aux actions de la loi, le mode de citation de la procédure formulaire ne prévoit aucune affirmation solennelle ou caractère rituel, seulement un **débat contradictoire devant le magistrat**. A la suite de ces débats, le magistrat **tire librement les conséquences des prétentions exposées** par les plaideurs, relatives au lieu et à la façon d'organiser le procès²¹.

- 26 La phase *in iure* traite de la **qualification juridique des faits**, qui sera à terme consignée dans la formule. Durant cette phase, il appartient au magistrat de décider s'il veut accorder l'action du demandeur, l'exception du défendeur et plus largement s'il délivrera une formule et dans quels termes. Le magistrat peut, à ce titre, **poser les questions qui lui semblent pertinentes au défendeur**. Mais selon les termes de GIRARD : « cela n'empêche pas son activité de dépendre toujours jusqu'à un certain point de la conduite des parties »²². En effet, pour reprendre les termes de MARTIN, la formule est un « patron d'action, un canevas lacunaire » que le préteur doit combler puis délivrer aux parties s'il estime l'affaire en état d'être jugée²³. En ce sens, il peut refuser de délivrer une formule dont il est certain qu'elle n'aboutira pas ou pire, conduirait de façon certaine à l'absolution du défendeur. Dans tous les cas, aucune formule n'est délivrée sans un concours de volonté des parties. L'**aspect conventionnel** est donc une condition *sine qua non* à l'engagement de la procédure formulaire dans laquelle le magistrat joue un rôle essentiel dès lors qu'il peut choisir d'arrêter ou de laisser se poursuivre le procès²⁴.

La phase *in iure* prend fin par la *litis contestatio*. Celle-ci a deux effets : une fois la formule délivrée par le magistrat, l'objet de la formule **ne pourra plus être modifiée** jusqu'à ce que le juge rende sa sentence (effet fixateur). D'autre part, une fois la *litis contestatio* accomplie, l'action intentée est déduite en justice de sorte qu'il n'est plus possible de l'intenter à nouveau (effet extinctif). Durant la seconde phase (*in iudicio*), le juge se charge de **vérifier les conditions** de la condamnation, d'**administrer les preuves** et finalement, de rendre un jugement condamnatore ou absolutoire, selon que les conditions dudit jugement seront ou non remplies²⁵.

- 27 A ce stade de la procédure, on retrouve déjà certaines caractéristiques essentielles, pour ne pas dire rudimentaires, de la **maxime des débats** (initiative et autonomie des parties) comme

²¹ GIRARD, p. 1064 ; WENGER, p. 99 ; GAUDEMET, Le droit privé romain, p. 185 ; KASER/HACKL, p. 151 s. ; BARON, p. 153 s.

²² GIRARD, p. 1067 ; KASER/HACKL, pp. 189 s. et 239 ss ; GAUDEMET, Le droit privé romain, p. 185 ; HEILFRON, pp. 250 et 209 pour la définition de la *formula* : « *Formula* ist ein bei Beendigung des Verfahrens *in iure* vom Magistrat verfaßtes Schriftstück, in welchem der *judex* ernannt und angewiesen wird, unter gewissen Bedingungen der Beklagten zu verurteilen bzw. den Kläger abzuweisen. »

²³ MARTIN, p. 65.

²⁴ GIRARD, p. 1069 ; GAUDEMET, Le droit privé romain, p. 186 s. ; WENGER, pp. 101 et 130 ; VILLERS, p. 165 ; HEILFRON, p. 251 ; KASER/HACKL, p. 222 ss.

²⁵ MARTIN, pp. 62, 75 ss et 85 ; BARON, p. 171 ss.

le confirment SEELIG, bien que l'on ne puisse pas parler d'application véritablement conséquente de ladite maxime (cf. 2^e paragraphe reproduit, *in fine*)²⁶ :

« Diese Tatbestände, d.h. rechtlichen und tatsächlichen Umstände, mußten von den Parteien vorgebracht werden. Denn im Formularverfahren galt im wesentlichen der heute sog. Beibringungs- oder Verhandlungsgrundsatz. **Nach dieser Verfahrensmaxime oblag die Sammlung des die Urteilsgrundlage bildenden Prozessstoffs allein den Parteien;** was von ihnen nicht vorgetragen wurde, war der richterlichen Entscheidung nicht zugänglich. Das galt auch für das Verfahren *in iure*. Die Einschaltung einer *exceptio* in die formula erforderte zumindest daß dem Prätor die Exzeptionstatsachen unterbreitet wurden ».

« **Mit der Frage, ob ein "Richterkönig" entscheiden dürfe, hängt zusammen, ob sich der Richter selbst den Prozeßstoff suchen und erweitern dürfe (*Inquisitionsmaxime*) oder ob er an das Material gebunden sei, das ihm die Parteien an die Hand geben (*Verhandlungsmaxime*).** Im Allgemeinen dürfte in der Antike Verhandlungsmaxime anzunehmen sein (Dig. 42, 2, 7); doch gibt es eine Ulpianstelle von zweifelhafter Echtheit, die sich für die Inquisitionsmaxime ausspricht (Dig. 11, 1, 21). Konsequente Durchführung darf man jedoch keineswegs erwarten ».

Le juge dispose d'une certaine liberté dans la détermination du droit applicable, qui fait entrevoir les prémices du principe *iura novit curia*, lui-même en lien avec la **maxime d'office**. En droit actuel, le principe *iura novit curia* renvoie à **l'autonomie du juge dans la recherche et la détermination du droit applicable au litige**. Comme l'explique MIZUNO, en reprenant les développements de STRYK (juriste allemand du 17^{ème} siècle) sur cette question, ce concours du juge à la détermination de l'objet du litige découlerait de la *clausula salutaris*, elle-même issue de la procédure formulaire. Cette *clausula*, lorsqu'elle était invoquée par le plaideur à la fin de sa demande, lui permettait **de confier au juge la charge de décider de l'argumentation juridique** et ainsi de ne pas avoir à désigner lui-même d'*actio*. Toujours selon l'auteur allemand, ce concours de l'autorité judiciaire se justifie par le fait que personne ne savait établir la validité et la pertinence d'une action en justice mieux que le juge. Autrement dit, les parties n'avaient **pas les connaissances juridiques suffisantes leur permettant de faire valoir leur droit de façon optimale**. Cette clause, dans la mesure où elle consacre une **immixtion importante du juge dans l'autonomie des parties**, constitue donc une première version de ce que le droit moderne rattache aujourd'hui à l'adage *iura novit curia*, mais aussi peut-être de la notion de partie faible (en raison de sa méconnaissance du droit). Nous l'aborderons à nouveau dans le cadre de la procédure romano-canonique. Elle se distingue toutefois de la conception moderne dès lors qu'elle reste à l'initiative des parties (*officium suppletorium*) et non du juge (*officium iudicis*)²⁷. D'aucuns invoquent également comme point de départ, un texte du Codex de Justinien, une constitution de Dioclétien, Codex 2.10(11).1²⁸.

²⁶ SEELIG, p. 16. Voir aussi : SEIDL, p. 166. ; HEILFRON, pp. 190, n° 2 et 191, n° 3.

²⁷ MIZUNO, pp. 76 s., 81 et 90 ; KASER/HACKL, p. 358.

²⁸ « Codex 2.10. Que le juge supplée ce qui manque à l'assistance des avocats des parties.

Les Empereurs augustes Dioclétien et Maximien à Honoratus.

Le juge ne peut pas hésiter, quand par ceux qui prennent part dans un litige, ou par ceux qui donnent leur assistance dans les procès, il y a dit trop peu, de le suppléer et d'avancer ce que dont il sait qu'il correspond aux lois et au droit

Mais nous reviendrons plus en détail sur cette notion dans le cadre de la procédure romano-canonique (cf. N 103 ss). Comme l'admet WENGER, historien du droit du début du 20^{ème} siècle en Allemagne, la procédure formulaire est donc une combinaison entre **initiative et autonomie des parties** (maxime des débats) et **intervention et pouvoir correctif du juge** (maxime d'office)²⁹ :

« Für den Klassische Prozeß wird dies von WENGER [...] anders beurteilt, der jedoch Verhandlungsgrundsatz und Dispositionsgrundsatz gleichstellt [...] und daher wegen der Dispositionsbefugnisse des Prätors eine Mischung zwischen Verhandlungsmaxime und Offizialprinzip annimmt. »

31 En admettant la litispendance comme établie, c'est ensuite aux parties de présenter leurs moyens de preuve lors des débats³⁰. Le juge jouit d'un plein pouvoir d'appréciation concernant ces moyens de preuve et forme librement sa conviction. A ce sujet, WENGER se pose la question de savoir si cette théorie de la preuve libre, qui semble habiliter le juge à décider de façon univoque des moyens de preuve et des éléments factuels qu'il souhaite prendre en considération dans son jugement, ne serait pas **révélatrice d'une procédure plus inquisitoire qu'accusatoire**, ou s'il s'agit simplement d'une **atténuation à la maxime des débats**. L'auteur résout finalement cette question en choisissant la seconde hypothèse, qui constitue selon lui un compromis à « l'hégémonie » de la maxime des débats dès lors que le juge reste lié par les termes de la formule ainsi que par les éléments qui lui sont présentés. Il ne peut s'en détacher sous aucun prétexte, même si les conséquences lui apparaissent absurdes, iniques ou simplement inexacts³¹ :

32 « Untersuchungsmaxime? Mit dieser freien Beweistheorie scheint auf den ersten Blick dem Richter auch die Befugnis gegeben zu sein, sich selber über den zur Entscheidung stehenden Fall durch Heranziehung von Tatsachenstoff oder Beweismitteln Klarheit zu verschaffen. **Es ist aber eine Frage des Prozeßrechts, ob es diese letzte Konsequenz aus der freien Beweistheorie wirklich ziehen und zu einem richterlichen Inquisitionsrecht fortschreiten will, oder ob man der freien Beweiswürdigung durch die Verhandlungsmaxime, eine Schranke setzen will, wornach der Richter an Tatsachen und Beweismittel gebunden ist, die von den Parteien vorgebracht sind.** Man sieht, wo die Schranken da sind, ist kein Prinzip zur vollen Auswirkung gekommen, sondern eben ein Kompromiß gegeben ».

33 Sur la base de la division bipartite de la procédure donnée par les actions de la loi, la procédure formulaire apporte plusieurs nouveautés relatives à l'organisation du procès civil : la **description des faits et l'administration des preuves par les parties** (maxime des débats). **L'atténuation du principe accusatoire par la délivrance d'une formule**, soit la qualification juridique par le juge des éléments de fait et des preuves présentés par les parties (principe

d'origine public. Souscrit le 14 février 290 ». (Nous soulignons). Traduction disponible in : CHORUS, Le relevé d'office, p. 159 5 et interprétation relative pouvoir de suppléer que des *iura*, et non pas des *facta*, cf. p. 159 s.

²⁹ WENGER, p. 376, N 29. Voir aussi : CHORUS, Le relevé d'office, 157 ss ; MIZUNO, p. 77 ; MARTIN, p. 96 ss ; BARON, p. 178 ss.

³⁰ Cette théorie de la preuve libre (« Theorie der freien Beweiswürdigung ») a prévalu en procédure romaine classique jusque vers la fin de l'Empire, où le système de la preuve légale a finalement pris le dessus (« System der gesetzlichen Beweistheorie ») ; WENGER, p. 192 s., (Mise en gras ajoutée). Voir aussi : GAUDEMET, Le droit privé romain, p. 189 s. ; KASER/HACKL, pp. 295 s. et 361 s. ; HEILFRON, p. 262 s.

³¹ WENGER, p. 192 s. et 288. Voir aussi : GAUDEMET, Le droit privé romain, p. 190 ; KASER/HACKL, pp. 234 et 363.

iura novit curia). Le recours possible à la *clausula salutaris* revenant à **une forme d'interpellation du juge à l'initiative des parties**, ainsi que la théorie de la preuve libre comme compromis à l'application du principe accusatoire.

2. De la procédure *extra ordinem* et de l'héritage procédural laissé par le droit romain

La procédure *extra ordinem*, qui résulte d'une série de changements successifs opérés presque jusqu'à la fin du 3^{ème} siècle, se caractérise par le fait qu'elle est menée par un fonctionnaire public, en dehors des formes régulières d'instances civiles. Née avec le pouvoir impérial, elle présente une **physionomie bureaucratique** fondée sur un **système hiérarchique très développé**, avec pour conséquence d'ouvrir la voie à un grand nombre d'appels. Cette procédure est à la fois **plus simple et plus autoritaire** puisqu'elle consacre l'intervention des formes administratives dans la résolution des contestations privées. Délaisant une articulation bipartite, l'instance se décompose désormais en quatre phases : la citation, l'organisation de l'instance, le jugement et l'exécution du jugement. Chacune de ses phases se déroulent normalement devant le même fonctionnaire dès lors que les fonctions de préteur et de juge ont fusionné. Exceptionnellement, l'instruction et le jugement pourront toutefois être délégués à un juge dit « pédané » (*iudex pedaneus*), qui recevra des instructions du fonctionnaire déléguant quant à l'objet du litige et à l'instruction qu'il aura à mener³².

Alors qu'il appartenait au demandeur d'amener le défendeur devant le magistrat, il revient désormais à ce dernier, après avoir pris connaissance de la requête, de s'occuper de la comparution du défendeur, si besoin par la contrainte. A la suite de la citation, l'organisation de l'instance se poursuit par l'**exposé contradictoire** en fait et en droit des deux parties, marquant ainsi le début de la *litis contestatio*. En procédure extraordinaire, le début de la *litis contestatio* fait débiter le délai de péremption de l'instance. Mais contrairement à la procédure formulaire, elle n'a plus d'effet extinctif ou fixateur. Ainsi, sans division bipartite de l'instance et en l'absence de contrainte mise par le juge aux termes de la formule, le demandeur a désormais la possibilité de **préciser ou corriger sa demande en cours de procès**. Ce dernier, qui subissait directement les conséquences d'une erreur figurant dans sa demande sous le régime de la procédure formulaire, pourra désormais obtenir un jugement qui tiendra compte de son droit véritable grâce à cette innovation de la procédure extraordinaire. C'est uniquement lorsqu'il aura surestimé son droit, par mégarde ou par mauvaise foi, que le comportement du demandeur sera sanctionné. A ce titre, le défendeur était également **autorisé à rectifier sa réponse en fonction des modifications tardives du demandeur**³³.

³² GIRARD, pp. 1132, 1135, 1141 ; KASER/HACKL, p. 526 s. ; VILLERS, pp. 172, 182 ; GAUDEMET, Le droit privé romain, p. 198 ; WENGER, p. 257 s. ; MARTIN, pp. 107 s. et 131.

³³ WENGER, pp. 268 et 291 ; HEILFRON, p. 191, n° 3 ; KASER/HACKL, pp. 587 et 589 ; VILLERS, p. 179 ; MARTIN, p. 122 ss.

Durant le jugement, le **juge procède librement à l'instruction et peut suppléer aux allégations des parties** dans les cas qu'il juge inéquitables (absoudre le défendeur qui aura satisfait le demandeur, modérer la condamnation, etc.). Il a également la possibilité **d'intervenir afin de poser des questions** aux parties, ce qui peut ponctuellement conduire à prolonger la procédure. S'agissant du prononcé de la sentence, le juge n'est tout simplement **plus limité par les termes de la formule**³⁴.

37 L'organisation du procès extraordinaire présente quelques similitudes avec la procédure civile actuelle, notamment dans son redécoupage, mais s'en éloigne dès lors qu'il consacre l'intervention des formes administratives dans la résolution des contestations privées. Il reste cependant intéressant d'analyser cette tendance en faveur de **l'intervention active du magistrat** (citation, déroulement du procès, etc.) dans la mesure où elle trouve application, en droit actuel, dans certaines hypothèses de procès civils consacrant un régime plus protecteur³⁵.

38 Chacune des phases dans l'évolution de la procédure de droit romain est importante, que ce soit par la richesse de son contenu (procédure formulaire), soit parce que – pour des raisons chronologiques – elle a plus directement influencé le droit procédural, médiéval ou moderne (procédure *extra ordinem*). Cette analyse volontairement « biaisée », puisque faite sous l'angle du droit moderne, a toutefois pour vertu d'en extraire les préceptes qui ont prévalu à la construction du droit savant et du droit commun allemand, comme le soulignent KASER/HACKL³⁶ :

39 « Für die Bedeutung des römischen Zivilprozeßrechts ist zu unterscheiden: Seine eben angedeutete Einwirkung auf das mittelalterliche und neuzeitliche Prozeßrecht knüpft nicht bei des klassischen Ordnung an, sondern bei der letzten Phase der antiken Entwicklung, dem nachklassischen Kognitionsprozeß. [...] **Die inneren Werte, derentwegen das römische Prozeßrecht unsere Bewunderung verdient, liegen jedoch nicht in dieser späten, sondern in seiner klassischen Erscheinungsform** ».

40 Cet héritage juridique, après avoir été oublié pendant quelques siècles, réapparaît dès le 12^{ème} siècle avec la **redécouverte des compilations justiniennes**. Il retrouve rapidement ses lettres de noblesse au travers du travail d'interprétation effectué par les glossateurs, puis par les commentateurs (ou post-glossateurs) et rencontre le droit canonique dans ce que l'on appellera le **droit commun** ou *ius commune*. De ce renouveau intellectuel associant droit séculier et réflexion théologique émanera un essor doctrinal ainsi qu'une législation canonique qui inspireront la formation des concepts de droit civil et de droit procédural moderne³⁷.

³⁴ GIRARD, pp. 198, 200 ; KASER/HACKL, pp. 528, 595 s. ; GAUDEMET, Le droit privé romain, p. 203 ; WENGER, p. 291 : « Der spätrömische Prozeß weist die gefährliche Tendenz auf, sich in die Länge zu ziehen. Wenn die *cognitio* die Wahrheit an den Tag bringen soll, ja wenn der Richter selber die Parteien durch *inquisitio* immer wieder ermuntern soll, ja alles Wesentliche beizubringen, so besteht die naturgemäße Gefahr der Prozeßverschleppung durch die ins Hintertreffen geratene Partei [...] ».

³⁵ GIRARD, p. 1135 ; WENGER, p. 250. Voir aussi HILAIRE, p. 784 sur la notion d'*officium iudicis*.

³⁶ KASER/HACKL, p. 6.

³⁷ GAUDEMET, Formation du droit canonique, p. 177 ss ; BELOW, p. 106 ss ; WETZSTEIN, pp. 25 à 27 ; SCHRAGE, Einleitung, pp. 1 à 4 ; MOHNHAUPT, p. 110.

3. Excursus relatif à la notion de fardeau de la preuve en droit romain

Avant de faire un bond dans le temps pour traiter de la réception et du développement des maximes de procédure en droit romano-canonique, nous aimerions aborder le thème du **fardeau de la preuve en droit romain** dans la mesure où, comme nous le verrons plus tard, cette notion a parfois fait l'objet de confusion avec la matière couverte par les maximes de procédure, que ce soit dans la jurisprudence (confusion dans les prétentions des parties)³⁸, ou bien dans la formulation de l'art. 8 CC de 1907/1912 qui semblait présupposer celle de maxime des débats (cf. N 455 et 504 ss). Nous nous appuyerons donc sur les développements ci-après (ainsi qu'aux N 67 ss) pour mieux différencier ces deux thématiques, à la fois proches et distinctes.

Le principe des maximes de procédure n'ayant pas été théorisé en droit romain, il nous semblait en effet important d'analyser brièvement cette **question du fardeau de la preuve**, dans la mesure où elle constitue une prémisse ou du moins un premier sujet de réflexion sur lequel s'est ensuite greffée et construite la théorie des maximes. En effet, il est notable de voir à quel point les questions de devoir de vérité matérielle vs. vérité formelle, de devoir d'allégation des faits et de production des preuves sont intimement liées à celle du fardeau de la preuve. En d'autres termes, la question du fardeau de la preuve est celle de savoir : « qui – du demandeur ou du défendeur – supporte la charge de prouver les faits qu'il allègue pour en déduire son droit » ; tandis que celle de la maxime des débats, respectivement de la maxime inquisitoire est : « qui – du juge ou des parties – est tenu d'établir les faits sur lesquels se fondent les prétentions émises et de produire les preuves y-relatives ». Avec éventuellement la sous-question de savoir « Et dans quelle mesure ».

La base légale sur laquelle se fonde l'action civile et la répartition du fardeau de la preuve qu'elle prévoit dans son texte influe donc ensuite sur les maximes procédurales (« de quel type de procédure s'agit-il ? », « la partie qui supporte le fardeau de la preuve doit-elle être considérée comme partie forte ou faible ? » etc.). Il est d'ailleurs fréquent que les deux notions soient confondues et que le recourant perde de vue – en se cachant derrière la maxime inquisitoire – qu'il supporte le fardeau objectif de la preuve. Pour toutes ces raisons, nous traiterons donc brièvement de cette question en droit romain.

Il existe peu de littérature juridique sur l'origine et l'ancienneté de cette règle juridique ; et d'ailleurs, compte tenu de **la rareté des sources juridiques préclassiques**, il serait plutôt difficile de fournir des preuves fiables de son existence à cette époque. Selon GAUTSCHI, elle existait probablement déjà au moment de la procédure des actions de la loi et était alors comprise dans son sens le plus littéral. Pour l'ancien droit romain (très formel) la notion de fardeau de la preuve ne signifiait rien de particulier. Toutes les transactions juridiques devaient être conclues sous la forme du *nexum* ou du *mancipium*, c'est-à-dire **en présence de cinq témoins**, de sorte que la preuve était assurée et qu'on n'attendait pas du demandeur qu'il fasse l'impossible pour démontrer la conclusion de la transaction juridique dans son ensemble. Les

³⁸ Cf. N 651 ss.

questions de preuve ne posaient donc **pas de difficultés particulières à cette époque**. D'après GAUTSCHI, c'est probablement la raison pour laquelle l'ancien droit nous en parle si peu ; cela expliquerait en outre que le serment était inconnu à l'époque, de même que les sanctions légales en cas de déni frauduleux (« wegen arglistigen Leugnens »), qui ont joué un si grand rôle dans le droit ultérieur³⁹.

45 L'ancien procès ne connaissait également que des **obligations unilatérales**. Les transactions juridiques bilatérales (l'achat, la location, etc.) formaient initialement deux contrats indépendants. Il n'y avait qu'une seule question à trancher à la fois, dans chaque décision. Cela étant, la question du fardeau de la preuve ne se posait pas, puisqu'elle incombait automatiquement au demandeur. GAUTSCHI mentionne néanmoins une **exception concernant le paiement de dettes**, qui, par sa nature, devait être prouvé par le défendeur. Dans le cas contraire, le demandeur aurait en effet dû supporter la charge impossible de prouver la négative (donc l'absence de remboursement). C'est pourquoi il suppose qu'une autre règle juridique romaine, vraisemblablement aussi ancienne, a dû apparaître, en partie comme un complément et en partie pour établir le principe selon lequel **celui qui affirme doit prouver, et non celui qui nie**. GAUTSCHI précise encore, dans les litiges relatifs à la propriété, aux servitudes, et dans les actions collectives concernant la liberté, la puissance paternelle, etc., que **la charge de la preuve incombait à l'origine toujours au plaignant**. L'ancienne procédure de revendication (« Vindikationsverfahren ») et préjudicielle (« Präjudizialverfahren ») consistait à faire comparaître les deux parties en tant que plaignants au début du procès. Le préteur déterminait alors, en fonction de l'état de la possession, quelle partie se verrait **attribuer le rôle de demandeur** – « *qui partes petitoris sustinere debeat* » – c'est-à-dire qui devra prouver, car les juristes romains utilisaient l'expression « être demandeur » (« *partes petitoris* ») et celle de « prouver » comme synonymes⁴⁰.

46 Sur ce dernier point, cependant, les opinions des auteurs divergent. Selon JHERING les deux parties devaient, déjà à cette époque, prouver les motifs de l'acquisition (*causae*). Le juge évaluait ensuite le degré de crédibilité des deux *causae* l'une par rapport à l'autre, pour enfin trancher. Selon KARLOWA et ECK, les deux parties avaient également la charge de la preuve, et si aucune preuve complète de la propriété quirite n'était produite par l'une des parties, le juge devait décider **en faveur de celle qui démontrait un droit relativement meilleur**⁴¹.

47 Dans le tribunal des centumvirs, auquel étaient confiés les litiges relatifs aux biens et aux servitudes, la libre appréciation des preuves a prévalu, ce qui n'est pas compatible avec la charge de la preuve unilatérale. De même en droit des obligations : avec l'augmentation des échanges et l'introduction du *ius gentium*, **la règle selon laquelle le demandeur devait**

³⁹ GAUTSCHI, p. 1 s.

⁴⁰ GAUTSCHI, p. 2 s.

⁴¹ JHERING R., *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 4^e et 5^e éd., Leipzig 1878-1891, p. 96 s.; O. KARLOWA, *Beiträge zur Geschichte des römischen Zivilprozesses*, p. 53; E. ECK, *Die sogenannten doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen deutschen Rechts*, Berlin 1870. V. aussi: GAUTSCHI, p. 3.

fournir toutes les preuves a dû être progressivement abandonnée. Selon GAUTSCHI, le droit s'est progressivement débarrassé des formes auxquelles il avait initialement attaché le sort des créances et des obligations. **L'équité** sera désormais prise en compte. Le *bonae fidei iudicia* voit également le jour. Mais cela compliquât naturellement la preuve, dès lors qu'on ne pouvait plus exiger du demandeur qu'il prouve tout, notamment l'absence d'erreur, de contrainte, de fraude, etc.⁴².

Ainsi, par le biais d'une fiction, déjà connue de l'ancien droit romain, la proposition est appa-
48
rue : « *Reus in exceptione est actor*, » **le défendeur, dans son exception, devient le demandeur.** Selon le raisonnement de GAUTSCHI, la libre appréciation des preuves, qui a dominé le droit procédural depuis l'introduction des tribunaux à jury à la place des anciens juges uniques (pontifices), pourrait avoir provoqué un nouveau **transfert de la charge de la preuve** vers le défendeur, de sorte que l'adage suivant a finalement pu être prononcé : « *Interdum quaedam probationes et a reo exequantur* », **parfois certaines preuves sont également exigées du défendeur**⁴³.

Avec la désintégration de l'État romain, l'ancienne règle a retrouvé son importance, car la
49
disparition de la bonne foi dans les transactions commerciales a conduit à la tentative de sécuriser les preuves procédurales au moyen de documents et de témoins, et finalement toutes les transactions d'une importance financière considérable ont été convenues **par écrit**. Toutes les différentes règles juridiques et décisions concrètes ont ensuite été **compilées par Justinien** dans le titre 22.3 du Digeste sous le titre : *De probationibus et praesumptionibus* et dans le titre 4.19 du Codex et constituent depuis lors le point de départ de toutes **les théories sur la répartition de la charge de la preuve**, selon que l'on se base sur les principes généraux ou sur les décisions individuelles⁴⁴.

Au départ automatiquement lié à la qualité de plaignant, le fardeau de la preuve s'est
50
progressivement déplacé – en certaines circonstances et pour des raisons de logique et d'équité – en direction du défendeur. Ce rééquilibrage traduit la **complexification croissante du procès civil**, complexité qui n'est pas vaine dans la mesure où elle permet une meilleure application du droit (empêcher que le demandeur ait à prouver un fait négatif, évaluer la crédibilité des arguments des parties et les confronter pour mieux trancher, etc.). Complexité autour d'un équilibre fragile que l'on retrouve également dans les maximes de procédure en ce qui concerne la répartition « pouvoir du juge – pouvoir des parties » et ses nombreuses nuances et exceptions. En ce sens, on peut estimer que la réflexion autour de la notion de fardeau de la preuve fut un maillon essentiel à celle qui interviendra des siècles plus tard à propos des maximes de procédure.

⁴² GAUTSCHI, p. 3 s.

⁴³ GAUTSCHI, p. 4.

⁴⁴ GAUTSCHI, p. 4.

B. Réception et développement des maximes de procédure en droit romano-canonique

- 51 Développée en parallèle de la procédure de droit romain, la procédure romano-canonique apporte de **nombreux éclairages quant à l'organisation et à l'évolution du procès civil** en Europe et plus particulièrement en Allemagne. Elle constitue, au même titre que le droit romain, l'une des **sources fondatrices du droit commun** qui s'inspire à la fois du Corpus iuris civilis et des sources de droit canon compilées dans le Corpus iuris canonicus. De façon schématique, on peut considérer que le droit romain est à l'initiative des premières formes de procès civil et de l'organisation des institutions judiciaires en général. Le droit canonique, développé un peu plus tardivement, a pour sa part inspiré une **réflexion sur le fonctionnement de cette procédure** ainsi que sur les **préceptes qui l'encadrent**. Certaines valeurs et principes généraux de l'Eglise, alors fortement ancrés dans la culture et la pensée de l'époque médiévale, ont ainsi pénétré la culture juridique, imprégnant la procédure judiciaire d'une certaine morale et d'une pensée bien spécifique structurant et justifiant son déroulement⁴⁵. Ainsi, comme le résume Legendre, « si l'Eglise tire profit de l'idéologie romaine, le Droit romain, en retour, reçoit de l'Eglise un surcroît de prestige. Le droit de Rome, en effet, a sa place dans le divin. Il a été inspiré par Dieu »⁴⁶.
- 52 Cette partie sera donc l'occasion d'étudier par un bref historique, les influences mutuelles de l'Eglise sur le droit romain ainsi que du droit romain sur la procédure de droit canonique (N 53 ss). Dans une deuxième partie, nous nous pencherons plus en détails sur les spécificités de la réflexion canoniste (N 65 ss). Nous nous focaliserons ensuite sur la procédure de droit canon et sa mise en œuvre des maximes de procédure dans le cadre du procès civil (N 100 ss). Pour cette troisième partie nous nous concentrerons essentiellement sur l'évolution finale de la procédure romano-canonique telle qu'elle existe à la fin du Moyen Âge, ainsi que sur le Code de droit canonique dans sa version actuelle. Rappelons là encore (cf. N 14), que nous nous référerons ponctuellement aux notions de maxime des débats, maxime de disposition, maxime inquisitoire et maxime d'office bien que ces concepts n'aient pas existé à une telle époque, leur conceptualisation ne datant que du début du 19^{ème} siècle. Il s'agira donc simplement pour nous de faire des parallèles entre ces concepts modernes et les principes procéduraux de l'époque, dans les cas où des similitudes seront notables.

⁴⁵ WOLTER, p. 3 ; WETZELL, p. 3 s. ; THOMAS, pp. 113-130 ; LE BRAS, Etude d'histoire du droit canonique, p. 918-920 ; GAUDEMET, Formation du droit canonique, p. 179.

⁴⁶ LEGENDRE, p. 39. Voir aussi : CANCE, p. 9 s. ; HAMZA, p. 57 ss ; NÖRR, Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß, p. 1 ss.

1. Historique et développement du droit canon de l'Antiquité à sa réception en droit commun allemand

a. Historique des premiers développements du droit canon

Avant de parler de droit canon, soit de l'ensemble des normes réglant la discipline ecclésiastique ainsi que le fonctionnement de l'Eglise catholique, ce sont avant tout des préceptes généraux de droit divin qui ont introduit une première forme de réflexion juridique dans l'ordre religieux. Le décalogue et les écrits néotestamentaires constituent en effet les premières prescriptions écrites d'ordre pénal, tandis que l'Ancien Testament, le Nouveau Testament et les écrits pseudo-apostoliques viendront progressivement organiser la communauté chrétienne et son fonctionnement⁴⁷. Née dans l'Empire romain, l'Eglise ne pouvait se développer sans subir l'influence de son droit. Largement méconnue pour ce qui est de la période des origines (1^{er} et 2^{ème} siècles), cette influence du droit romain est palpable dès les siècles suivants grâce à d'abondantes réglementations conciliaires dont on ne retrouve une trace écrite qu'à partir du 4^{ème} et 5^{ème} siècles⁴⁸. La fin du 4^{ème} siècle marque également la division entre Orient et Occident. L'Empire d'Orient se met à développer le christianisme selon ses propres traditions et particularités théologiques pour finalement se détacher de l'Eglise romaine catholique et former l'Eglise byzantine orthodoxe en 1054 lors du grand schisme d'Orient⁴⁹.

En Occident, l'Empire Romain s'effondre dès le 5^{ème} siècle sous la pression des divers peuples germaniques qui, par la mise en œuvre de leurs propres structures juridique et politique, conduiront à une juxtaposition des institutions dites romaines et « barbares ». L'importance grandissante des flux migratoires en Occident entraîne un tel mélange au sein des différents peuples qu'elle rend obsolète la notion d'appartenance ethnique. A partir du 9^{ème} siècle, la territorialité des lois prend le pas sur le principe désuet de personnalité des lois. L'effacement de ces spécificités ethniques conduit également les différentes populations à se regrouper autour d'une appartenance de plus en plus axée sur le spirituel. Alors que le droit

⁴⁷ LE TOURNEAU, pp. 10 à 18 ; NAZ, Tome I, pp. 14 et 21 à 51 ; DES GRAVIERS, Le droit canonique, Que Sais-je ?, n° 779, 2^{ème} édition, 1967, pp. 35 à 44 ; VALDRINI et al., pp. 2 à 14 ; CARBASSE, Les droits du Moyen Âge, pp. 33 à 36 ; CANCE, p. 12 s.

⁴⁸ Le concile d'Elvire (vers l'an 300) constitue une première ébauche de droit canonique. Il rassemble 81 canons relatifs aux règles de fonctionnement de l'Eglise (comportements des chrétiens, pénitence, célibat, etc.). D'autres conciles généraux ou œcuméniques (Nicée en 325, Constantinople en 381, Ephèse en 431 et Chalcédoine en 451) viendront compléter cette première contribution. Avant l'empereur Constantin, la discipline chrétienne avait enregistré des apports extérieurs divers. Mais à la suite de la promulgation de l'Edit de Milan en 313, ce dernier met un terme aux persécutions chrétiennes et proclame la liberté de culte. Cet édit de tolérance religieuse, suivi de près par la reconnaissance du catholicisme comme religion d'Etat par Théodose I^{er}, a conduit au développement toujours plus important du droit de l'Eglise, pour lequel l'attrait du droit romain fut dominant. Dès lors, d'autres droits et coutumes locales, comme le droit grec ou hébreu, durent s'effacer devant le droit impérial et notamment devant le Code Théodosien ou encore le Livre I du Code Justinien consacré au droit ecclésiastique. LE TOURNEAU, p. 12 ; CANCE, p. 13.

⁴⁹ LEGENDRE, p. 17 ; LE TOURNEAU, pp. 10 à 18 ; NAZ, Tome I, pp. 14 et 21 à 51 ; VALDRINI et al., pp. 2 à 14 ; CARBASSE, Les droits du Moyen Âge, pp. 33 à 36.

romain tombe progressivement dans l'oubli en raison du morcellement politique et juridique, cette « nouvelle identité » formée autour de la foi donne à l'Eglise et à ses institutions l'élan suffisant pour se détacher et finalement survivre aux institutions romaines auxquelles elles étaient initialement rattachées⁵⁰ comme l'écrit Legendre⁵¹ :

- 55 « Jusqu'à la Renaissance carolingienne, qui coïncide avec une date importante dans l'histoire des sources canoniques tant par la floraison des collections que par la richesse des doctrines, **l'Eglise fut à peu près seule à maintenir le prestige du Droit romain**. Aussi, peut-on voir dans la maxime *Ecclesia vivit [lege romana]* le symbole de ce rôle. C'est également dans les sources canoniques qu'apparurent les premières citations de Droit romain byzantin en Occident. [...] Mais jusqu'au IX^e siècle, le Droit de l'Eglise qui se développe localement manque trop d'unité pour que l'utilisation du Droit romain dans les sources canoniques atteste autre chose que la **continuité d'une culture** ».
- 56 Le droit canonique ne connaîtra de véritable essor qu'à partir du 12^{ème} siècle, avec la redécouverte du droit romain par les glossateurs italiens entraînant, dans son sillage, un développement sans précédent de son propre droit. Ces deux droits, appelés « droits savants », seront à l'origine de la plupart des droits nationaux en Europe occidentale. En effet, les 11^{ème} et 12^{ème} siècles sont ceux de la renaissance culturelle, au travers des droits savants et de leur diffusion écrite. Cette redécouverte suit celle des compilations justiniennes, d'abord par Pepo, puis, de manière plus significative, par Irnerius qui fondera son enseignement juridique sur ces textes vers la fin du 11^{ème} siècle. Cet enseignement sera ensuite perpétué par quatre de ses disciples, dont les plus célèbres sont Martinus et Bulgarus. L'opposition entre les interprétations juridiques des successeurs d'Irnerius les conduiront à dispenser leurs enseignements selon deux courants de pensée distincts. L'émulation intellectuelle générée par ces deux méthodes de travail et les controverses qu'elles soulèvent feront de Bologne la capitale européenne du droit et le point d'ancrage de la renaissance doctrinale⁵².
- 57 Dès les années 1130, d'autres « centres d'enseignements » se développent de façon sporadique en Europe sous l'influence ponctuelle de certains professeurs de renom. Cette réception, d'abord épisodique, permettra de relayer l'enseignement de droit romain, en particulier dans le Midi de la France ou en Catalogne, jusqu'à l'apparition des Universités. Au 12^{ème} siècle, le travail des glossateurs autour des textes de Justinien entamé par Irnerius et complété par les générations suivantes s'est tellement accumulé qu'il apparaît urgent d'y mettre de l'ordre. C'est **Accurse**, professeur bolonais d'origine toscane, qui se chargera de cette tâche en élaborant entre 1220 et 1234 la « **Grande Glose** » ou « Glose ordinaire », qui réorganise et compile l'ensemble des commentaires des jurisconsultes. Le travail de glose a pourtant ce désavantage qu'il peut aller d'un véritable travail d'analyse et de synthèse à de la simple

⁵⁰ CARBASSE, Les droits du Moyen Âge, pp. 38 à 48 et 59 à 62 ; CARBASSE, Manuel d'introduction historique au droit, p. 128 s., LE TOURNEAU, p. 14 s. ; GERKENS, p. 99 s. ; VALDRINI et al., pp. 7 à 9.

⁵¹ LEGENDRE, p. 19 s. (Mise en gras ajoutée).

⁵² CARBASSE, Les droits du Moyen Âge, pp. 62 à 67 ; CARBASSE, Manuel d'introduction historique au droit, p. 139 ss ; MOUSOURAKIS, p. 246 ss ; LE BRAS, Histoire du droit et des institutions de l'Eglise, p. 30 ss ; LEGENDRE, pp. 24 ss et 33 s. ; GOURON, L'enseignement du droit civil au XII^e siècle, pp. 183 à 199 ; MARTIN, p. 292 s. ; ARNERSBERG, p. 2 s. ; BELOW, p. 108 s. ; DONDORP/SCHRAGE, The Sources of Medieval Learned Law, p. 15 ss.

paraphrase. Ainsi, s'il existe bien au départ certaines gloses pertinentes et novatrices, celles-ci se retrouvent très vite noyées dans un amas de citations et références répétitives et de peu de pertinence. Face à ce constat, le travail de glose et, du même coup, le rayonnement de la science juridique italienne s'estompent progressivement – après la compilation d'Accurse – pour laisser la place à **l'École d'Orléans** dès la fin du 13^{ème} siècle⁵³.

Celle-ci se distingue dès la deuxième moitié du 13^{ème} siècle par une nouvelle méthode de commentaire inaugurée par les maîtres de l'Université d'Orléans, principalement : **Jacques de Révigny et Pierre de Belleperche**⁵⁴. Contrairement au travail très littéral et fidèle aux textes romains des glossateurs italiens, la **méthode des commentateurs ou postglossateurs**⁵⁵ propose une interprétation à la fois plus libre et plus adaptée aux réalités de leur époque. Tout comme les glossateurs avant eux, les post-glossateurs considèrent **le droit romain comme la référence indiscutable en matière de science juridique**. Ils s'en éloignent cependant en s'autorisant certaines digressions par rapport aux textes originaux, de manière à **redonner au droit une force créatrice** qui ne pouvait selon eux s'exprimer dans l'analyse figée des glossateurs⁵⁶.

Alors que le mouvement orléanais s'essouffle dès les premières années du 14^{ème} siècle, ce sont à nouveau les juristes italiens notamment incarnés par **Bartole et Balde**, qui, animés d'un esprit nouveau, relanceront cette méthode d'interprétation du droit romain. Les commentateurs italiens auront en effet pour spécificité de se détacher encore un peu plus des compilations justiniennes et de proposer une **interprétation extensive du droit romain**. Le caractère novateur et émancipé de cette **méthode d'exégèse** s'exprimera notamment au travers de la théorie de la personnalité morale, la théorie des statuts ou encore des bases de droit international privé. Elle s'appliquera également, dans une certaine mesure, au droit procédural.

b. Essor du droit canon comme droit savant

⁵³ CARBASSE, Les droits du Moyen Âge, p. 61 s. ; CARBASSE, Manuel d'introduction historique au droit, p. 130 ss ; THOMAS, p. 113 ; GOURON, L'enseignement du droit civil au XIII^{ème} siècle, p. 183 ss ; WOLTER, pp. 34-37 ; MARTIN, p. 293 s. ; FEENSTRA, pp. 23 à 42 ; BELOW, p. 106 ss.

⁵⁴ Sur ceux deux auteurs, consulter : BEZEMER K., What Jacques saw : thirteenth century France through the eyes of Jacques de Révigny, professor of law at Orleans (<https://www.lhlt.mpg.de/1993681/volume099>; 6.2.2022) ; du même auteur : Pierre de Belleperche : portrait of a legal puritan (<https://www.lhlt.mpg.de/1994434/volume194>; 6.2.2022).

⁵⁵ Le terme de « post-glossateurs » renvoie aux juristes de l'École d'Orléans, qui, les premiers, ont développé cette méthode d'interprétation des sources justiniennes. De façon plus générale, ce terme semble également désigner l'ensemble des juristes français et italiens, ayant recouru à cette nouvelle méthode d'analyse du droit romain. Le terme de « commentateurs » désigne plus strictement les bartolistes, soit le mouvement venu après celui des maîtres orléanais. CARBASSE, Manuel d'introduction historique au droit, p. 139.

⁵⁶ CARBASSE, Manuel d'introduction historique au droit, p. 139 ss ; CARBASSE, Les droits du Moyen Âge, p. 59 ss ; CHORUS, Conscience du juge, p. 52 ss ; DONDORP/SCHRAGE, The Sources of Medieval Learned Law, p. 27 s. ; SCHRAGE, Einleitung, p. 18 ss ; MOUSOURAKIS, p. 250 ss ; WOLTER, pp. 37-40 ; FEENSTRA, pp. 23 à 42 ; GOURON, Ordonnances des rois de France et droits savants (XIII^{ème}-XV^{ème} siècles), pp. 851 à 865.

Le droit romain n'a pas été le seul à connaître un important essor durant l'époque médiévale. Alors que le droit canon avait longtemps suivi les traces du droit romain, il s'émancipe dès les premiers siècles du Moyen Âge pour fonder son propre droit. Cette réaction survient vers la deuxième moitié du 11^{ème} siècle avec la réforme du pape Grégoire VII. La **réforme grégorienne** renforce l'unité aussi bien juridique qu'institutionnelle de l'Eglise, en entérinant l'autorité pontificale ainsi qu'en édictant de nouvelles règles de droit. Mais c'est avant tout le **Décret de Gratien** qui viendra remettre de l'ordre dans les sources de droit canonique⁵⁷.

61 La *Concordancia discordantium canonum* répond, comme pour les compilations de droit romain, à un souci de **rassemblement des sources de droit canon** antérieures, principalement entre le 4^{ème} et le 9^{ème} siècles. Il permet, comme son nom l'indique, de regrouper l'ensemble des textes juridiques antérieurs et de résoudre les contradictions et redites qui y figurent. L'exhaustivité de cette *Concordia* en fera, malgré son origine privée, **l'ouvrage canonique de référence** du 12^{ème} siècle⁵⁸. Il deviendra également l'objet d'étude privilégié des juristes qui se consacrent à son étude – appelés « décrétistes » – qui, à l'instar des glossateurs de droit civil, développeront une doctrine fondée sur le droit canon⁵⁹. Plusieurs recueils complémentaires, officiels ou non, viendront ensuite compléter ce Décret, dont les principaux sont les Décrétales de Grégoire IX⁶⁰ ; le Sexte de Boniface VIII ; les Clémentines et les Extravagantes⁶¹.

62 Ce développement concomittant et presque symétrique du droit romain et du droit canon amène les deux disciplines à se rapprocher dès le 12^{ème} siècle. Alors que leurs sources, leurs champs d'application et leurs méthodes ont longtemps différés, les deux droits savants se retrouvent finalement autour d'une **méthode analogue de gloses et de commentaires** ainsi que par **l'imbrication intrinsèque de leurs deux disciplines**. En effet, si les canonistes s'inspirent des institutions de droit romain, les civilistes peuvent difficilement ignorer les lois de

⁵⁷ NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, pp. 1-4 ; CARBASSE, *Les droits du Moyen Âge*, pp. 65 à 67 ; CANCE, p. 14 s. ; DONDORP/SCHRAGE, *The Sources of Medieval Learned Law*, p. 31 ss.

⁵⁸ Selon VETULANI, le Décret de Gratien représente bien plus qu'une simple compilation. En effet, au delà du travail de rassemblement des sources de droit canon et de droit romain, Vetulani constate une grande liberté du rédacteur de la reprise, parfois abrégée ou paraphrasée du texte original ainsi que dans les choix et la réorganisation des sources citées. Ainsi, figurent dans le Décret de Gratien, certains fragments du Codex ou du Digeste jusque-là inconnus aux auteurs des collections canoniques prégratieniennes. Cette liberté s'exprime également par l'association de certains textes ou parties de textes, de façon à structurer sa pensée et éviter de répéter ses conclusions. VETULANI, pp. 28 s. et 47.

⁵⁹ KÜTTNER, *Joannes Andreae and his Novella on the Decretals of Gregory IX*, n° XVI, p. 490 ss. Voir aussi : KÉRY, pp. 226 ss.

⁶⁰ Si l'œuvre de Gratien crée une émulation importante au sein de l'Eglise et de ses institutions, elle apporte également un flux législatif continu dont l'abondance fait perdre sa lisibilité au droit canonique. Les Décrétales de Grégoire IX ordonnées en 1234, visent à pallier les lacunes et redondances au sein de ce flou juridique, par la compilation systématique de toutes les décrétales postérieures au Décret. Promulguées en 1234, ces décrétales, très influencées par le droit romain, viendront supplanter le Décret de Gratien pour devenir le droit officiel de l'Eglise. CARBASSE, *Les droits du Moyen Âge*, p. 67 ; CANCE, p. 14 s.

⁶¹ VETULANI, p. 11 ss ; NAZ, *Tome I*, p. 40 ss ; LE BRAS, *Etude d'histoire du droit canonique*, p. 943 ss ; GAUDEMET, *Formation du droit canonique*, p. 113 ss ; DONDORP/SCHRAGE, *The Sources of Medieval Learned Law*, p. 31 ss ; HAMZA, p. 63 ss.

l'Eglise. Comme le décrit CARBASSE, c'est au travers de cette rencontre tardive que naîtra l'union entre droit romain et droit canonique⁶² :

« Dévoués à des puissances rivales, canonistes et civilistes ne s'aiment guère. Et pourtant, dans la vie quotidienne du droit, leurs disciplines s'entremêlent. Tant bien que mal, dans des proportions variables selon les domaines, elles se complètent. Au bout du compte, au moins dans certaines matières – **par exemple la procédure – il existe bel et bien un « droit romano-canonique » qui combine les principes et les règles des deux droits.** Cette imbrication des deux disciplines est particulièrement poussée après le milieu du 13^{ème} siècle. [...] On désigne alors l'ensemble formé par les deux droits savants par l'expression utrumque jus, « l'un et l'autre droit ». A la fois distincts et complémentaires, droit civil et droit canonique finissent par constituer un double jus commune : le droit commun d'Europe ».

Cette désignation de « droit commun » également utilisée dans d'autres contextes rassemble, durant les derniers siècles du Moyen Âge, l'ensemble des règles tirées par la doctrine – glossateurs comme décrétistes – des compilations de Justinien. Droit commun ne signifie cependant pas droit général. En effet, le *ius commune* se contente de fixer des principes généraux, tout en laissant la place aux droits particuliers des différents pays d'Europe (*ius proprium*). En ce sens le droit commun ne s'applique que de façon subsidiaire⁶³.

2. Apports du droit romano-canonique sur l'organisation du procès civil moderne

La rencontre du droit romain et du droit canon ne va pas sans poser certaines questions de compatibilité entre les deux branches. Face à l'arsenal de techniques et « subterfuges juridiques » du droit romain pour contourner les obstacles de la nature sur la réalité des actions humaines, le droit canon se retrouve face à un premier défi : celui d'intégrer et de concilier les notions de **fiction, de présomption et d'incorporel** instituées par le droit romain avec « l'intangibilité de la nature voulue et créée par Dieu »⁶⁴. D'un point de vue procédural, l'apport des juristes de droit canon s'exprime de nombreuses manières. Nous choisirons toutefois de concentrer notre analyse sur quatre thèmes en particulier : celui du **fardeau de la preuve** et de la **confusion** de cette notion avec celle de **l'établissement, respectivement l'administration de la preuve**. A noter que ce premier thème s'étend sur une période plus large que celle relative au droit romano-canonique, mais mérite selon nous tout de même d'être abordé à ce stade, dans la mesure où il est étroitement lié à la notion de **présomption** et à son évolution au fil des siècles. Nous traiterons ensuite plus spécifiquement de la **transposition du principe de l'accusatoire dans le procès de droit canon au travers de la distinction entre juge et confesseur**, autrement dit entre l'obligation d'établir les faits déterminants et celle du secret de la confession (allégations, équité et atténuation de la maxime des débats). Nous évoquerons ensuite l'influence du droit canon sur la procédure laïque, illustrée

⁶² CARBASSE, Les droits du Moyen Âge, p. 68. (Mise en gras ajoutée). Voir aussi : NÖRR, Romanisch-kanonisches Prozessrecht, p. 4.

⁶³ CARBASSE, Les droits du Moyen Âge, pp. 67 à 69 ; NÖRR, Romanisch-kanonisches Prozessrecht, p. 2 ss ; MOUSOURAKIS, pp. 260 à 262 ; GAUDEMET, p. 217 ss ; HAMZA, p. 60 ss ; BELOW, p. 106 ss.

⁶⁴ THOMAS, p. 113.

par la pratique du Pape Innocent III. Nous nous pencherons enfin sur la **mise en œuvre de la *clausula salutaris***, déjà abordée dans le cadre de la procédure de droit romain (cf. N 30), soit sur la possibilité pour le demandeur de s'en remettre au juge afin de décider de l'action à faire valoir. Cette **exception à la maxime de disposition aujourd'hui transposée à l'adage *iura novit curia***, illustre bien l'apport du droit romano-canonique à la construction des principes modernes d'organisation du procès civil⁶⁵.

66 Nous étudierons donc successivement ces quatre problématiques de façon à souligner les préoccupations propres à la réflexion des canonistes ainsi que les contributions consécutives à ce travail d'interprétation et d'adaptation en procédure civile.

a. Théorie de la présomption relative au fardeau de la preuve (« Beweislast ») et sa distinction avec la notion d'administration de la preuve (« Beweisführung »)

67 Comme évoqué précédemment (cf. N 41 ss), la notion de fardeau de la preuve a déjà été développée en droit romain. Initialement associé à la qualité de plaignant, ce fardeau s'est au fil du temps déplacé du côté du défendeur, en certaines circonstances, et notamment en ce qui concerne la **preuve de faits négatifs**. La notion a donc progressivement gagné en complexité. Face à cette complexité croissante est apparue la **théorie dite de la présomption**. Se fondant sur le droit romain, les glossateurs et les commentateurs ont en effet **cherché à résoudre le problème de la charge de la preuve par de nombreuses suppositions ou présomptions et ont imposé ce fardeau à celui contre lequel s'élevait une telle présomption**. Avant eux, le **droit canon** avait déjà considérablement renforcé les présomptions de droit romain. Selon GAUTSCHI, cette nécessité est apparue dès que la libre évaluation des preuves en droit romain a été remplacée par des **règles de preuve fixes**, rendant ainsi nécessaire le traitement du rapport juridique individuel de manière aussi concrète que possible. Cependant, ce n'est qu'à **partir des Glossateurs** que la doctrine a été développée scientifiquement. Ces derniers ont établi des **règles sur la manière de traiter les présomptions individuelles qui entrent en conflit les unes avec les autres** : les présomptions spéciales priment sur les présomptions générales; les présomptions fondées sur le cours ordinaire des choses sont plus fortes que celles fondées sur des phénomènes individuels; les présomptions qui traitent de la validité des actes qui se sont produits sont également privilégiées; la présomption d'innocence prend également le dessus. Dans le même temps, la **nécessité de rassembler les innombrables règles dans un seul système** est devenue tangible. Les *praesumptiones* étaient regroupées en *sedes* et distinguées selon les *praesumptiones hominis, naturae et facti*. D'autres glossateurs dont Durantis divisaient les présomptions entre celles *ex cause, ex loco, ex*

⁶⁵ THOMAS, p. 113 ; ECKERT, pp. 483 à 508 ; CHORUS, *Conscience du juge*, pp. 49 à 70 ; NÖRR, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß*, p. 51 ss. A ce sujet voir aussi : L. PENNEC, *L'adage « iura novit curia » dans le procès civil : Emergence et évolution contemporaine*, Thèse, Toulon 2010 ; CHORUS, *Le relevé d'office*, p. 157 ss, concernant le principe *iura novit curia*.

tempore et ex eventu. D'autres encore les distinguaient selon leur **valeur probante** (*praesumptiones violantiae, probabiles et leves*)⁶⁶.

La doctrine (autour de la théorie de la présomption) s'est ensuite développée chez les humanistes du 18^{ème} siècle, dont **Schneider** est considéré (par GAUTSCHI du moins) comme le principal représentant. Au 19^{ème} siècle, sous les assauts de WEBER, ses adeptes déclinent, sans toutefois disparaître complètement. L'avantage de cette théorie réside dans la **concision avec laquelle la conception naturelle du droit est exprimée**. Les présomptions ont l'effet de proverbes juridiques. Elles s'impriment facilement dans la mémoire, et c'est pourquoi, dans de nombreux cas, en dépit de fréquentes attaques, elles ont maintenu leur existence dans les études et la pratique. Leur défaut réside **dans l'absence de tout système et dans l'insuffisance absolue de leurs principes généraux**. En cela, un léger parallèle est possible avec les maximes de procédure, du moins pour la période où elles n'étaient pas explicitement prévues dans la loi⁶⁷.

S'est ensuite développée ce que GAUTSCHI qualifie de doctrine dominante. Les deux règles fondamentales du droit romain – à savoir que **le demandeur doit prouver et que le défendeur est le demandeur en ce qui concerne les exceptions qu'il soulève** – ont en effet été reprises au début du 19^{ème} siècle par WEBER, fondateur et initiateur de ce courant doctrinal. WEBER établit la règle suivante à propos de la répartition de la charge de la preuve: « **Quiconque cherche à faire valoir, en tout ou en partie, un droit, une exemption, ou une exception aux droits ou à la présomption d'autrui, est tenu de prouver les faits encore incertains, dont la vérité est nécessairement présupposée par le droit ou l'exemption. Cette règle s'applique sauf exceptions particulières** »⁶⁸. Pour justifier sa théorie, WEBER s'est souvent opposé avec véhémence à Schneider et aux partisans de la théorie de la présomption. Selon GAUTSCHI cependant, il ne pouvait pas se permettre d'être complètement hostile à leur égard. Il ne pouvait pas non plus ignorer les nombreux passages du droit romain sur les présomptions qui ne pouvaient pas s'intégrer à son propre système. Ses disciples et lui se sont dès lors accommodés de ces passages de telle manière qu'ils les ont considérés comme des **exceptions légales**, comme des *ius singulare*, qui ne pouvaient pas être interprétés de manière extensive. **Selon eux, seul le législateur peut se prononcer sur le moment où de telles exceptions doivent trouver effet**, c'est-à-dire sur le moment où un fait est dispensé de preuve (*praesumptio iuris*). *A contrario*, les simples éléments de probabilité, que le législateur ne prend pas en compte et ne déclare pas expressément comme une présomption, ne sont – aussi rigoureux soient-ils – pas aptes à renverser le fardeau de la preuve et n'entrent en considération que dans l'appréciation des preuves (*praesumptio facti*)⁶⁹.

⁶⁶ GAUTSCHI, p. 5 s.

⁶⁷ GAUTSCHI, p. 6.

⁶⁸ Dans le texte original: «Wer ein Recht oder eine Befreiung oder Ausnahme von Rechten oder Anmassung anderer ganz oder zum Teil geltend zu machen sucht, ist schuldig, die noch ungewissen Tatsachen, deren Wahrheit das Recht oder die Befreiung notwendig voraussetzt, zu beweisen. Diese Regel gilt, wenn nicht besondere Ausnahmen vorhanden sind». A. D. WEBER, Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Zivilprozess, 2^e éd. (von Heffter), 1832, p. 111.

⁶⁹ GAUTSCHI, p. 7.

Comme l'explique GAUTSCHI, cette théorie a conduit à une **distinction nette entre la charge de la preuve (« Beweislast ») et leur administration (« Beweisführung »)**. WEBER reprochait en effet aux glossateurs de ne pas séparer les deux questions. Aujourd'hui encore, on exige une séparation nette et un traitement scientifique séparé. Une autre conséquence est le **postulat selon lequel le fardeau de la preuve ne doit pas changer en cours de procédure**. Or les glossateurs parlent justement de déplacement de la charge de la preuve: *transferatur probatio de uno ad unum*⁷⁰.

- 71 Au départ inexistante, puis relativement floue, la notion de charge de la preuve s'est précisée au fil des années pour finalement se distinguer de l'administration des preuves en tant que telle. Aujourd'hui ces notions sont clairement distinctes. Comme développé *supra* (cf. N 67 ss) le fardeau de la preuve (« Beweislast ») règle la question de savoir qui, du demandeur ou du défendeur, supporte la charge de prouver les faits qu'il allègue pour en déduire son droit. Ce n'est qu'une fois cette question résolue que se pose celle de l'administration de la preuve (« Beweisführung »). L'administration de la preuve renvoie – au même titre que l'établissement des faits – à la maxime des débats et à la maxime inquisitoire, comme l'indique expressément l'art. 55 CPC (« Les parties allèguent les faits [...] et **produisent les preuves qui s'y rapportent**. Les dispositions prévoyant l'établissement des faits et **l'administration des preuves** d'office sont réservés »). A ce jour, il est encore fréquent que les deux notions soient confondues et que le recourant, en se cachant derrière la maxime inquisitoire, perde finalement de vue le fait qu'il supporte le fardeau objectif de la preuve (cf. N 41 et 651 ss). Ce léger excursus nous aura ainsi permis de mieux comprendre les origines de cette confusion entre deux notions qui initialement ne formaient qu'un.

b. Principe de l'accusatoire et problématique des « Kenntnis *ut iudex* » en droit canon

- 72 Selon TROLLER, les Glossateurs avaient trois motifs principaux justifiant de restreindre le juge dans son pouvoir d'appliquer le droit⁷¹ :
- 73 «Drei Gründe bewogen die Glossatoren zu diesem, dem justinianischen Recht (dessen Wiedererweckung doch ihr Ziel war) entgegengesetzten Einengen der richterlichen Befugnis: Ein ideeller: die scholastische Lehre von **der Unvollkommenheit des Menschen und der Verderbtheit seiner Natur**. Ein durchaus realer: **die Gefährdung der richterlichen Ehrlichkeit und Unabhängigkeit** in den politischen und wirtschaftlichen Machtkämpfen der damaligen Zeit. [...] Und schliesslich wurde damals schon ein Argument logischer Natur verwertet, das uns später vor allem begegnet: **der privatrechtlichen Natur des Streitiges** entspreche die Dispositionsbefugnis der Parteien über den Umfang des im Prozess geltend gemachten Anspruchs und die seiner Durchsetzung dienenden Vorbringen».
- 74 Le premier argument (**l'imperfection de l'homme et sa nature corruptible**) va clairement dans le sens d'une méfiance envers la toute puissance du juge dans la direction du procès, mais peut-être aussi d'une certaine méfiance envers une trop grande autonomie des parties

⁷⁰ GAUTSCHI, p. 7 s.

⁷¹ TROLLER, p. 34 s. (Mise en gras ajoutée).

(mesures dilatoires, etc.). Le deuxième (**la menace envers l'indépendance et l'honnêteté du juge**) plaide en faveur d'une autonomie des parties dans la gestion de leurs litiges privés ou du moins, d'une claire limitation des pouvoirs du juge. Enfin, le troisième argument (**la nature de droit privé du contentieux**) parle de lui-même et va dans le sens d'une pleine disposition des parties sur l'objet du litige, la créance invoquée dans le procès et les conclusions servant à la faire valoir. Autant de motifs qui, pour des raisons différentes, permettront le développement du principe de l'accusatoire dans le procès civil ; thème que nous étudierons sous différents axes dans les prochaines parties.

(i) *Réflexions autour du principe de l'accusatoire par les glossateurs et post-glossateurs*

Comme nous l'évoquions précédemment, les successeurs d'Irnerius en particulier Martinus et Bulgarus ont – en raison de l'émulation intellectuelle générée par leur vision parfois opposée du droit – largement contribué au développement de l'enseignement juridique à Bologne. Parmi les débats doctrinaux qui ont opposé ces deux juristes figurent notamment leurs conceptions divergentes quant à la **direction du procès**. Alors que Bulgarus s'en tient à une **application stricte du principe d'initiative et de libre disposition des parties** (maxime des débats) sans possibilité pour le juge de suppléer au caractère incomplet des faits ou preuves présenté(e)s par les parties quelque soit la procédure, Martinus opère pour sa part une **distinction entre la matière civile et pénale**. Associant le droit pénal à l'**importance accrue d'établir la vérité matérielle**, il en déduit un pouvoir d'inquisition *de facto*⁷² et *de iure* du juge (maxime inquisitoire), qui ne s'applique cependant pas au domaine civil pour lequel l'intérêt et la volonté de l'individu priment. Cette conception de Martinus associant maxime des débats et maxime « accusatoire » à la procédure civile et d'autre part maxime inquisitoire et maxime d'office à la procédure pénale, constituait à cette époque l'opinion minoritaire⁷³.

S'agissant justement du droit pénal matériel et de la **procédure pénale** (*excursus*) : ces deux branches ont été largement remodelées dans leur structure par le droit canon. Depuis des décennies, les chercheurs discutent **des origines de la procédure d'inquisition** (« Inquisitionsverfahren »), qui s'est **développée après 1200 par opposition à l'ancienne procédure de mise en accusation** (« Anklageprozess »). La procédure d'inquisition, qui ne doit pas être confondue avec l'inquisition spéciale liée à l'hérésie (« der speziellen Ketzerinquisition »), contient **deux éléments**. D'une part, la conduite de la procédure pénale d'après l'« Offizialmaxime », c'est-à-dire la **renonciation au principe selon lequel : « Là où il n'y a pas de plaignant, il n'y a pas de juge »** ; et d'autre part, la **recherche de la vérité matérielle par le juge** (« Instruktionsmaxime »). Selon LANDAU, qui se réfère aux recherches de WINFRIED

⁷² Question de savoir si le juge peut suppléer les faits avancés par les parties, avec des faits qu'il connaît, en dehors de la procédure. *A contrario*, il y avait un plus large consensus sur le fait que la tâche du juge de suppléer les arguments des parties concernait en tout cas les règles de droit. CHORUS, Le relevé d'office, p. 160 s.

⁷³ NÖRR, Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß, pp. 18, 100 ss ; NÖRR, Romanisch-Kanonisches Prozessrecht, p. 93 ; CHORUS, Conscience du juge, pp. 54, 56 ss ; WÄLKENS, p. 336 s.

TRUSEN, c'est la **procédure d'inquisition laïque qui a imité la procédure ecclésiastique** et pas l'inverse. C'est en effet sous l'impulsion du Pape Innocent III (1198-1216) – qui souhaitait « mieux punir » les délits des clercs par rapport au droit procédural conventionnel de l'Eglise et ainsi élever la morale du clergé – que fut développée la procédure d'inquisition en droit ecclésiastique (« **kirchliche Inquisitionsverfahren** »). Cette procédure était plus étendue du fait de l'ajout d'une *inquisitio* destinée à établir la **vérité matérielle à l'aide de témoignages**, tandis que le « serment de purification » (« Reinigungseids ») n'était utilisé qu'à titre subsidiaire lorsqu'en dépit d'une forte suspicion aucune preuve complète n'était obtenue, ou lorsque le juge n'avait qu'un faible niveau de suspicion et ne voulait donc pas engager de procédure⁷⁴. Pour TRUSEN l'apparition de ces « **kirchlichen Inquisitionsverfahren** », qui n'étaient donc pas vraiment des procédures pénales, mais plutôt des procédures disciplinaires engagées à l'encontre d'ecclésiastiques, s'explique avant tout par le **traitement progressif du droit comme une science à part entière** (« Verwissenschaftlichung des Rechts »). Cela eut notamment pour conséquence le rejet des moyens de preuve irrationnels, comme les ordales et les duels, ainsi que la répression du serment de purification. De même, avant l'introduction du procès inquisitoire, TRUSEN rappelle que la maxime d'office trouvait déjà application au sein des institutions ecclésiastiques. Le Pape Innocent III ordonnait en effet des enquêtes spéciales dans les affaires de mariage, de privilèges, dans les affaires électorales des évêques et des abbés, ou encore dans certaines affaires administratives⁷⁵.

77 Placentin, suivi ensuite par Sicardus et Huguccio se sont eux exprimés en faveur du **pouvoir du juge de suppléer de facto aux allégations des parties en procédure civile**, sans pour autant avoir vraiment développé la question de savoir si et jusqu'où s'étend cette possibilité de suppléer quant aux faits⁷⁶. A cette habilitation du juge s'ajoute encore l'incertitude de savoir s'il peut ou non faire appel aux **connaissances obtenues hors procès**, principalement **dans le cadre de la confession** pour ce qui concerne le droit canon (cf. N 82 ss)⁷⁷.

78 Pour Azon, juriconsulte italien de la fin du 12^{ème} et du début du 13^{ème} siècles, l'opportunité pour le juge de *supplere de facto* consiste simplement, dans l'hypothèse d'une application de la maxime des débats, à compléter les allégations des parties par les informations parvenues à sa connaissance dans le cadre de la procédure⁷⁸. L'idée de ne recourir qu'aux faits présentés

⁷⁴ KÉRY, p. 226 s.

⁷⁵ LANDAU, Der Einfluss des kanonischen Rechts auf die europäische Rechtskultur, p. 249 s.; W. TRUSEN, Der Inquisitionsprozess, seine historischen Grundlagen und frühen Formen, ZRG 105 Kan. Abt. 74(1988), p. 168-230 et notamment p. 202; KERY, p. 227.

⁷⁶ Placentin semble par exemple considérer que le juge «*de facto supplet*» lorsqu'il doit appliquer une *exceptio doli* (quoique cette exception n'ait pas été invoquée), mais ne peut pas suppléer ce que les parties n'ont pas allégué, avec sa connaissance privée, dans le cas de la preuve par témoins: «*ut iudex non nisi per allegata iudicet, licet alias noverit veritatem*»: cf. CHORUS, Le relevé d'office, p. 161.

⁷⁷ NÖRR, Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß, pp. 18, 100 ss; NÖRR, Romanisch-Kanonisches Prozessrecht, p. 93; CHORUS, Conscience du juge, pp. 54, 56 ss; WÄELKENS, p. 336 s.

⁷⁸ Ainsi, si le juge entend les parties admettre certains faits et des témoins porter leur témoignage durant le procès et qu'ensuite l'une des parties produit ces déclarations des parties et des témoins, mises en écrit, mais que le juge lit dans ces déclarations autre chose que ce que lui-même avait entendu. Dans ce cas le juge doit suppléer avec la vraie déclaration, même si l'autre partie se tait. Clarification de CHORUS, Le relevé d'office, p. 162.

au juge en sa qualité de juge renvoie, comme nous l'évoquions plus haut, au débat relatif à la **double fonction de juge et de confesseur** en droit canon. Cette notion de « *Kenntnis ut iudex* » développée par Azon sera très importante dans la mesure où elle permettra de mieux définir l'étendue des pouvoirs du juge en procédure civile ainsi que les exceptions à son pouvoir de suppléer. Elle est d'autant plus intéressante qu'elle est toujours traitée sous l'angle de l'*officium iudicis*⁷⁹ et jamais de celui des obligations incombant aux parties, bien que la répartition des compétences entre parties et juge dans le procès civil n'ait pas toujours penché en faveur des parties. NÖRR émet l'hypothèse selon laquelle ce penchant résulte d'une évolution dans les sources du droit et notamment de la réapparition des textes justiniens comme source juridique principale. Sans traiter à proprement parler du thème de la maxime des débats, les lois de Justinien consacrent en effet le principe de disposition des parties dans le procès civil. C'est donc *a contrario* que l'*officium* du juge était et continuera ensuite d'être abordé comme une exception à l'autonomie des parties⁸⁰.

En tant que représentant de l'école dite des « post-glossateurs » Révigny s'interrogea, dans le cadre de l'une de ses répétitions, sur la façon d'alléguer une coutume durant un procès (*quaeritur de modo deducendi consuetudinem in libello*) englobant plus généralement la question du **principe du libelle et des modalités d'allégation devant le juge**. Comme nous l'avons vu précédemment, Azon considère que le juge ne peut suppléer que les faits qui lui sont connus en tant que juge et se doit donc d'admettre une demande dès lors qu'elle est un tant soit peu congrue. Révigny semble pour sa part admettre un pouvoir plus élargi du juge⁸¹. Il opère également une nouvelle distinction entre le prince, qui peut juger d'après sa conscience ; le juge contre lequel il n'existe aucune voie d'appel, qui peut également juger selon sa conscience pour autant qu'elle n'aille pas à l'encontre de celle du prince ; et les autres juges qui ne peuvent s'en remettre à leur conscience que lorsqu'il s'agit de faits notoires. Pour le reste, ces derniers demeurent limités aux allégations et preuves présentées par les parties, quelle que soit l'étendue de leurs connaissances extra-procédurales. Pour Révigny, la suppléance par le juge constitue donc un droit de ce dernier qu'il peut choisir d'exercer ou de ne pas exercer selon l'équité⁸².

Dans la lignée de l'École d'Orléans, Bartole, jurisconsulte italien du 14^{ème} siècle, rejoint l'analyse d'Azon concernant la capacité du juge de suppléer aux allégations des parties variant en fonction de la matière (civile ou pénale) du procès. Il se détache toutefois de ses observations en ce qui concerne les **connaissances *ut iudex et ut privatus du juge***, préférant

⁷⁹ A ce sujet, cf. HILAIRE, p. 785.

⁸⁰ NÖRR, Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß, pp. 17 ss, 45 ss et 101 ; NÖRR, Romanisch-Kanonisches Prozessrecht, p. 54 ss ; WAELKENS, p. 336 s. ; NAZ, Tome IV, p. 98 s. Voir aussi, à propos du procès de droit commun allemand : BOMSDORF, p. 35 s.

⁸¹ Selon Révigny, le juge est en effet compétent pour reprendre une demande mal rédigée, juger selon l'équité si une partie risque de perdre son action en raison d'une mauvaise allégation, rejeter une demande obscure ou dont l'action est mal légitimée, suppléer par des faits dont il se souvient lui-même. WAELKENS, p. 339.

⁸² WAELKENS, p. 336 ss ; NÖRR, Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß, pp. 29 à 35, 90 ; DE LOS MOZOS-TOUYA, p. 52 ss.

distinguer, au sein de la matière civile, entre **intérêt public** et **intérêt privé** ainsi qu'entre présence et défaut des parties à la procédure, pour justifier une éventuelle ingérence du juge. Ces nouvelles subdivisions apportées à la réflexion des glossateurs esquissent les contours d'un procès civil se rapprochant toujours plus de nos principes procéduraux actuels^{83,84} :

81 « In Zivilsachen bestätigt Bartolus die Verhandlungsmaxime. Anders in Strafsachen. Bartolus spricht vom Akkusationsprozeß. **Die bisher herrschende Lehre hatte zwischen dem Zivil- und dem Strafverfahren per accusationem keinen grundsätzlichen Unterschied gemacht, allerdings die Befugnis des Richters, von Amts wegen Beweis zu erheben, nicht ausdrücklich erörtert.** Sie wird von Bartolus in Strafsachen bejaht. Dahinter steht eine Angleichung des Akkusations- an das Inquisitionsverfahren. In dem Maße, wie das Inquisitionsverfahren beherrschend wird und den alten Akkusationsprozeß zurückgedrängt, beginnt das juristische Bewußtsein von den Unterschieden beider Verfahrensarten zu schwinden, Der Verlust eines der wesentlichen Unterscheidungskriterien läßt die beiden Strafprozeßtypen einander näherücken ».

(ii) *Entre « conscience » et connaissances du juge : la distinction entre juge et confesseur selon le droit canon*

82 La distinction entre juge et confesseur soulève plusieurs questions : celle de la **dissociation entre peine judiciaire et peine sacramentelle**⁸⁵ ; celle du **devoir d'intervention du juge** face aux allégations des parties qu'il sait être incomplètes ; celle de l'**indépendance et de l'obligation de récusation du juge**, et plus généralement celle des **preuves admissibles**⁸⁶.

83 Sans s'attarder sur les questions strictement liées à la procédure pénale, cette problématique introduit, de façon plus générale, le thème de la « conscience du juge » dans l'application de la loi. En effet, quelle que soit la procédure, la question de l'impartialité du juge se pose de la même façon lorsque, **ayant connu directement ou à titre privé les faits d'une cause, un juge s'interroge sur sa capacité à se prononcer selon sa connaissance personnelle des faits ou bien uniquement sur les faits allégués devant son tribunal.** Comme développé précédemment, cette controverse fut tranchée par les civilistes et canonistes d'après l'avis majoritaire de Bulgarus, en faveur de l'**interdiction stricte pour le juge d'ajouter aux allégations des parties.** Cette opinion sera ensuite nuancée par les orléanistes qui distingueront

⁸³ NÖRR, Romanisch-kanonisches Prozessrecht, p. 6 ; NÖRR, Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß, p. 88 ss ; MOUSOURAKIS, p. 250 ss ; WOLTER, p. 43 ss ; CARBASSE, Manuel d'introduction historique au droit, p. 144 s. ; FEENSTRA, pp. 23 à 42.

⁸⁴ NÖRR, Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß, p. 93 s. (Mise en gras ajoutée).

⁸⁵ Les canonistes trancheront d'abord cette question en distinguant l'aveu judiciaire de l'aveu en confession, dont seul le premier sera admis pour établir la culpabilité. La dissociation des fors (judiciaire et pénitentiel) permettra, dans un second temps, de juger séparément peine et pénitence dès lors qu'il fut admis qu'un individu absous restait débiteur d'une peine devant le juge laïc. Cette évolution procédurale illustre les progrès effectués par la science canonique et entérine l'institutionnalisation de l'Eglise qui reconnaît désormais les atteintes à son égard, non plus uniquement comme des péchés, mais comme des atteintes à l'intérêt public. ECKERT, p. 497.

⁸⁶ ECKERT, pp. 483 à 508 ; NÖRR, Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß, p. 51 ss ; CHORUS, Conscience du juge, pp. 49 à 70 ; PADOA-SCHIOPPA, p. 95 ss ; CARBASSE, Le juge entre la loi et la justice, p. 67 ss.

entre les pouvoirs du juge ordinaire limités aux *allegata et probata*, et ceux du prince lui laissant une totale liberté de jugement (cf. N 79)⁸⁷.

Ce renvoi à la **conscience du juge** comme « connaissance intime acquise par [ce dernier] sur l'objet du jugement », est donc une notion éminemment théologique qui admet, au nom de l'équité et de la justice, la **dualité des obligations du juge** entre les dispositions strictes de la loi et le pouvoir d'examen et de critique de ces lois en vertu de sa conscience. Cette notion de *conscientia* est d'autant plus intéressante qu'elle est transposable aux préoccupations et impératifs du juge laïc. En gardant sous silence les informations obtenues hors procès, le juge préserve à la fois « l'intimité » et l'autonomie des parties, rejoignant ainsi les préoccupations liées à la maxime des débats⁸⁸. Ainsi, d'après NÖRR⁸⁹ :

« Der Bischof kann als *iudex* das, was er als Privatmann gesehen oder in der Beichte gehört hat, nicht aburteilen ; vor ihm als *iudex* bedarf es der Zeugen oder des gerichtlichen Geständnisses. Ihm als Richter ist legitim bekannt weder was er aus der Beichte weiß (Beichtgeheimnis) noch was er außerhalb des Verfahrens (*examinante causam*) gesehen hat (Verhandlungsmaxime) ».

Reste encore à savoir si, malgré cette consigne, le juge saura effectivement faire abstraction des informations acquises hors procès dans son appréciation des faits⁹⁰. Cette incertitude quant à l'impartialité du jugement final nous renvoie à l'une des problématiques posées en introduction, à savoir : comment réparer ou, à défaut, sanctionner l'immixtion abusive ou à l'inverse l'inaction fautive du juge mettant à mal l'application des maximes de procédure pertinentes en l'espèce. Mais au-delà de l'indépendance et de l'impartialité du juge, cette problématique autour de la conscience du juge fait également écho, selon des notions exemptes de connotations religieuses, à la **diligence du juge ainsi qu'à l'étendue de son office/sa charge** et, *a contrario*, à son pouvoir modérateur durant le procès⁹¹.

c. Influence de la pratique du Pape Innocent III sur la procédure civile laïque

Comme brièvement évoqué *supra*, le Pape Innocent III a joué un rôle important en ce qui concerne la structure du procès pénal (cf. N 76), mais aussi en procédure civile, du fait de sa

⁸⁷ PADOA-SCHIOPPA, p. 95 ss ; CARBASSE, Le juge entre la loi et la justice, p. 67 ss ; DE LOS MOZOS-TOUYA, pp. 51 ss. Concernant la problématique des connaissances privées du juge dans les procédures de droit cantonal suisse : HEUSLER, p. 95 ss.

⁸⁸ DE LOS MOZOS-TOUYA, pp. 59 à 61 ; NÖRR, Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß, p. 51 ss ; CARBASSE, Le juge entre la loi et la justice p. 83 s. ; PADOA-SCHIOPPA, pp. 111 à 113.

⁸⁹ NÖRR, Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß, p. 40.

⁹⁰ A ce titre, les légistes et les décrétalistes de l'époque relèvent que le juge ayant des connaissances privées a deux possibilités pour « échapper à l'imminence de devoir prendre une décision contraire à sa conscience » : 1) se retirer comme juge et de se présenter comme témoin. 2) en interrogeant les parties pendant le litige, provoquer l'une d'elle à avancer elle-même les faits déjà connus du juge (mais le juge n'est pas obligé de le faire). Cf ; CHORUS, Le relevé d'office, p. 163.

⁹¹ H. FRITZSCHE, Richteramt und Persönlichkeit, in: Merz/Schindler/Walder (éd.), Juristengenerationen und ihr Zeitgeist, Abhandlungen grosser Juristen aus zwei Jahrhunderten mit einführenden Worten, pp. 386-399 et notamment p. 396 s.

vision pour ainsi dire « moderne » et proactive du rôle du juge dans le procès. Ce constat se fonde sur un témoignage unique provenant d'une chronique monastique anglaise et datant des premières années du 13^{ème} siècle, que nous restituons PETER LANDAU dans son ouvrage « Europäische Rechtsgeschichte und kanonisches Recht im Mittelalter ». Cette chronique relate un contentieux relatif aux droits du monastère bénédictin d'Evesham et son éventuelle juridiction sur deux églises qui se trouvaient dans le diocèse de l'évêque de Worcester. Le litige entre le moine Thomas de Marlsborough – représentant du monastère – et le « Magister » Robert de Clipston – représentant l'évêque – avait été menée devant le Pape. Thomas de Marlsborough était en l'occurrence également l'auteur de la « chronique du monastère ». En sa qualité de magistrat, le Pape avait considéré – pour cette affaire comme pour d'autres – que **le juge se devait d'aider la partie la plus faible en ce qui concerne la présentation des faits, dans la mesure où ceux-ci pouvaient être pertinents pour le procès**⁹².

88 Sans rentrer dans les détails relativement complexes du contentieux, il convient de retenir ce que Thomas de Marlsborough rapporte à propos du Pape, apparemment courroucé par l'insuffisance de la présentation des faits proposée par le Magister Robert. Prenant acte de cet exposé lacunaire, le Pape aurait soudainement **interjeté une objection relative à une potentielle prescription acquisitive qui méritait selon lui d'être abordée**, en exposant en sus les faits sur lesquels il fondait son raisonnement. Cette intervention, totalement en défaveur du monastère et dont le thème (la prescription acquisitive) n'avait absolument pas été invoqué par la partie adverse, a tellement affligé Thomas de Marlsborough qu'il interrompit le Pape en ces mots que nous traduisons: « Saint-Père, vous êtes appelé à la plénitude du pouvoir pontifical et vous pouvez en ce sens tout vous permettre, mais selon le droit civil, il n'est pas permis aux autres juges de corriger les erreurs des avocats par la suppléance de faits, mais seulement en ce qui concerne les questions de droit »⁹³. Ce à quoi le Pape lui répondit : « Das ist falsch : in Wahrheit darf der Richter in Tatfragen und Rechtsfragen supplieren (*Falsum est; immo et de facto et de iure licet iudici supplere*) »⁹⁴. Dans sa chronique, Thomas de Marlsborough fait remarquer que sans cette intervention du Pape sur des questions de faits, les moines auraient sans doute gagné leur procès immédiatement⁹⁵. Cela n'empêche que son intervention est juridiquement juste.

89 Comme l'explique LANDAU, cette décision papale fut ensuite incluse dans le *ius commune* de l'Église à deux endroits dans le Liber Extra de Grégoire IX. Par le biais de cette décision, Innocent III accorda aux deux parties la **possibilité de présenter les preuves qui n'avaient pas été produites lors de l'audience probatoire**. Toujours selon LANDAU, cette possibilité juridique de rouvrir la procédure probatoire constituait une *restitutio in integrum*. En vertu

⁹² LANDAU, Papst Innocenz III. in der richterlichen Praxis, p. 623 s.

⁹³ «Heiliger Vater, Ihr seid zur päpstlichen Vollgewalt berufen und dürft deshalb Euch alles erlauben, aber nach dem Zivilrecht ist es anderen Richtern nicht erlaubt, Fehlern der Anwälte durch Suppletion von Fakten nachzuhelfen, sondern nur hinsichtlich der Rechtsfragen». Mise en gras ajoutée. LANDAU, Papst Innocenz III. in der richterlichen Praxis, p. 627.

⁹⁴ LANDAU, Papst Innocenz III. in der richterlichen Praxis, p. 627.

⁹⁵ LANDAU, Papst Innocenz III. in der richterlichen Praxis, p. 625-627.

du droit procédural romain, une telle restitution présupposait une **raison spéciale**. Or le Pape Innocent III estimait justement que les églises devaient en principe **être assimilées aux mineurs dans leur droit à être protégée** (puisqu', selon le droit romain, **être mineur était un motif de restitution**)⁹⁶.

En fin de compte et selon la chronique de Thomas de Marlsborough, l'intervention d'Innocent III pour compléter l'état de fait n'aura pas aidé la cause de l'évêque de Worcester. Elle est cependant intéressante dans son principe puisqu'elle exprime la conception que le Pape se faisait du **rôle du juge**. Innocent III n'apporte pas de connaissance factuelle privée comme « matière au procès », de sorte qu'on ne peut pas considérer qu'il ait jugé « *secundum conscientiam* ». L'intervention du pape consiste – grâce à un constat pertinent pour le litige qui, par négligence de la part de l'avocat, n'a pas été discuté jusqu'à présent – à interroger la partie qui s'en retrouve lésée (par cette omission donc). En posant des questions, le Pape cherche à **compléter les faits**, sans toutefois aller plus loin⁹⁷.

Un tel droit du juge de poser des questions a été affirmé surtout par les canonistes anglo-normands à la fin du 12^{ème} siècle et aussi par le célèbre canoniste bolonais Huguccio, qui pourrait – selon LANDAU – avoir été le professeur d'Innocent III. L'intervention du Pape, qui entraîne la protestation de Thomas de Marlsborough, est également **ressentie par ce dernier comme matériellement justifiée, malgré les conséquences favorables** pour la partie adverse. Il souligne qu'Innocent III a agi « *secundum iustitiam* » dans son intervention sur la question de la prescription et qu'il s'est prononcé comme **un juge juste**. L'intervention est donc également louée par celui qu'elle a désavantagé. Comme l'affirme LANDAU, le déroulement de cette procédure montre donc qu'Innocent III est un **représentant presque idéal de la « Kooperationsmaxime »** dans la mesure où il considère que le juge doit aider la partie la plus faible à présenter ses arguments, il encourage les parties à présenter des observations claires, signale les arguments qui ont été négligés et les faits qui peuvent être pertinents pour la décision, corrige les représentants des parties en cas d'utilisation peu claire de termes juridiques, essaie d'accélérer la procédure en cas de situation juridique claire, mais se soucie également de recueillir des preuves complètes malgré certaines difficultés. L'objectif du Pape en tant que juge pourrait être décrit comme étant une **démarche sociale**. Ce « litige d'Evesham », unique à la fois par son contenu et par sa transmission jusqu'à nous via une chronique, illustre extrêmement bien à quel point la tradition juridique européenne a été façonnée par le droit canonique classique et, surtout, par Innocent III, considéré par LANDAU comme étant probablement le Pape le plus important du Moyen Âge⁹⁸.

⁹⁶ LANDAU, Papst Innocenz III. in der richterlichen Praxis, p. 628. A propos de la *restitutio in integrum*, cf.: WETZELL, p. 674-701.

⁹⁷ LANDAU, Papst Innocenz III. in der richterlichen Praxis, p. 629.

⁹⁸ LANDAU, Papst Innocenz III. in der richterlichen Praxis, p. 629; NÖRR, Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß, p. 47-49.

d. *Clausula salutaris* : l'exception au pouvoir de disposer des parties dans la procédure de droit romano-canonique et dans l'*Usus modernus Pandectarum*

- 92 En droit romain, la *clausula salutaris* est généralement définie comme une clause invoquée par le demandeur à la fin de sa requête, le libérant de son obligation de choisir une *actio* à faire valoir, en transmettant cette charge au juge compétent (cf. N 30). Ce renforcement de l'*officium iudicis* développée entre les 13^{ème} et 17^{ème} siècles constitue une **forme d'atténuation de la maxime de disposition** dès lors qu'elle fait intervenir le juge sur l'objet du litige et non sur ses aspects factuels. En tant qu'expression de l'*officium* du juge, cette notion est généralement transposée à celle contemporaine de *iura novit curia*. Vu la quasi-inexistence de littérature médiévale sur ce point, nous nous référerons en grande partie à la description de la *clausula salutaris* proposée par MIZUNO ainsi que par celle des pandectistes comme première source secondaire⁹⁹.
- 93 Comme nous l'évoquions ci-dessus, le recours à la *clausula salutaris* permet au demandeur de déléguer le choix de l'*actio* au juge, et ainsi de limiter sa compétence à l'établissement des faits litigieux. Dans ce cadre le juge participe et supplée au demandeur dans la détermination de l'action découlant de l'exposé des faits. Cette « porte de sortie » offerte au demandeur lui permet, tout en gardant l'initiative sur la conduite du procès, de **déléguer au juge la partie purement juridique du procès** et ainsi d'éviter d'avoir à choisir parmi un catalogue d'*actio* toujours plus vaste. La *clausula salutaris* est en quelque sorte un **premier aveu des limites des parties** dans leurs connaissances du droit et dans l'usage des actions. Elle propose une **forme de régime protecteur** dont le déclenchement reste à leur initiative¹⁰⁰.
- 94 Par la suite, le droit canon a fortement influencé l'évolution de la *clausula*, notamment par le biais de décrétales des Papes Innocent III et Alexandre III. Ces décrétales ainsi que l'émulation doctrinale qu'elles ont générée ont par exemple permis de mieux définir le champ d'application de la *clausula salutaris* ainsi que l'étendue des compétences reconnues au juge dans ce contexte. Malgré leurs divergences, tous les décrétistes s'accordent *a minima* sur une **participation du juge à l'établissement de l'objet du litige**, en dissociant bien cette étape de celle relative à la **détermination des faits litigieux**. Quant à l'hypothèse où le demandeur formulerait malgré tout des prétentions en droit trop vagues ou erronées, la doctrine canoniste tend à privilégier la libre appréciation du juge. Ainsi, dès l'instant où le demandeur choisit de déléguer sa compétence au juge en invoquant la *clausula salutaris*, il autorise ce dernier à choisir seul l'action à faire valoir d'après les faits qui lui ont été exposés. Cette hypothèse **préserve l'autonomie des parties** (maxime des débats) tout en proposant une **alternative plus « invasive » mais aussi protectrice**, dont l'application ne peut être **sollicitée que par le demandeur**¹⁰¹.
- 95 Cette possible translation de compétences des parties au juge eut pour répercussion de faire progressivement disparaître le catalogue des *actiones* de droit romain. En privilégiant le

⁹⁹ MIZUNO, p. 76 ; WETZELL, pp. 519 et 521, n° 45 ; OURLIAC, p. 627 ss ; BOMSDORF, p. 46 s.

¹⁰⁰ MIZUNO, p. 91 ss ; BOMSDORF, p. 46 s. ; WETZELL, p. 521.

¹⁰¹ MIZUNO, p. 91 ss ; BOMSDORF, p. 46 s. ; WETZELL, p. 521.

pouvoir d'appréciation du juge pour déterminer l'action applicable en cas de recours à la *clausula salutaris*, les décrétalistes ont du même coup **rendu obsolète ce répertoire d'actions** destiné à aiguiller les particuliers dans le choix de leurs moyens d'agir en justice. Enfin, cette clause rejoint partiellement la maxime de disposition dans la mesure où le juge se fonde sur les faits présentés et allégués par les parties pour définir l'objet du procès¹⁰² comme l'exprime ici BOMSDORF¹⁰³ :

« Da vermöge der clausula salutaris trotz mangelhaften Klagebegehrens den teilweise bloß vermuteten Absichten des Klägers entsprochen wurde, gehören Ausführungen über die Klausel eher **in eine Erörterung über die Entwicklung der heute so genannten Dispositionsmaxime**. Indessen hat die Klausel auch den Erfolg gehabt, daß der Richter tatsächliche Momente ergänzen konnte, die in der Klage nicht angeführt, ihm aber als Gerichtsperson bekannt waren ».

Bien qu'elle ait d'abord été rapidement intégrée dans la procédure civile de l'époque, l'influence de la *clausula* a ensuite progressivement décliné vers le 14^{ème} siècle, pour finalement disparaître au profit de l'*officium iudicis* et du principe actuel *iura novit curia*. Dès la fin du Moyen Âge et le début de l'époque moderne, la *clausula* fut interdite par un recès impérial (« Reichsabschied ») de 1557¹⁰⁴ ; à nouveau autorisée mais dans une certaine mesure par un recès de députation (« Deputationsabschied ») de 1600 ; puis définitivement interdite par l'Ordonnance de la Chambre Impériale (« Kammergerichtsordnung ») de 1613. L'intervention du juge, autrefois soumise à la demande expresse faite par le biais de la *clausula salutaris* s'est finalement intégrée de façon directe et autonome dans la procédure sans que le demandeur n'ait plus à la faire valoir¹⁰⁵. A ce titre BOMSDORF affirme¹⁰⁶ :

« Das allmähliche Verschwinden der clausula salutaris ist damit nur ein weiteres Zeichen dafür, daß der Richter bereits kraft seines Amtes bei der Ermittlung der Wahrheit mitzuwirken hatte. [...] War zunächst allgemein festgestellt worden, daß der gemeine Prozeß in Übereinstimmung mit den römisch-rechtlichen und kanonischen Quellen ein Mitwirkungsrecht des Richters bei der Ermittlung des Sachverhaltes kannte, fragt sich nun, wie diese Befugnis sich im einzelnen äußerte ».

¹⁰² MIZUNO, p. 95 ss ; BOMSDORF, p. 46 ; WETZELL, p. 521 s. ; NAZ, Tome IV, p. 24.

¹⁰³ BOMSDORF, p. 46 s. (Mise en gras ajoutée).

¹⁰⁴ « Wiewohl dann in der Visitation des kaiserl. Cammer-Gerichts im fünfzigsten Jahr gehalten, und auch im nachfolgenden Reichs-abschied zu Augspurg im ein und fünfzigsten Jahr aufgerichtet, constituirt worden, dieses Inhalts : wo *Supplicationes* einkommen würden, darin das gestellt unterschiedlich Begehren, nicht aus den fürbrachten *Narratis*, von Rechtswegen folgen möchte, doch zu Ende derselben *Clausula salutaris* mit solchen und dergleichen Worten, wie daselbst vermeldet, angehenckt würde, das alsdann Cammer-Richter und Besitzer, unangesehen daß die *in specie* gethane Begehren nicht förmlich noch schließlich, auf die fürbrachte *Narrata* erkennen sollen, was darauf von Rechtswegen zu erkennen sollen, was darauf von Rechtswegen zu erkennen sich gebührt, und der Suppliant *in specie* hätte bitten sollen oder mögen, und diese Clausul in der nachgehenden desselben ein und fünfzigsten Jahrs Visitation wiederum aufgehoben, aber jetzund aus den Acten der Visitation des sechs und fünfzigsten Jahrs abermals in die Berathungschlagung eingefallen und bewogen, das berührte Clausul aus etlichen beweglichen Ursachen zu statuiren und zu setzen ». Gustav Emminghaus, *Corpus iuris Germanici, tam publici quam privati academicum*, Erster Teil, Jena, 1824, §. 33, p. 551 s.

¹⁰⁵ MIZUNO, p. 95 ss ; WETZELL, p. 521 s. ; OURLIAC, p. 627 ss ; Message CPC 2006, 6889 s., 6956, 6967 (et accessoirement : Message CPC 2020, 2675).

¹⁰⁶ BOMSDORF, p. 47.

Cette évolution marque à la fois l'affirmation du principe *iura novit curia*, mais également la **distinction nette entre établissement des faits et détermination du droit applicable** ; entre initiative des parties et pouvoir d'interprétation du juge.

e. Conclusion

100 « The « reception » of canon law was a process very different from the « reception » of Roman law, since the universal authority of the Church was a reality of life (for Guelf and Ghibelline alike) whereas the universal authority of the Emperor – on whose successorship to Justinian in theory continued validity of Roman law was based – remained a **fiction and a political ideology**. Even within the Holy Roman Empire, Roman law could conquer the practice only by being construed as the latent, subsidiary room for it ; or indirectly by interpreting statute and custom according to Roman juristic doctrines. Canon law, however, was directly and immediately part of the *ius commune*. This fundamental difference in authority was of especial importance in the Italian cities, in France, England, Naples, Spain, and in every political entity which refused submission to the *Imperium romanum* »¹⁰⁷.

101 Comme l'expose KUTTNER, la réception du droit canon fut très différente de celle du droit romain, aussi bien pour des raisons idéologiques que politiques. Dans son contenu, la doctrine canoniste est un savant mélange entre raisonnement théologique et réflexion de droit civil. Dans sa forme, les règles de droit canon furent également conçues sur le modèle des concepts, constructions et formulations déjà éprouvés par le droit romain. Toujours selon KUTTNER, il ne s'agit donc pas d'une « réception » du droit romain à proprement parler, mais plutôt d'une **assimilation de ce droit par les normes canoniques**, par opposition à une « canonisation du droit romain ». Cette assimilation s'est faite en deux temps. D'abord par l'**acceptation générale des règles de droit romain** comme étant des normes de droit valides. Ensuite par l'**interprétation des normes contenues dans les anciennes sources de droit canon** à la lumière des principes de droit civil, pour autant et à chaque fois que cela était possible¹⁰⁸.

102 Au surplus, KUTTNER relève selon nous à juste titre que si le droit canon s'est très largement inspiré des concepts de droit romain, l'instrument le plus efficace pour la réception du droit romain fut le droit canon lui-même. En effet, alors que l'Empereur fondait son autorité sur une fiction ainsi qu'une idéologie politique et que le droit romain s'appliquait en tant que droit subsidiaire, l'autorité de Dieu et de l'Eglise est toujours restée une réalité, permettant au droit canon de perdurer dans le temps et d'être immédiatement intégré au sein du *ius commune*. En ce sens, la doctrine et les normes de droit canon furent également une inspiration au moment de la renaissance du droit romain¹⁰⁹.

¹⁰⁷ KUTTNER, Some considerations on the Role of Secular Law and Institutions in the History of Canon Law, n° VI, p. 353. (Mise en gras ajoutée).

¹⁰⁸ KUTTNER, Some considerations on the Role of Secular Law and Institutions in the History of Canon Law, n° VI, p. 353 ss ; LEGENDRE, p. 17 ss.

¹⁰⁹ KUTTNER, Some considerations on the Role of Secular Law and Institutions in the History of Canon Law, n° VI, p. 354.

C. Mise en œuvre des maximes de procédure dans le procès romano-canonique

A la suite d'une présentation générale de la structure du procès de droit romano-canonique à la fin du Moyen Âge (1.), nous analyserons plus spécifiquement la mise en œuvre des maximes de procédure dans ce contexte, soit la maxime des débats et ses atténuations en procédure romano-canonique (2.); la maxime de disposition en procédure romano-canonique (3.), pour finalement conclure sur l'héritage de la procédure de droit romano-canonique et la transition vers le droit commun allemand (4.).

103

1. Structure générale du procès de droit romano-canonique à la fin du Moyen Âge

Au Moyen Âge, le procès de droit romano-canonique s'engage par un **libelle** (*libelli oblatio*), qui correspond au **dépôt de la demande** et qui **fixe la prétention du demandeur**. Ce libelle comporte essentiellement une narration des faits ainsi qu'une conclusion qui, une fois remises au défendeur, ne peuvent en principe plus être modifiées. Afin de préserver le droit d'être entendu des parties, la *citatio* garantit la présence obligatoire des parties au procès¹¹⁰.

104

Après réception du libelle, le juge le communique au défendeur et lui assigne un délai pour comparaître. A ce titre, la partie défenderesse dispose d'un temps de réflexion, laissant ainsi la porte ouverte à une éventuelle renonciation (*induciae deliberatoriae*). Si le défendeur décide toutefois de contester la demande, les parties se retrouvent alors devant le juge pour la *litis contestatio* et le procès est désormais lié. Comme dans le droit de Justinien, la *litis contestatio* divise le procès en deux parties. Il intervient juste après les *praeparatoria iudicii* et précède le *iudicium*. Durant cette dernière phase, le juge demande aux parties de prêter un serment (*iuramentum calumniae*), par lequel elles s'interdisent la mauvaise foi, l'esprit de chicane, les manœuvres dilatoires, la production de faux, ou encore la subordination des témoins ou du juge. Ce serment sera une condition *sine qua non* à la validité du procès (*substantialia iudicii*) jusqu'à une décision de Boniface VIII qui supprimera son caractère indispensable en intégrant la possibilité d'un serment tacite¹¹¹.

Une fois l'instance enclenchée, **c'est au juge de conduire le procès**. Dans cette optique, il peut relever d'office les moyens tenant à l'utilité publique. De leur côté, les parties exposent les faits qu'elles soumettent à l'examen du juge dans leur libelle. Ce dernier interroge les parties, ordonne la production des écrits qui ne lui ont pas été soumis et, au besoin, réentend les témoins dont la déposition est obscure et ce, même si les parties n'en ont pas fait la demande. Par la mise en œuvre de ces différents moyens, le juge forme ensuite sa conviction.

105

¹¹⁰ OURLIAC, l'Office du juge dans le droit canonique classique, p. 637 ; NÖRR, über Kategorien von Prozesshandlungen im mittelalterlichen romanisch-kanonischen Recht, p. 300 s.

¹¹¹ OURLIAC, l'Office du juge dans le droit canonique classique, p. 638 ; NÖRR, über Kategorien von Prozesshandlungen im mittelalterlichen romanisch-kanonischen Recht, p. 302 s.

Il n'est pas tenu d'observer une quelconque neutralité à l'égard des faits. Il lui appartient même d'aider le plaideur sur qui repose la charge de la preuve, notamment si celui-ci peut être considéré comme étant la « partie faible » ou autrement formulé : « risque d'être la victime de la puissance ou de l'habileté de son adversaire »¹¹². Le juge **doit toutefois s'en tenir à l'objet du litige fixé par le libelle**. Comme le formule OURLIAC, les principes de droit canon en ce qui concerne l'office du juge peuvent être résumés de la façon suivante¹¹³ :

106 « [L]e juge n'est pas un simple porteur de balance ; il doit être impartial – nec ira, nec furor sed ratio selon Gratien – mais sa neutralité ne peut être de l'indifférence ; il doit pour remplir son office **rechercher la vérité** mais aussi l'équité sans laquelle il ne peut y avoir de justice ».

107 A la suite de l'administration des preuves et des plaidoiries, le juge conclut l'instance par une sentence définitive. Pour des questions de sécurité du droit il s'agit en principe d'un jugement écrit (*sententia in scriptis ferenda*). A la question d'une renonciation possible à la forme écrite du jugement par accord des parties (*de consensum partium*), les canonistes de l'époque médiévale penchent en faveur du non, tandis que les légistes y sont plutôt favorables¹¹⁴.

108 Si l'on s'attarde plus spécifiquement sur la notion d'*officium iudicii* et sur la répartition des pouvoirs et devoirs entre juge et parties, NÖRR rappelle qu'il s'agit avant tout d'une typologie de droit moderne qui n'était pas familière aux juristes du Moyen Âge¹¹⁵ :

« Prozesshandlungen können den Parteien oder dem Richter zugeordnet werden ; wird diese Alternative auf Prinzipien zurückgeführt, dann stoßen wir auf das allgemeine Thema der Typologisierung des Prozesses je nach dem Überwiegen der Aufgaben und Befugnisse auf Seiten der Parteien oder auf Seiten des Richters. [...] **Eine hieran anknüpfende Typologisierung grundsätzlicher Art ist in der Prozessrechtswissenschaft aber erst seit dem 19. Jahrhundert entwickelt worden; dem mittelalterlichen Juristen waren Fragestellungen solchen Zuschnitts nicht geläufig**. Aus der Sicht des heutigen Betrachters hätte vielleicht die mittelalterliche Lehre von den *officia* der Parteien und des Richter seine Möglichkeit zu typologischen Erwägungen geboten, doch ist es dazu nicht gekommen, es fehlte hierfür schon das methodische Rüstzeug (das erst seit der späten Naturrechtsperiode entwickelt worden ist). Davon abgesehen, ist bei unseren Juristen, nachdem man zunächst an die bekannte Formulierung des *iudicium* als *actus trium personarum* angeknüpft hatte, schon bald ein Ungleichgewicht in der Darstellung der *officia* zu erkennen ; die *officia* des actor und des *reus* verkümmerten mehr und mehr, un dalles konzentrierte sich auf das *officium* des Richters ».

109 Bien que relativement moderne, l'*officium iudicis* est originairement une expression venue de Justinien qui, selon OURLIAC, doit sa survie à son imprécision. Le terme d'*officium* renvoie au **devoir et de manière générale à tout ce qui engage ou oblige, que ce soit en raison de la morale ou du respect dû à une entité supérieure**. Sous la procédure des actions de la loi et de la procédure formulaire, le juge se conforme passivement aux ordres du magistrat et ne s'en écarte exceptionnellement que si la loi propose une interprétation trop stricte et contraire

¹¹² OURLIAC, l'Office du juge dans le droit canonique classique, p. 640.

¹¹³ OURLIAC, l'Office du juge dans le droit canonique classique, p. 644. (Mise en gras ajoutée).

¹¹⁴ OURLIAC, l'Office du juge dans le droit canonique classique, p. 638 ; NÖRR, über Kategorien von Prozesshandlungen im mittelalterlichen romanisch-kanonischen Recht, p. 303.

¹¹⁵ NÖRR, Über Kategorien von Prozesshandlungen im mittelalterlichen romanisch-kanonischen Recht, p. 306. (Mise en gras ajoutée).

à l'équité ou à la bonne foi. A l'époque d'Ulpien et de la procédure *extra ordinem*, le juge, devenu fonctionnaire, peut user de tous les moyens dont il dispose pour rendre la justice (citer des parties, prendre les mesures qu'il estime nécessaire pour rechercher et examiner les faits, exécuter sa décision par la force, etc.). Au cours du 13^{ème} siècle, les romanistes ont des avis très divergents en ce qui concerne l'équité et le rôle du juge. Tandis que certains glossateurs **limitent le rôle du juge à l'extrême** (Bulgarus et Placentin), d'autres lui reconnaissent le **pouvoir et le devoir de toujours faire prévaloir l'esprit sur la lettre et la bonne foi sur le droit strict** (Martinus). D'autres enfin ont un avis plus pondéré qui allie une définition étroite de l'*officium iudicii* à **un pouvoir d'interpellation du juge lorsque l'équité l'exige** (Azon). Se nourrissant de ces différentes opinions, le droit romano-canonique va apporter un nouveau regard sur cette notion d'*officium iudicis* en proposant une théorie à la fois complète et structurée. C'est notamment Ostiensis, canoniste du 13^{ème} siècle, qui proposera une lecture plus cohérente de cette notion d'*officium iudicis*, en se fondant sur les décrétales *Ex litteris* d'Honorius III et *Iudicis officium* de Grégoire IX¹¹⁶.

Selon Ostiensis, l'*officium iudicis* est une **institution purement civile qui a été reçue par le droit canon pour permettre de corriger la rigueur du droit romain**. A cette époque, l'*officium iudicis* est d'ailleurs un terme générique qui rassemble plusieurs variantes du pouvoir dont jouit le juge selon le procès et les circonstances du cas d'espèce¹¹⁷ :

- l'*officium generale* ou *merum* se réfère à **l'exercice normal de la juridiction**. Il permet au juge de condamner, d'absoudre ou encore de prononcer des amendes ;
- l'*officium solemne* ou noble permet à la fois de **servir l'équité et de punir les crimes**. Il peut être imparti d'office par le juge ou être requis par les parties (par demande ou *imploratio*). Cet *officium* répond à trois types de situation : lorsqu'une action intègre des aspects d'utilité publique ; lorsqu'elle intègre des aspects d'utilité privée et que l'équité justifie qu'on les prenne en considération ; et enfin dans les cas où la loi admet que l'on puisse l'invoquer ;
- l'*officium deserviens* ou *mercenarium* permet au juge d'**intervenir à tout moment dans le procès**. Contrairement à l'*officium solemne* qui n'est lié à aucune action, cet office du juge intervient tout au long du procès **pour « servir l'action »**. Dans ce cadre, le juge **peut et doit diriger le procès**, le maintenir dans les limites de la demande, **vérifier les faits contestés, appliquer la règle de droit** qui s'impose et veiller à l'exactitude et à l'exécution de sa sentence. C'est donc lui qui est le plus proche des règles de direction du procès telles qu'on les entend aujourd'hui.

De manière générale, l'*officium iudicis* **peut intervenir à tout moment** durant le procès, ce qui constitue une spécificité de la procédure romano-canonique de l'époque. Enfin, sa force normative varie selon de quel type d'office on parle : lorsqu'il touche à des préoccupations

¹¹⁶ OURLIAC, l'Office du juge dans le droit canonique classique, p. 627 ss.

¹¹⁷ OURLIAC, l'Office du juge dans le droit canonique classique, p. 633 ss ; NÖRR, Über Kategorien von Prozesshandlungen im mittelalterlichen romanisch-kanonischen Recht, p. 306 ss.

d'utilité publique, l'*officium* est presque assimilé à la notion romaniste d'*imperium* et s'applique d'office (par exemple en cas de spoliation ou de *restitutio in integrum*). Dans d'autres cas (utilité privée, *imploratio*) il est plutôt comparable à une action et doit faire l'objet d'une demande¹¹⁸.

2. La maxime des débats et ses atténuations en procédure romano-canonique

112 Comme énoncé en préambule, cette partie se fondera sur les dispositions du *Codex Iuris Canonici* actuellement en vigueur, mises en perspective avec les sources de la procédure romano-canonique de la fin du Moyen Âge.

113 Le procès de droit canon est, suivant la définition de l'actuel Code de droit canonique « l'exposé contradictoire fait devant un tribunal ecclésiastique et le règlement, par ce tribunal, d'un litige relatif à une matière dont l'Eglise a le droit de connaître » (Can. 1552, § 1). Cette définition, bien qu'inexistante à l'époque, présente en substance les mêmes caractéristiques que le procès de droit romano-canonique applicable à la fin du Moyen Âge. En plus d'être **contradictoire**, cette procédure est **accusatoire**. Elle est en effet introduite par la partie demanderesse au moyen d'un libelle d'accusation exposant l'objet du litige au juge. Cette première interpellation du juge et de la partie adverse constitue un prérequis obligatoire à l'ouverture de l'action¹¹⁹.

114 Cette initiative des parties à l'ouverture de la procédure, associée à une limitation des pouvoirs du juge correspond au contenu de la notion actuelle de maxime des débats, dont NÖRR retrouve deux expressions au sein du procès de droit romano-canonique¹²⁰:

115 « Wie sich der Richter an das von den Parteien gestaltete Streitprogramm zu halten hatte, so war er in seiner Urteilsfindung grundsätzlich auch auf das Vorbringen der Parteien und ihre Beweisführung angewiesen, wie beides nach den Regeln des Verfahrensrechts stattzufinden hatte. Dieser Grundsatz (heute als Verhandlungs- im Gegensatz zur Untersuchungsmaxime bezeichnet) kam bei den gelehrten Juristen auf zweifache Weise zum Ausdruck : einmal im Kleide der Parömie *iudex secundum allegata et probata, non secundum conscientiam iudicat*, zum zweiten im regelmäßigen **Verbot des richterlichen supplere de facto** ».

116 Sans être consacrée par un principe général de procédure, la maxime des débats s'exprime donc négativement, au travers de **l'interdiction du juge de suppléer aux faits présentés par les parties**, ainsi que de son **obligation de se conformer aux allégations fournies durant le procès plutôt qu'à sa conscience ou ses connaissances personnelles**. De cette

¹¹⁸ OURLIAC, l'Office du juge dans le droit canonique classique, p. 636 s. ; NÖRR, Über Kategorien von Prozesshandlungen im mittelalterlichen romanisch-kanonischen Recht, p. 306 ss.

¹¹⁹ NÖRR, Romanisch-kanonisches Prozessrecht, p. 64 ; NAZ, Tome IV, p. 192 ; ENGELMANN et al., pp. 462 et 474 ; WETZSTEIN, p. 34.

¹²⁰ NÖRR, Romanisch-kanonisches Prozessrecht, p. 188. (Mise en gras ajoutée).

façon, chaque partie présente successivement ses allégations et exceptions, délimitant ainsi le cadre factuel du litige sur lequel le juge n'a pas d'emprise¹²¹.

L'établissement de ce cadre factuel conditionne ensuite l'administration des preuves, également à l'initiative des parties au procès. A ce stade, le juge est chargé de définir à qui incombe le fardeau de la preuve et de procéder aux actes d'instruction. Le déroulement général de la procédure est organisé en fonction des *acta iudicii* présentés successivement et selon un ordre logique par les parties et le juge. Cet *ordo iudiciorum* sera dès le 19^{ème} siècle qualifié de « **Reihenfolgeprinzip** »¹²². Cette nouvelle organisation propre à la procédure romano-canonique propose un découpage en fonction des actes des parties (« positional procedure »). Une fois la demande introduite par le libelle du demandeur, il incombe à ce dernier de présenter séparément chacune de ses allégations par ce qu'on appelle des *positio*. Le défendeur procède ensuite de la même manière avec ses propres allégations, et répond aux *positio* de la partie adverse (*responsio*). Les parties administrent les preuves et peuvent s'interroger sur leurs allégations et moyens de preuve respectifs. De la sorte, elles ont une véritable mainmise sur le déroulement du procès. Le juge, bien que **relativement passif** durant cet échange, reste toutefois **compétent pour interroger les parties afin de compléter les actes des parties** (*interrogatio*). Ce dernier est également apte à intervenir au moment de l'introduction de l'action, **pour attirer l'attention du demandeur sur les éventuelles lacunes de son libelle** (*libellus incertus* ou *libellus ineptus*)¹²³.

Concernant la forme, il est difficile de trancher clairement entre formes écrite et orale. En effet, bien que le procès romano-canonique penche largement en faveur d'une forme écrite, certaines spécificités de sa procédure nous obligent à nuancer ce propos. NÖRR exprime cette nuance en la qualifiant de **procédure mixte à forte tendance écrite**¹²⁴. De la même façon que l'on associe la forme orale à l'immédiateté, à la présence obligatoire des parties ainsi qu'à l'établissement d'un procès-verbal, la forme écrite renvoie, elle, à l'adage *quod non est actis non est in mundo* dont NÖRR déduit, une fois encore, l'application de la maxime des débats¹²⁵.

La procédure romano-canonique s'organise donc autour de la maxime des débats et plus généralement de la direction de la procédure par les parties (« Parteiherrschaft »). A ce titre, le juge ne dispose que de prérogatives limitées ou du moins dictées par la volonté des parties.

¹²¹ NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, pp. 5, 65, 78 et 85 ; ENGELMANN et al., p. 474 ; WETZSTEIN, p. 85 s. ; PADOA-SCHIOPPA, p. 97 s.

¹²² NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, pp. 37 et 122 ; WETZSTEIN, pp. 57 s., et 85 ; ENGELMANN et al., p. 471 ; WETZELL, p. 883 ss.

¹²³ NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, pp. 93, 116 ss et 142 ; WETZSTEIN, p. 45 s. ; ENGELMANN et al., p. 472 ss.

¹²⁴ NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, p. 46. Voir aussi : ENGELMANN et al., p. 474.

¹²⁵ « Daher besagt die Pärömie zunächst, dass in der Entscheidung nur berücksichtigt werden darf, was im Kleide einer Prozesshandlung in das Verfahren eingeführt worden ist. Die Pärömie spricht also das Thema « Verhandlungsmaxime » und das Verbot der Verwendung privaten Wissens durch den Richter an »¹²⁵. NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, p. 47 s. ; PADOA-SCHIOPPA, p. 97 ss ; NAZ, Tome IV, p. 192 ; WETZSTEIN, p. 85.

Dans un souci de clarté et d'efficacité, il se cantonne donc à rendre les parties attentives au contenu de leurs allégations et, dans certains cas, les invite à les préciser de manière plus circonstanciée (« substantiieren », « partikularisieren »). Cette légère entorse à la disposition exclusive des parties sur l'établissement des faits litigieux est toutefois largement limitée. En effet, comme nous l'avons déjà mentionné, ce pouvoir de compléter du juge ne peut en aucun cas se baser sur des **faits connus hors procès** et ne peut s'exercer par des questions trop suggestives. De plus, la spécificité des canonistes d'analyser la maxime des débats à l'aune des notions de connaissances privées et de conscience du juge se reflète ici pleinement par un recours très encadrée à l'interpellation des parties par le juge¹²⁶ :

120 « [...] war es dann denkbar, dass er [der Richter] gegen sein Wissen und Gewissen urteilen sollte ? Um dem Dilemma zu entgehen, wurden verschiedene Lösungen vorgeschlagen. Die Parömie sollte nur zulasten des Klägers und nicht des Beklagten gelten. Der Richter hatte den Rechtsstreit zu delegieren oder an das höhere Gericht zu verweisen (die Figur der Selbstablehnung wegen Befangenheit war unbekannt). **Der Richter dürfe zwar die ihm *ut privato*, das heißt außerhalb des Verfahrens bekannt gewordene Tatsache den Parteien nicht vorhalten, aber durch geschickte Ausübung seines Fragerechts (ohne suggestiv zu wirken) sie zur Ergänzung ihres Vortrags veranlassen.** Letzterer Vorschlag war mit der dann allgemein akzeptierten Lehre vereinbar, wonach im *iudex* die Amtsperson vom Privatmann zu unterscheiden und dieses Element einer Institutionalisierung auch auf seine *conscientia* zu übertragen sei [...] ».

3. La maxime de disposition en procédure romano-canonique

121 Durant la suite de la procédure, il appartiendra au juge de statuer sur la base des allégations qui lui ont été présentées. Si ce dernier est restreint quant à l'établissement des faits, il ne l'est pas quant à l'application du droit, du moins tant qu'il ne s'écarte pas des revendications formées par les parties. Concernant le contenu de son jugement, il n'est pas interdit au juge d'accéder partiellement aux demandes des parties. Il lui est cependant interdit d'accorder plus que ce qui figure dans les demandes des parties (*ne ultra petita*). Une fois encore, ce sont donc **les parties qui disposent de l'objet du litige** précédemment délimité par leurs allégations et moyens de preuve. **Le juge est lié** par les actes accomplis par ces derniers, limitant ainsi son champ d'action¹²⁷.

122

¹²⁶ NÖRR, Romanisch-kanonisches Prozessrecht, pp. 93, 116 s. ; WETZSTEIN, p. 85 ; ENGELMANN et al., p. 472 ss ; WESENER, pp. 56-58 ; CANCE, p. 223.

¹²⁷ « The principle of dispositive election consists in this, namely, that the party has the right, by means of jural declarations of will (immediate election) or by the doing or not doing of procedural acts (mediate election), to control the legal relation in controversy, while the judge is under the duty, so far as consistent with the aim of the judicial proceeding, of heeding these dispositive manifestations as declarations of the parties' will which are binding upon him... Of this principles of dispositive election the principles of party-presentation forms but one side and that, as it is said, the reverse. While the principle of dispositive election, as its name implies, characterizes the acts of the parties, the principles of party-presentation defines the scope of judicial action corresponding to the parties' freedom to dispose of their right », ENGELMANN et al., p. 14 s. Voir aussi : NÖRR, Romanisch-kanonisches Prozessrecht, pp. 187 et 221 ; WETZSTEIN, p. 84 ; TROLLER, p. 76 ss.

L'expression, certes ténue, de la maxime de disposition en droit romano-canonique va donc dans la continuité de la maxime des débats, soit de **l'encadrement de l'action du juge**, dans un premier temps par l'établissement des faits par les parties, et dans un second temps par les revendications en droit déduites de leurs allégations. Le juge se retrouve donc lié, à tous les stades de la procédure, par la volonté des parties, sauf certaines rares exceptions lui permettant de clarifier l'objet du litige. Cette continuité dans la dépendance du juge et de son action par rapport aux parties exprime très bien le **lien entre la maxime des débats et la maxime de disposition**, qui resteront confondues jusqu'à la fin du 18^{ème} siècle¹²⁸.

En résumé, la procédure romano-canonique est donc organisée autour des deux maximes de procédure que l'on retrouve usuellement en matière civile : la maxime des débats et la maxime de disposition par opposition aux maximes inquisitoire et d'office. A ce stade de développement du procès civil, ces deux maximes ne sont consacrées que sous une forme « réunie » de **disposition générale des parties sur la conduite du procès** (« Parteiherrschaft »), sans marquer de véritable séparation entre l'établissement des faits litigieux et ce qui leur sera finalement accordé au terme du procès. Cette organisation procédurale n'appelle en soi à aucune controverse, bien que personne ne puisse véritablement en établir la genèse¹²⁹. En effet, aucune explication ou éclairage historique particulier ne semble pouvoir expliquer la prégnance de ce modèle en procédure civile, à part la raison la plus évidente (la primauté de la volonté des parties), comme nous l'explique NÖRR¹³⁰ :

« Über die geschichtliche Herkunft dieser Prägung des gelehrten Prozesses haben sich unsere Juristen genauso **wenig Gedanken gemacht wie über die Gründe, die zu seiner Bevorzugung geführt hatten**. Zwar findet sich in den üblichen Argumentationsketten hin und wieder der eine oder andere moderne Gesichtspunkt – etwa : **Durchsetzung privater Interessen, Sicherung der richterlichen Objektivität, größere Effizienz im Herausfinden der wahren Verhältnisse** -, eine Theorie aber der Rechtfertigung dieses Verfahrenstypus wurde auch nicht in Ansätzen entwickelt ».

Ainsi, la possibilité pour les parties de disposer elle-même de l'objet du litige ou « Parteiherrschaft » semble constituer un principe établi au sein du procès civil. Une logique qui rejoint celle du procès canonique, dont la *confessio* comme « aveu spontané » constitue l'un des points de départ. Dans ce contexte, le juge s'en tient à un **rôle d'organisateur du procès**, en statuant sur la recevabilité et la pertinence des actes de procédure, en encadrant l'administration des preuves ou encore en veillant à la bonne conduite de la procédure¹³¹.

¹²⁸ NÖRR, Romanisch-kanonisches Prozessrecht, pp. 187, 221 ; WETZSTEIN, p. 84 ; ENGELMANN et al., p. 84 s. ; BOMSDORF, p. 175.

¹²⁹ NÖRR, Romanisch-kanonisches Prozessrecht, p. 221 s. ; NÖRR, Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß, p. 1 ; ENGELMANN et al., p. 473 s. ; WESENER, p. 56 ss.

¹³⁰ NÖRR, Romanisch-kanonisches Prozessrecht, p. 221 s. (Mise en gras ajoutée).

¹³¹ NÖRR, Romanisch-kanonisches Prozessrecht, pp. 85 et 222 ; CHORUS, Conscience du juge, p. 53 ; ECKERT, p. 497 s.

4. Transition et héritage du droit romano-canonique au droit commun allemand

126 « Welches sind die Quellen des gemeinen Prozeßrechts? Die Antwort ergibt sich aus seiner Entstehung und seinem Wesen. Alle die Elemente, die sich zu ihm vereinigt haben, sind auch gleichzeitig Quellen des gemeinen Prozesses. In erster Linie sind dies **Reichsgesetze** mit allgemeiner Wirkung, insbesondere der **Jüngste Reichsabschied**; im Zusammenhang damit **römisches und kanonisches Recht**; schließlich aber und fast als wichtigstes **die Schriften der damaligen Prozessualisten** »¹³².

127 Le droit commun allemand est le fruit de sources de droit diverses au sein desquelles le **droit savant** a tenu une place très importante. Le développement de ce droit dans les universités et les grandes écoles processualistes italiennes et françaises, combiné au morcellement du droit allemand et au développement tardif de ses universités, en feront un **droit de référence**. En effet, avec le Saint Empire romain germanique, la fiction de continuité de l'Empire romain permet en quelque sorte au droit romain d'être vu autrement que comme un simple droit étranger (« Roman law was one's own, and not an alien thing, operated to compel its [the domestic law's] application »¹³³). Ce qui n'est en soi pas une erreur puisque le droit romain tel qu'on l'entend à cette période est déjà un **droit composite** inclus dans ce que l'on qualifie de *ius commune*, soit d'un droit inspiré par différents courants de pensée (glossateurs, post-glossateurs), influencé par le droit canonique et les décrétistes, et imprégné de particularismes nationaux voire locaux (droits coutumiers). C'est ce droit hétérogène qui influencera le droit allemand dès le 15^{ème} siècle avant sa « réception » qui durera du 16^{ème} siècle jusqu'à l'entrée en vigueur du BGB allemand. Cette réception suit de relativement près la création des premières universités de l'empire germanique ainsi que l'édition en 1495 de l'Ordonnance de Worms, réorganisant le Tribunal suprême de l'Empire (« Reichskammericht ») en prévoyant l'application devant lui du droit romain comme droit subsidiaire. A noter que, comme le souligne WIEACKER, le terme de « Rezeption » tend à soutenir l'idée d'une substitution voire d'un « sacrifice » du droit en place au profit du droit romain. Afin d'éviter tout malentendu ou interprétation erronée, ce dernier propose donc de parler de « Übernahme », soit de reprise ou d'**absorption du droit romain par les droits coutumiers allemands**¹³⁴.

128 La diffusion et l'assimilation d'un droit étranger ne peuvent se faire correctement que par une appropriation préalable de ce droit par les intellectuels du « pays receveur ». Et c'est exactement ce qu'il se produisit à partir du 16^{ème} siècle avec la naissance de l'*usus modernus pandectarum*, soit l'idée développée par des intellectuels allemands de mettre en pratique le droit romain en le combinant au droit local. Cette assimilation du droit romain par le droit allemand visant à aboutir à un droit uniforme n'est toutefois pas évidente, comme l'explique BELOW¹³⁵ :

¹³² BOMSDORF, p. 28.

¹³³ ENGELMANN et al., p. 515.

¹³⁴ GERKENS, p. 99 ss ; WIEACKER, pp. 46 ss, 64 ; BELOW, pp. 106 ss, 120 et 143 ; ENGELMANN et al., p. 509 ss ; KAUFMANN, p. 21 ss ; ARNERSBERG, p. 6 s. Cf. également pour plus de détails: ROSENBERG L., Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts (9 éditions entre 1927-1961), poursuivi par ROSENBERG L./SCHWAB K. H./GOTTWALD P.: Zivilprozeßrecht, 18e éd., 2018.

¹³⁵ BELOW, p. 139.

« Man wollte nur ein gleichmässiges Recht. Um aber ein solches zu erhalten, fand man es am bequemsten, sich an das Römische Recht anzuschließen, welches bereit lag und auf alle Fragen antwortete. Die Lösung des Problems, das mannigfaltige Deutsche Recht zu einem gleichmäßigen Recht umzuarbeiten, bot ja auch wirklich große Schwierigkeiten. Sie setzte ein höheres Maß von wissenschaftlicher Bildung und formaler Gewandtheit voraus, als es den meisten der damaligen Juristen eigen war ».

129

Contrairement à l'enseignement dispensé en France ou en Italie, cet *usus modernus pandectarum* est un droit très théorique (« Professorenrecht ») se concentrant sur la recherche d'une **synthèse harmonieuse de ces deux droits**. Cette vision plutôt abstraite s'exprima ensuite d'une autre manière au travers du **mouvement jusnaturaliste**, principalement porté par SAMUEL VON PUFENDORF et CHRISTIAN WOLFF dans l'Allemagne du 18^{ème} siècle, dont nous développerons l'expansion plus en détail dans la partie suivante. De même, on retrouve cette volonté de retour aux fondements du droit romain (classique ou antique) dans le travail de restitution de l'**Ecole historique allemande**, également développée au début du 19^{ème} siècle par FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY. Cette Ecole historique évolua ensuite vers ce que l'on appellera l'**Ecole pandectiste**, initiée par GEORG FRIEDRICH PUCHTA, qui systématisera les notions de maximes de procédure initialement introduites par NIKOLAUS THADDEUS VON GÖNNER¹³⁶.

130

Nous étudierons donc successivement chacun de ces courants de pensée afin de mieux comprendre le cheminement intellectuel ayant mené à l'élaboration des maximes de procédure ainsi que leur impact respectif sur la physionomie de la procédure civile allemande et sa codification au 19^{ème} siècle.

II. Naissance de la notion de maxime de procédure en droit commun allemand et aperçu en droit français, prussien et autrichien du 19^{ème} siècle

Le mouvement pandectiste est apparu au 19^{ème} siècle en Allemagne et consiste en l'**étude approfondie et systématique du droit romain et notamment du Digeste par les juristes de droit allemand**. Par opposition à une approche naturaliste, les pandectistes croient en la **supériorité et l'intemporalité du droit romain et des valeurs véhiculées par ses institutions**. Le droit des pandectistes se distingue donc des théories de droit naturel par son ambition d'élaborer une « **philosophie** » de droit positif, **inspirée des sources justiniennes et apte à dépasser les particularismes du droit allemand** de l'époque (« partikularrechtlichen Elemente »)¹³⁷. Il n'en reste pas moins l'**héritier direct des jusnaturalistes et de l'Ecole historique**, que nous présenterons brièvement (cf. N 132 ss) afin de mieux contextualiser et comprendre la systématique pandectiste (cf. N 139 ss). Nous évoquerons également, dans le

131

¹³⁶ GERKENS, p. 101 ss ; ENGELMANN et al., p. 514 ss ; WIEACKER, p. 111 ss ; KAUFMANN, p. 21 ; WARNKOENIG, p. 4 ss.

¹³⁷ HAMZA, p. 29 ss ; GERKENS, p. 106 ; KAUFMANN, p. 20 ; PUCHTA, Pandekten, p. 5 s.

cadre d'un bref aperçu, l'état du droit procédural français et autrichien du 19^{ème} sous l'angle des principes de direction du procès et d'office du juge (cf. N 273 ss).

A. Influence des jusnaturalistes et de l'Ecole historique

- 132 Les territoires allemands, en grande partie extérieurs à l'Empire romain, ont pendant longtemps appliqués leurs propres lois sans aucune influence des peuples romanisés qui, en vertu du principe de personnalité, s'étaient alignés sur la législation romaine¹³⁸. Ce n'est qu'à la suite d'une **décentralisation du pouvoir impérial vers les potentats locaux indépendants**, que le droit romain fut progressivement intégré au droit allemand¹³⁹.
- 133 En effet, après une période d'hésitation, le titre impérial échappe finalement aux descendants de Charlemagne pour revenir, dès 962, à Otton I^{er}, roi de Germanie. C'est le début de ce qu'on appellera le Saint Empire romain puis, dès la fin du Moyen Âge, le Saint Empire romain germanique qui prendra fin en 1806. Mais dès l'an 850 commence déjà une longue période d'insécurité due aux assauts de peuples alentours tels que les Normands, les Sarrasins et les Magyars. Face à ces incursions diffuses, les rois en titre se retrouvent acculés et dès lors contraints de s'organiser localement autour de chefs régionaux afin de mieux défendre leurs sujets. Ces « agents royaux », désormais investis de prérogatives régaliennes saisiront cette opportunité pour progressivement les exercer à leur propre compte. Dès l'an mil et encore au 11^{ème} siècle, apparaissent des principautés territoriales qui se fractionneront ensuite en seigneuries et qui imposeront leurs prérogatives politiques et juridiques au détriment des anciens agents royaux. Cette hiérarchie verticale ou hiérarchie des « fiefs » constitue ce qu'on appelle le **système féodo-vassalique**, fondé sur un rapport de subordination (chaîne vassalique) entre seigneurie inférieure et seigneurie supérieure et avec, placé au sommet de cette chaîne, le roi ou seigneur suprême. C'est dans ce **contexte de territorialisation du pouvoir** que se réaffirmera progressivement le droit romain, d'abord en Italie et en France, puis un peu plus tard en Allemagne¹⁴⁰.
- 134 La **diffusion du *ius commune*** par les universités italiennes et françaises dès la fin du 11^{ème} siècle, **l'absence de système judiciaire unifié, de pouvoir centralisé ou d'harmonisation du droit en vigueur** sont autant de raisons qui ont facilité sans l'expliquer entièrement, l'intégration particulièrement poussée du droit romain au sein des principautés du Saint Empire. Ainsi, malgré une **réception tardive** du droit romain en Allemagne entre le milieu du 15^{ème} et le début du 16^{ème} siècle, les juristes allemands comblent très vite leur « retard » par rapport aux autres Universités européennes, avec l'idée nouvelle de combiner leurs droits locaux aux

¹³⁸ GERKENS, p. 99 ; HEILFRON, p. 121.

¹³⁹ On distingue donc, au niveau juridique, entre le droit allemand du 18^{ème} siècle (« Gemeines Recht ») et le droit allemand en vigueur avant 1806 (« deutschrechtliches Gewohnheitsrecht »). GERKENS, p. 100 ; DERNBURG, p. 27.

¹⁴⁰ CARBASSE, p. 44 ss.

concepts de droit romain. Cette discipline pris plus tard le nom d'*usus modernus pandectarum*, **droit composite à la fois issu du *ius commune* et du *ius particulare***¹⁴¹.

Le droit naturel, que l'historiographie allemande fait remonter au 17^{ème} siècle déjà (135 (« Frühaufklärung »), se situe à mi-chemin entre la **prétention à l'universalité du droit romain** et la **composante abstraite de l'*usus modernus pandectarum***. En lien avec le courant de pensée des Lumières, il consacre un **ensemble de principes et de normes directement issus de la nature des choses et de la raison humaine**. Fruit d'un raisonnement abstrait, le droit naturel a eu un effet notable sur la réflexion allemande sans pour autant vraiment aboutir en pratique¹⁴². Cette **consécration manquée** du droit naturel résulte principalement de sa rigidité et de son haut degré d'abstraction, mais aussi des pouvoirs insuffisants de l'Empereur pour imposer une telle réforme face à la prégnance du droit romain sur l'entier de son territoire¹⁴³. Toutefois, on retrouve notamment dans le Code bavarois de 1756, mais aussi dans le Code prussien de 1794 (« Allgemeines Landrecht der Preußischen Staaten ») et dans l'ABGB (« Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch ») autrichien certaines inspirations issues de la pensée jusnaturaliste¹⁴⁴. De ce mouvement dérivera ensuite la pensée dite de droit rationnel (« Vernunftrechtliche Lehre ») considérée comme une **version sécularisée du jus-naturalisme**. Comme cités *supra*, les principaux représentants de cette doctrine fondée sur la raison pure et exempte de toutes considérations religieuses sont en Allemagne : SAMUEL VON PUFENDORF (1632-1694), CHRISTIAN WOLFF (1679-1754) et CHRISTIAN THOMASIUS (1655-1728). NIKOLAUS THADDEUS VON GÖNNER (1764-1827), à qui l'on doit le concept de maxime de procédure en est, dans une certaine mesure, un **représentant tardif**¹⁴⁵.

En 1814, sous l'impulsion des codifications française, prussienne et autrichienne et subséquemment à la signature du Traité de Paris, ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT propose, au travers de son ouvrage « Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland » de **palier « l'intolérable diversité des droits allemands »**¹⁴⁶ **par l'élaboration d'un Code unifié**. Cette proposition déclencha un vif débat (« Kodifikationsstreit ») entre les partisans à une codification et leurs opposants, avec à leur tête **FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY**. Ce dernier considérait en effet que le recours à la législation ne constitue en aucun cas une solution adéquate pour unifier le droit allemand, opinion qu'il développa dans son ouvrage « Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft ». C'est la **naissance de l'Ecole Historique allemande**¹⁴⁷.

¹⁴¹ WIEACKER, p. 63 ss ; PUCHTA, Pandekten, p. 1 s. ; WINDSCHEID, p. 2, N 4 et 15 ; MOHNHAUPT, p. 109 s. ; BARON, p. 1 s.

¹⁴² DERNBURG, p. 36 s. ; BOMSDORF, p. 98 ss ; KAUFMANN, p. 44 s. ; WARNKOENIG, p. 56 ss.

¹⁴³ GERKENS, p. 101 s.

¹⁴⁴ « Das Allgemeines Landsrecht für preußischen Staaten », ou Code prussien de 1794, restera en vigueur en Prusse jusqu'à son remplacement par le Bürgerliches Gesetzbuch. Cette substitution du Code prussien s'explique notamment par l'interdiction de son interprétation par les juges, empêchant ainsi le développement d'œuvres doctrinales qui auraient pu inspirer l'unification du droit privé allemand. GERKENS, p. 102 ; HEILFRON, p. 26 ; DERNBURG, p. 37.

¹⁴⁵ WIEACKER, pp. 148 s., 177 ss et 197 ss ; BOMSDORF, p. 99 s. et 129 ss ; GERKENS, p. 102.

¹⁴⁶ GERKENS, p. 105.

¹⁴⁷ LERMINIER, p. 263 ss ; WIEACKER, p. 222 ; WOLF, p. 467 ss ; WARNKOENIG, p. 4 ss.

L'entrée dans le 19^{ème} siècle marque donc la fin du rationalisme absolu et laisse la place au raisonnement historique. De façon générale, l'Ecole Historique propose une **vision idéalisée du droit romain**, à la fois vecteur d'une authenticité exceptionnelle et source de règles juridiques à leurs yeux éternelles et irréfragables, en plus d'être directement applicables. SAVIGNY, en tant qu'initiateur de cette pensée, considère « le droit actuel » comme le résultat des traditions juridiques passées. Selon ce raisonnement, une codification trop rationnelle et unifiée constituerait une **violation des traditions juridiques antérieures et de leur diversité**, de même que la recherche d'harmonisation est, à ses yeux, **synonyme d'appauvrissement et de simplification excessive**. L'Ecole Historique évolua ensuite au travers notamment d'un disciple de SAVIGNY : GEORG FRIEDRICH PUCHTA, qui fonda l'Ecole Pandectiste¹⁴⁸.

137 Les pandectistes, comme leur nom l'indique, restent attachés à la perspective historique et au droit romain, tout en s'éloignant progressivement d'une conception plus nostalgique et conservatrice du droit romain de l'Antiquité pour renouer avec la rigueur logique, propre aux jusnaturalistes¹⁴⁹. L'Ecole pandectiste s'appuie sur des concepts juridiques abstraits voire dogmatiques et rompt avec l'idée d'un droit inspiré par la conscience du peuple. Dans son contenu, le droit des Pandectes résulte de la **combinaison entre droit local** (« einheimisch Deutsches Recht ») et **droits étrangers réceptionnés par le droit allemand** (« rezipierten fremden Rechten »), à savoir les codifications justiniennes (droit romain) et le droit canonique¹⁵⁰.

138 L'ensemble des concepts juridiques issus de ce mouvement de pensée aura un impact important sur le plan de l'unification théorique du droit dans la mesure où le droit allemand de l'époque ne bénéficiait d'aucune harmonisation, judiciaire ou politique. L'influence du droit naturel et de l'Ecole historique reste cependant palpable en ce qui concerne les réflexes dogmatiques des pandectistes qui traitent de considérations juridiques en suivant une réflexion relativement abstraite et parfois déconnectée de préoccupations sociales, pratiques ou éthiques¹⁵¹.

B. Les maximes procédurales en droit commun allemand

139 A titre de rappel, KASER ET HACKL distinguent entre deux choses s'agissant de l'influence du droit romain sur le droit procédural moderne : c'est la procédure extraordinaire¹⁵² ou de façon plus générale « das spätrömische Prozeßrecht » qui a **fait le lien** avec le droit processuel médiéval puis pandectiste¹⁵³. Ce choix s'explique à la fois car il s'agit de la **procédure la**

¹⁴⁸ WIEACKER, p. 217 s. ; LERMINIER, p. 273 ss ; DERNBURG, p. 37 ; PUCHTA, Pandekten, p. 5.

¹⁴⁹ BOMSDORF, p. 99 s.

¹⁵⁰ BARON, p. 1 ss ; HEFFTER, p. 10 ss ; REGELSBERGER, p. 14 ss ; MOHNHAUPT, p. 112.

¹⁵¹ PUCHTA, Pandekten, p. 5 ; WIEACKER, pp. 116 s. et 195 ss ; GERKENS, p. 106.

¹⁵² Ou plus précisément les dernières phases du développement antique concrétisées par la dernière version de la procédure extraordinaire (« der nachklassische Kognitionsprozeß »), cf. N 34 ss.

¹⁵³ Sur ce point, l'auteur renvoie principalement à la procédure formulaire ; KASER/HACKL, p. 6 s.

plus récente et donc la **plus complète au niveau de ses sources**, mais aussi en raison de l'apport substantiel des codifications menées par Justinien durant cette période. Toutefois, c'est de la **procédure dite classique** (cf. N 25 ss) qui a donné ses **qualités intrinsèques au « droit romain »** et qui **reste à la postérité** s'agissant de son contenu et ce, malgré ses origines et ses sources plus anciennes¹⁵⁴.

Pour ce qui est des concepts propres à l'organisation du procès et à la répartition des prérogatives entre juge et parties, ceux-ci ne seront développés que de façon implicite dans le procès civil romain, et devront attendre le travail de NIKOLAUS THADDEUS VON GÖNNER pour être nommément identifiés¹⁵⁵.

GÖNNER est un juriste et un homme d'Etat du 18^{ème} siècle. Après des études de philologie et un doctorat en philosophie, il se réoriente vers le droit et devient professeur de « droit pandectiste » à l'Université de Bamberg en 1791, puis de droit public à l'Université d'Ingolstadt en 1799. Selon JÄCK son biographe, GÖNNER compte parmi les **représentants les plus influents de l'Ecole de philosophie juridique**. A côté de sa carrière universitaire, il occupe pendant plusieurs années le poste de second directeur de la Cour d'appel dans un district du royaume de Bavière (« Isarkreis ») et participe, dès 1811, à l'élaboration d'un nouveau droit unifié pour ledit royaume. GÖNNER s'exprimera également sur d'autres projets de lois qui resteront pour la plupart lettre morte¹⁵⁶. Mais c'est avant tout son mode de raisonnement et sa conceptualisation des maximes de procédure qui ont retenu notre attention¹⁵⁷.

En tant que représentant tardif du jusnaturalisme, GÖNNER fonde sa réflexion sur la raison sans toutefois l'opposer strictement au droit positif. Selon lui, le droit positif commence là où s'arrête le droit de la raison (« Vernunftrecht ») ou droit naturel moderne. L'un et l'autre s'imbriquent dans un rapport de continuité, mais ne s'excluent pas. Le droit positif trouve sa source dans le droit naturel moderne et lui donne corps, le concrétise. Selon lui, tout comme l'Homme ne peut avoir d'âme sans corps ou de corps sans âme, le droit positif seul (= le

¹⁵⁴ « Für die Bedeutung des römischen Zivilprozessrechts ist zu unterscheiden: Seine eben angedeutete Einwirkung auf das mittelalterliche und neuzeitliche Prozeßrecht knüpft nicht bei der klassischen Ordnung an, sondern bei der letzten Phase der antiken Entwicklung, dem nachklassischen Kognitionsprozeß. [...] **Die inneren Werte, derentwegen das römische Prozeßrecht unsere Bewunderung verdient, liegen jedoch nicht in dieser späten, sondern in seiner klassischen Erscheinungsform.** Das klassische Prozeßrecht teilt eine Reihe von Vorzügen des gleichzeitigen Privatrechts. Wie dieses ist auch der Formularprozeß im wesentlichen von der Juristen der vorklassischen Periode aus eigener Kraft geschaffen und in der klassischen Zeit auf das höchste verfeinert worden ». KASER/HACKL, p. 6 s. (Mise en gras ajoutée). Voir aussi : REGELSBERGER, p. 3 ss.

¹⁵⁵ BOMSDORF, p. 111 ss ; JÄCK, p. 42 s. ; PRANTL, p. 198 s.

¹⁵⁶ Son ouvrage « Motive zu dem Entwurfe der allgemeinen Hypotheken-Ordnung für das Königreich Bayern » aboutira à l'entrée en vigueur de « das Hypothekengesetz des Königreichs Bayern » de 1823. A l'inverse, son projet de loi de 1811 relatif à un nouveau Code civil restera sans suite, de même que ses projets de modification du Code pénal bavarois (« Einige Motive zum Baierischen Entwurf des Strafgesetzbuches, mit kurzer Prüfung der ausführlichen Prüfung ») ainsi que de la procédure judiciaire (« Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen »). BOMSDORF, p. 112 ; JÄCK, p. 71 ss ; WOLF, pp. 563 et 568. Cf. également: MERTENS B., Gönner, Feuerbach, Savigny, Über Deutungshoheit und Legendenbildung in der Rechtsgeschichte, 2018, notamment pp. 92 ss et 119 ss.

¹⁵⁷ BOMSDORF, p. 112 ss ; JÄCK, p. 71 ss ; PRANTL, p. 648 s.

corps) ne peut exister sans ce droit fondé sur la raison (= l'âme) et inversement¹⁵⁸. C'est sur la base de cet axiome, que GÖNNER développera sa théorie autour des maximes de procédure, comme l'exprime ici BOMSDORF¹⁵⁹ :

142 « Das Vernunftrecht – < die Seele des Rechts > – ist danach gleichsam der materiale Kern, der in der Form des positiven Rechts seine Ausprägung gefunden hat.

Dieser Ausprägung des Vernunftrechts im positiven Recht widmet sich Gönner in allen seinen Werken. Überall sucht er den < Geist der Gesetze > – nichts anderes als die < Seele, Vernunft, naturalis ratio > – und zeigt auf diese Weise die < leitenden Grundsätze > oder die < Rechtsprinzipien > auf, von denen das Gesetz nach seiner Ansicht getragen wird ».

143 L'étude du droit commun offre ainsi un premier éclairage sur les maximes procédurales et plus particulièrement sur la **dichotomie entre maxime des débats et maxime inquisitoire** théorisée par GÖNNER. Par la suite, ces deux notions s'affranchiront progressivement de la conception formulée par leur créateur pour mieux évoluer au contact d'autres « théoriciens des maximes ». Cette évolution s'est faite de manière éparse et sporadique de telle sorte qu'**aucune tendance ne ressort, à nos yeux, de l'analyse chronologique de ces maximes**. En effet, les avis divergent profondément au sein de mêmes périodes et plus on s'éloigne temporellement des contributions de GÖNNER, plus le nombre de ses épigones tend à augmenter¹⁶⁰.

144 Afin de structurer notre pensée, nous nous éloignerons donc d'une analyse chronologique, pour mieux étudier les différentes tendances qui se dégagent de l'étude de cette dichotomie et qui aboutira notamment à l'émergence des autres maximes de procédure.

1. Naissance des maximes procédurales en droit commun allemand

a. Création de la dichotomie entre maxime des débats et maxime inquisitoire

145 En droit romain, la notion de maîtrise des parties sur la procédure (« Herrschaft der Parteien »), en tant que **principe annonciateur de la maxime des débats**, consistait à limiter l'action du magistrat à l'organisation et l'encadrement de la résolution des litiges privés. Comme nous l'avons vu précédemment, cette emprise des parties sur la procédure a prévalu sous l'ancien droit romain jusqu'à la fin de la période classique, puis, de façon sensiblement moins marquée, durant la période post-classique. Cette logique procédurale semble avoir été la même en droit coutumier allemand, que HEILFRON synthétise par les qualificatifs suivants : « Verhandlungsmaxime, Selbstbetrieb, Mündlichkeit, formelle Beweistheorie,

¹⁵⁸ BOMSDORF, p. 113 et 121 ss ; MITTERMAIER, AcP, Vol. 12, 1829, p. 133 ss ; WESENER, p. 55 s. ; GÖNNER, Vol. I, p. 175 ss.

¹⁵⁹ BOMSDORF, p. 113.

¹⁶⁰ BOMSDORF, pp. 121 ss et 158 ss ; CANSTEIN, p. 169 ss ; MARTIN, p. 35 ss ; LINDE, p. 183 s., §. 143.

Öffentlichkeit »¹⁶¹. A noter toutefois qu'il s'agit d'une qualification *a posteriori*, puisque le terme de maxime des débats n'est apparu (en même temps que celui de maxime inquisitoire) qu'à la suite du travail de systématisation de GÖNNER, matérialisant ainsi les mécanismes procéduraux de droit romain en principes généraux de procédure¹⁶².

La dichotomie qu'établit GÖNNER entre la maxime des débats et la maxime inquisitoire est en partie inspirée de GROLMAN¹⁶³, soit un des premiers processualistes de droit naturel moderne, partisan d'une large autonomie des parties dans le cadre du procès civil¹⁶⁴. Son ouvrage « Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten » dont la première édition date de 1800, a beaucoup influencé GÖNNER dans sa réflexion¹⁶⁵. Elle trouve également son origine dans la comparaison qu'il fait entre la procédure de droit commun et celle de droit prussien. L'étude comparative de ces deux modèles a en effet permis à GÖNNER d'observer **l'organisation presque antinomique** du procès civil choisie respectivement par le **droit prussien** et le **droit commun allemand**. De cet aménagement fort différencié GÖNNER déduit deux lignes de conduite : une qui se fonde sur **une vision plus protectrice et intrusive des autorités publiques dans la sphère privée ; l'autre, plus intimiste, qui consacre l'autonomie et l'initiative des parties sur leurs litiges**. L'une et l'autre s'appuient sur des conceptions initialement opposées pour finalement tendre vers le même résultat : celui de la **résolution harmonieuse et équilibrée des litiges privés**. C'est sur la base de ce constat que GÖNNER développera les concepts de maxime des débats et maxime inquisitoire¹⁶⁶.

Au départ, la réflexion de GÖNNER relative à l'organisation du procès civil part d'une prise de position qui initie et conditionne la suite de son raisonnement¹⁶⁷ :

« Denken wir uns **die Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit eines Factums**, auf welchem die Anerkennung des Recht einer Partei ruht, **als einen untergeordneten Zweck**, so lassen sich aus reinen Prinzipien zwei Wege denken, welche, ihrer wesentlichen Verschiedenheit ungeachtet, zum nämlichen Ziele führen ».

GÖNNER part en effet du postulat que la conviction du juge, ou plus généralement **l'établissement de la vérité** constitue un **but secondaire** du procès civil. De ce but secondaire, il déduit *a contrario* le **but prioritaire** du procès civil, soit le **droit de disposer librement de**

¹⁶¹ HEILFRON, p. 202, n° 12, c).

¹⁶² KASER/HACKL, pp. 9, 355 s. et 528 ; WETZELL, p. 516 s. ; KAUFMANN, p. 24 ss.

¹⁶³ Pour plus d'informations sur cet auteur : Knöpp, Grolman, Carl von, in: Neue Deutsche Biographie 7 (1966), pp. 122 à 123. Ressource en ligne : <https://www.deutsche-biographie.de/gnd119408163.html#ndbcontent> (23.02.2021) ; WOLF, pp. 555 et 720 s.

¹⁶⁴ « Nämlich die Entscheidung sowohl als die richterliche Prüfung ... sind bedingt durch die Erklärung der Fordernden, was er als sein Recht betrachte. Darum gibt es kein *Verfahren von Amtswegen* in Civil-Rechtsstreitigkeiten [...] » ; « Der Richter hat nicht die Verbindlichkeit, sich selbst unaufgefordert Gründe zum Beweise aufzusuchen, denn sobald nur etwas wirklich unter den Partheien streitig ist, muss der Beweis als die Bedingung des anzuerkennenden Rechtes betrachtet werden [...] ». BOMSDORF, p. 123.

¹⁶⁵ BOMSDORF, p. 122 s.

¹⁶⁶ GÖNNER, Vol. I, p. VI s. ; BOMSDORF, p. 122 s. ; LOTZ, p. 3.

¹⁶⁷ GÖNNER, Vol. I, p. 181 s. (mise en gras ajoutée) ; BOMSDORF, p. 125 s.

ses droits privés, dont il envisage la mise œuvre suivant deux voies distinctes que nous développerons successivement¹⁶⁸.

150 Selon la première possibilité, le droit de disposer s'exprime aussi bien **de manière positive par la revendication d'un droit**, que **de façon négative par la renonciation ou l'aliénation**. Cette disposition unilatérale des parties est valable à tous les stades de la procédure et conditionne l'action du juge, en le limitant à un rôle protecteur (« Wo kein Kläger ist, da ist kein Richter »)¹⁶⁹. L'action protectrice de l'Etat est, d'après GÖNNER, encadrée à plusieurs niveaux. Elle ne doit intervenir que lorsqu'elle est **effectivement attendue** par une partie. Enfin, le juge n'intervient **qu'à hauteur de ce qui lui a été demandé** (limitation relative à l'objet) et ne dispose pour cela que des **moyens** qui lui sont **nécessaires** pour obtenir la satisfaction des droits revendiqués (limitation relative aux moyens). Chaque action du juge est donc conditionnée et définie en fonction des allégations des parties, du début du litige jusqu'à sa résolution. Ce principe procédural d'interdiction pour le juge de statuer d'office compte peu d'exceptions et vaut donc pour l'ensemble de la procédure¹⁷⁰. Le nom qui lui est attribué de maxime des débats ou « Verhandlungsmaxime » s'explique par le fait qu'elle **dépend entièrement des débats ou plus spécifiquement, des allégations des parties**¹⁷¹. Ce terme est utilisé pour la première fois par GÖNNER en 1804, dans l'extrait qui figure ci-dessous¹⁷² :

151 « *Nichts von Amtswegen* ist hier die allgemeine Maxime, welche, nur wenige Ausnahmen abgerechnet, für das ganze gerichtliche Verfahren in allen seinen Theilen aufgestellt wird, und welche man die *Verhandlungsmaxime* nennen kann, weil alles von dem Vorbringen der Parteien, oder von ihren Verhandlungen abhängt ».

152 Pour sa seconde théorie, GÖNNER part du même postulat, soit de la liberté qu'ont les individus de disposer de leurs droits privés. Là encore, c'est la requête préalable du demandeur qui conditionne l'action du juge. Mais contrairement à la maxime des débats, qui s'applique à l'ensemble de procès, cette seconde hypothèse ne déploie ses effets qu'au déclenchement de la procédure. Dans ce contexte, **la saisine du juge par la partie demanderesse est assimilée à un consentement général à la mise en œuvre des mesures aptes à permettre la résolution du litige**. GÖNNER nommera ce principe procédural « Untersuchungsmaxime » ou maxime inquisitoire, dès lors qu'il **fait avancer le procès au rythme des recherches du juge**¹⁷³.

¹⁶⁸ BOMSDORF, p. 125 s.

¹⁶⁹ BOMSDORF, p. 126.

¹⁷⁰ « Der Grundsatz, daß es kein Verfahren von Amt wegen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gibt, wird damit « allgemeine Maxime für alle Theile des ganzen Verfahrens vom Anfange des Rechtsstreits bis zu seinem Ende ». GÖNNER, Vol. I, p. 182. Voir aussi : BOMSDORF, p. 126 s.

¹⁷¹ BOMSDORF, p. 127 ; GÖNNER, Vol. I, p. 183 s. ; BATHE, p. 37 ss. Voir aussi : TROLLER, p. 32 et GAFNER, p. 3-12 concernant l'opposition stricte entre « reine Parteiherrschaft » et « reine Richterherrschaft » et les critiques de ce modèle.

¹⁷² GÖNNER, Vol. I, p. 183. Voir aussi : LOTZ, p. 3.

¹⁷³ « Bei einem auf die Untersuchungsmaxime gegründeten Rechtsstreit hingegen ist, obschon auch hier der Satz von der Verfügungsfreiheit gilt, eine Disposition des Klägers nach Prozeßbeginn nicht mehr möglich. Der Kläger hat durch Erhebung der Klage dem Richter gleichsam **eine unwiderrufliche Generalvollmacht für alle seine Rechte** wahrenen

Selon OTTOMANN, c'est à dessein que GÖNNER qualifie ces notions de « Prozessmaximen » et non « -Grundsätzen ». Il rappelle à ce titre l'origine du terme « Maxime » (*maxima regula* pour « oberste Regel » ; *regula*, « Richtsheit », du latin *regere*, en allemand « lenken, richten » [diriger, redresser]), soit **un ensemble de règles sous-jacentes et spécifiques** (« zugrundeliegenden, vorgegeben Regelwerk ») par opposition à celui de « Grundsatz » (« Grund », fondement/principe ; « setzen/sitzenmachen », asseoir) qui constitue **la base pour la formation de réglementations individuelles et l'établissement d'actes d'application de la loi**. Hiérarchiquement, le « principe » est donc **au fondement** d'une réglementation, tandis que la maxime est un **dérivé, une règle sous-jacente**. Elle constitue néanmoins la règle ou ligne directrice la plus élevée, la plus synthétique, d'une somme de règles individuelles^{174,175} :

«Bis heute kaum beachtet worden ist der dabei bestehende Zusammenhang zur Philosophie Immanuel Kants. Bei Kant (1724-1804) ist eine Maxime **das subjektive Prinzip zu handeln, welchem der kategorische Imperativ gegenübersteht**, der Ausdruck findet in der Umschreibung: Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde. Gönner, der nicht nur Prozessrechtler war, sondern zugleich die philosophische Doktorwürde besass, und mit dem Werk Kants ohne Zweifel eng vertraut war, benützte den Begriff Maxime mithin nur dort, wo seiner Beurteilung nach eine Zivilprozessordnung sozusagen beliebig auf dem einen oder anderen Grundgedanken beruhen kann, sei es entweder auf der Abhängigkeit des Richters vom Vorbringen und Verhalten der Parteien oder sei es auf dem "alles von Amtes wegen", wir er je den Inhalt seiner beiden Maximen zusammengefasst. Als eigentlichen Grundsatz oder gar als Prinzip [...] hätte er von seinem Standpunkt aus konsequenterweise etwa die Verhandlungsmaxime nur dann bezeichnen können, wenn für ihn als Vertreter des Vernunftrechts eine Prozessordnung aus Vernunftgründen und damit a priori auf dem entsprechenden Grundgedanken hätte aufgebaut sein müssen. **Eine Verfahrensmaxime ist nach diesem Verständnis also sozusagen der von einem Gesetzgeber subjektiv, nach seinem Belieben realisierte oder realisierbare Grundsatz**. Dass demgegenüber das rechtliche Gehör **als echter Grundsatz zwingend zu verwirklichen ist**, liegt auf der Hand».

Ces deux maximes ont pour point d'ancrage la **liberté privée** et le **droit de disposer**. Elles divergent cependant quant à l'étendue et à la mise en œuvre pratique de ce droit. Autrement dit quant à **l'intensité, respectivement à l'étendue des pouvoirs détenus par le juge**, respectivement à celui des parties. La liberté de disposer des parties s'étend à l'ensemble de la procédure soumise à la maxime des débats, tandis que pour un procès régi par la maxime inquisitoire, le dépôt de l'action par la partie demanderesse équivaut à une procuration générale et irrévocable accordée au juge. Cette première différence caractéristique se résume par la phrase « Bei der Verhandlungsmaxime tue der Richter **nichts**, bei der Untersuchungmaxime **alles von Amtes wegen** »¹⁷⁶. L'une et l'autre se fondent sur un postulat et un

Maßnahmen gegeben ». BOMSDORF, p. 127 s. (Mise en gras ajoutée). GÖNNER, Vol. I, p. 191. Voir aussi : TROLLER, p. 32.

¹⁷⁴ OTTOMANN, p. 76 s.

¹⁷⁵ OTTOMANN, p. 77 s. (Mise en gras ajoutée).

¹⁷⁶ BOMSDORF, p. 128. (Mise en gras ajoutée).

objectif identiques, mais font appel à des moyens diamétralement opposés pour atteindre leur objectif¹⁷⁷.

156 A ce titre, il est important de préciser que GÖNNER place ces deux principes procéduraux au même niveau et que cette égalité n'est plus envisageable dès lors que l'on appréhende **la recherche de la vérité** (« Wahrheitserforschung ») comme une condition *sine qua non* du procès civil. Cette hiérarchie au sein des règles organisant le procès civil constitue la **clé de voute de la création des maximes de procédure et de leur raison d'être**. Elle a également une autre conséquence importante : l'absence de distinction entre ce qu'on appelle aujourd'hui la **vérité formelle** et la **vérité matérielle** et dont la maxime des débats et la maxime inquisitoire sont en quelque sorte devenues les synonymes. Selon la logique de GÖNNER, c'est le principe de la vérité formelle (tel qu'on le connaît aujourd'hui) qui prévaut aussi bien pour la maxime des débats que pour la maxime inquisitoire. Cela signifie, s'agissant de la maxime inquisitoire, que **la recherche de la vérité n'est qu'un moyen mis à la disposition du juge pour atteindre le but du procès**, soit la satisfaction des droits privés et rien de plus¹⁷⁸.

157 La seconde divergence que l'on observe entre les maximes procédurales de GÖNNER concerne **leur champ d'action**, mais surtout **son interprétation de la notion de « disposition »**. Il existe, selon lui, deux façons de disposer de ses droits, sachant que toutes deux déploient les mêmes effets. On peut disposer de manière directe ou immédiate de ses droits (revendication ou renonciation explicite) ou de façon indirecte (silence, abstention, omission)¹⁷⁹. En l'espèce, la maxime des débats renvoie aussi bien à la disposition directe qu'indirecte. Ce qui n'est pas le cas de la maxime inquisitoire, qui n'offre aux parties qu'une disposition plus restreinte de leur droit une fois la procédure engagée¹⁸⁰.

158 La notion de « disposition » telle que la conçoit GÖNNER est finalement bien plus large s'agissant de la maxime des débats, puisqu'elle s'étend à l'ensemble de la procédure, soit à l'établissement des faits comme au dénouement du procès. En ce sens, **la maxime des débats de GÖNNER englobait la notion actuelle de maxime de disposition**¹⁸¹ :

159 « Die Verhandlungsmaxime, die Gönner auf diese Freiheit gründet, umfaßt daher folgerichtig beide Arten der Einwirkung: die auf Umfang und Gang des Verfahrens gerichteten Handlungen der Parteien und das Beibringen des notwendigen Tatsachenstoffes [...]. « Nichts von Amts wegen » ist hier tatsächlich allgemeine Maxime. **Daraus erhellt, daß die Verhandlungsmaxime Gönners in ihrem ersten Schritt nicht nur die Verhandlungsmaxime, wie sie gegenwärtig verstanden wird, sondern auch die heute so genannte Dispositionsmaxime umfaßt ».**

160

¹⁷⁷ BOMSDORF, p. 128 ; GÖNNER, Vol. I, p. 184 s.

¹⁷⁸ BOMSDORF, p. 128 s. ; GÖNNER, Vol I, pp. 139 et 188 ; Vol II, p. 255.

¹⁷⁹ BOMSDORF, p. 129 ; WETZELL, p. 518.

¹⁸⁰ BOMSDORF, p. 129 ; GÖNNER, Vol I, pp. 183 s. et 236 ss ; Vol II, p. 255.

¹⁸¹ BOMSDORF, p. 130. (Mise en gras ajoutée).

La maxime inquisitoire se comporte bien sûr différemment à ce sujet. Elle restreint le pouvoir de disposer des parties sur les actes relatifs au contenu et au déroulement de la procédure, de sorte qu'elle n'englobe pas la maxime d'office dans son champ d'application¹⁸².

b. Atténuation du principe « Alles oder nichts von Amts wegen »

Malgré la vision sans demi-mesure que porte GÖNNER sur ses deux maximes auxquelles il souhaitait initialement donner un caractère **apodictique**, l'auteur a dans un second temps fait évoluer son raisonnement pour finalement accepter de l'entacher de quelques exceptions. Cet aveu ressort notamment de l'extrait suivant, à propos de la maxime des débats que GÖNNER traite en priorité dès lors qu'il la considère comme régissant la procédure de droit commun allemand¹⁸³ :

« Bei dem gemeinen deutschen Prozesse, der **nun einmal** auf die Verhandlungsmaxime berechnet ist, **herrscht** der Grundsatz als **vorwaltend** daß der Richter nicht unaufgefordert thätig ist ».

Cette phrase souligne l'**irrévocabilité et le caractère avéré de la maxime des débats en droit commun** tout en admettant l'existence d'exceptions à ce principe (« als vorwaltend »), matérialisées par la maxime inquisitoire. Selon BOMSDORF, l'admission de ces exceptions contredit la conception de départ de GÖNNER qui se voulait exclusive. Il ne s'agit désormais plus d'appréhender les deux maximes selon le principe « Alles oder Nichts von Amts wegen » mais plutôt : « **Mehr oder Weniger von Amts wegen** », avec les conséquences que cela implique sur la liberté de disposer des parties au cours du procès. Au surplus, ce revirement nous amène à émettre certains doutes quant à l'étendue du champ d'application de la maxime des débats et au degré d'inclusion de la maxime de disposition envisagés par GÖNNER¹⁸⁴.

Malgré ce constat, GÖNNER ne se risque pas vraiment à définir de façon claire la frontière entre pouvoir des parties et pouvoir du juge, préférant s'en remettre à l'**arbitraire comme limite générale** au pouvoir de ces deux entités, ainsi qu'à une forme de **coordination naturelle qui découlerait de leurs rapports**¹⁸⁵ :

« Nur darf auch diese Thätigkeit des Richters nicht in Willkür ausarten, die Befugnis der Parteien, über ihr Eigentum zu disponiren, und der Einfluß des Richters, nach dem Zwecke des gerichtlichen Verfahrens diese Dispositionsgewalt einzuschränken, **beyde Maximen sind coordinirt, jede wirkt in ihrer Sphäre, eine ist bedingt durch die andere, und man muß feste Grundsätze aufsuchen, um nach die Gränzen zwischen beyden genau abzustecken** ».

GÖNNER déduit cette répartition innée et raisonnable des compétences entre parties et juge d'une **délimitation entre les phases de réflexion du juge et celles des débats à proprement**

¹⁸² BOMSDORF, p. 130 ; GÖNNER, Vol I, p. 183 ss.

¹⁸³ GÖNNER, Vol. I, p. 235 s. (Mise en gras ajoutée).

¹⁸⁴ BOMSDORF, pp. 133 et 164. GÖNNER, Vol. I, p. 193 ; BATHE, p. 30 ss ; MARTIN, p. 130 s.

¹⁸⁵ GÖNNER, Vol. I, p. 238. (Mise en gras ajoutée).

parler. Selon lui, tout ce qui a trait à la réflexion du juge semble échapper, en principe, à l'arbitraire des parties. De la même façon, tout ce qui ne relève pas de la réflexion du juge, mais des allégations des parties doit être soumis au « libre arbitre » de celles-ci, avec les conséquences juridiques que cela implique¹⁸⁶. Cette répartition sépare ainsi les débats du travail de réflexion du juge. Ainsi, bien qu'incluant la maxime de disposition dans son champ d'application, la maxime des débats de GÖNNER s'arrête à une **réflexion juridique pure qui constitue la sphère d'influence du juge**. Mais cette sphère de compétence ne s'arrête pas tout à fait là, puisque GÖNNER reconnaît également une marge de manœuvre au juge (« positive Tätigkeit »), propre à limiter l'arbitraire des parties dans les cas spécifiques qui le justifieraient¹⁸⁷.

¹⁶⁷ GÖNNER complète enfin son argumentation par l'énumération des cas (nombreux, mais non-exhaustifs) qu'il a recensés et permettant au juge d'agir *ex officio*. Il cite notamment le cas où le juge explique une question au témoin ou l'éclaire sur certains termes ou notions juridiques, de façon à ce que ses déclarations soient les plus claires et précises possible. Il cite le cas des affaires mettant en balance un **intérêt public**. Il prévoit enfin une **compétence élargie du juge pour les litiges touchant aux droits des personnes sans formation** (« unkundiger Personen ») ainsi que des **orphelins et autres personnes dignes de protection** (« mitleidswürdigen Personen »). Nous supposons qu'il s'agit-là d'une systématisation de la notion de « **partie faible** » qui constitue, aujourd'hui encore, un motif pour appliquer la maxime inquisitoire et/ou la maxime d'office¹⁸⁸.

¹⁶⁸ En résumé, on retrouve dans cette première définition des maximes inquisitoire et des débats, les **caractéristiques générales identiques** à celles qui prévalent en droit actuel, mais aussi d'importants écarts telles que **l'inclusion de la maxime de disposition dans la notion de maxime des débats**. On observe également que, malgré la volonté de GÖNNER d'établir des principes de procédure absolus, il admet lui-même certaines exceptions à l'application stricte de ses deux maximes et notamment de la maxime des débats dans le cadre de la procédure de droit commun. Ce réajustement dans son raisonnement amène certaines contradictions dans sa théorie de base qui se voulait beaucoup plus tranchée, mais apparaît tout de même salutaire pour la mise en pratique de ces principes. Il nous semble toutefois regrettable que ces exceptions n'aient été – contrairement au reste de ses développements – abordées de façon plus lacunaire ou du moins de manière non-systématique. C'est sans doute dû au fait que, comme le suggère BOMSDORF, elles venaient affaiblir la théorie initiale de GÖNNER, qui se voulait irréfragable et exempte d'exceptions¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Ces deux règles ne sont rien d'autre que l'expression de la maxime des débats. GÖNNER, Vol. I, p. 241 s. ; BOMSDORF, p. 136 s.

¹⁸⁷ GÖNNER, Vol. I, p. 243 s. : « das nur unter Voraussetzung eines besondern Grundes, nur als Ausnahme durch positive Tätigkeit des Richters die Willkür der Parteien eingeschränkt werde ». BOMSDORF, p. 137.

¹⁸⁸ GÖNNER, Vol. I, p. 274 ; BOMSDORF, p. 138.

¹⁸⁹ A ce sujet, BOMSDORF déclare : « Die Maximenschöpfung durch Gönner ist eine **Fehlentwicklung**. Weder hat es im gemeinen Prozeß das « Nicht von Amts wegen » der Verhandlungsmaxime noch im preußischen Verfahren das

Malgré certaines lacunes, cette première théorie autour des maximes de procédure pose les bases d'une réflexion plus aboutie sur l'organisation du procès civil, qui évoluera ensuite au fil des contributions formulées par d'autres pandectistes tels que ORTLOFF, WELSCH et plus tard HEILFRON, BAYER ou WETZELL. L'analyse de leurs contributions nous permettra de commenter l'évolution et le rayonnement de ces deux maximes en procédure civile, les critiques et contradictions relatives à leur fonctionnement, mais aussi les apports doctrinaux concernant l'émergence des autres maximes de procédure.

169

c. « L'impopularité » de la maxime inquisitoire

L'atténuation du principe « Nichts vom Amts wegen » via la prise en compte des multiples exceptions qui limitent la maxime des débats vaut *mutatis mutandis* pour la maxime inquisitoire. L'un comme l'autre, ces principes de procédure ne peuvent s'appliquer de façon harmonieuse et équitable à un procès que dans la mesure où ils sont **pondérés** par un cadre légal qui limite leur étendue et leur force¹⁹⁰. C'est d'ailleurs ce que GÖNNER finit par admettre, au moins implicitement. En effet, autant la maxime des débats que la maxime inquisitoire consacrent une gestion sans partage, soit de la part des parties au procès (« bei Geltung der einseitigen Parteiherrschaft »), soit du juge (« bei Geltung der einseitigen Richterherrschaft »¹⁹¹). Dans les deux cas, une absence de contre-pouvoir peut évidemment présenter d'importants inconvénients¹⁹².

170

D'un côté, le pouvoir sans partage des parties sur le procès créera le plus souvent un **terrain fertile pour les chicaneries et l'alourdissement de la procédure**. De l'autre, la gestion unilatérale du procès par le juge laissera en principe peu de place aux abus dans le cadre de la procédure, dans la mesure où ce dernier utilisera tous les moyens à sa disposition pour rendre un jugement correct sur le fond aussi rapidement que possible et de la manière la plus simple possible. Aussi bienvenu que cela puisse paraître, il ne faut cependant pas négliger

171

« Alles von Amts wegen » der Untersuchungsmaxime gegeben ». Mais encore : « Der zweite, folgenreichere Fehler der Maximentheoretiker lag und liegt in der unkritischen Haltung, in der das überkommene Grundsatzdenken weitergeführt wird. **Je mehr sich die Prozeßmaximen zeitlich und inhaltlich von ihrem Schöpfer Gönner entfernten, desto mehr wuchs ihr Ansehen** ». BOMSDORF, p. 278 s. (Mise en gras ajoutée). BERNHARDT, p. 133 ss ; BATHE, p. 48 s.

¹⁹⁰ C'est également l'avis de GAFNER qui considère que la règle de procédure civile la plus utile en pratique doit donc être recherchée dans une **combinaison judicieuse de ces deux principes**. Des moyens doivent être trouvés pour permettre au juge d'assister et de guider les parties dans leurs fautes procédurales. Les parties ne doivent pas être victimes de normes procédurales incompréhensibles parce que le juge est condamné à être un spectateur oisif. D'autre part, la participation active des parties au processus ne doit pas être limitée et leur volonté ne doit pas être ignorée. Ils doivent se voir préserver certains droits procéduraux qu'ils peuvent faire valoir sans égard pour le tribunal, et même, dans certaines circonstances, contre le tribunal lui-même. GAFNER, p. 10 s.

¹⁹¹ A l'instar de la « domination des parties » (Parteiherrschaft), celle unilatérale du juge s'exprime à trois niveaux : l'activité du juge doit se substituer à celle des parties (« Richterbetrieb » ou « formelle Herrschaft über den Prozess ») ; la libre disposition du juge (« Richterliche Verfügungsrecht » ou « Eingriffsrecht »). Un tel droit de disposer du juge n'existe en principe nulle part, sauf si des dispositions spéciales du droit matériel le permettent ; Enfin le droit d'enquêter sur les faits et droit d'obtenir des preuves (« Untersuchungsmaxime » ou « Tatsachenerforschungsrecht und Beweismittelaushebungsrecht »). GAFNER, p. 6 s.

¹⁹² BOMSDORF, p. 162 ; LOTZ, p. 3 s. ; WELSCH, p. 27 ; GAFNER, p. 3 ss.

une autre conséquence néfaste, à savoir que la partie – sous l'autorité complète du juge – serait en quelque sorte **laissée « à la merci » de ce dernier, de sorte que ses prétentions et ses conclusions, ne seraient plus forcément au centre du procès** comme elle devrait l'être pour un litige de droit privé¹⁹³.

- 172 Pourtant, à l'inverse de la maxime des débats, la maxime inquisitoire souffre d'une **grande impopularité** auprès des juristes de droit commun qui la considèrent comme **l'expression de l'Etat tutélaire prussien**. En comparaison, la maxime des débats apparaît tel un « havre de paix » pour la liberté individuelle¹⁹⁴. Il ne s'agit selon nous que d'un *a priori* qui se nourrit de l'image libérale de la maxime des débats¹⁹⁵ par opposition à la **vision paternaliste** imputée à la maxime inquisitoire. Plus qu'une réelle prise de position théorique, c'est le message véhiculé par la maxime des débats qui est préféré à celui de la maxime. Dans une hypothèse comme dans l'autre, il s'agira simplement pour le législateur de déplacer le curseur de l'autonomie des parties et de l'intervention du juge, de façon à trouver l'équilibre entre les avantages et inconvénients inhérents à ces deux maximes en fonction de la procédure en cours¹⁹⁶.
- 173 Cet *a priori* négatif résulte probablement de la prise de position de GÖNNER en faveur de la maxime des débats en droit commun, qui perdurera chez ses successeurs. Elle est également le résultat de l'assimilation faite par GÄRTNER et MARTIN de la maxime inquisitoire au **principe de vérité matérielle**, entraînant forcément celle de la maxime des débats à celui de vérité formelle, accentuant ainsi un peu plus l'aspect intrusif de la maxime inquisitoire¹⁹⁷.
- 174 De nombreux ouvrages et manuels dédiés à l'analyse de l'organisation du procès civil entérineront cette **vision pour le moins manichéenne** des deux maximes, condamnant ainsi la maxime inquisitoire à rester en retrait du procès civil. Mais tout comme leur maître à penser, les successeurs directs de GÖNNER admettront eux aussi les limites de leur raisonnement ou du moins, tempéreront leur engouement pour la maxime des débats¹⁹⁸. GÖNNER propose d'ailleurs, parmi les hypothèses pour lesquelles une intervention d'office du juge serait acceptée, de prendre en considération le statut particulier des parties et notamment les paysans, les orphelins et les « personnes dignes de compassion »¹⁹⁹ :

« Aus Eigenschaften der streitenden Subjekte ist die Gewalt des Richters ausgedehnter 1) in Streitigkeiten der Bauern und anderer der Rechte unkundiger Personen, deren Fehlerhaften Klagen schon bei den Römern ihrer Anhängigkeit an

¹⁹³ GAFNER, p. 9 s.

¹⁹⁴ « Als Hort bürgerlicher Freiheit » ; BOMSDORF, p. 162.

¹⁹⁵ Image qui apparaît de nos jours comme étant plus libérale que libertaire ; BOMSDORF, p. 163.

¹⁹⁶ BOMSDORF, p. 162 s. ; WELSCH, p. 27 ; LOTZ, p. 22.

¹⁹⁷ « Folge, dieser Auffassung war eine **weitere Hinneigung** zum anderen Extrem der Verhandlungsmaxime. Dabei bezeichnete man diese Art von Wahrheit nicht nur als **hinzunehmende Unvermeidbarkeit**, sondern sah sie als Ziel jedes auf der Verhandlungsmaxime **ruhenden Prozesses** an » BOMSDORF, p. 163. (Mise en gras ajoutée). Voir aussi : GÄRTNER, p. 25 ss ; MARTIN, p. 35 s. ; LINDE, p. 184, §. 143 ; HEFFTER, p. 16.

¹⁹⁸ « Nach dem apodiktischen Satze von der Ausnahmslosigkeit der Verhandlungsmaxime taucht wenig später, gleichsam verschämt, die Feststellung auf, daß auch der Richter bei Anwendung der Verhandlungsmaxime gewisse Handlungen ex officio vorzunehmen habe ». BOMSDORF, p. 164.

¹⁹⁹ GÖNNER, Vol. I, p. 274, §. 38 (mise en gras ajoutée) ; BOMSDORF, p. 138 ; CANSTEIN, p. 22.

Formeln ungeachtet, **der Richter zu Hilfe kommen mußte**. 2) In Streitigkeiten frommer Stiftungen, besonders bei legalen, welche denselben hinterlassen wurden, **als für deren Erhaltung die Richter von Amtswegen Sorge tragen müssen**. 3) In Sachen der Pupillen und anderer mitleidswürdiger Personen ».

Nous n'avons cependant trouvé aucune trace de ce type de raisonnement dans le dZPO de 1877, le Code autrichien étant le seul à véritablement envisager l'intervention du juge dans le procès civil comme moyen d'atteindre une plus grande équité dans la procédure²⁰⁰.

2. Evolution des maximes de procédure jusqu'à l'entrée en vigueur du Code de procédure civile allemand de 1877

a. Evolution de la notion de maxime des débats

Après GÖNNER, le lien entre droit naturel moderne et principes de procédure s'évanouit. La majorité des contributions doctrinales relatives à la maxime des débats et à la maxime inquisitoire se concentre durant la période allant de la parution de son Manuel : « Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses » en 1801, jusqu'à l'entrée en vigueur de la dZPO de 1877. Durant cet intervalle les deux notions se chargent de contenu et s'affirment au sein de l'organisation procédurale de droit commun. Elles évoluent également au fil des années par une analyse de plus en plus critique du travail de GÖNNER, levant ainsi le voile sur les inexactitudes et contradictions qui touchent à leur fonctionnement²⁰¹.

Selon la définition première de GÖNNER, la maxime des débats se résume de la façon suivante : elle **découle de la nature même du procès civil** ; elle consacre la **liberté pour les titulaires de droits privés** de les exercer, et par extension d'y renoncer ; elle place l'établissement de la **vérité au rang de but secondaire** ; enfin elle **s'applique à l'ensemble du procès civil**, englobant alors la notion actuelle de maxime de disposition. Certains de ces critères caractéristiques de la maxime des débats ont par la suite été revus, modifiés voire supprimés. GÖNNER lui-même est revenu sur certaines de ses affirmations en admettant des atténuations dans l'application de la maxime des débats au procès civil. GÄRTNER et MARTIN ont ensuite déduit de la recherche de la vérité comme but secondaire la **distinction entre vérité formelle et matérielle**. Mais l'évolution de la maxime des débats ne s'est pas arrêtée là. D'autres théoriciens des maximes tels que HEFFTER, WETZELL ou encore RENAUD ont également réinterprété la maxime des débats en l'associant à de nouveaux principes juridiques²⁰².

Alors que les épigones de GÖNNER considèrent que la maxime des débats découle par nature du procès civil, la plupart de ces théoriciens font l'analyse inverse en assimilant le procès civil à un « état de guerre réglé », durant lequel chaque partie est responsable de la

²⁰⁰ BOMSDORF, p. 65 ss ; KAUFMANN, p. 26 ss ; JAUERNIG, p. 10 ss.

²⁰¹ BOMSDORF, p. 158 ss.

²⁰² BOMSDORF, p. 165 ss ; GÄRTNER, p. 60 ss ; MARTIN, p. 137 ss ; HEFFTER, p. 228 ss.

préservation ou de la défense de ses droits²⁰³. Cette responsabilité individuelle confiée aux parties durant le procès résulte, pour HEFFTER et MARTIN, de l'adage *jura vigilantibus scripta sunt* qui souligne leur rôle décisif durant la procédure. HEILFRON affirme *a contrario* le rôle passif du juge, qui n'a pas le droit de s'écarter de l'énoncé des faits que lui soumettent les parties au procès²⁰⁴.

179 HEFFTER déduit de cette autonomie des parties une **incompatibilité entre la maxime des débats et le devoir de vérité *stricto sensu***. En effet, dès lors que la conduite du procès est laissée aux particuliers dont le but est la défense de leurs prérogatives, il est impossible d'exiger d'eux l'établissement désintéressé et intégral de la vérité. Ce postulat rejoint celui de la vérité formelle attachée à la maxime des débats, que l'on retrouve implicitement au travers de l'adage *iudex secundum allegata et probata, non secundum conscientia judicare debet*. Il renvoie *a contrario* au principe de la vérité matérielle applicable à la maxime inquisitoire, comme le suggèrent GÄRTNER et MARTIN²⁰⁵.

180 Sur le fond, la maxime des débats n'est plus comprise comme l'expression directe de « Nichts von Amts wegen » mais plutôt comme le condensé de trois principes, intégrant à ce stade encore les caractéristiques de la maxime de disposition à cette dernière :

- 181
- *Ne procedat iudex ex officio*. GAFNER parle également de « formelle Parteiherrschaft über den Prozessgang ». **Il ne saurait y avoir de juge sans parties (*nemo iudex sine actore*)**, le juge ne peut par conséquent pas introduire l'instance sans avoir reçu de requête. A ce titre, personne ne peut être forcée d'intenter une action contre sa volonté (*nemo invitatus agere cogitur*)²⁰⁶ ;
 - *Ne eat iudex ultra petita partium*. Il est **interdit au juge d'octroyer plus que ce qu'il lui a été demandé par les parties** (aussi bien la requête du demandeur que du défendeur). Cette règle est aujourd'hui associée à la maxime de disposition en tant qu'elle traite séparément l'établissement des faits des conclusions des parties (« Parteiverfügungsrecht »)²⁰⁷.
 - *Iudex secundum allegata et probata, non secundum conscientia judicare debet*. Le juge doit **fonder son jugement sur tous les faits invoqués par les parties et non contestés ou bien contestés, mais ensuite prouvés** ; il est lié par ces faits (maxime de disposition). De leur côté les parties sont seules responsables du rassemblement des faits et des preuves, et la décision qui sera prise dépend vraisemblablement du niveau de développement de leurs recherches/démonstrations, sauf s'agissant de

²⁰³ Ce n'est toutefois pas le cas de BÜLOW, pour qui la maxime des débats touche directement à la nature du procès civil. BÜLOW, p. 158.

²⁰⁴ HEFFTER, p. 4 ; BOMSDORF, p. 161 ; HEILFRON, p. 190.

²⁰⁵ HEFFTER, pp. 227 s. et 262 ; BOMSDORF, pp. 163 et 167 ; GÄRTNER, pp. 22 ss et 60 ss.

²⁰⁶ BOMSDORF, p. 167 ; HEILFRON, p. 190 ; GÖNNER, Vol. I, pp. 180 et 182 ; WETZELL, p. 518 ; CANSTEIN, p. 197, GAFNER, p. 4.

²⁰⁷ BOMSDORF, p. 167 ; HEILFRON, p. 190 ; BAYER, p. 32 ; CANSTEIN, p. 197 ; GAFNER, p. 5.

faits notoires (GAFNER parle à ce titre de « **materielle Parteiherrschaft über den Prozessgang** » oder « Verhandlungsmaxime »)²⁰⁸.

- Cette règle en implique une autre : *Quod non est in actis non est in mundo*, soit l'exigence selon laquelle tout ce qui n'aura pas été exposé par les parties et donc porté à la connaissance du juge ne pourra pas être pris en compte dans le jugement final (idem)²⁰⁹. On retrouve donc indirectement le principe de la vérité formelle, dès lors que le juge n'est autorisé à émettre de décision que sur la base des faits qui lui ont été présentés par les parties et ne peut tenir pour avéré que ce qui aura été prouvé devant lui de façon régulière²¹⁰. L'établissement de la vérité reste au rang de but secondaire conformément à l'interprétation de GÖNNER, bien que la distinction entre vérité formelle et matérielle fasse son apparition.

Ce groupe de processualistes se distingue également par les exceptions qu'ils envisagent au principe de la maxime des débats. HEFFTER évoque par exemple la possibilité pour le juge d'améliorer les questions présentées par une partie ou encore de lui poser des questions sur certains points susceptibles de l'éclairer sur le fond. En ce sens, plusieurs juristes allemands tels que RENAUD et WETZELL s'accordent sur la **possibilité offerte au juge de compléter ou d'éclaircir les oublis et inexactitudes des parties**. Néanmoins, une demande des parties reste indispensable à l'établissement de preuves oculaires et expertises, ce qui constitue pour HEFFTER une conséquence évidente de la maxime des débats. La marge de manœuvre laissée au juge se limite donc à l'aspect « curatif » sans jamais s'appliquer de façon préventive²¹¹.

Enfin, il nous semble important de souligner que peu de pandectistes se sont vraiment détachés des réflexions de GÖNNER pour s'intéresser à la question des **sanctions en cas de violation de la maxime des débats**. La seule piste qui semble avoir été exploitée est celle de la **nullité du jugement**. Selon RENAUD, certains manquements à la procédure peuvent, pour différents motifs, être frappés de **nullité curable** (« heilbare Nichtigkeit ») ou **incurable** (« unheilbare Nichtigkeit ») selon qu'ils concernent la forme ou à la substance du procès. Malgré la difficulté intrinsèque à dissocier au cas par cas les différents types de nullité, l'auteur utilise le critère de « manquement relatif à des composantes essentielles du procès » ainsi que l'opposition entre substance (« aus den *substantialibus* des processus ») et forme du

²⁰⁸ GAFNER, p. 6.

²⁰⁹ BOMSDORF, p. 167 ; BÜLOW, p. 158 ; RENAUD, p. 181 ; WETZELL, p. 520 s. ; BAYER, p. 32 ; HEILFRON traite de ce principe, mais le rattache au principe de la forme écrite ; HEILFRON, p. 191 ; CANSTEIN, p. 197.

²¹⁰ Font exception à ce principe les faits notoires qui n'ont pas à être démontrés ; les demandes d'expertise lorsque le juge ne dispose pas des compétences suffisantes pour juger de l'affaire ; ou encore la descente sur les lieux opérée d'office par le tribunal afin de découvrir le sens exact des déclarations des parties (« Auch kann das Gericht *ex officio* einen Augenschein vornehmen zur Instruktion behufs Interpretation, um den richtigen Sinn der Parteien herauszufinden »). L'aptitude du juge à poser des questions aux parties durant le procès sera traitée dans la partie sur la maxime inquisitoire. BÜLOW, p. 159 ; RENAUD, p. 182 s.

²¹¹ « Der Richter muß es sich angelegen sein lassen, dem Verfahren sowohl seiner Form nach der gehörigen Festigkeit und Sicherheit, als auch die größte Vollständigkeit in Ansehung des Stoffes zu geben ». HEFFTER, p. 440 ; RENAUD, p. 182 s. ; WETZELL, p. 466 s.

procès (« Prozessförmlichkeiten ») pour retenir, ou non, la nullité incurable. C'est sur la base de ces deux critères que RENAUD mais aussi WETZELL assimilent la violation de la maxime des débats à une violation incurable du procès^{212,213} :

184 « Wie demnach wegen gänzlichen Mangels an processualischem Verfahren ein Urtheil unheilbar nichtig ist, welches ohne Prozess oder in einem zwischen dritten Personen verhandelten Rechtsstreite gegen Jemand ergangen, welcher daran keinen Theil genommen, **so leiden an einer solchen Nichtigkeit wegen Mangels an den wesentlichen Bestandtheilen der Procedur das Verfahren und Urtheil, die unter Hintansetzung der Verhandlungsmaxime oder des Grundsatzes des gegenseitigen Gehörs erfolgt sind** ».

185 Partant de cette hypothèse et toujours selon ces auteurs, est frappée de nullité incurable la procédure initiée sans requête préalable de la partie demanderesse, le jugement allant au delà de la demande faite par une partie, la condamnation obtenue sans *litis contestatio* préalable ou encore sans citation préalable du défendeur²¹⁴.

b. Evolution de la notion de maxime de disposition

186 Un des obstacles auquel se confrontent les successeurs de GÖNNER repose sur la **confusion** qui existe **entre la maxime des débats** telle qu'elle est comprise aujourd'hui **et la maxime de disposition**. GÖNNER considère en effet le procès comme un succédané de la satisfaction extrajudiciaire de ses droits par un individu. Dès lors, il se refuse à admettre une **distinction entre les arguments en fait et ceux en droit**, que ce soit dans le cadre d'une procédure judiciaire ou extrajudiciaire. C'est également ce qu'admettent, sans vraiment le remettre en question, la plupart des juristes qui lui succèdent. Une contradiction flagrante ressort pourtant de la double affirmation : liberté de disposer des parties en fait et en droit sur l'ensemble du procès et exceptions permettant l'intervention d'office du juge²¹⁵.

187 Fort de ce constat, certains juristes allemands comme ORTLOFF ou CANSTEIN s'affranchissent de cette théorie antinomique et réaffirment la **distinction entre l'énoncé des faits et celui des prétentions juridiques**²¹⁶. De cette dissociation émerge une nouvelle notion qu'ORTLOFF nommera la « Dispositionsmaxime », par opposition à la conception plus intrusive suggérée par la maxime d'office²¹⁷ :

188

²¹² RENAUD, p. 545 ss ; WETZELL, p. 746 s.

²¹³ RENAUD, p. 546.

²¹⁴ RENAUD, p. 546 ; WETZELL, p. 747.

²¹⁵ BOMSDORF dénonce à ce titre l'in vraisemblance de cette théorie : « Dieser Auffassung entspricht eine **umfassende Verzichtfiktion der Gönnerschen Epigonen**, die auch hierin dem Meister nachfolgen. Nicht nur disponiere über sein Recht, der es unterlasse, einen bestimmten Antrag zu stellen, sondern auch der, der es unterlasse, eine sein Recht begründende Tatsache vorzutragen ». BOMSDORF, p. 161 ; HAIMERL, Kurze Bemerkungen über den obersten Grundsatz und die daraus fließenden Haupterfordernisse der bürgerlichen Processgesetzgebung, in : Archiv für die civilistische Praxis, Vol. 18, 1835, p. 56.

²¹⁶ BOMSDORF, p. 161 ; ORTLOFF, p. 39 ss ; CANSTEIN, pp. 185 ss et 197, N 1.

²¹⁷ ORTLOFF, p. 44. (Mise en gras ajoutée).

« [...] und wir würden den Ausdruck Dispositionsmaxime vorschlagen, weil er noch am besten die Geltung der Willkür und des Verzichts der Parteien andeutet ».

Cette nouvelle distinction constitue un changement important dans l'organisation du procès civil, puisqu'elle **réduit le champ d'application de la maxime des débats à l'initiative du procès ainsi qu'à la définition de l'objet du litige**. Le principe de libre disposition des parties, si cher à GÖNNER se retrouve désormais divisé en deux parties, avec pour chacune d'elles des exceptions plus ou moins larges admettant l'intervention d'office du juge. Cette version de l'organisation du procès civil proposée par ORTLOFF se rapproche ainsi significativement de notre vision actuelle du procès civil²¹⁸.

BÜLOW estime également que la maxime des débats prend fin dès qu'il s'agit de **déterminer le droit applicable** au cas d'espèce. Selon lui, la maxime des débats ne s'étend ni à l'examen en droit ni à son interprétation²¹⁹. BÜLOW justifie son raisonnement en s'appuyant sur le principe *iura novit curia* et ainsi marquer la distinction entre la **liberté des parties relative à leur demande** (établissement des faits) et l'**indépendance du juge dans son interprétation** ainsi que dans la mise en œuvre du droit²²⁰.

Pour CANSTEIN, la maxime de disposition se caractérise par les règles suivantes²²¹ :

- **Le respect de la possibilité, pour une partie, de renoncer à un droit relatif à l'objet du litige civil**. Cette renonciation peut être directe ou indirecte, totale ou partielle, unilatérale ou réciproque, absolue ou conditionnelle. CANSTEIN donne comme exemple la reconnaissance (ou la non-contestation) d'un droit de la partie adverse ;
- **Le respect de la renonciation unilatérale d'une partie à entreprendre certains actes de procédure** (auxquels il peut renoncer unilatéralement). Par exemple, l'abandon d'un grief pour vice de forme ou vice de procédure ;
- **Le respect de la volonté commune et concordante des parties concernant leurs rapports juridiques**, qui résume en une phrase les préoccupations développées dans les deux tirets précédents. *A contrario*, cette exigence ne vise pas les relations entre juge et parties, ni les accords touchant à l'intérêt public.

Au delà de la question de la libre renonciation, l'établissement de ces trois critères tend à signaler au juge **l'extrême limite au delà de laquelle il ne peut agir d'office**, et ce,

²¹⁸ ORTLOFF, p. 40 ss ; CANSTEIN, p. 185 ss.

²¹⁹ « Die Verhandlungsmaxime erstreckt sich weder auf die Rechtsprüfung noch [auf die] Interpretation ». BÜLOW, p. 159. BAYER semble se joindre à cette opinion en séparant la phase en fait et celle en droit ; BAYER, pp. 32 et 35.

²²⁰ Ce cloisonnement entre faits et droit est résumé par l'adage *tu mihi narra factum, ego tibi narrabo jus*, plus fréquemment formulé *da mihi facta dabo tibi ius* (« Présente moi les faits, je te donnerai le droit ») évoqué dans les notes de L. FEHLER relatives au cours de « Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht » de BÜLOW. Nous ne pouvons, sur cette base, pas affirmer avec certitude que cette formulation de l'adage est bien la sienne. BÜLOW, p. 159.

²²¹ CANSTEIN, p. 188 s.

indépendamment du fait que cette intervention semble en apparence être en faveur des parties. Ces règles réaffirment de façon ferme l'autonomie des parties dans le procès civil.

194 Toujours selon CANSTEIN, ces trois « règles » relatives à la mise en œuvre de la maxime de disposition devraient s'accompagner de certaines garanties, à savoir²²² :

- 195
- l'obligation pour les parties de **se faire assister par un avocat** ou, à défaut, l'obligation pour le juge de renseigner les parties sur les conséquences de leur renonciation sur les suites du procès ;
 - la **règlementation des rapports entre les parties** par le biais de déterminations dispositives (« Dispositivbestimmungen »).

196 A ce titre, il nous semble intéressant de revenir sur l'obligation du juge évoquée par CANSTEIN de prévenir les parties sur les risques qu'elles encourent en renonçant à faire valoir certains de leur droit en faveur de la partie adverse. L'auteur mentionne en effet cette obligation comme un moyen pour le juge de se prémunir d'une nullité pour erreur excusable relative à l'acte de renonciation²²³ :

197 « Der Anwaltszwang oder die Verpflichtung des Gerichts, die Parteien über die Prozeßvorschriften überhaupt, und insbesondere über die Rechtswirkungen des Verzichtes auf Prozeßhandlungen zu belehren, **um entschuldbaren Irrthümern bei Verzichtshandlungen vorzubeugen** ».

198 CANSTEIN conclut son raisonnement en proposant un nombre limité et très précis d'exceptions à la maxime de disposition, soit le recours à la maxime d'office, que nous développerons dans les parties suivantes, en matière de mariage et de tutelle, de déclaration judiciaire de décès ou de preuves du décès qui recouvrent, selon lui, certains aspects de droit public²²⁴.

c. Notion de « richtig verstandene Verhandlungsmaxime » et externalisation des autres maximes de procédure

199 Le dernier mouvement de pensée relatif aux maximes de procédure que nous traiterons dans cette partie concerne un groupe principalement composé de GENSLER, MITTERMAIER, BÜHL ou encore FRANCKE. Ce groupe se détache des préceptes de GÖNNER et de ses successeurs auxquels **il reproche notamment de ne laisser au juge qu'un rôle d'auditeur silencieux**, de « marionnette », ou encore, toujours selon leurs termes, de « balle » mises entre les mains des parties²²⁵.

200 D'après leur conception de la maxime des débats, celle-ci comprendrait en son sein un « Frage- und Aufklärungsrecht » soit le **droit pour le juge de poser des questions ainsi que**

²²² CANSTEIN, p. 189.

²²³ CANSTEIN, p. 189.

²²⁴ CANSTEIN, p. 190.

²²⁵ BOMSDORF, p. 171 ; CANSTEIN, p. 195, N 1 et p. 196, N 2 ; MITTERMAIER, AcP 5, 1822, p. 184 s.

d'éclaircir les allégations des parties. Cette vision se détache de celle d'une admission ponctuelle et non systématique d'exceptions autonomes et donc indépendantes de la maxime des débats, pour envisager une **atténuation intrinsèque à sa définition**. Il s'agit d'un abandon clair et net du principe « Nichts von Amtes wegen » par la nécessité finalement admise d'un droit de poser des questions et d'éclaircir les faits²²⁶.

Les justifications relatives à ce revirement sont peu claires. GENSLER et MITTERMAIER, initiateurs de cette pensée, s'appuient sur le droit romain et le droit canon qui envisageaient cette possibilité, pour justifier cette prérogative du juge d'interpeller les parties. BÜHL se fonde quant à lui plutôt sur le droit français, qui envisage ce droit d'interroger et d'éclaircir comme compatible avec la notion de maxime des débats²²⁷. Du point de vue de BOMSDORF, ces théories sont, tout comme celle de GÖNNER, des *petitio principii* soit des raisonnements circulaires dont la réciproque est fautive et qui permettent à ceux qui les emploient d'aboutir au résultat souhaité. Une sorte de raisonnement auto-suffisant qui ne fit d'ailleurs pas l'objet d'un grand engouement auprès de la doctrine de l'époque et encore moins auprès des « orthodoxen Maximentheoretiker » pour qui ce postulat constituait une « hérésie »²²⁸.

GENSLER proposera finalement une alternative à ce raisonnement en se basant sur deux critères que GÖNNER avait lui-même évoqués sans forcément en tirer les mêmes conclusions : celui du **champ d'action des parties**, opposé au **domaine de réflexion du juge**. Il se réfère donc à ces deux critères pour séparer l'activité du juge de celle des parties et rattacher le « Fragerecht » à la **sphère d'influence du juge**. Cette délimitation nous apparaît comme étant la plus logique pour limiter la compétence des parties durant le procès civil et ainsi justifier l'intervention du juge dans certains cas de figure²²⁹.

Dans le même ordre d'idée, FRANCKE évoque la participation du juge à l'établissement du *status causae et controversiae* ainsi qu'à l'éclaircissement des faits apportés par les parties. Cette contribution du juge entre, selon lui, dans l'exercice de son droit d'interpellation et reste compatible avec la maxime des débats pour autant qu'elle ne soit pas abusive²³⁰.

S'agissant justement du champ d'application du droit d'interpellation, **aucun consensus ne se dégage sur cette question**. MITTERMAIER n'envisageait pas l'établissement d'une limitation dans l'exercice du « Fragerecht ». WACH évoque pour sa part l'impossibilité de déterminer à partir de quand cette limite est franchie, bien qu'il envisage que l'abus de cette

²²⁶ BOMSDORF, p. 171 ; MITTERMAIER, AcP 5, 1822, p. 184 s. ; RENAUD, p. 183.

²²⁷ BOMSDORF, p. 172 ; BÜHL, p. 6 s. Sur la formation du « principe dispositif » en droit français, voir aussi : THOMINE-DESMAZURES, Commentaire sur le code de procédure civile, Tome I et II, 1838, pp. 159 et 161 ; BRUS, Le principe dispositif et le procès civil, Thèse, 2014, p. 14 ss.

²²⁸ « Beide Beweisführungen zeigen, zu welchen logischen Verdrehungen man sich in einer Zeit allgemeinen Maximen denkens genötigt sah, um ein erwünschtes und notwendiges Ergebnis zu erzielen ; BOMSDORF, p. 172 ; BÜHL, p. 6 s. ; MITTERMAIER, AcP 3, 1820, p. 307.

²²⁹ BOMSDORF, p. 173 ; MITTERMAIER, AcP 3, 1820, p. 306, n° 7.

²³⁰ BOMSDORF, p. 173. Voir aussi : WELSCH, p. 44.

prérogative soit envisageable²³¹. Quant à BÜHL, il admet également, la difficulté pour établir une telle frontière et préfère s'en remettre à l'intelligence et la moralité du juge²³².

205 En conclusion, ce groupe de processualistes rejette le renvoi littéral au principe « Nichts von Amtes wegen » pour définir la maxime des débats et considère au contraire le **droit d'interpellation du juge comme une composante inhérente à ce principe**. GENSLER estime en effet que la règle du « Nichts von Amtes wegen » doit être comprise comme l'interdiction stricte faite au juge de traiter de faits qui n'auraient pas été évoqués par les parties, et rien de plus. Ces nouveaux théoriciens des maximes se rattachent finalement au même principe que GÖNNER pour admettre l'intervention du juge durant le procès. Ils **n'évoquent cependant aucune sanction** consécutive à un éventuel dépassement de cette « prérogative interventionniste », préférant la considérer comme un **droit du juge** plutôt qu'un devoir (« das richterliche Fragerecht »)²³³.

206 Ainsi le juge a la compétence d'éclaircir les faits mis en avant par les parties. Le juge peut également rendre les parties attentives au caractère incomplet ou non concluant de leurs allégations entachant la procédure. Il n'est cependant pas habilité à compléter, suppléer ou suggérer, autrement dit à **intervenir de façon positive**, en sus des contributions des parties à la procédure. Il s'agit pour le juge d'inciter les parties à « prendre conscience » et à réagir, plutôt que de leur proposer directement une idée ou leur inspirer un acte de façon trop suggestive²³⁴.

207 Cette atténuation de la maxime des débats désormais limitée aux contributions des parties constitue un pas considérable franchi depuis la théorie initiale de GÖNNER et offre de nouvelles perspectives quant à la compréhension des maximes de procédure dans leur ensemble. On constate par exemple qu'un effet secondaire relatif à la dissociation entre domaine d'action des parties et réflexion du juge a permis l'émancipation du principe de la maxime de disposition, jusqu'alors fondu dans la maxime des débats²³⁵.

208 CANSTEIN, partisan retardataire de cette nouvelle conception de la maxime des débats, également appelée « die <richtig verstandene> Verhandlungsmaxime », va encore plus loin dans la segmentation de ce principe. Bien que sa réflexion soit associée à ce groupe de processualistes, CANSTEIN partage peu de leurs opinions, si ce n'est celle de la **cohabitation entre maxime des débats et droit d'interpellation du juge**. Il est également en désaccord avec la vision générale de GÖNNER, considérant que ce dernier a regroupé, sous la dénomination de maxime des débats, un ensemble de notions qui n'ont rien à voir les unes avec les autres. C'est sur la base de ce constat qu'il décide de se réapproprier les différents principes englobés sous la **notion « fourre-tout » de maxime des débats**, pour les réorganiser d'après leurs

²³¹ Selon BUCHER, Wach avait une position assez radicale et sans nuance, en faveur de la maxime des débats : « Wach wird in seiner Meinung ganz eindeutig durch eine einseitige und überspitzte Anwendung der Verhandlungsmaxime geleitet ». BUCHER, p. 4.

²³² WACH, p. 332 ss ; BÜHL, p. 8 s. ; BOMSDORF, p. 174.

²³³ WACH, p. 332 ; BOMSDORF, p. 174.

²³⁴ D'où le terme de « negative richterliche Tätigkeit » utilisé par WELSCH, p. 44 ; BOMSDORF, p. 173, N 26.

²³⁵ BOMSDORF, p. 175 ; CANSTEIN, p. 198, N 9.

fonctions respectives. Cette nouvelle organisation se traduit par la séparation entre ce que CANSTEIN désigne comme la **maxime d'office (au sens large)** et la **maxime de disposition (au sens large)**. Cette distinction, qui n'est pas sans rappeler la dichotomie « Alles/Nichts von Amtes wegen », rassemble plusieurs notions toutes rattachées à des phases différentes du procès civil pour la maxime de disposition au sens large, et du procès pénal pour la maxime d'office au sens large. La première de ces deux notions (maxime de disposition au sens large) s'articule d'après les **trois axes** suivants²³⁶ :

- « die freie Prozeßbetrieb der Parteien » soit la **libre disposition des parties sur l'introduction de l'instance, la préparation et la conduite du procès** ;
- « die Dispositionsmaxime im engem Sinne » qui renvoie à la **libre disposition des parties sur leurs droits**, et plus précisément, selon la définition donnée par CANSTEIN, au respect, par le juge, de cette renonciation unilatérale des parties ;
- « die Verhandlungsmaxime » qui renvoie à la **libre disposition des parties sur les faits et preuves allégués durant le procès civil**²³⁷.

A chacune de ces étapes correspondent plusieurs exceptions. **L'instance peut par exemple être interrompue ou écourtée** en raison de certaines limites temporelles. Ainsi certains motifs particulièrement dignes de considération peuvent aboutir au jugement d'une affaire civile dans un cadre temporel restreint. Le procès n'est dans ce cas plus mené selon le bon vouloir des parties, mais impose certains délais réduits passés lesquels les parties risquent la forclusion²³⁸. De la même façon, **la préparation du procès peut être interrompue par le juge afin de présenter certains points litigieux avec plus de clarté**. Cette entremise du juge peut également permettre, à la fin des présentations écrites des parties au procès, de reprendre oralement l'ensemble des allégations et arguments présentés et ainsi donner une vision globale et succincte de l'ensemble des débats²³⁹.

Enfin, toujours dans un souci de clarté et d'économie de procédure, le juge est autorisé à **s'opposer à certains actes de procédure de façon à éviter une charge trop importante et surtout superflue durant la conduite du procès**. Il peut également **intervenir en cas de défaillance d'une partie**, ou encore **exiger d'être informé de l'exécution de certains actes de procédure** (notamment concernant l'admission des preuves)²⁴⁰.

Cette nouvelle répartition – plaçant la notion générale de disposition des parties comme moteur du procès civil – propose, selon nous, un **modèle d'articulation du procès cohérent**, dont toutes les exceptions trouvent une justification claire et sensée. Elle propose en outre

²³⁶ CANSTEIN, p. 169.

²³⁷ CANSTEIN oppose cette maxime générale de disposition à la maxime d'office au sens large, composées des principes antagonistes suivants : « der Offizial-Prozeßbetrieb » ; « die Offizialmaxime im engem Sinne » ; « die Inquisitionsmaxime ». Nous ne traiterons pas de cette maxime puisqu'elle renvoie plutôt à la procédure pénale, ou de façon subsidiaire, aux exceptions à la maxime de disposition qui seront évoqués plus bas ; CANSTEIN, p. 170, N *), § 6.

²³⁸ A titre d'exemple, CANSTEIN cite notamment les procédures de faillite, de successions ou encore les cas de construction d'immeubles pour lesquels ces délais spéciaux seraient notamment envisagés ; CANSTEIN, p. 174.

²³⁹ CANSTEIN, p. 175.

²⁴⁰ CANSTEIN, p. 175 s.

l'externalisation des maximes de procédure, désormais au nombre de quatre : maxime des débats, maxime inquisitoire, maxime de disposition et maxime d'office, ainsi que la délimitation plus nette entre éléments matériels (faits et preuves relevant principalement des parties) et qualification juridique.

d. Fin de l'opposition stricte entre maxime des débats et maxime inquisitoire

213 Une dernière catégorie de théoriciens ultérieurs à CANSTEIN franchira un nouveau pas dans la théorie des maximes en s'inspirant du droit prussien, posant ainsi un regard neuf sur la maxime inquisitoire. Ces juristes dénoncent vivement la vision selon laquelle maxime des débats et maxime inquisitoire seraient deux extrêmes s'opposant en tout point, et affirment que la vérité se trouve, comme souvent, à mi-chemin entre ces deux propositions. Mais la véritable nouveauté consiste non pas en cette vision pragmatique dont on peut supposer qu'elle est partagée par de nombreux autres penseurs ayant admis l'atténuation du principe « Nichts von Amtes wegen », mais dans la **mise en exergue de certains avantages de la maxime inquisitoire** telle qu'elle est appliquée en droit prussien²⁴¹.

214 Leur postulat consiste à démontrer que malgré l'opposition de principe entre maximes des débats et inquisitoire, leur mise en œuvre est, elle, quasiment semblable. C'est en tout cas ce qu'ils déduisent de l'étude comparée entre droit prussien et droit commun. Les conceptions de départ s'opposent, mais les procédures aboutissent finalement dans les deux cas au même résultat. Mieux encore : alors que la tendance était de considérer la maxime inquisitoire comme plus « liberticide », il s'avère finalement à l'étude de ces deux systèmes que les inégalités seraient observées de manière égales dans les deux, voire en défaveur de la maxime des débats qui pourrait porter plus facilement préjudice aux parties dans le cas de procédure sommaire. En effet, à trop vouloir encourager l'initiative et surtout l'autonomie des parties, la maxime des débats conduirait à **surestimer leur connaissance et leur maîtrise du procès civil** (à ce titre cf. N 30 et 65 relatifs à la *clausula salutaris*). Elle a pour autre conséquence de **faire peser la responsabilité sur les parties** et non sur le juge qui n'aura, par définition, pas été sollicité²⁴².

215 L'institution des maximes de procédure, initialement formée autour de l'axe maxime des débats-maxime inquisitoire a donc énormément évolué depuis la théorie originelle de GÖNNER. Bien qu'ils lui reconnaissent un certain mérite, MITTERMAIER et PUCHTA reprochent également à cette théorie d'omettre le fait que le procès soit avant tout une institution de droit positif qui se fonde sur les multiples sources de droit commun et non pas sur des considérations philosophiques ou des notions générales souvent arbitraires²⁴³ :

216

²⁴¹ BOMSDORF, p. 176 ss ; PUCHTA, Grenzen, p. 6 s. ; LINDE, p. 211 ss.

²⁴² Cette remarque vaut notamment pour les jugements des instances inférieures, comme le soulignent PUCHTA, Grenzen, p. 63 ss ; BOMSDORF, pp. 182, N 50 et 51 et 189.

²⁴³ MITTERMAIER, AcP, Vol. 12, 1829, p. 134 ; BOMSDORF, p. 183.

« Auch da, wo er die Quellen anführt, bemerkt man leicht, daß er mit einer vorgefaßten Meinung und mit dem Wunsche, seine a priori construierte Ansicht darin zu finden, an die Rechtsquellen ging, und sie daher drehte und aus dem Zusammenhand riß, wie es ihm eben taugte [...] während er überall nach Aufstellung oberster Grundsätze strebte, und in diesem Generalisiren zu gewissen allgemeinen Maximen z.B. der Verhandlungsmaxime, Eventualmaxime, Prinzip des Verzichts u.a. kam, und durch Hülfe dieser Zauberformen alles zu erklären versuchte ».

Après avoir été présentée comme la clé de voûte du procès civil la maxime des débats est progressivement reléguée au rang de notion doctrinale dont les incidences pratiques restent vagues, voire parfois douteuses. Cette **forme de désacralisation** a cependant de nombreux effets bénéfiques puisqu'elle apporte une **vision plus nuancée et équilibrée de la maxime des débats** et par extension de la maxime inquisitoire et car elle ouvre la voie aux autres maximes de procédure, contrepoids indispensables au bon déroulement du procès civil. Cette vision plus nuancée, s'éloignant de préoccupations trop théoriques, se retrouve d'ailleurs très largement dans le Code de procédure civile allemand de 1877 dont nous traiterons dans la partie suivante, qui se garde pourtant bien de les nommer expressément.

217

e. Code de procédure civile allemand de 1877 et ses réformes successives

i. dZPO 1877

La « deutsche Zivilprozessordnung » de 1877 est entrée en vigueur en 1879. Elle fut la première loi sur la justice (« Reichsjustizgesetz ») qui permit de **mettre un terme au morcellement de la procédure en Allemagne**. Elle fut conçue, dans sa version originale de 1877, comme une **codification libérale des valeurs du 19^{ème} siècle**. En ce sens, elle accorde une maîtrise presque sans limite aux parties, de même qu'un rôle passif au juge que WACH qualifie de **désintéressement de l'Etat dans la mise en œuvre juridique de la volonté des parties** (« Interesselosigkeit des Staates an der Durchsetzung privater Rechtspositionen »). NOWAK et SEELIG qualifient pour leur part le procès de lutte privée entre les particuliers auquel le juge assiste de manière passive²⁴⁴. A ce titre, ROTH fait toutefois le constat que ce « désintéret » a mené à un **ralentissement de la procédure** favorisé par les **tactiques dilatoires** des parties. Par la suite, ce Code subira de nombreuses modifications (environ 200 entre 1950 et 2017) et notamment un renforcement des pouvoirs du juge au détriment des parties, de même que des « mesures de concentration » afin de pallier les retards de procédure, caractéristiques au Code de 1877. Toutefois, qu'il s'agisse de cette version ou de celle actuelle, il n'est **jamais fait expressément mention des maximes de procédure**, comme le confirme d'ailleurs DAMRAU en ce qui concerne la maxime des débats (« Ein Vorschrift, dass und in welchem Umfang die Verhandlungsmaxime gelte, fand sich in der

²⁴⁴ NOWAK, p. 5 : « Der Prozeß wurde als privater Kampf zweier Einzelpersonen gesehen, in welchem dem Gericht nur die Rolle eines eher passiven Schiedrichters zukam ». SEELIG, p. 99 : « Die Reichszivilprozessordnung war entstanden in der letzten Blüthezeit des extrem individualistischen Liberalismus. [...] Das Prozeßrecht war die Kampfregel ».

Zivilprozessordnung nicht »)²⁴⁵. En 1877 en effet, l'ensemble des critiques, nouveautés et contributions apportées au travail de GÖNNER ont été passées en revue, de sorte que les principes résultants des deux maximes, inquisitoire et des débats (et leurs pendants : la maxime de disposition et la maxime d'office), sont largement connus. Ces notions restent toutefois éminemment théoriques, bien que l'on ressente leur influence dans la législation allemande²⁴⁶.

Maxime des débats, maxime inquisitoire et devoir d'interpellation

218 S'agissant du contenu relatif aux principes de procédure mentionnés dans dZPO de 1877, on retrouve les considérations suivantes :

219 - La **mise en œuvre du principe de la maxime des débats**, que l'on peut notamment déduire de la lecture du § 129 relatif à l'allégation et à la contestation expresse des faits litigieux par les parties²⁴⁷. Cela n'empêche bien sûr pas l'appréciation du juge sur le contenu de la procédure (§ 259) :

220 § 129

« Jede Partei hat sich über die von dem gegner behaupteten Thatsachen zu erklären.

Thatsachen, welche nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.

Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur über Thatsachen zulässig, welche weder eigene Handlungen der Partei hervorgeht ».

221 § 259

« Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urtheile sind die Gründe anzugeben, welche für die richterliche Ueberzeugung leitend gewesen sind ».

222 - La **maxime inquisitoire** est, pour sa part, exprimée au travers du § 581 figurant au chapitre sur les procédures matrimoniales (idem au § 577 relatif aux cas pour lesquels le tribunal peut exceptionnellement se saisir de faits incontestés et de l'authenticité de documents):

223 § 581

« Zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Ehe kann das Gericht Thatsachen, welche von den Parteien nicht vorgebracht sind, berücksichtigen und die Aufnahme von Beweisen von Amtswegen anordnen. Vor der Entscheidung sind die Parteien zu hören ».

²⁴⁵ DAMRAU, p. 21.

²⁴⁶ ROTH, p. 159 ; BOMSDORF, p. 192 ; SCHURTER, p. 27 ; NOWAK, p. 5.

²⁴⁷ Voir aussi le § 191 : « Die Ladung zu einem Termin erfolgt durch die Partei, welche über die Hauptsache oder über einen Zwischenstreit mündlich verhandeln will [...] ».

- DAMRAU déduit du § 581 *a contrario*, l'application de la maxime des débats dans le procès civil en général, en dehors donc des procédures matrimoniales (« Aus dieser Vorschrift kann geschlossen werden, dass im übrigen, d.h. ausserhalb des Eheverfahrens, die Verhandlungsmaxime galt »)²⁴⁸. Cette affirmation est confirmée par un certain nombre de dispositions qui, bien qu'elles ne prouvent pas individuellement la validité de la maxime des débats, excluent dans leur totalité la validité de la maxime inquisitoire (cf. § 121 ch. 3, 4 et 5, § 128 al. 2, § 129 al. 1 [relatif aux allégations de fait de la partie adverse], §§ 240 [relatif à l'exposé des faits est établi et complété par les parties], 245 [les allégations et les preuves doivent être communiquées en temps utile], 255 [chaque partie a la charge de prouver ses allégations de fait], 259, 284 ch. 3, 296, 300 ch. 3, 315, 319 al. 2, 324 ch. 3, [336, 338, 368, 385, 386, 393, 397, 426, 558 relatifs à la production des preuves par les parties], 388, 480 al. 2, 484 al. 2 et 491 al. 1 [relatif à la possibilité pour les parties d'apporter de nouveaux faits et moyens de preuve])²⁴⁹. 224

- De même, il convient de s'arrêter sur le § 119 («Die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte ist eine mündliche»). Cette disposition exprime, selon DAMRAU, le fait que ce sont les parties qui agissent devant le tribunal et pas le tribunal qui juge avec la participation des parties, comme il faudrait probablement le lire si c'était la tâche du tribunal d'établir les faits et de les vérifier en recueillant des preuves. Même si cette disposition **confirme l'application de la maxime des débats dans le cadre d'une procédure civile normale**, DAMRAU regrette qu'il ne soit toujours pas exprimé de manière (suffisamment) explicite que le tribunal ne peut pas **en plus** prendre en compte des faits qui ne sont pas présentés d'office et ne peut pas non plus prendre en compte des preuves d'office, en plus de celle présentées par la partie²⁵⁰. 225

- Toujours dans le sens d'une **délimitation a contrario**, de nombreuses dispositions interdisent ou du moins encadrent l'action du tribunal, affirmant ainsi 226

²⁴⁸ DAMRAU, p. 21.

²⁴⁹ Exemples des §§ 121 ch. 3, 4 et 5 et 128 al. 2 dZPO 1877, reproduits ci-dessous:

«Die vorbereitenden Schriftsätze sollen enthalten:

[...]

3. die Angabe der zur Begründung der Anträge dienenden tatsächlichen Verhältnisse;

4. die Erklärung über die tatsächlichen Behauptungen des Gegners;

5. die Bezeichnung der Beweismittel, welcher sich die Partei zum Nachweise oder zur Widerlegung tatsächlicher Behauptungen bedienen will, sowie die Erklärung über die von dem Gegner bezeichneten Beweismittel;

[...]

«Die Vorträge der Parteien sind in freier Rede zu halten; sie haben das Streitverhältniß in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung zu umfassen.

²⁵⁰ « Dort heisst es, dass die Parteien vor dem Gericht verhandeln, nicht aber, dass das Gericht mit den Parteien verhandelt, wie es wohl lauten müsste, wenn es Aufgabe des Gerichts wäre, den Tatsachenstoff zu ermitteln und durch Beweisaufnahme zu verifizieren. **Wenn auch diese Vorschriften den Schluss bestätigen, dass die Verhandlungsmaxime im normalen Zivilprozessverfahren gilt, so ist damit noch nicht (hinreichend) dargetan, dass nicht das Gericht daneben auch von Amtes wegen nicht vorgetragener Tatsachen berücksichtigen darf und neben der Beweisführung durch die Partei nicht von Amtes wegen Beweis erheben kann**». DAMRAU, p. 22. (Mise en gras ajoutée).

indirectement le principe de la maxime des débats (§ 129 al. 2 [les faits non contestés sont admis], § 261 [les faits allégués par une partie ne nécessitent pas de preuve dans la mesure où ils sont admis par l'adversaire ; l'obtention de preuves d'office est donc exclue], § 269 [les arguments en fait de la partie qui a comparue sont réputées admis et le Tribunal ne peut les examiner d'office], 316 al. 2, § 364 [relatif aux témoins], § 401, § 429, § 504 al. 2)²⁵¹.

- 227 - En complément de ce principe, il ressort du § 130 dZPO 1877 ce qui s'apparente à un droit ou plutôt ici à un **devoir d'interpellation du juge**, qui suppose en amont que les parties aient formulé seules leurs allégations (atténuation de la maxime des débats, cf. aussi §§ 420, 464, 468)²⁵² :

228 « Der Vorsitzende hat durch Fragen darauf hinzuwirken, dass unklare Anträge erlautert, ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden.

Der Vorsitzende hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, welche in Ansehung der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten.

Er hat jedem Mitgliede des Gerichts auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen ».

- 229 - En parallèle du § 130, le § 464 dZPO précise encore, pour les procédures ouvertes devant le « Amtsgericht » (par opposition au « Landgericht », §§ 230 ss), que les parties doivent présenter l'ensemble des faits de manière complète et ainsi formuler les demandes pertinentes à la résolution de leur litige. *A contrario*, on pourra estimer l'interpellation du juge justifiée²⁵³ :

230 « Bei der mündlichen Verhandlung hat das Gericht dahin zu wirken, daß die Parteien über alle erheblichen Thatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen ».

- 231 - Idem au § 291 dZPO qui prévoit l'octroi d'un délai d'une semaine lorsque les éléments constitutifs du jugement contiennent des inexactitudes, imprécisions ou « coins d'ombre ». **Sorte de restitution** accordée à la partie « lésée » par ce manque d'informations (et éventuellement consécutive à une non-interpellation fautive du juge à l'établissement et l'éclaircissement des faits litigieux):

232 « Enthält der Thatbestand des Urteils Unrichtigkeiten, welche nicht unter die Bestimmung des vorstehenden Paragraphen fallen, Auslassungen, Dunkelheiten oder Widersprüche, so kann die Berichtigung binnen einer einwöchigen Frist durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden [...] ».

- 233 - **La reconnaissance du droit de disposer des parties**, que ce soit en reconnaissant un droit de la partie adverse, ou bien en renonçant à un de ses droits, prévue aux §§

²⁵¹ DAMRAU, p. 23.

²⁵² NOWAK, p. 5 s. ; SEELIG, p. 99; DAMRAU, p. 24 s.

²⁵³ NOWAK, p. 6 ; SEELIG, p. 100.

277-278 dZPO²⁵⁴. De façon plus générale, on retrouve cette idée de **prépondérance générale de la volonté commune des parties sur la conduite et l'issue du procès** au travers des § 38 (incompétence du tribunal « réparée » par un accord tacite ou exprès des parties) ; § 205 (suppression d'un délai, d'entente entre les deux parties) ; § 267 (renonciation aux sanctions consécutives à des vices de procédure) et § 851 (entente des parties sur procédure arbitrale) ;

- La mise en œuvre du **principe de la vérité formelle en matière matrimoniale** qui est consacrée au §§ 569 et 581 et qui autorise le ministère public à coopérer avec le juge civil, à s'exprimer quant à la décision de jugement ou encore amener de nouveaux faits et moyens de preuve, lorsqu'il s'agit du maintien du mariage :

§ 569

« In Ehesachen ist die Staatsanwaltschaft zur Mitwirkung befugt.

Der Verhandlung von dem erkennenden Gerichte sowie vor einem beauftragten oder ersuchten Richter kann der Staatsanwalt beiwohnen. Er ist von allen Terminen von Amtswegen in Kenntniß zu setzen.

Er kann sich über die zu erlassende Entscheidung gutachtlich äußern und, sofern es sich um die Aufrechterhaltung einer Ehe handelt, neue Thatsachen und Beweismittel vorbringen ».

- Une telle disposition n'affecte toutefois pas formellement le droit du tribunal de céder à certaines investigations. Le fait même que ce droit ait été dévolu à une autorité étatique autre que le tribunal suggère en effet que le tribunal devrait – le reste du temps – faire très peu usage de ce pouvoir. Fondamentalement, rien ne devrait donc changer en la matière, lorsque la charge d'établir les faits est répartie entre différents organes de l'État. C'est en tout cas l'avis de DAMRAU, que nous partageons également. *In casu*, il ne faut toutefois pas perdre de vue que seul le tribunal (civil) est « indépendant », dans la mesure où il n'est assujéti à aucune instruction dans le cadre de ses investigations. Les procédures de droit matrimonial dans lesquelles le ministère public se voit accordé une possibilité de participer allant au-delà de celles des simples parties, doit dès lors être considérée comme étant relativement proche d'une procédure soumise à la maxime inquisitoire²⁵⁵.
- **Idem en matière de tutelle**, dont les dispositions y-relatives (§ 597 al. 1 et 611 al. 1 dZPO²⁵⁶) montrent également *a contrario* que – dans une procédure civile « normale » – la maxime des débats s'applique. La maxime inquisitoire applicable dans

²⁵⁴ § 277 : « Verzichtet der Kläger bei der mündlichen Verhandlung auf den geltend gemachten Anspruch, so ist er auf Grund des Verzichts mit dem Anspruch abzuweisen, wenn der Beklagte die Abweisung beantragt ».

§ 278 : « Erkennt eine Partei den gegen sie geltend gemachten Anspruch bei der mündlichen Verhandlung ganz oder zum Theil an, so ist sie auf Antrag dem Anerkenntnisse gemäß zu verurtheilen » ; (Voir aussi §§ 267 et 498 ZPO).

²⁵⁵ DAMRAU, p. 24.

²⁵⁶ § 597 al. 1 : « Das Gericht hat unter Benutzung der in dem Antrag angegebenen Thatsachen und Beweismittel von Amtswegen die zur Feststellung des Geisteszustandes erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweismittel aufzunehmen ».

ce cas est renforcée par le fait que le tribunal est tenu de prendre certaines mesures d'investigation – indépendamment du fait qu'il les juge utiles et nécessaires (cf. aussi §§ 598 s.);

- 238 – On trouve ensuite certaines règles relatives au **devoir de concentration des allégations et moyens de preuve**, de même que **l'interdiction respectivement la prévention des manœuvres dilatoires par le juge** qui laisse présager la naissance de la maxime éventuelle ou « Konzentrationsmaxime » (§§ 252, 339 et 398²⁵⁷).

Maxime de disposition et maxime d'office

239 Alors qu'il existe un accord relativement large sur l'existence et la définition des maximes (des débats et inquisitoire) mentionnées ci-dessus, ce n'est plus le cas pour la **maxime de disposition** et sa « Widerpart », la **maxime d'office**. DAMRAU rappelle que **l'existence d'une maxime de disposition indépendante est souvent niée**, de sorte que la liberté des parties de disposer et de déterminer l'objet du litige s'ajoute plutôt à la notion de maxime des débats. A ce sujet, l'opinion qui prévaut est qu'une **différenciation sert la clarté**, car il s'agit de phénomènes différents (collecte et détermination de la « matière factuelle » vs. disposition de l'objet du litige), bien que cette distinction ne soit pas consacrée dans la dZPO²⁵⁸.

240 A l'instar de la maxime de la disposition avec la maxime des débats, la **maxime office est souvent assimilée à la maxime inquisitoire**. Comme cette maxime n'existe pas dans la dZPO, elle est d'ailleurs complètement ignorée par une partie de la littérature, comme l'explique DAMRAU²⁵⁹.

241 Tout comme l'ouverture d'une procédure en vertu de la dZPO est à l'instigation d'une partie, il appartient en principe à celle-ci de déterminer ce qui est litigieux. Il n'y a pas de procédure au cours de laquelle le tribunal est amené à déterminer l'objet du litige. Même dans les procédures dans lesquelles, en raison de l'intérêt public, le procureur a le droit d'engager des poursuites, c'est à lui, et non au tribunal, qu'il appartient de déterminer l'objet du litige. Le fait que ce principe régit la dZPO s'exprime dans une série de dispositions individuelles, qui, contiennent également certaines restrictions à la maxime de disposition. La disposition la plus importante est le § 279 – précédemment mentionné – prévoyant que le tribunal n'est pas habilité à accorder à une partie quelque chose qu'elle n'a pas demandé (**principe *ne eat iudex ultra petita partium***)²⁶⁰ :

242

²⁵⁷ Exemple du § 252 : « Vertheidigungsmittel, welche von dem Beklagten nachträglich vorgebracht werden, können auf Antrag zurückgewiesen werden, wenn durch deren Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde, und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß der Beklagte in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Vertheidigungsmittel nicht früher vorgebracht hat ».

²⁵⁸ DAMRAU, p. 31 s.

²⁵⁹ DAMRAU, p. 32 et les sources citées en n. 6.

²⁶⁰ DAMRAU, p. 32 s.

§ 278

« Das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Dies gilt insbesondere von Früchten, Zinsen und anderen Nebenforderungen ».

A l'inverse, le tribunal ne peut pas laisser une partie de la requête indécise ; si cela se produit par inadvertance, **le jugement doit être complété sur demande** – qui doit être introduite dans un délai d'une semaine²⁶¹;

243

§. 292

Wenn ein nach dem ursprünglich festgestellten oder nachträglich berichtigten Thatbestande von einer Partei geltend gemachter Haupt- oder Nebenanspruch, oder wenn der Kostenpunkt bei der Endentscheidung ganz oder theilweise übergangen ist, so ist auf Antrag das Urtheil durch nachträgliche Entscheidung zu ergänzen.

244

Die nachträgliche Entscheidung muß binnen einer einwöchigen Frist, welche mit der Zustellung des Urtheils beginnt, durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden.

Der Schriftsatz muß den Antrag auf Ergänzung und die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung enthalten.

Die mündliche Verhandlung hat nur den nicht erledigten Theil des Rechtsstreits zum Gegenstande.

La validité du principe de disposition est en outre confirmée par les §§ 498 et 522, selon lesquels, en cas d'appel, le jugement de première instance n'est modifié que dans la mesure où cela est demandé ; les demandes des parties sont soumises au contrôle de la juridiction de révision²⁶².

245

ii. Novelle de 1898 et Amtsgerichtenovelle de 1909

Maxime inquisitoire et maxime des débats

La première réforme de la dZPO 1877 est intervenue le **20 mai 1898**, sans modification substantielle des dispositions susmentionnées, étant donné les **très faibles critiques relatives au contenu** de ce Code²⁶³. Une partie de la doctrine reproche toutefois – sans remettre en cause le principe de la maxime des débats – le fait qu'il ne soit pas plus restreint dans certaines circonstances particulières. Ceux-ci considèrent que, **de toutes les lois, un code de procédure civile doit être le moins approprié pour les personnes intelligentes et expérimentées en affaire** et qu'*a contrario*, un procès qui n'est pas en priorité adapté pour aider les classes inférieures à faire valoir leurs droits ne peut pas être le meilleur²⁶⁴.

246

247

²⁶¹ DAMRAU, p. 33.

²⁶² DAMRAU, p. 33.

²⁶³ CANSTEIN, p. 176, qui déclarait notamment : « Während der völlig freie Prozeßbetrieb der Parteien in Frankreich zu den unliebsamsten Erfahrungen führte [...], hat sich sowohl in Österreich, als insbesondere auch in Preußen, die Zustellung durch das Gericht auf das Beste bewährt». Voir aussi: DAMRAU, p. 36 s. et sources citées (notamment MEYER, HAUSER et GRÜNDLER et leurs critiques du dZPO 1877).

²⁶⁴ DAMRAU, p. 36 s. et sources citées (notamment GRÜNDLER).

Selon DAMRAU, cette quasi-absence de critique est un peu suspecte ou du moins, ne peut pas s'expliquer par une « irréprochabilité » de la dZPO 1877. Il l'explique notamment par le consensus relatif à l'harmonisation de la procédure civile en Allemagne, déjà considérée comme un progrès en tant que tel, ainsi que par l'absence de véritable recul quant à la mise en œuvre pratique du code, en sus d'une confiance en ses éminents rédacteurs²⁶⁵.

248 En 1909 l'**Amtsgerichtsnovelle** a pour point commun avec la version originale de 1877 de s'écarter d'un modèle de procédure trop social dans lequel l'Etat aurait la responsabilité du fonctionnement de la procédure (sorte d'Etat-providence). Elle s'en éloigne toutefois en **modifiant la place du juge dans le cadre de procédure de première instance** en introduisant un « Vorbereitungs- und Erörterungspflicht », prévus aux §§ 501 s. dZPO 1909 et figurant aujourd'hui aux §§ 273 et 139 dZPO 1950²⁶⁶. On constate, à la lecture de cet article, que le juge dispose effectivement d'un certain pouvoir pour intervenir afin de compléter les lacunes des parties de même que les zones d'ombres dans leurs requêtes, sans pour autant empiéter sur leur autonomie. Beaucoup ont toutefois critiqué cette disposition, estimant notamment qu'elle ne permettrait pas d'accélérer la procédure²⁶⁷ :

§ 501

Hat der Beklagte in einem vorbereitenden Schriftsatz dem Klagantrag widersprochen, so kann das Gericht Anordnungen, die nach der Klagschrift oder den vorbereitenden Schriftsätzen zur Aufklärung des Sachverhältnisses

²⁶⁵ DAMRAU, p. 37 s. Pour plus de détails concernant les faibles changements relatifs aux maximes de procédure, via la Nouvelle de 1898 (en effet les principales réformes concernaient la question du fonctionnement du procès), cf. DAMRAU, p. 119 ss et 163 ss.

²⁶⁶ ROTH, p. 159 s. ; NOWAK, p. 6 ; SEELIG, p. 100.

²⁶⁷ § 139 dZPO 1950 : Materielle Prozessleitung

(1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. **Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen.**

(2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, **darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat.** Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien.

(3) Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen. [...]

§ 273 dZPO 1950 : Vorbereitung des Termins

(1) **Das Gericht hat erforderliche vorbereitende Maßnahmen rechtzeitig zu veranlassen.**

(2) Zur Vorbereitung jedes Termins kann der Vorsitzende oder ein von ihm bestimmtes Mitglied des Prozessgerichts insbesondere : 1. **den Parteien die Ergänzung oder Erläuterung ihrer vorbereitenden Schriftsätze aufgeben,** insbesondere eine Frist zur Erklärung über bestimmte klärungsbedürftige Punkte setzen ; [...]. (Mise en gras ajoutée).

und zur Herbeiführung einer Entscheidung dienlich erscheinen, schon vor der mündlichen Verhandlung treffen. Das Gericht kann insbesondere:

1. den Parteien die Vorlegung der in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie sich bezogen haben, sowie die Vorlegung von Stammbäumen, Plänen, Rissen und sonstigen Zeichnungen aufgeben;
2. öffentliche Behörden oder öffentliche Beamte um Mitteilung von Urkunden, auf welche eine Partei sich bezogen hat, ersuchen;
3. Amtliche Auskünfte von Behörden einziehen;
4. Zeugen, auf welche eine Partei sich bezogen hat;
5. Das persönliche Erscheinen der Parteien anordnen;
6. Unter Benachrichtigung der Parteien Einnahme des Augenscheines sowie die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.

Bevor eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, in der von beiden Parteien einander widersprechende Anträge gestellt worden sind, soll eine Anordnung der unter Nr. 4-6 bezeichneten Art nur ergehen, wenn der Beklagte in einem vorbereitenden Schriftsatz dem Klagantrag widersprochen hat.

Maxime de disposition et maxime d'office

S'agissant des maximes de disposition et d'office, le législateur n'a pas modifié les dispositions qui déterminaient leur champ d'application entre 1898 et 1909, raison pour laquelle il y eut peu de discussion à leur égard²⁶⁸.

249

iii. Développements législatifs entre 1910 et 1915

Entre 1910 et 1914 on décèle – au sein de la littérature juridique – **un désir de renforcer la maxime inquisitoire**, inspiré du modèle autrichien. Parmi ces voix, on retiendra notamment celle de Kohler, fervent défenseur de pouvoirs élargis du juge civil, allant même plus loin que le code autrichien dans ses propositions. Il souhaitait en effet introduire un droit du juge d'interroger les témoins connus de lui dans la procédure, de sa propre initiative et éventuellement contre la volonté des parties. Il prévoyait en outre l'introduction de moyens plus étendus pour le juge afin d'obtenir des preuves. D'autres plaidaient également en faveur d'un droit indépendant et discrétionnaire du juge d'enquêter et d'obtenir des preuves. Cette pensée est résumée par les propos de SCHMITT²⁶⁹ :

« Es besteht kein Bedürfnis, den Richter an das Geständnis zu binden. Der Gedanke, daß es der Partei freistehen muß, über den Streit zu verfügen wie sie will, führt dazu, ihr das Recht zur Unwahrheit zuzugestehen und den Richter zu zwingen, nicht nur den wahren Kampf der Parteien um das Recht zu schlichten, sondern sich auf Scheinstreitigkeiten einzulassen. Zur Unterwerfung gibt es das Anerkenntnis. Da es andererseits eine Zeit- und Kraftverschwendung ist,

250

²⁶⁸ DAMRAU, p. 260 ss.

²⁶⁹ DAMRAU, p. 292 et réf. en n. 11.

über zugestandene Tatsachen Beweis zu erheben, sollte man auch die natürliche Beweiskraft des Geständnisses sowenig wie im Strafverfahren beseitigen».

251 Toujours entre 1910 et 1914, les codes de procédure d'autres pays européens ont également des maximes inquisitoires plus « poussées » que celle du code allemand. Le ZPO de Zurich de 1913, à l'instar de la ZPO autrichien, prévoyait que le juge pouvait recueillir des preuves que les parties n'avaient pas offertes. La réforme du droit procédural lucernois est également allée dans le sens d'une restriction de la maxime des débats. Idem dans le canton de Berne via un décret publié en 1911 introduisant des exceptions substantielles à la maxime des débats, en permettant au juge de consulter les éléments factuels et probatoires manquants. Finalement une maxime inquisitoire au sens strict (« reine Inquisitionsmaxime ») fut introduite par la loi fédérale suisse du 18 juin 1914 concernant le travail dans les usines²⁷⁰. A noter cependant que ces efforts de réforme ont été combattus par des personnalités importantes comme VIERHAUS ou KOFFKA qui assimilait la consécration de la maxime inquisitoire en procédure civile à un véritable retour en arrière²⁷¹ :

252 « [Inquisitionsmaxime bedeutet] entwicklungsgeschichtlich einen Rückschritt, einen Rückfall in primitivere, minder feine und wertvolle Formen, es bedeutet dasselbe, was eine Rückkehr des Verfassungsstaates in die Formen des absoluten Staates bedeuten würde... ».

253 Une troisième et dernière approche était celle ne donnant la préférence, ni à la maxime inquisitoire, ni à la maxime des débats et **prônant l'interchangeabilité des maximes**. Les partisans de ce point de vue (R. SCHMIDT, SCHUTZENSTEIN) estiment notamment que le devoir d'interpellation (« richterliche Fragepflicht ») atténué grandement la distinction entre les deux maximes et limite *de facto* l'intérêt à les opposer strictement. En ce sens R. SCHMIDT nuance très largement le propos selon lequel la maxime des débats consisterait pour le juge à « poser ses mains sur ses genoux et regarder sans rien faire les avocats créer une image déformée de la réalité ». Cela étant il réaffirme le fait que les pouvoirs accordés au juge civil pour intervenir d'office doivent rester des mesures « secondaires », ayant pour seul but de corriger les effets pervers liés à l'autonomie des parties²⁷².

iii. Développements législatifs d'entre-deux guerres (Novelle de 1924)

Maxime inquisitoire et maxime des débats

254 Durant les années de guerre (1914-1918), peu d'auteurs ont pris position sur la réforme de la procédure civile sous le prisme des maximes de procédure. Les quelques voix qui se sont toutefois exprimées ont plaidé en faveur de l'extension de la maxime inquisitoire : le tribunal doit pouvoir recueillir toute preuve qu'il juge utile pour éclaircir l'affaire et établir la vérité,

²⁷⁰ Art. 29 al. 4: «Der Richter hat v. A. w. die für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu erforschen ». Voir aussi DAMRAU, p. 293.

²⁷¹ DAMRAU, p. 294 et n. 22. A propos de ELSE KOFFKA : https://de.wikipedia.org/wiki/Else_Koffka (29.03.2021) et FELIX VIERHAUS : https://de.wikipedia.org/wiki/Felix_Vierhaus (29.03.2021).

²⁷² A ce sujet, cf. DAMRAU, p. 294 s., n. 24 ss concernant SCHUTZENSTEIN et p. 295 n. 30 concernant R. SCHMIDT.

comme cela est prévu pour la procédure matrimoniale (§ 617 dZPO). Cette opinion s'est confirmée durant la période d'après-guerre : Dittrich proposait un amendement clair en faveur de la maxime inquisitoire²⁷³ tandis que l'association du barreau allemand de l'époque préconisait le maintien des principes essentiels du Code de procédure civile précédent, considérant que ce dernier avait fait ses preuves et vaillamment résisté à l'épreuve du temps. D'un tout autre avis, la fédération des juges allemand considérait que toute réforme du procès civil était vouée à l'échec tant que l'on n'oserait pas toucher à ces principes « prétendument éprouvés » que sont les maximes de procédure. Sans trop de surprises, **les difficultés d'après-guerre favorisèrent donc le renforcement de la maxime inquisitoire**. Un exemple en est la « Verordnung zur Beschleunigung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten » du 22 décembre 1923 qui permet de mettre en place la maxime inquisitoire dans des litiges de faible valeur soumis à une procédure d'arbitrage²⁷⁴.

Un **virage en faveur de la maxime inquisitoire** continuera de s'opérer sous l'égide de la Nouvelle de 1924, avec pour point central une **limitation plus substantielle de la maîtrise des parties sur la conduite du procès civil, combinée à un renforcement des pouvoirs du juge** (renforcement du § 139 al. 1), de même que **l'introduction du principe de concentration** (« Konzentrationsgrundsatz »). L'idée directrice derrière cette Nouvelle s'inspire du ZPO autrichien et du concept d'Etat-providence transposé à la procédure civile sous l'impulsion de Franz Klein, sur lequel nous reviendrons plus en détail ultérieurement²⁷⁵. L'objectif de cette Nouvelle était, selon les termes de SEELIG « d'établir une relation de travail étroite entre le juge et les parties par le biais d'une gestion active de la procédure par le tribunal, sans faire preuve de condescendance à l'égard de ces dernières »²⁷⁶. La comparaison de l'ancienne et de la nouvelle version du § 139 atteste de cette volonté²⁷⁷ :

«Der Vorsitzende hat **durch Fragen darauf hinzuwirken**, daß unklare Anträge **erläutert**, ungenügende Angaben der geltend gemachten Tatsachen **ergänzt** und die Beweismittel **bezeichnet**, überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen **abgegeben werden**». [ancienne version]

«Der Vorsitzende **hat dahin zu wirken**, daß die Parteien über alle erheblichen Tatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen, **insbesondere auch ungenügende Angaben der geltend gemachten Tatsachen**

²⁷³ «Das Gericht hat die Wahrheit mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln zu erforschen. Es ist dabei an die Einhaltung der Vorschriften der §§ 355-375, 377-381, 391, 402-407, 409, 411, 412, 415, 444, 460 nur insoweit gebunden, als dies von Fall zu Fall von einer Partei beantragt wird. Es hat, solange nicht das Verfahren ruht, von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten, und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen». DAMRAU, p. 303 et n. 63.

²⁷⁴ DAMRAU, p. 310 s.

²⁷⁵ « Absicht dieser Novelle [...] war es, eine enge Arbeitsgemeinschaft zwischen Richter und Partei zu bilden und so dem Interesse der Gemeinschaft an einem schnellen und gründlichen Prozeß zu dienen. Vom liberalen Prozeßbild – dem privaten Zweikampf mit passivem Schiedrichter – wurde damit aberückt, ohne jedoch zu einer Bevormundung der Parteien zu kommen ». NOWAK, p. 7.

²⁷⁶ SEELIG, p. 101. (Propos traduits par l'auteure).

²⁷⁷ Mise en gras ajoutée afin de mettre en exergue le rôle plus passif du juge dans la première version, respectivement proactif dans la seconde. On soulignera **l'obligation faite au juge unique d'assurer une discussion exhaustive de l'ensemble de la relation factuelle et contentieuse avec les parties**. Voir aussi DAMRAU, p. 313 s.

ergänzen und die Beweismittel bezeichnen. Er hat zu diesem Zweck soweit erforderlich, das Sach- und Streitverhältnis mit den Parteien nach der tatsächlichen und der rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen».

[nouvelle version]

258 De même, l'ancien § 501, qui accordait au tribunal local la possibilité d'obtenir des informations officielles, de convoquer des témoins, d'ordonner l'examen de témoins et des expertises avant même l'audience, et le § 23 de l'Ordonnance d'accélération du 22 décembre 1923 ont été remplacés par le § 272b, qui en a fait une obligation pour tous les tribunaux, dans la mesure où cela leur semblait approprié. Toujours selon ce nouveau § 272b, le tribunal s'est également vu accorder le pouvoir d'ordonner la production de tout document ; cela étant, la condition contenue au § 142 selon laquelle le tribunal ne pouvait qu'ordonner la production des documents auxquels les parties se référaient au moins dans leurs plaidoiries a été supprimée²⁷⁸.

Maxime de disposition et maxime d'office

259 S'agissant des réformes autour de la **maxime de disposition et de la maxime d'office**, celles-ci ont notamment traitées de la réorganisation de la procédure par défaut (tendance à restreindre la procédure par défaut), ainsi que de la question de la modification de la demande (étendue lorsque le défendeur y consent ou lorsque le tribunal le juge pertinent)²⁷⁹.

iv. Développements législatifs de 1928 à 1933 (Novelle d'octobre 1933)

Maxime inquisitoire et maxime des débats

260 Il n'y eu que peu de littérature relative à ces deux maximes jusqu'en 1928, puis se développa ensuite une littérature réformatrice, notamment influencée par la **question de l'harmonisation juridique germano-autrichienne**. Après comparaison, POLLAK arrive à la conclusion que les deux codes de procédure civile (allemand et autrichien) veulent tout deux aboutir à la détermination complète et exacte des faits, à la différence que le dZPO tente d'y arriver sans aller à l'encontre de la volonté des parties. Selon lui cette dépendance à la volonté des parties, issue d'une conception libérale du monde, ne se justifie pas²⁸⁰.

261 Si l'on se tourne vers l'étrangers, la tendance n'est pas différente de celle de l'Allemagne puisqu'elle s'oriente vers une **maxime des débats plus modérées**, voire vers la **mise en œuvre de la maxime inquisitoire concernant l'obtention des preuves**. La Suisse en est un parfait exemple : HASLER²⁸¹ – tout en soulignant l'intérêt général de la société à connaître/établir la vérité – s'est prononcé contre l'octroi d'une liberté totale du juge pour enquêter sur les faits et suggère que ce droit d'investiguer ne lui soit confiée que lorsqu'une partie résiste manifestement à la clarification des faits, causant ainsi un préjudice à l'autre

²⁷⁸ DAMRAU, p. 313 ss.

²⁷⁹ DAMRAU, p. 346 ss, notamment 349 s. concernant l'Ordonnance du 13 février 1924.

²⁸⁰ DAMRAU, p. 377 et n. 9 ss.

²⁸¹ Auteur de la thèse « Die Feststellung des Tatbestandes im Zivilprozess », Zurich 1926.

partie. Ces revendications se font l'échos du Code de procédure civile neuchâtelois de 1925, qui permettait notamment au juge d'ordonner, d'office et à tout moment du procès, les preuves qu'il estimait **nécessaires**. Idem dans le code de procédure de Glaris de 1930 qui prévoyait que le tribunal pouvait librement ordonner les preuves qu'il jugeait nécessaires²⁸². Le parlement allemand fera référence à cette évolution juridique étrangère, en présentant une motion qui sera acceptée dans les termes ci-dessous par le Landtag prussien en 1928: « Das Staatsministerium wird ersucht, bei der bevorstehenden Reform der ZPO **unter Ausnutzung der Erfahrungen anderer Länder** und des deutschen Arbeitsgerichtsverfahrens, **auf eine Beschleunigung und Vereinfachung hinzuwirken**»²⁸³. Il y eut par la suite un projet de loi en 1931, mais celui-ci n'apporta pas de changement significatif par rapport à l'ancienne dZPO, en ce qui concerne la relation maxime des débats-maxime inquisitoire. L'intention derrière ce projet était simplement d'exprimer clairement le fait que **le tribunal ne doit pas simplement recevoir passivement les observations des parties, mais doit participer activement avec elles à la définition de l'objet du litige**²⁸⁴.

La novelle d'octobre 1933 ne modifiera pas non plus directement le rapport entre maxime des débats et maxime inquisitoire dans la procédure civile allemande. Elle introduira toutefois, sur la base du projet de 1931, la notion de **devoir de vérité** (« Wahrheitspflicht »). Or la question de savoir si ce devoir entraîne un changement dans la relation entre les maximes de procédure fera pour sa part l'objet de débats animés. De même le serment des parties (« Parteieid ») est remplacé par l'audition des parties (« Parteivernehmung », §§ 434 ss). Cet interrogatoire est ordonné d'office (§ 448) quand les débats et l'administration des preuves n'ont pas permis au juge d'être convaincu de la véracité (ou non) du fait à prouver^{285,286} :

§ 138 Erklärungspflicht über Tatsachen ; Wahrheitspflicht

(1) **Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben.**

(2) Jede Partei hat sich über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären.

(3) Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.

(4) Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind.

Malgré le contexte historique de l'époque, ROTH estime qu'il ne s'agit pas d'une nouvelle influencée par la pensée juridique national-socialiste, mais bien d'une **inspiration puisée dans le Code de procédure civile autrichien de 1895**, de même que dans les codes de

²⁸² DAMRAU, p. 376 à 380.

²⁸³ Sitzungsberichte des Preuß. Landtages, 3. Wahlperiode 1928, Bd. 14 Sten.Ber.Sp. 19942; DAMRAU, p. 381.

²⁸⁴ DAMRAU, p. 386-389.

²⁸⁵ DAMRAU, p. 392.

²⁸⁶ Mise en gras ajoutée.

procédure civile cantonales suisses et autres droits étrangers environnants²⁸⁷. Ce n'est que par la suite, que le contexte de guerre combiné au modèle national-socialiste influenceront la législation, dans le sens d'une limitation toujours plus importante de la maxime des débats et de la maxime de disposition. Nous ne traiterons pas de ces modifications, dans la mesure où elles sont très largement teintées d'idéologie et de propagande, et non plus tellement le fruit d'une réflexion axée autour de problématiques de procédure civile²⁸⁸. Il est également difficile de faire un bilan clair de l'état de la législation (en procédure civile) d'après-guerre en raison de son morcellement entre les zones d'occupation. On peut toutefois admettre l'influence des « Alliés » contrôlant ces zones sur la législation allemande²⁸⁹.

Conclusion intermédiaire

265 Ainsi, la procédure civile allemande a évolué de manière tangible d'une maxime des débats très ancrée dans sa version de 1877, à une mainmise plus affirmée du juge au fil du temps s'agissant de la conduite générale du procès et d'une certaine assistance octroyée aux parties dans leurs démarches. Selon STÜRNER, cette procédure se résume par les caractéristiques suivantes: « In diesem Verfahrensmodell sind **Schriftlichkeit und Mündlichkeit, Beibringungsgrundsatz und richterliche Aktivität** sowie **Konzentration durch flexibles richterliches Zeitmanagement** in eine glückliche Balance gebracht »^{290,291}.

266 Fort de l'évolution progressive de la procédure civile allemande vers une procédure plus sociale ou, pour ainsi dire « plus autrichienne », l'opposition historique entre la maxime des débats initialement adoptée en droit allemand, et la maxime inquisitoire limitée consacrée en droit autrichien s'est nettement affaiblie, perdant du même coup une partie de sa pertinence théorique. Dès lors, si la procédure allemande s'est construite autour de la « Verhandlungs- oder Beibringungsgrundsatz », ou autrement dit par opposition avec le modèle autrichien, cette querelle de classification et de modèle de procédure est devenue pour RECHSBERGER plus une « anecdote historique » qu'un véritable débat de fond sur le contenu des deux procédures²⁹² :

267 « Heute ist der Streit um die Verhandlungsmaxime weitgehend Geschichte : die verschiedenen Novelle zur deutschen ZPO haben im 20. Jh. zu einer **wesentlichen Abschwächung dieses Grundsatzes geführt** ; die verbliebenen Unterschiede zwischen dem deutschen und dem österreichischen Stoffsammlungsmodell sind **vom Standpunkt eines « Drittstaates » nur mehr schwer auszunehmen** ».

²⁸⁷ ROTH, p. 161.

²⁸⁸ A ce sujet, cf. toutefois DAMRAU, p. 408-456 concernant la maxime des débats et la maxime inquisitoire et p. 457-474 concernant la maxime de disposition et la maxime d'office.

²⁸⁹ Pour plus de détails cf. DAMRAU, p. 489-513 concernant la maxime des débats et la maxime inquisitoire et p. 519-524 concernant la maxime de disposition et la maxime d'office.

²⁹⁰ STÜRNER, ZZPInt (Zeitschrift für Zivilprozess international : Jahrbuch des internationalen Zivilprozessrechts) 20 (2015), p. 422. Mise en gras ajoutée ; ROTH, p. 165.

²⁹¹ NOWAK, p. 23, concernant l'ancien § 616 al. 1 dZPO : « Das Gericht kann auch von Amts wegen die Aufnahme von Beweisen anordnen und nach Anhörung der Ehegatten auch solche Tatsachen berücksichtigen, **die von ihnen nicht vorgebracht sind** ». (Mise en gras ajoutée). Voir aussi : SEELIG, p. 89.

²⁹² RECHSBERGER, Rückblick auf das Prozessrecht des 20. Jahrhunderts, in : Gottwald (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts (2002), p. 8. (Mise en gras ajoutée) ; ROTH, p. 165.

Partant presque de zéro le pouvoir du juge s'est donc progressivement renforcé, bien que le principe de la maxime des débats soit resté au cœur de la procédure civile allemande. En effet, nonobstant les modifications législatives, l'objectif principal de ce code de procédure civile est resté celui de satisfaire les droits privés subjectifs des parties²⁹³.

268

f. Conclusion

Ce survol historique autour de la naissance des maximes de procédure, de l'inventaire des dispositions y-relatives dans la dZPO de 1877 et de l'évolution de ce code au fil des ans nous amènent aux constats suivants :

269

1. D'un point de vue théorique et doctrinal: malgré les nombreuses critiques constructives et perfectionnements dont on fait l'objet les maximes de procédure, **aucune définition ou champ d'application clairement délimité n'a pu se dégager de façon unanime et immuable** pour aucune d'entre elles. Chaque tentative de définition ou de clarification des maximes de procédure apporte avec elle son lot d'incertitudes et de nouvelles subdivisions, renforçant *de facto* le **caractère éminemment théorique** de ces notions qui **semblent évoluer au gré des visions plus ou moins sociales/libérales de l'Etat** et donc du rôle que l'on souhaite confier au juge dans le procès civil ;

270

1. D'un point de vue législatif : force est de constater que les maximes de procédure ne sont **jamais directement nommées dans la dZPO de 1877** malgré leur théorisation par la doctrine allemande et en dépit des nombreux débats dont elles ont fait l'objet en parallèle des codifications successives. Et peut-être est-il plus sage qu'elles n'aient pas été mentionnées expressément. Cela n'a toutefois jamais empêché la doctrine de les identifier et de débattre de leur mise en œuvre (trop peu nuancée ou à l'inverse trop franche) et de leur imbrication mutuelle dans le procès civil. De notre point de vue, ce choix d'ériger telle ou telle maxime de procédure en principe semble être parfois plus proche du **postulat politique** (Etat social vs. Etat libéral ; « la partie faible doit être soutenue et accompagnée » vs. « les parties doivent être libres et restent à l'initiative du procès sans intrusion du juge dans leurs relations privées ») que d'une position juridique et législative radicale favorisant l'une ou l'autre des maximes sans retenue. Ce que nous voulons dire par là, c'est que tel ou tel principe peut être très largement nuancé dans de nombreuses circonstances (souvent identifiées à l'avance par le législateur) et qu'il convient donc de prendre la codification du procès civil dans son ensemble pour se rendre compte de la cohérence, respectivement de la radicalité de ses choix, nonobstant le fait que ce soit la maxime des débats ou bien la maxime inquisitoire qui ait été définie comme étant le principe ou l'exception.

271

Ainsi, à défaut de définition claire et univoque, il nous apparaît plus judicieux et plus sûr d'identifier systématiquement les maximes de procédure en fonction de **leur but** et de **leur**

272

²⁹³ ROTH, p. 167.

résultat. A ce titre, la **question de l'établissement des faits**, des preuves ou du droit, celle de la **recherche de la vérité formelle ou matérielle**, ou encore les problématiques de la **prépondérance d'un intérêt public ou privé** sont autant de moyens qui nous permettront de mieux comprendre et appréhender les maximes de procédure dans le contexte du procès civil et de ses spécificités.

C. Aperçu du droit procédural français, prussien et autrichien du 19^{ème} siècle sous l'angle des principes de direction du procès civil

1. De la Grande Ordonnance de 1667 au Code de procédure civile napoléonien de 1806 : Aperçu des « maximes de procédure » en droit français

²⁷³ Le premier Code de procédure civile français fut promulgué le 24 avril 1806 et entra en vigueur le 1^{er} janvier 1806. **Constituant essentiellement une refonte de l'Ordonnance de 1667 sur la justice civile**, ce code a subi les influences, heurts et compénétrations de différents types de procédure et notamment : la **procédure féodale**, certains **usages germaniques** repris devant les juridictions royales et seigneuriales, la **procédure romano-canonique** elle-même inspirée du droit romain, et enfin le **droit révolutionnaire** qui, selon les termes de MOTULSKY, « a déposé des alluvions dont l'importance pratique est souvent sous-estimée »²⁹⁴ (obligation du juge de motiver ses décisions, procédure contradictoire, etc.). Cette Ordonnance restera applicable jusqu'à l'entrée en vigueur du Code Napoléonien de 1806. Selon BRUS et CADIET cette codification n'est qu'une simple reproduction de l'Ordonnance de 1667, qui a elle-même constitué « une codification à droit constant ». Qu'il s'agisse d'une œuvre originale ou reproduite, le Code de 1806 restera intouché pendant près d'un siècle, et ne sera progressivement remanié qu'à partir de 1935 par la promulgation de décrets successifs qui aboutiront au « Nouveau Code de procédure civile » de 1975. Ce dernier ne remplacera cependant pas le CPC de 1806 sur tous les points, de telle sorte que les derniers éléments du Code de procédure civile napoléonien ne sera définitivement abrogé qu'en 2007²⁹⁵.

²⁷⁴ Les principes directeurs de la procédure civile française sous l'angle de l'Ordonnance de 1667 au même titre que sous l'angle du droit Napoléonien sont les suivants²⁹⁶ :

- **le principe du contradictoire.** Ce principe traduit l'importance, accordée par le droit français, au respect du **droit d'être entendu** des deux parties au procès ;

²⁹⁴ MOTULSKY, p. 38 ; WIJFFELS, Le destin du code de procédure civile (1806) en France, pp. 199 ss. Voir aussi SCHURTER, p. 304 ss ; DAUCHY S./DEMARS-SION V., Foreign Law as ratio decidendi. The 'French' Parlement of Flanders in the late 17th and early 18th centuries in: Dauchy/Bryson/Hamilton/Mirow (éd.), Ratio decidendi, Guiding Principles of Judicial Decisions, 25/2, Comparativ Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 2010.

²⁹⁵ MOTULSKY, p. 38 ; BRUS, p. 14 ss ; CADIET, Le nouveau Code de Procédure civile français, vingt-cinq ans après, p. 669 s. ; DAUCHY, La conception du procès civil dans le code de procédure civile de 1806, p. 78 ; NÖRR, Abriss des kontinental-europäischen Zivilprozesses, p. 61 s. ; GULDENER, Über die Herkunft, p. 20, n. 46.

²⁹⁶ Ibidem.

- **le principe d'oralité et de publicité.** Le premier principe est toutefois à nuancer dès lors que certains aspects de la procédure suivent la forme écrite. On parlera plutôt de **prédominance de l'oralité** dans le procès civil français ;
- **le formalisme rigoureux** du procès civil comme **garantie contre l'arbitraire du juge.** Largement influencée par les idéaux révolutionnaires, la procédure civile française avait notamment pour objectif de réduire l'implication du juge afin d'éviter d'éventuels abus et de garantir une plus grande sécurité juridique²⁹⁷ ;
- **le principe de la direction des parties** (principe dispositif). Concernant ce dernier principe, il est à retenir que les parties ont la maîtrise exclusive des faits. En vertu de son devoir de neutralité²⁹⁸, le juge ne peut ni élargir le cadre du procès tel qu'il a été tracé par les parties, ni faire état des faits qui n'ont pas été régulièrement introduits aux débats. Il est également tenu par les conclusions des parties (*ne ultra petita*). En contrepartie, le juge a la maîtrise exclusive sur le droit selon les adages : *da mihi factum dabo tibi ius et iura novit curia*^{299,300} ;

Section VIII. Règles générales touchant à l'instruction du procès :

275

« On appelle instruction en matière civile, la procédure qui est nécessaire pour prouver **de la part du demandeur** la justice de la demande, **et de la part du défendeur** ses défenses et exceptions contre cette même demande, **afin de mettre les juges en état de prononcer sur ce différend** ».

§. XV. Des considérations nécessaires aux juges pour bien juger :

276

« Les juges avant de rendre leur jugement doivent **examiner avec attention tout ce qui a été produit de part et d'autre par les parties plaidantes.**

Dans l'examen des actes, ils doivent considérer la procédure et ensuite le mérite du fond.

Quant à la procédure, ils doivent examiner avec soin si toutes les règles et les formalités établies par les Ordonnances ont été respectées par les parties [...].

²⁹⁷ « Le rôle du juge dans la procédure civile est une question centrale parce que les grands principes directeurs du procès civil en dépendent. Le législateur napoléonien l'a tranchée en suivant la voie tracée par l'Ordonnance de 1667. Il a « tenté de tout prévoir » afin d'imposer au juge une neutralité complète. Car **malgré son nouveau statut, le juge suscite toujours la méfiance et on hésite à lui reconnaître une responsabilité accrue dans la direction comme dans la régulation du procès.** [...] Le Code de procédure civile de 1806 va en outre « enfermer » le juge dans une procédure orale et publique qui offre non seulement les meilleures garanties contre son éventuel arbitraire, mais qui apparaît également comme le seul moyen de lutter contre la chicane ». DAUCHY, La conception du procès civil dans le code de procédure civile de 1806, p. 83. (Mise en gras ajoutée).

²⁹⁸ Ce principe est notamment né en réponse à la **défiance générale des justiciables à l'encontre des juges, qui résultait de leur inamovibilité dans le système féodal.** A ce sujet, voir : PICARDI, Code de procédure civile de 1806 et monopole étatique de la juridiction, p. 187 ss.

²⁹⁹ KRYNEN/JEULAND, p. 65 ; MOTULSKY, p. 39 ; BRUS, p. 15 ss ; DAUCHY, La conception du procès civil dans le code de procédure civile de 1806, p. 82 ss ; NÖRR, Abriss des kontinentaluropäischen Zivilprozesses, pp. 66 s. et 82 s.

³⁰⁰ JOUSSE D., Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance civile du mois d'avril 1667, Tome I, 1769, pp. 63 s. et 111 s. (Mise en gras ajoutée).

En ce qui concerne le mérite du fond, les juges doivent pour la décision de la cause se conformer aux Loix, Ordonnances et Coutumes du Royaume [...].

A l'égard des questions de fait en particulier, le Juge doit examiner si le fait qui étoit à prouver l'est suffisamment, soit par l'aveu des Parties, soit par les pièces produites au procès, soit par les dépositions des témoins ».

277 La maîtrise des parties sur le procès s'illustre, dès le déclenchement de l'instance par une **assignation**³⁰¹. Cette assignation, entièrement soumise à la démarche du demandeur, met la partie adverse dans la nécessité de se défendre. De même, les jugements ne deviennent définitifs qu'en vertu d'une **signification** qui s'opère entre les parties. La loi n'octroie qu'avec parcimonie des pouvoirs au juge pour instruire le procès, notamment en raison de **règles de preuve très restrictives** observées par le droit français. En pratique, ce sont donc les parties qui ont la maîtrise du litige et de la direction du procès dans son ensemble³⁰².

278 Une autre conséquence de cette autorité des parties quant aux faits est que le juge ne peut fonder sa décision que sur les faits régulièrement introduits par les parties dans les débats et légalement établis par elles. Perpétuation de l'adage *secundum allegata et probata iudex judicare debet*, cette règle présente deux aspects distincts³⁰³ :

- le premier étant que l'**allégation des faits par les parties conditionne et délimite la mission du juge**. L'office du juge est en effet une préoccupation constante en droit français. Ainsi, le juge est tenu de motiver ses décisions « d'une manière légalement suffisante »³⁰⁴. Cette obligation permet de vérifier les moyens effectivement retenus par le juge pour aboutir à sa décision. Ces moyens doivent uniquement se baser sur les conclusions, soit l'exposé détaillé des prétentions des parties. Pour cette raison, des conclusions écrites sont obligatoirement remises au juge par les parties. **Ces conclusions sous forme écrite verrouillent l'objet du litige** et empêchent les parties d'introduire des faits nouveaux (seuls des éclaircissements sous la forme de simples notes sont acceptées une fois les débats clos). De même, elles obligent le juge à statuer dans les limites de la demande sans en modifier le contenu. Une interprétation par le juge est toutefois possible, pour autant qu'elle ne dénature pas la teneur effective des conclusions ;

³⁰¹ § 1, n° 10 des Contenus de l'Ordonnance civile du mois d'avril 1667 : « La règle générale qu'on peut établir en cette matière, est que l'assignation doit être donnée devant le Juge du domicile du défendeur, suivant la maxime : *Actor sequitur forum rei* ». Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance civile du mois d'avril 1667, Tome I, p. 22. Voir aussi p. 47 (Section VII. De l'instance sur les actions).

Cf. également et par la suite, art. 61 (« L'exploit d'ajournement contiendra 3) l'objet de la demande et l'exposé sommaire des moyens ») et 141 CPC de 1806 (« tout jugement doit comporter l'exposé des points de droit et de fait ») ; et art. 56 NCP de 1976 indiquant que l'assignation doit comporter l'objet de la demande avec un exposé des moyens. Cf., à ce sujet : KRYNEN/JEULAND, p. 65.

³⁰² Motulsky, p. 40.

³⁰³ MOTULSKY, pp. 41 ss et 51 s. ; NÖRR, Abriss des kontinental-europäischen Zivilprozesses, p. 83.

³⁰⁴ MOTULSKY, p. 42. Voir aussi : Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance civile du mois d'avril 1667, Tome I, p. 114 : « 9°. Les jugements doivent être clairs, certains et précis, de manière qu'il ne puisse y avoir aucune ambiguïté ni incertitude » ; KRYNEN/JEULAND, p. 65.

- le second étant que **le juge ne peut fonder sa décision que sur des faits légalement établis**. Cette règle amène à deux constats : d'une part, le juge ne doit former sa conviction que sur des éléments de preuve admis par la loi et jamais selon la connaissance personnelle qu'il a acquise des faits litigieux (cf. N 78). D'autre part, les preuves ne sont réputées régulièrement faites que si elles sont administrées suivant les formes de procédure et d'instruction légalement prescrites. Il faut toutefois réserver **trois tempéraments à cette règle** : le juge reste **maître de la matière litigieuse lorsque l'ordre public est en jeu** ; il peut **puiser les motifs de sa décision dans les éléments du débat alors même que les faits sur lesquels il s'appuie n'ont pas spécialement été invoqués par les parties dans leurs conclusions**. Enfin, le juge **peut d'office demander la comparution personnelle des parties afin de démêler les faits**. Cette dernière possibilité ne sera toutefois introduite qu'en 1942³⁰⁵. Inspirée du droit allemand, elle fera office de devoir d'éclaircissement³⁰⁶.

Une fois les éléments de fait établis, c'est au juge que revient la maîtrise des aspects juridiques touchant au procès, comme en atteste l'Ordonnance de 1667³⁰⁷ :

« 5°. Dans la décision des causes, **le juge peut suppléer par lui-même tous les moyens de droit qui ont été omis** par les avocats ou procureurs, soit en plaissant, soit dans le cours de l'instruction ; **mais à l'égard des moyens de faits il ne peut les suppléer**.

6°. Le juge **doit rendre son jugement sur ce qui a fait l'objet de la contestation entre les parties**.

8°. **Il ne doit point adjuer aux parties plus qu'elles n'ont demandé**.

11°. Enfin il faut observer que **le fait du juge est le fait des parties, pourvu que ce fait soit légitime** et non de ceux qui peuvent donner lieu à la prise à partie contre les juges ».

La répartition des compétences entre juge et parties relève donc entièrement de la **distinction faite entre éléments factuels et éléments juridiques**. MOTULSKY relève toutefois les risques liés au choix de cette distinction. Il estime en effet que la frontière entre faits et droit est souvent floue et difficile à distinguer en pratique pour le juge. Dans de telles circonstances, il devient donc hautement probable qu'une partie succombe pour la simple et bonne raison que le juge aura cru devoir s'abstenir devant ce qu'il craignait être une modification prohibée de l'objet de la demande, alors qu'il s'agissait (peut-être) d'une modification qui lui était loisible voire bienvenue d'accomplir. En ce sens, MOTULSKY plaide en faveur d'une **scission franche et de critères moins théoriques et plus facilement transposables en pratique**,

³⁰⁵ Successivement : art. 324 et 326 du Code de procédure civile (loi du 23 mai 1942) : « Le tribunal peut, en tout état de cause et en toute matière, ordonner d'office ou sur demande de l'une des parties en cause, la comparution personnelle des parties » ; « si l'une des parties ne comparait pas ou, comparaisant, refuse de répondre, le tribunal peut en tirer toute conséquence de droit et notamment faire état de l'absence ou du refus de répondre comme équivalent à un commencement de preuve par écrit ».

³⁰⁶ MOTULSKY, p. 51 s. Voir aussi : NÖRR, Abriss des kontinental-europäischen Zivilprozesses, p. 82 s.

³⁰⁷ Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance civile du mois d'avril 1667, Tome I, p. 113 s. (Mise en gras ajoutée).

pour distinguer entre office du juge et direction du procès par les parties³⁰⁸. En sus, l'auteur insiste sur l'importance de laisser une place à la substitution du juge dans le procès de droit civil³⁰⁹ :

282 « Le juge **peut et doit rectifier les erreurs de droit commises par les parties**, à la seule condition de ne point modifier l'objet ni la cause de la demande, autrement dit de ne pas introduire dans les débats de nouveaux éléments de fait ».

283 En conclusion, la législation française du 19^{ème} siècle en matière de procédure civile témoigne d'une **aversion de la France pour des mesures de type inquisitorial et d'un attachement à des concepts relativement individualistes et libéraux** dont les conséquences sont à la fois positives et négatives. Positives, car elles incitent au respect des droit de la défense au même titre que ceux de la demande (principe du contradictoire et droit d'être entendu). Négatives, car elles tendent à assimiler le procès à un combat singulier durant lequel le rôle du juge est d'arbitrer (principe de neutralité et de passivité du juge). Fort de ce constat, MOTULSKY préconise l'accroissement du rôle du juge dans le sens d'une participation plus active à la direction, mais aussi à l'orientation du procès. De la sorte : **le juge ne serait plus « condamné à assister, impuissant, à la victoire d'une cause qu'il sait mauvaise, uniquement parce que l'une des parties est mal défendue »**. Au même titre, l'introduction d'un devoir d'explication des parties au juge, afin d'éviter une sentence inadaptée ou inattendue apparaît, aux yeux de MOTULSKY, comme étant une **garantie de procédure supplémentaire** en faveur des parties plutôt que comme une dérive vers une procédure trop inquisitoriale. Ainsi, sans toucher au principe de la neutralité du juge et à la maîtrise des parties sur la direction du procès, c'est avant tout un manque de souplesse et d'efficacité de la procédure due à l'inaction du juge que déplore MOTULSKY³¹⁰. Son avis sera entendu, puisque dès le début du 20^{ème} siècle, la conception classique de l'office du juge et du rôle des parties s'étiole tandis que les réformateurs du Code de 1806 s'efforcent d'élargir les pouvoirs du juge dans la conduite de l'instance.

2. Du Code de 1806 à l'avènement d'une nouvelle culture judiciaire sous la V^e République

284 Au cours du 19^{ème} siècle, de nombreuses observations émergent quant au poids de la pratique dans la mise en œuvre du Code de procédure civile. WIJFFELS parle de « véritable syndrome de la lettre morte » causé par l'opposition ou, dans le meilleur des cas, par l'inertie de cette pratique judiciaire entravant en grande partie les tentatives de réforme du législateur. En ce sens, le Code mis en œuvre en 1806 aura largement failli à réaliser les objectifs de codification moderne³¹¹.

285

³⁰⁸ MOTULSKY, p. 45 ss ; NÖRR, Abriss des kontinentaluropäischen Zivilprozesses, pp. 66 s. et 82 ss. Voir aussi: KRYNEN/JEULAND, p. 66.

³⁰⁹ MOTULSKY, p. 49. (Mise en gras ajoutée).

³¹⁰ MOTULSKY, p. 58 s.

³¹¹ WIJFFELS, Le destin du code de procédure civile (1806) en France, p. 199.

Selon WIJFFELS, cette dichotomie entre loi et pratique doit toutefois être relativisée dans la mesure où la pratique correspondit pendant longtemps à la théorie implicite du Code : il ressort en effet des travaux préparatoires du Code de 1806 que le législateur n'entendait pas « bouleverser l'ordre procédural » mais seulement uniformiser la procédure civile à l'échelon national et à éliminer les abus qui s'étaient, par la force du temps, incrustés dans ce système. Cette question, en apparence secondaire, des abus durant la conduite du procès fit par la suite émerger certaines tensions de même que de nombreux débats autour du rôle du juge et de l'enjeu de la maîtrise du procès, que nous tenterons d'évoquer aux fils des réformes législatives intervenues notamment sous la III^e République jusqu'au Décret de 1965³¹².

Les débats autour d'une réforme de la procédure civile furent lancés dès la monarchie de Juillet, mais c'est à la suite du rétablissement du divorce que le législateur eut pour la première fois l'occasion d'approfondir la question des pouvoirs du juge. La loi du 18 avril 1886 sur la procédure en matière de divorce et de séparation de corps prévoyait ainsi de suivre la procédure ordinaire tout en accordant d'importants pouvoirs discrétionnaires au juge. Puis, dès 1883, une commission fut chargée d'élaborer des propositions de révision³¹³. Ces propositions, intégrées dans un projet de loi de 1898, prévoyaient certaines modifications importantes relatives à la simplification de la procédure et à la réduction des délais. Des discussions furent entamées sur ce thème sans toutefois aboutir. A ce titre, WIJFFELS mentionne les opinions très contrastées de deux procéduralistes de l'époque, qui illustrent en parties pourquoi les propositions de réforme n'ont pu s'imposer dans un sens ou dans l'autre : d'un côté le Professeur Cuhe, de l'Université de Grenoble, qui faisait l'éloge d'une pratique judiciaire quasi souveraine et mettait en garde contre une refonte en profondeur du Code de 1806. De l'autre le Professeur Tissier de Paris, qui insistait sur la nécessité d'accorder au juge un rôle plus actif et de lui donner davantage de moyens pour contrôler la marche du procès³¹⁴.

Durant l'entre-deux-guerres, les modifications du Code se multiplièrent, notamment en raison d'une moindre réticence du législateur à revoir la matière codifiée. Ces révisions furent principalement introduites par le procédé de décret-loi. Un décret-loi de 1935 apporta en particulier certaines innovations relatives à la **création d'un nouveau magistrat « chargé de suivre la procédure »**, dont les pouvoirs pour contrôler ou orienter la procédure n'étaient certes pas très importants, mais dont on attendait un **effet de catalyseur**. Les dispositions de ce décret-loi furent dans l'ensemble bien accueillies, tandis que la création de ce nouveau juge fut plus controversée. Certains milieux professionnels craignaient en effet que cette réforme aboutisse à confier à un juge unique de trop larges pouvoirs sur la marche du procès.

³¹² WIJFFELS, Le destin du code de procédure civile (1806) en France, p. 199 ss.

³¹³ Une commission fut pour la première fois mise en place en 1862, mais les projets de révision furent abandonnés en raison de la guerre de 1870. WIJFFELS, Le destin du code de procédure civile (1806) en France, p. 203.

³¹⁴ WIJFFELS, Le destin du code de procédure civile (1806) en France, p. 203 ss.

Pour cette raison, une circulaire vint ensuite limiter la portée de la réforme portée par ce décret³¹⁵.

288 Une nouvelle commission fut instituée à la libération, avec le projet de simplifier les formalités du procès et de reprendre l'institution du « juge chargé de suivre la procédure », cette fois plus simplement désigné « juge de la procédure », sans pour autant enlever la maîtrise du procès aux plaideurs. L'avant-projet de 1954 s'articulait en quatre parties, dont une relative au contrôle accru du juge sur le déroulement de la procédure³¹⁶ :

289 « Les tâches et pouvoirs du juge de la procédure (à présent également désigné « magistrat instructeur ») étaient étendus **afin d'assurer un avancement plus rapide de la procédure et une instruction plus efficace**. L'influence du **modèle pénal « inquisitorial »** se retrouve de manière plus prononcée encore dans l'objectif de la commission visant à **réduire le contrôle de la procédure par les parties et à inciter les juges à prendre toutes les initiatives nécessaires afin d'établir la vérité matérielle** ».

290 Malgré les efforts de la commission pour souligner le caractère modéré de cette réforme, ce projet fut accueilli avec une grande hostilité par les avocats et avoués, au motif qu'un tel projet ne permettait pas de préserver les intérêts des plaideurs et l'intérêt public en général, sans parler de leurs intérêts professionnels, également en jeu en l'espèce. Ces derniers ont donc plaidé pour l'abolition du statut de « juge de procédure », tout en insistant sur le principe de l'initiative de la procédure au plaideur ainsi que d'une procédure contradictoire. Mais la réaction la plus importante à cet avant-projet fut celle de la faculté de Toulouse, qui rendit un avis dans lequel elle **se posait la question de l'opportunité de mélanger les principes traditionnels liés à la procédure contradictoire avec des éléments empruntés aux procédures pénales et administratives, ayant des aspects plus inquisitoriaux**. Une conception hybride présenterait un **risque de confusion et de perte de cohérence au sein du système judiciaire**. Cela étant, cet avis plaidait en faveur d'une approche plus conventionnelle du rôle du juge, consistant à trancher les questions de droit sans trop se préoccuper de la procédure. Il proposait en outre l'introduction, dans la partie introductive du Code, d'une liste de principes fondamentaux qui répondraient à une méthode précise et qui serviraient de fils directeurs au procès³¹⁷. Un modèle finalement familier.

291 Sous la V^e République, la principale source législative est devenue le décret. A ce titre, plusieurs décrets sont publiés concernant l'organisation judiciaire et le statut du juge dès 1958. Le décret n° 58-1289 reprend notamment les critiques traditionnelles formulées concernant la procédure civile française (délais excessifs, simplification de la procédure, abus des plaideurs, etc.) tout en constatant la **difficulté à simplifier les procédures tout en assurant une sécurité juridique**. Les réformes de 1958 furent cette fois critiquées par certains, principalement au motif que le nouveau système ne permettait pas au juge de contrôler pleinement et activement le déroulement de la procédure. Cela étant, la procédure risquait d'être encore plus tiraillée qu'auparavant entre le principe traditionnel de maîtrise du procès reconnue aux

³¹⁵ WIJFFELS, Le destin du code de procédure civile (1806) en France, p. 210 ss.

³¹⁶ WIJFFELS, Le destin du code de procédure civile (1806) en France, p. 214 s. (Mise en gras ajoutée).

³¹⁷ WIJFFELS, Le destin du code de procédure civile (1806) en France, p. 215 ss.

plaideurs et cette nouvelle dynamique en faveur d'un contrôle accru du juge et de l'élargissement de ces pouvoirs. Comme le résume WIJFFEL, les réfractaires à ce projet comptaient sur le fait que « la traditionnelle inertie de la pratique judiciaire [l'emporterait] face au zèle réformateur » du législateur. Ce pronostic fut le bon puisqu'un décret du 2 août 1960 vint finalement atténuer le contenu des réformes amorcées en 1958.

En 1965, le ministre de la Justice M. Foyer, constatant que plusieurs réformes inscrites dans la législation des deux années précédentes étaient une fois encore restées lettre morte, pris l'initiative d'aborder les nouvelles réformes législatives sous un autre angle. Les auteurs du décret abordèrent cette fois la question du rôle du juge à partir de la tradition procédurale française et ses principes directeurs. Or selon eux, il est erroné de penser que cette tradition réserve un rôle passif au juge. Sans aucune volonté d'introduire un système inquisitorial dans le procès civil, les auteurs introduisirent une nouvelle notion à celles déjà admises de principe dispositif et de principe du contradictoire : l'introduction d'une **véritable collaboration entre les magistrats et les avocats « pour le plus grand profit du justiciable »**. Selon ce décret de 1965, les tâches du « juge chargé de suivre la procédure » furent réparties entre un « juge des mises en état » et un « juge rapporteur ». Il s'agit là d'une division essentiellement fonctionnelle étant donné que l'ensemble de ces tâches pouvaient dans les faits être confiées à un seul magistrat. Nonobstant ces choix de répartition, cette innovation dans l'organisation de la procédure visait, selon les termes de WIJFFEL à **assurer une instruction complète et équilibrée**, en octroyant au juge « les **pouvoirs d'ordonner les mesures d'instructions nécessaires et de fixer les délais**, mais aussi de **convoquer les parties et leurs conseils afin de s'assurer qu'avant les plaidoiries, tous les éléments de fait et de droit que les plaideurs entendaient avancer, et que tous les moyens de preuve fussent déterminés et communiqués** »³¹⁸. Ce décret fit bien entendu l'objet d'oppositions de la part de nombreux praticiens refusant ce transfert de pouvoir au profit du magistrat. Cette opinion, fondée sur l'idée que la seule défense efficace des particuliers contre une ingérence des autorités judiciaires dans leur sphère privée était de garder le contrôle sur le procès, devint une approche de plus en plus désuète, dès lors qu'elle portait **du présupposé largement dépassé que les particuliers se font face sur un pied d'égalité**. Ainsi, malgré une longue inertie de la pratique judiciaire ainsi qu'une opposition farouche d'une partie de la profession des avocats, la procédure civile française finit par aboutir à un **rééquilibrage des rapports entre ses différents acteurs**, et du même coup à une **version moins libérale de la gestion des litiges entre particuliers**. A cet égard, WIJFFEL relève que, hormis les échecs répétés des initiatives législatives jusqu'aux premières années de la V^e République pour accroître les pouvoirs du juge, tant le législateur que plusieurs auteurs ont régulièrement souligné que **le texte du Code aurait permis à lui seul et moyennant un changement d'attitude des acteurs judiciaires, de rééquilibrer leurs rôles respectifs**. Cela étant, l'esprit du Code passa finalement d'un principe d'initiative des parties quasiment sans partage (code de 1806), à un **régime de**

³¹⁸ WIJFFELS, Le destin du code de procédure civile (1806) en France, p. 223.

coopération et à une procédure flexible en fonction des exigences particulières du litige, sous l'impulsion du décret de 1965, qui donnera les bases de ce qui deviendra par la suite le nouveau Code de procédure civile de 1975³¹⁹.

293 Comme en témoigne les art. 1^{er} à 13 du « nouveau » Code de procédure civile de 1975, et plus particulièrement son art. 3 qui dispose : « Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir des délais et d'ordonner les mesures nécessaires »³²⁰. Alors que l'objet du procès reste le fait des parties, l'instance elle devient le domaine privilégié du juge qui sort donc de son rôle strictement passif pour coopérer plus directement avec les parties tout en surveillant et dirigeant l'instance³²¹. Comme l'explique CADIET, cette **modification de la procédure civile française en faveur d'un authentique principe de coopération du juge et des parties dans l'élaboration du jugement** sera très favorablement accueillie par l'opinion qui craignait la consécration d'un modèle procédural dirigiste à dominance inquisitoriale³²² :

294 « Le Code est essentiellement une œuvre de composition, ni accusatoire, ni inquisitoire, ces qualifications ne convenant nullement à ce qu'est, fondamentalement, le procès civil. Composition car il s'agit de concilier les principes libéraux de la tradition française, faisant du procès la chose des parties, et l'affirmation des pouvoirs du juge, auquel il incombe, charge plus que pouvoir, de réaliser cette mission d'intérêt général consistant à parvenir à la solution la plus juste possible du litige à trancher. **La justice est un service public et l'impartialité n'est pas la passivité** ».

295 D'une manière relativement similaire à la procédure allemande, on observe donc un revirement dans la procédure française, d'une disposition quasi sans partage des parties, vers une présence accrue et modératrice du juge durant l'instruction du procès. La tendance est donc à une atténuation progressive du principe de disposition afin d'équilibrer le procès et de s'assurer de la clarté des allégations des parties dans leur intégralité³²³.

296 A ce titre, JEULAND précise que ce principe de coopération entre les parties et le juge est de deux natures. Il y a d'une part une **coopération relative à la matière litigieuse**. Cette coopération **limite le juge dans sa capacité à prendre en considération certaines informations qui ne ressortiraient pas des allégations de fait** et de manière générale, de l'objet de la demande formulée par les parties. Cette restriction **ne l'empêche toutefois pas de suppléer les parties dans la recherche des preuves ou d'inviter les parties à clarifier leurs prétentions**. Cela étant, le juge étant le spécialiste du droit, il définira ensuite la règle juridique applicable, la qualification juridique ainsi que les effets juridiques qui en découlent A

³¹⁹ CADIET, Le nouveau Code de Procédure civile français, vingt-cinq ans après, p. 669.

³²⁰ Voir aussi : l'art. 7 al. 2 (pouvoir de prendre en considération des faits présentés durant les débats mais qui n'ont pas été invoqués par les parties à l'appui de leurs prétentions) ; art. 11 (pouvoir d'ordonner la production d'une pièce) ; art. 10 (pouvoir d'ordonner même d'office toute mesure d'instruction légalement admissible). CADIET, Le nouveau Code de Procédure civile français, vingt-cinq ans après, p. 685.

³²¹ BRUS, p. 17 s. ; CADIET, Le nouveau Code de Procédure civile français, vingt-cinq ans après, p. 684 s. ; JEULAND, p. 102 ss ; NÖRR, Abriss des kontinentaluropäischen Zivilprozesses, p. 89 s.

³²² CADIET, Le nouveau Code de Procédure civile français, vingt-cinq ans après, p. 684. Mise en gras ajoutée.

³²³ JEULAND, p. 102 ss.

ce titre, JEULAND précise qu'il ne s'agit pas d'une coopération paisible mais plutôt d'une **coopération forcée contrôlée par le juge**. Il y a d'autre part une **coopération concernant l'instance**. Cette coopération se traduit par l'introduction et la conduite de l'instance par les parties, tandis que le juge veille à son bon déroulement général. Les parties restent en quelque sorte **maîtresses du déroulement de l'instance**, tandis que le juge s'assure du respect des formes, des délais, ainsi que des actes et des pièces à fournir, éventuellement sous astreinte³²⁴. Selon HILAIRE, ces aménagements du procès civil octroyant au juge des pouvoirs d'initiative et d'intervention active dans l'instance font qu'il n'y a plus d'opposition de nature, substantielle, entre l'office du juge civil et celui du juge administratif. En effet, le juge doit pouvoir « prendre du champ par rapport à la manière dont les litiges lui sont présentés » pour rendre une bonne justice. « Dès lors, l'esprit de la justice civile rejoint celui de la justice administrative : **trouver dans les meilleurs délais la solution la plus juste au regard du droit applicable conformément aux exigences de l'intérêt général qui ne saurait être méconnu même dans les causes privées** »³²⁵.

Sans traiter des autres Codes de procédure civile européens, nous rappellerons brièvement l'influence du Code français de 1806 sur la procédure civile européenne, en grande partie liée aux conquêtes napoléoniennes. On distingue entre les pays pour lesquels le Code de procédure français a été introduit puis maintenu pour des périodes plus ou moins longues (Etats italiens, Genève, Pays-Bas, Pologne, Rhénanie, Belgique) et les juridictions étrangères pour lesquelles le Code de 1806 exerça une influence notable, bien qu'il ne fût pas directement introduit (Espagne, Portugal, Bavière et autres Etats allemands, canton de Neuchâtel, Grèce, Roumanie, etc.). S'agissant de l'Allemagne, le Code français de 1806 devint le droit applicable en Rhénanie soit en Hesse Rhénane (« Rhein Hessen »), en Prusse Rhénane (« Rheinpreussen »), en Bavière rhénane (« Rheinbayern ») dès 1807, dans le Royaume de Westphalie dès 1809, ainsi que dans le Grand-Duché de Berg dès 1811. Dans bons nombres de ces territoires, le Code de 1806 resta en vigueur jusqu'à l'introduction de la « Reichszivilprozessordnung » de 1877. Selon VAN CAENEGEM, la forte attraction du Code français comme modèle procédural n'est pas seulement due à son application en Rhénanie, mais également à ses qualités intrinsèques. Ce propos doit toutefois être nuancé selon VAN RHEE, qui relève de nombreux défauts à cette procédure qui n'influencera que très partiellement le nouveau code de procédure civile allemand. VAN RHEE retient plutôt l'influence indirecte du droit français, exercée par le biais du Code de procédure civile du Royaume d'Hanovre de 1850, qui combinait à la fois des éléments de droit commun allemand (« gemeines Recht ») à certaines traditions des codes français et genevois³²⁶.

³²⁴ JEULAND, p. 102. A ce titre, voir aussi : HILAIRE, p. 781.

³²⁵ HILAIRE, p. 780.

³²⁶ VAN RHEE, The influence of the french Code de procédure civile (1806) in the 19th Century Europe, in : L. Cadet et G. Canivet, 1806 – 1976 – 2006, De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France, Paris, 2006, p. 129 ss ; KAUFMANN, p. 20 s. ; VAN CAENEGEM, History of European civil procedure, in : M. Capelletti, International Encyclopedia of Comparative Law, pp. 93 et 102 ; STÜRNER, Quelques remarques sur l'image actuelle de la procédure allemande et sa relation avec la procédure française et les tendances internationales, p. 329 s.

3. De L'AGO prussienne de 1793 à la Réforme de Klein : aperçu des maximes de procédure dans les pays germanophones

- a. Du recès impérial de 1709 à l'« Allgemeine Gerichtsordnung » de Prusse du 6 juillet 1793

298 Au 18^{ème} siècle, la Prusse se reposait encore sur la procédure de droit commun jusqu'à ce que le roi Frédéric I décide d'en finir en proposant, le 1^{er} mars 1709, une « **Neu verfaßte Cammer-Gerichts-Ordnung in der Chur und Marek Brandenburg** »³²⁷. En pratique, cette loi générale ne fait pourtant que résumer et réorganiser d'anciens règlements et dispositions. A de rares nouveautés près, elle continue d'emprunter la plupart des **principes de droit commun**, notamment en ce qui concerne la procédure probatoire (« Mitwirkungsbefugnis des Richters »). Il s'agit d'une procédure relativement sommaire, soumise au principe d'oralité. En théorie il s'agit donc d'une procédure rapide durant laquelle le juge octroie aux parties plusieurs opportunités pour se déterminer oralement (« Verhörstermin ») et peut, si besoin, compléter d'office leurs allégations. La procédure n'est toutefois pas entièrement orale puisque les auditions sont ensuite reproduites à l'écrit³²⁸.

299 Selon BOMSDORF, il existe un écart notable entre **l'objectif principal d'appliquer une justice efficace et rapide et la mise en œuvre effective de cette justice**, qui d'ailleurs ne connaîtra pas de réelle amélioration avec l'entrée en fonction de Frédéric-Guillaume I. En effet, malgré les réformes³²⁹, le **procès reste lourd et fastidieux** au point qu'il lèse les parties réputées faibles, dont les procès ont généralement une valeur litigieuse relativement basse. En effet, les frais de procédure deviennent rapidement importants au vu de la lenteur du procès. De plus, il n'existe aucune disposition relative à un devoir de remboursement des frais par la partie déboutée, de sorte que la partie victorieuse peut facilement se retrouver perdante au niveau financier. Ce constat, jugé intolérable par le roi, le poussera à mener un **projet de réforme axé autour d'une justice plus équitable et accessible aux couches sociales les plus basses**³³⁰. Cette volonté réformatrice aboutira, le 24 février 1739 à l'« Edikt über das Verfahren in Bagatellsachen », introduit par ce message de mécontentement du Roi³³¹ :

« Nachdem seine Königliche Majestät in Preussen, [...] höchsmißfällig vernommen, daß bey denen hohen und nieden Justitz-Collegiis über Bagatellen und Kleinigkeiten, nicht allein schriftlich Prozesse, sondern auch verschiedene Remedia verstattet werden, wodurch Dero Unterthanen sich gezwungen sehen, entweder wegen der enormen Kosten,

³²⁷ Sur l'évolution en Prusse, du 18^{ème} à la dZPO 1877, nous renvoyons à ADLER S., *Das Verhältnis von Richter und Parteien in der preussischen und deutschen Zivilprozessgesetzgebung*, Hambourg 2006.

³²⁸ BOMSDORF, p. 65 ss ; NÖRR, *Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses*, p. 43 s. ; KAUFMANN, p. 26 ss ; SCHÖNFELD, p. 44 ss.

³²⁹ Pour plus de détails : BOMSDORF, p. 68 s.

³³⁰ « Ich muss leider so ferch sprechen, weil die schlimme Justiz gen Himmel schreiet, und wenn ich nicht remedire, selber die Verantwortung auf mir lade ». BOMSDORF, p. 69.

³³¹ BOMSDORF, p. 69.

die Sachen liegen zu lassen, oder mehr darauf, als selbige werth sind, zu verwenden ; Und dann Allerhöchstdieselben diesem Mißbrauch gänzlich abgeholfen wissen wollen ».

Cet édit eu un impact important puisqu'il englobait sous la dénomination de « bagatelles » tous les litiges dont la valeur litigieuse était inférieure à 50 Talers et pour lesquels aucun intérêt n'était perceptible (« Zinsen bei Gelforderungen »). Afin de donner un ordre d'idée, BOMSDORF signale que 50 Talers était un montant relativement conséquent pour l'époque, dès lors qu'un conseiller au Tribunal suprême (« Kammergerichtsrat ») gagnait entre 400 et 600 Talers par année³³². Dans un souci général de célérité, de diminution des coûts et un climat de méfiance du législateur envers les avocats, **les « litiges bagatelles » était menés d'office par le juge, tandis que les avocats étaient bannis du procès**. De même, les litiges dont la valeur litigieuse dépassait 50 Taler, mais pour lesquels une partie n'était pas assistée d'un avocat était soumis à la même procédure³³³.

Cette procédure spéciale pour les litiges de peu d'importance s'appuie donc en grande partie sur le juge dont les obligations sont renforcées par rapport aux litiges « de plus grande valeur ». Si WEIBLER n'hésite pas à classer cette procédure comme étant soumise à la maxime inquisitoire, BOMSDORF reste lui plus prudent dans sa catégorisation³³⁴. Il estime en effet que certains éléments manquent pour pouvoir déterminer avec certitude qu'il s'agit d'une procédure inquisitoire et préfère parler d'un **procès dans lequel parties et juge établissent de concert les faits relatifs au litige et où le juge élucide les faits d'office lorsque cela s'avère nécessaire** (« Frage- und Aufklärungspflicht »). En ce sens, l'Edit de 1739 se présente comme un **précurseur** de ce qui fut par la suite consacré dans le *Corpus Juris Fridericianum* de 1781, puis dans l'« Allgemeine Gerichts-Ordnung » de Prusse de 1793. Il a en effet deux objectifs : premièrement **la recherche d'une « justice véritable »** qui, en raison de la méfiance du législateur, passe par un contact direct entre le juge et les parties, sans truchement d'un avocat. Deuxièmement **la mise en œuvre d'une justice sociale**, c'est-à-dire d'une procédure dont la durée³³⁵ et les coûts la rendrait accessible même aux plus démunis³³⁶.

Le procès civil mis sur pied par l'Edit de février 1739 ne fut toutefois que de courte durée puisque la « Declaration des Edicts von Bagatell-Sachen » du 12 novembre 1740 vint réintroduire le **mandataire professionnel dans le procès civil**. L'instruction d'office par le juge ne fut dès lors plus la règle, de même que la procédure pour les « litiges bagatelles » fut réduite aux affaires dont la valeur litigieuse était inférieure ou égale à 10 Talers. Cette

³³² BOMSDORF, p. 70.

³³³ BOMSDORF, p. 70 ; KAUFMANN, p. 27 ; SCHÖNFELD, p. 44 ss.

³³⁴ WEIBLER A., *Geschichte der Rechtsanwaltschaft*, Leipzig 1905, p. 325.

³³⁵ « So dienen auch die weitläufige Allegationes und Disputationes des Advocaten zu nichts anders, als die Sachen nur immer mehr zu verwirren, den Richter confus zu machen, und durch Verlängerung der Prozesse von denen armen Partheyen desto mehr Geld zu erpressen ». Edict wegen Verkürzung derer Prozesse, in : *Corpus Constitutionum Marchicarum*, Vol. II, n° CLIV, II, p. 598.

<http://web-archiv.staatsbibliothek-berlin.de/altedrucke.staatsbibliothek-berlin.de/Rechtsquellen/CCMT21/start.html> (consulté le 03.04.2021)

³³⁶ BOMSDORF, p. 69 s.

réforme pour le moins intrigante selon BOMSDORF, sera elle-même remplacée le 3 avril 1748 par le « Project des Codicis Fridericiani Marchici » qui contrairement à ce que son nom indique, fut plus qu'un simple projet, puisqu'il fut appliqué à tous les tribunaux du Royaume de Prusse, pour la première fois soumise à une procédure unifiée³³⁷.

303 Dans son contenu, le *Codex Fridericianus Marchicus* se repose sur les principes de droit commun, conserve une procédure spéciale pour les litiges de peu de valeur (à nouveau limitée à 50 Talers) et permet aux parties de se faire représenter à des conditions restrictives tandis que le juge garde un rôle central dans la conduite du procès. Les raisons sont toujours les mêmes : la **volonté d'accélérer le procès pour limiter les frais qui en découlent**, ainsi que la **protection des parties contre d'éventuels abus de leurs mandataires** par un contact immédiat entre le juge et ces dernières. Selon SCHÖNFELD, c'est successivement au travers du KGO de 1709, de l'Edit de 1739 et du *Codex Fridericianus Marchicus* de 1748 qui proposeront ces modèles innovants de justice à la fois sociale, rapide et efficace, que les concepts de maxime des débats et de disposition générale des parties sur l'objet du litige seront pour la première fois mis à l'écart en tant que principes directeurs du procès civil³³⁸.

304 Plus de 20 ans après l'entrée en vigueur du *Codex Fridericianus Marchicus* c'est au « Corpus Juris Fridericianum, Erstes Buch von der Prozeß-Ordnung » (ci-après : CJF) de voir le jour le 26 avril 1781. Cette nouvelle procédure s'oriente autour de deux éléments centraux³³⁹ :

- la **suppression des avocats**, désormais remplacés par des « Assistenzräte ». Ces assistants ont un statut hybride dès lors qu'ils remplissent simultanément les fonctions de représentant des parties (« Parteivertreter ») et d'assistant du juge (Richtergehilfe »). Il est encore à noter, concernant leur statut de mandataire, qu'il s'agit en pratique de **fonctionnaires du tribunal** comme le précise ce rapport préliminaire du CJF³⁴⁰ :

« **Abistenz-Räthe bestellt**, deren Amt in so fern, als von der Untersuchung des Facti die Rede, ein **würkliches richterliches Amt ist**. Sie sind also keinesweges Söldner und blossе Sachwalter der Partheyen, sondern **Beystände und Gehülfen des Richters** ; deren Pflicht es wesentlich mit sich bringt, das Gericht in seinen Bemühungen zur Ausmittelung der Wahrheit zu unterstützen ».

- la **recherche de la vérité matérielle et l'aspiration à la « justice véritable »**. En effet, l'idée selon laquelle le procès ne peut se fonder que sur l'établissement de la vérité formelle était étrangère aux juristes prussiens du 18^{ème} siècle. De ce fait, l'autorité de la chose jugée était conçue comme une présomption légale et irréfutable de vérité attachée au jugement (*res judicata pro veritate habetur*).

305

³³⁷ BOMSDORF, p. 72 ; KAUFMANN, p. 26 s.

³³⁸ BOMSDORF, p. 77 ss ; KAUFMANN, p. 27 ; SCHÖNFELD, p. 47.

³³⁹ BOMSDORF, p. 75 ss ; NÖRR, Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses, p. 44 ss ; KAUFMANN, p. 26 ss ; SCHÖNFELD, p. 47 s.

³⁴⁰ Corpus Juris Fridericianum, Erstes Buch von der Prozeß-Ordnung, Vorbericht p. XXV, §. VIII. (Mise en gras ajoutée).

Le 7 juillet 1793, Frédéric-Guillaume II promulga une nouvelle version du Code de procédure sous le nom de « Allgemeine Gerichtsordnung für Preußischen Staaten » (ci-après : AGO prussienne). Dans l'ensemble, ce Code reste relativement similaire au contenu du CJF à une exception près : la **suppression des « Assistenräte »**. La mise en place de ces assistants avait pour objectif de combiner, en une seule personne, les deux qualités suivantes : représentation des parties et assistance du juge. Mais comment concilier l'inconciliable ? L'expérience a en effet démontré qu'il était impossible pour ces auxiliaires de justice de renseigner le juge sans mettre en péril les droits des parties et inversement. Ainsi, parce qu'ils se devaient d'établir certains faits dont la révélation pouvait s'avérer désavantageuse pour les parties, les « Assistenräte » ont rapidement perdu leur confiance, de sorte que ces dernières préféreraient retenir certaines informations plutôt que risquer d'aller à l'encontre de leurs intérêts au procès³⁴¹.

L'AGO prussienne est donc venue supprimer le statut controversé des « Assistenräte » pour le remplacer par des « Justizkommissaren » chargés de représenter les parties (sorte de représentants agréés ou « Prozeßbevollmächtigte »). Malgré l'introduction de ces « avocats-fonctionnaires » dénués de véritable indépendance vis-à-vis du tribunal, cette nouvelle procédure conserva le modèle du CJF **d'instruction d'office du procès par le juge**. On aurait en effet pu penser que l'introduction de ces mandataires aurait éclipsé le devoir d'instruction *ex officio* du juge, mais c'est sans compter sur l'objectif d'établissement de la vérité matérielle qui, selon le législateur de l'époque, ne pouvait être réalisé que par le juge, indépendamment des exposés faits par les avocats des parties. Trois lignes directrices sont donc à retenir à la lecture de l'AGO prussienne : recherche de la vérité matérielle, établissement des faits d'office par le juge, et rapidité de la procédure. C'est notamment ce qui ressort de §§ 5, 6, 7 et 34 de son introduction³⁴² :

§ 5 : « **In jedem Prozesse muß also vor allen Dingen untersucht werden : was für Thatsachen dabey zum Grunde liegen, und wie sich dieselben nach der Wahrheit verhalten** ».

§ 6 : « Der vom Staate geordnete Richter, welcher den Streit durch richtige Anwendung des Gesetzes auf die dabey zum Grunde liegenden Thatsachen entscheiden soll, **hat die nächste Pflicht, folglich auch das nächste Recht, sich von der wahren und eigentlichen Bewandniß dieser Thatsachen zu versichern** ».

§ 7 : « Der Richter ist also schuldig und befugt, den Grund oder Ungrund der in einem Prozesse **vorkommenden Thatsachen selbst und unmittelbar zu untersuchen, und soweit es zur richtigen Anwendung der Gesetze auf den vorliegenden Fall erforderlich ist, ins Licht zu setzen** ».

§ 34 : « Alle übrige Vorschriften, welche das Verfahren des Richters bei der Instruktion näher bestimmen, und die Schritte, welche er dabei zu thun hat, sind nur als Mittel zum Zweck anzusehen, und müssen diesem Zwecke **einer gründlichen, vollständigen, und möglichst schnellen Erforschung der Wahrheit stets untergeordnet bleiben** ; also

³⁴¹ BOMSDORF, p. 83 ss ; KAUFMANN, p. 27 ss ; NÖRR, Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses, p. 44 ss ; SCHÖNFELD, p. 47 s.

³⁴² §§. 5, 6, 7 et 34, Einleitung, Allgemeine Gerichtsordnung für Preußischen Staaten vom 6. Juli 1793. (Mise en gras ajoutée).

daß in jedem vorkommenden Falle diese Anweisungen nur so weit, als es nach den Umständen des Falles erforderlich und hinreichend ist, angewendet werden sollen ».

- 311 En ce sens, l'AGO prussienne semble à première vue remplir les **caractéristiques de la procédure inquisitoire** menée selon le principe « Alles von Amts wegen » décrite par GÖNNER. Dans les faits, **le pouvoir du juge est toutefois limité à plusieurs niveaux**. D'une part, par le principe *ne ultra petita*, qui l'empêche d'attribuer plus que ce qui figure dans les conclusions des parties à l'exception des intérêts, coûts et fruits que le juge pourra accorder selon sa propre appréciation, et comme le prévoyait la procédure de droit commun. A ce titre, NÖRR et KAUFMANN parlent d'application de la **maxime de disposition**. De même le juge n'est pas autorisé à « explorer les faits », c'est-à-dire à enquêter sur des faits qui n'ont pas été expressément contestés. Ainsi, **la recherche de la vérité matérielle ne doit pas se faire au prix de la violation des droits et de la volonté des parties au procès**. Cette dernière limite renvoie donc également à l'adage *iudex secundum allegata et probata partium, non secundum conscientiam suam iudicare debet* soit que **le juge doit juger selon ce qui a été allégué et prouvé par les parties et ne pas compléter ces faits et moyens de preuve de manière autonome**³⁴³.
- 312 Ainsi, bien que la conduite du procès soit largement le fait du tribunal, BOMSDORF, de même que KAUFMANN et JAUERNIG arrivent à la conclusion que la procédure de droit prussien de 1793 ne remplit pas complètement les caractéristiques de la procédure inquisitoire soumise au principe « Alles von Amts wegen » défini par GÖNNER, dès lors qu'elle propose une **direction du procès soumise à certaines restrictions notables au pouvoir d'investiguer du juge**³⁴⁴.
- 313 En conclusion, on ne peut nier l'influence notable des principes de droit commun sur la procédure civile prussienne (théorie de la preuve légale, conviction du juge concernant la vérité des faits établis, etc.). Une nouveauté significative réside toutefois dans la recherche de la vérité matérielle comme véritable règle de la procédure. De cet objectif découle notamment le constat selon lequel **le juge ne peut se contenter des faits et moyens de preuve présentés par les parties ou leur mandataire, et doit s'assurer ex officio de la fiabilité et de l'exhaustivité de leurs allégations tout en n'empiétant pas sur les droits privés des parties**. Selon BOMSDORF, cette procédure est l'aboutissement de toutes les réflexions et aspirations émises depuis la KGO de 1709 en passant par l'Edit de 1739 et le CJF, à savoir : le traitement des litiges de manière rapide par l'établissement d'un rapport immédiat entre le juge et les parties, sans se référer de manière absolue ni à la maxime inquisitoire, mais sans l'exclure non plus³⁴⁵ :

314

³⁴³ BOMSDORF, p. 91 s. ; KAUFMANN, p. 27 ss ; NÖRR, Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses, p. 54 s. Voir aussi : JAUERNIG, p. 10 ss.

³⁴⁴ BOMSDORF, p. 91 ss ; KAUFMANN, p. 29 ss ; NÖRR, Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses, p. 54 ; JAUERNIG, p. 10 ss.

³⁴⁵ BOMSDORF, p. 96. (Mise en gras ajoutée).

« Die AGO stellt sich damit als Endpunkt einer Entwicklung dar, die mit der KGO 1709 angefangen und über das Edikt 1739, die Regelungen des CFM [Codicis Fridericiani Marchisi] und den Wendepunkt des CJF zu ihr gefügt hat. Sie verwirklichte den Gedanken, den zum ersten Mal die KGO 1709 ausgesprochen hatte : alle Streitigkeiten summarisch, d.h. in unmittelbarem Verkehr zwischen Richter und Parteien zu einem Ende zu führen. [...] Ein absoluter Gegensatz zwischen gemeinen und preußischem Prozeß besteht damit nicht. **Weder liegt dem gemeintrechtlichen Verfahren ein „Nichts von Amts wegen“ noch dem preußischen ein „Alles von Amts wegen“ zugrunde. Wie schon die Verhandlungsmaxime findet auch die Untersuchungsmaxime im positiven Recht, wie sich Gönner im Jahre 1801 darbot, keinen Ausdruck ».**

b. De l'AGO autrichienne du 5 janvier 1781 à la réforme de Klein

La procédure civile autrichienne du 19^{ème} siècle est façonnée à l'image de l'AGO de Joseph II de 1781. Il s'agit d'une **procédure écrite, très formalisée, longue et onéreuse**. Les parties y agissent comme acteurs uniques du procès tandis que le juge n'en constitue qu'un **collaborateur docile** ou « Hampelmann » comme le qualifie RECHBERGER. Le juge ne peut faire avancer la procédure, dès lors que la conduite du procès relève de la compétence des parties (« Parteibetrieb »). Ce dernier est limité dans l'appréciation des preuves (régime de la preuve légale stricte) et ne tranche le litige que sur la base des faits établis par les parties et leur mandataire (maxime des débats).

Une quinzaine d'années après l'entrée en vigueur de l'AGO de 1781, le « Westgalizische Geseztordnung » de 1796 (ci-après : WGO) est adopté avec l'objectif de reprendre le contenu de l'AGO tout en codifiant les nombreux décrets édictés depuis son entrée en vigueur. En effet le tribunal avait l'obligation de soumettre toute question d'interprétation à la Cour, d'où la publication d'innombrables décrets venus s'ajouter à la codification de base. Durant le siècle suivant, le droit procédural autrichien se désintègre en raison de l'application de règles de procédure éparées sur les différents territoires de l'empire, ainsi que du développement de nombreuses procédures spéciales (« Eheverfahren » de 1819 ; « Summarpatent » de 1845 ; « Besitzstörungsverfahren » de 1849 ; « Verfahren in geringfügigen Sachen » de 1873 et « Zivilprozessnovelle » de 1874) dont les contenus s'opposent souvent à celui de l'AGO et du WGO. Loin d'être un droit unifié, la procédure autrichienne souffre donc de ces **incursions législatives** qui tendent à restreindre son champ d'application et à **nuire à l'intelligibilité de la matière** dans son ensemble. Mais dès la deuxième moitié du 19^{ème} siècle, la procédure autrichienne se modernise sous l'impulsion concomitante des réformes procédurales qui ont lieu en Allemagne (« Reichsjustizgesetze » de 1877) et de Franz Klein. Elle change radicalement de paradigme pour s'orienter vers une **justice plus sociale** qui sera à la fois **rapide, simple et peu coûteuse**³⁴⁶.

³⁴⁶ RECHBERGER, Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa, p. 101 ; GOTTWALD, Die österreichische Zivilprozessordnung aus deutscher Sicht, p. 178 ; HEINZMANN, N 10 ss ; TROLLER, p. 51 s. Cf. également : MARINELLI M. *et al.*, Die Aktualität der Prozess- und Sozialreform Franz Klein, Vienne 2015 ; MARINELLI M., La concezione del diritto e del processo di Franz Klein nella Vienna fin de siècle, Il giusto processo civile 2011.

317 Né en 1854, Franz Klein étudie le droit en Autriche avec un intérêt prononcé pour la procédure civile et l'enseignement d'Anton Menger, axé sur une doctrine que l'on peut qualifier de sociale. Après une thèse d'habilitation sur le thème « Die schuldhafte Partei-handlung » et quelques années de pratique de la profession d'avocat, Klein est nommé directeur de chancellerie de l'Université de droit de Vienne en 1886, ce qui lui laisse le temps de se consacrer à des propositions de réforme relatives à la procédure civile autrichienne. En 1890, il publie une série d'articles (« Pro Futuro, Betrachtungen über Probleme der Civilprozessreform in Oesterreich ») qui expose ses ambitions pour le Code de procédure civile autrichien et, l'année suivante, il intègre le ministère de la Justice pour enfin s'atteler à la rédaction d'un projet de Code de procédure civile qui verra le jour en 1895³⁴⁷.

318 Les concepts directeurs autour de la réforme sont les suivantes :

- **l'immédiateté et l'oralité de la procédure.** Le principe de la procédure orale constitue le meilleur moyen, pour le juge, de rechercher la vérité matérielle et de se forger une opinion quant aux besoins des parties. Le principe d'immédiateté, en lien étroit avec la notion d'oralité, facilite le déroulement rapide des débats en même temps qu'il permet de confronter le juge avec les parties et témoins³⁴⁸ ;
- grand partisan d'une justice équitable et sociale, Klein aspire également à augmenter **la célérité et l'accessibilité du procès civil**. En effet, Klein voit le procès civil comme un **outil au service des particuliers, pour résoudre de manière simple, claire, rapide et économique les conflits de droit civil**. De même, les conditions mises à la représentation des parties par un avocat, ainsi que la limitation des possibilités de réviser le jugement devant les instances supérieures sont autant de mesures qui visaient à accélérer la procédure et à en limiter les coûts³⁴⁹ ;
- **un juge actif et fort.** Déterminé à réaliser tous les objectifs précédemment évoqués, Klein estime que le juge est le plus à-même de faire avancer la procédure rapidement et équitablement, d'où son rôle central dans la procédure de Klein. Le juge est donc en charge de la conduite du procès et participe activement à l'établissement des faits et moyens de preuve³⁵⁰ ;

³⁴⁷ RECHBERGER, Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa ; HEINZMANN, N 13 ss. Voir également: MARINELLI M./BAJONS E. M./BÖHM P. (éd.), Die Aktualität der Prozess- und Sozialreform Franz Kleins, Vienne 2015; SCHNEIDER K., Franz Klein in deutscher Schätzung, in: Festschrift für Franz Klein zu seinem 60. Geburtstag, Vienne 1914, pp. 469-472.

³⁴⁸ RECHBERGER, Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa ; HOCHEGGER, Die Zivilprozessordnung aus der Sicht der Anwaltschaft, p. 90.

³⁴⁹ RECHBERGER, Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa, p. 102 s. ; HOCHEGGER, Die Zivilprozessordnung aus der Sicht der Anwaltschaft, p. 87 s. Contrairement à son objectif, HOCHEGGER estime que la mesure de limitation de la représentation des parties n'a pas été un soulagement mais plutôt une charge supplémentaire pour les tribunaux. Voir aussi : RECHBERGER, Die österreichische Zivilprozessordnung an der Jahrtausendwende, p. 58 s. ; HEINZMANN, N 14 s. et N 26 s.

³⁵⁰ RECHBERGER, Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa ; HEINZMANN, N 14; TROLLER, p. 55 s.

- enfin, toujours par souci de mettre en œuvre une justice qui retranscrit la réalité des faits et qui applique correctement le droit matériel, Klein plaide en faveur de **l'établissement complet des faits litigieux et de la recherche de la vérité matérielle**. Se fondant sur le modèle d'un Etat-Providence, ce dernier estime en effet que le juge se doit d'intervenir dans l'intérêt général de la société et pas seulement dans l'intérêt des parties aux procès. Le but étant d'aboutir, en toutes circonstances, à un jugement équitable, se fondant sur des faits et moyens de preuves les plus étayés possibles³⁵¹.

Pour Klein, la réalisation de ces principes implique nécessairement de réduire l'influence de la maxime des débats auquel il est réfractaire. Il estime en effet que **le respect inconditionnel de la volonté des parties ne fait que dénaturer le procès civil ou pire, peut conduire à un procès injuste ou incertain dans son résultat**. En conclusion, Klein estime donc préférable que le juge ait la maîtrise de la réalisation du procès, autant en ce qui concerne la direction de la procédure dans son ensemble, que de la participation à l'établissement de l'état de fait. En Autriche, on parle alors de **pouvoir discrétionnaire du juge** (« diskretionäre Gewalt des Richters ») ayant pour corollaire le **devoir de vérité et d'exhaustivité des parties**. L'établissement de la vérité n'est dès lors plus seulement une exigence d'éthique sociale, mais devient une véritable exigence légale sanctionnée par la loi³⁵².

Toujours selon son idéal d'Etat-Providence, Klein accorde une **fonction sociale** au procès, apte à éliminer les préoccupations relatives aux litiges civils par des décisions rapides et justes. Fort de ce constat, il prône l'établissement de l'état de fait fondé sur la maxime inquisitoire bien qu'il ne le formule pas directement ainsi. En effet, Klein n'a pas voulu étiqueter son modèle de conduite du procès, d'une part, car comme le rappelle RECHBERGER il était étranger à la « Maximenmanie », et d'autre part, car la maxime inquisitoire, en tant qu'antithèse de la maxime des débats était selon lui rattachée à une vision inéquitable du procès³⁵³.

Selon la catégorisation établie à ce jour en droit suisse, le modèle de conduite du procès selon Klein renvoie à une **version relativement atténuée de la maxime inquisitoire**, dès lors que les parties restent compétentes pour initier le litige en présentant les faits pertinents, leurs allégations et les moyens de preuve qui s'y rapportent. Ce n'est que sur cette base que le juge

³⁵¹ « Hintergrund für diese Konzeption war einerseits die viel zitierte und heute ganz unbestrittene Erkenntnis, dass es eine Verpflichtung des Staates – eine „staatliche Wohlfahrtsaufgabe“, wie Klein es nannte – sei, für die rasche und richtige Entscheidung und andererseits die Einsicht, dass dem materiellen Recht durch die richtige Entscheidung am besten gedient wird ». RECHBERGER, Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa, p. 103 ; KURAS, Die Zivilprozessordnung aus der Sicht der Richterschaft, p. 66 ; GOTTWALD, Die österreichische Zivilprozessordnung aus deutscher Sicht, p. 181 ; HEINZMANN, N 28 ss.

³⁵² RECHBERGER, Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa, p. 102 s. ; KURAS, Die Zivilprozessordnung aus der Sicht der Richterschaft, p. 66 s. ; TROLLER, p. 55 s.

³⁵³ « Klein hat sein Stoffsammlung nicht etikettiert ; einerseits wohl schlicht deshalb, weil ihm die „Maximenmanie“ seiner Zeitgenossen fremd war, andererseits aber auch, weil für ihn der nun einmal das Gegenteil des Verhandlungsgrundsatzes darstellende Untersuchungsgrundsatz zu sehr mit dem „Kriminalunrecht“ verknüpft war ». RECHBERGER, Die österreichische Zivilprozessordnung an der Jahrtausendwende, p. 57 s. Voir aussi : RECHBERGER, Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa, p. 103 s.

est investi de son pouvoir d'investigation. Au vu de la description donnée de la procédure imaginée par Klein, RECHBERGER préfère parler de **maxime de coopération** (« Kooperationsmaxime ») puisque selon lui, il s'agit véritablement d'un **système de coopération et de coordination qui lie le juge et les parties**³⁵⁴. KURAS parle pour sa part de **méthode de travail codifiée entre les parties et le juge**, avec une certaine responsabilisation du juge dans la résolution effective du litige³⁵⁵ :

322 « eine „kodifizierte Methode“ [...], die nicht nur die Kommunikation zwischen Richter und Rechtsanwälten oder ihren Parteien, sondern auch den vom Richter zu erbringenden Arbeitsumfang bestimmt. [...] Das gerade durch unser Zivilprozeßgesetz geförderte Verantwortungsgefühl der Richter für eine effektive Streitbereinigungskultur hat ja auch Eingang in die Satzung der Vereinigung der Österreichischen Richter gefunden [...] ».

323 Enfin, l'objectif de célérité du procès civil autrichien est notamment réalisé par des délais de recours plus courts, ainsi que par l'interdiction de nouvelles procédures en appel. En vertu de cette règle, le juge de seconde instance se limite donc à l'examen des conclusions présentées devant l'autorité précédente (« Neuerungsverbot im Rechtsmittelverfahren »). Cette règle, qui rejoint les objectifs de concentration de la maxime éventuelle, constitue à cette époque une innovation en termes de célérité du procès³⁵⁶.

324 A titre de conclusion, HOCHEGGER résume le modèle de Klein de la manière suivante³⁵⁷ :

325 « Nicht zu übersehen ist, daß es sich beim Zivilprozeß um ein typisches Zweiparteienverfahren zur Klärung widerstreitender Parteieninteressen handelt, also um die klassische Verfahrensart zur Lösung strittiger Beweis- und Rechtsfragen in einem förmlichen Prozeß, der einerseits von der Parteienmaxime beherrscht wird, andererseits dem Richter durch Ausschöpfung der ihm eingeräumten Befugnisse die Möglichkeit bietet, die materielle Wahrheit zu erforschen. Dieses ausgewogene Verhältnis muß erhalten bleiben, weil wir anderenfalls in eine Art Inquisitionsverfahren zurückfallen würden ».

326 L'ÖZPO de 1895 a attiré beaucoup d'attention et de réactions positives en Allemagne et dans le reste de l'Europe, mais aussi quelques critiques sporadiques. Après ce que l'on considère comme étant l'âge d'or de la procédure civile autrichienne, soit la première décennie qui suit l'entrée en vigueur du Code, certaines difficultés se font ressentir dans la mise en œuvre de la procédure. Ainsi, les juges se montrent de moins en moins proactifs dans la direction du procès, de sorte que la procédure se prolonge inévitablement. Selon HEINZMANN, il s'agit

³⁵⁴ RECHBERGER, Die österreichische Zivilprozeßordnung an der Jahrtausendwende, p. 56 s. ; RECHBERGER, Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa, p. 103 s. ; KURAS, Die Zivilprozeßordnung aus der Sicht der Richterschaft, p. 66 s.

³⁵⁵ KURAS, Die Zivilprozeßordnung aus der Sicht der Richterschaft, p. 66 s.

³⁵⁶ « Die (relative) Schnelligkeit des österreichischen Zivilprozess – was die Gesamtdauer des Verfahrens samt Rechtsmittelinstanzen angeht – wird in erster Linie durch das Neuerungsverbot im Rechtsmittelverfahren erreicht : Da die zweite Instanz auf die Überprüfung der Tatsachenfeststellungen der ersten Instanz beschränkt ist, konzentrieren sich diese auf das erstinstanzliche Verfahren, **was in einer – weltweit ziemlich einzigartig – kurzen Verfahrensdauer resultiert** ». RECHBERGER, Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa, p. 104 ; RECHBERGER, Die österreichische Zivilprozeßordnung an der Jahrtausendwende, p. 59 ; HOCHEGGER, Die Zivilprozeßordnung aus der Sicht der Anwaltschaft, p. 88 s.

³⁵⁷ HOCHEGGER, Die Zivilprozeßordnung aus der Sicht der Anwaltschaft, p. 88.

toutefois plus d'un **échec dans la mise en œuvre pratique de l'öZPO dû au contexte socio-économique, qu'à des erreurs dans sa conception théorique**³⁵⁸.

Au-delà de l'Empire austro-hongrois, le rayonnement de l'öZPO sera donc majeur, notamment en Europe de l'Est, mais aussi en Scandinavie, au Liechtenstein, aux Pays-bas, Japon, etc. En Italie, cette influence ne se ressentira que tardivement et de manière indirecte, principalement en raison du contexte politique du début du 20^{ème} siècle. Il en est de même pour l'Allemagne, qui s'était dotée, en 1877, d'un Code de procédure civile basé sur un modèle radicalement opposé au modèle autrichien, plutôt libéral, inspiré du droit commun, d'influences de droit français mais aussi de contributions d'Adolf Leonhardt, et consacrant la maxime des débats pure (« Grundsätze reiner Parteifreiheit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit »). Bien que fondamentalement incompatible avec la vision de l'Etat-Providence de Klein, le Code allemand sera néanmoins pondéré au fil des années par plusieurs amendements qui le rapprocheront un peu plus de la philosophie qui émane du öZPO. Cette influence indirecte est notamment palpable à la lecture de deux amendements : un amendement de 1924 visant à empêcher les manœuvres dilatoires et tout autre allongement inutile de la procédure ; ainsi qu'un amendement de 1933 consacrant le devoir de vérité des parties, respectivement l'objectif de compréhension et de conviction du juge quant au dénouement du litige. Alimentée par les principes autoritaires du modèle national socialiste, la procédure civile allemande s'est ensuite individualisée en consacrant un rôle toujours plus accru du juge, soutenu par une procédure inquisitoire renforcée. Enfin, l'öZPO ne semble pas avoir influencé le droit procédural français, ou du moins pas avant 1958 où la position du juge français, d'ordinaire passive, obtient une participation plus significative dans la direction du procès³⁵⁹.

De par sa situation géographique notamment, le droit procédural autrichien a également eu une **influence sur le droit suisse**, bien qu'en pratique il soit difficile d'établir de manière claire l'impact réel qu'il a pu avoir, notamment en raison des différentes législations cantonales en matière d'organisation judiciaire. Cette influence s'est donc exercée **de manière ponctuelle au gré de l'inclination, ou non, des législateurs cantonaux pour les concepts de droit procédural autrichien**. C'est par exemple le cas d'ALEXANDER REICHEL, ancien juge fédéral ayant participé à la rédaction du projet de CPC bernois, qui faisait l'éloge de ce droit autrichien dans certaines de ses publications³⁶⁰. Cette influence est également palpable, dans les différents droits cantonaux de la fin du 19^{ème} siècle, avec l'apparition de tribunaux

³⁵⁸ HEINZMANN, N 16.

³⁵⁹ RECHBERGER, Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa, p. 105 ; STÜRNER, p. 7 s. ; GOTTWALD, Die österreichische Zivilprozessordnung aus deutscher Sicht, p. 180 s. ; HEINZMANN, N 21.

³⁶⁰ Sur ce point, consulter : REICHEL, Der Entwurf einer neuen Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, RJB 1906, p. 1 ss ; REICHEL, Die Stellung der neueren (hauptsächlich schweizerischen) Gesetzgebungen zur Verhandlungsmaxime, RJB 1897, p. 101 ss ; CALLIEROTTI A., Herkunft und Entwicklung des schweizerischen Zivilprozessrechts : von den ersten kantonalen Kodifikationen bis zur eidgenössischen ZPO, Zurich 2020 ; TAPPY, Congrès de Vienne, 203 ss.

spécialisés en droit du travail, prévoyant une procédure plus simple, rapide et gratuite³⁶¹. Au surplus, malgré des compétences législatives qui restent en grande partie du ressort des cantons, le législateur fédéral n'a pas non plus hésité à imposer la **mise en place d'une procédure simple, rapide et peu onéreuse fondée sur le modèle de Klein, pour certains domaines considérés comme particulièrement sensibles** à cette époque (droits des travailleurs dans les usines et fabriques, etc.)³⁶².

329 En effet, au même titre que pour la capacité civile (« Handlungsfähigkeit »)³⁶³, la question s'est posée de savoir si les thèmes du travail dans les fabriques, ou encore de la responsabilité des chemins de fer devaient être intégrés dans le CO ou faire l'objet d'une législation spéciale. En ce qui concerne par exemple les fabriques, l'idée de base était le **besoin de protection contre les dangers causés par la mécanique et la technologie des équipements d'usine, auxquels un individu seul ne pouvait plus faire face**. De même et comme le souligne DUSS, le **danger autour de l'exploitation des travailleurs en raison de la concentration du capital des entrepreneurs** était grand et la protection de l'État de plus en plus nécessaire. Une autre raison à l'exclusion de ce domaine du droit général des obligations était celle des **progrès hésitants dans l'unification du Code des obligations**, qui ont donné lieu à l'édiction de réglementations uniformes dans les domaines du droit pour lesquels un consensus a pu être atteint plus tôt (idem en ce qui concerne le droit de la responsabilité des chemins de fer)³⁶⁴.

330 La première loi nationale sur les fabriques fut promulguée en 1877 et remplaça les lois cantonales sur les fabriques (en effet, jusqu'à la Constitution fédérale de 1874 et son art. 34, la compétence législative dans ce domaine revenait aux cantons). Entreront également en vigueur la loi fédérale sur le travail à domicile de 1940 ; l'arrêté de 1940 adopté suite à la mobilisation de 1939 ; la loi fédérale sur l'amélioration de l'agriculture et le maintien de la population paysanne de 1951, avec pour chacune, des modifications législatives imposant aux cantons de prévoir une procédure simple, rapide et engendrant le moins de frais possible pour le justiciable et obligeant le juge à participer activement à l'établissement des faits litigieux³⁶⁵.

331 Lors de la révision du CO de 1971, ce principe de procédure simple et rapide alors fragmenté dans différentes lois spéciales fut finalement rassemblé sous l'art. 343 aCO de 1988, dont la teneur était la suivante :

³⁶¹ Dans les cantons de Neuchâtel et Genève dès 1874, Vaud en 1888, Soleure et Bâle-Ville en 1891, Lucerne en 1892, Berne en 1894, Zurich et Saint-Gall en 1899, Fribourg en 1902, et Argovie en 1908. Pour plus de détails, consulter : Galley, Les juridictions du travail en Suisse, Thèse Genève, Zurich, 2003 ; Berenstein, La juridiction des prud'hommes : aperçu historique, SJ 1984, p. 115 ss. Cf. également : TAPPY, RDS 138(2019) II, pp. 294 ss.

³⁶² HEINZMANN, N 38 ss et N 41.

³⁶³ DUSS, pp. 58 ss et 124 ss.

³⁶⁴ Cette loi relative à la responsabilité dans les fabriques fut abrogée presque exactement trente ans après son entrée en vigueur par la « Loi fédérale sur l'assurance maladie et accidents du 13 juin 1911 » (à l'art. 128), deux domaines qui seront ensuite traités séparément, respectivement en 1981 (loi fédérale sur l'assurance-accident) et en 1994 (loi fédérale sur l'assurance-maladie). DUSS, p. 81 s.

³⁶⁵ DUSS, p. 81 s.; HEINZMANN, N 38 ss et N 41.

« al. 2. Les cantons sont tenus de soumettre à une procédure simple et rapide tous litiges relevant du contrat de travail dont la valeur litigieuse ne dépasse pas cinq mille francs ; le montant de la demande détermine la valeur litigieuse, sans égard aux conclusions reconventionnelles.

332

al. 3. Dans les litiges au sens de l'alinéa précédent, les parties n'ont pas à supporter ni émoluments ni frais judiciaires ; toutefois, le juge peut infliger une amende à la partie téméraire et mettre à sa charge tout ou partie des émoluments et frais judiciaires.

al. 4. Le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves ».

Par la suite, la règle générale posée par l'art. 343 aCO sera étendue, par le biais de lois spéciales, à différents domaines et notamment³⁶⁶ :

333

- dans le « **droit du travail au sens large** » (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services de 1989 ; Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises de 1993 ; Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes de 1995) ;
- **en droit du bail** (l'art. 267f aCO de 1970 établissant une procédure accélérée pour les litiges relatifs à la prolongation du bail ; l'Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif de 1972 ; art. 274 à 274g aCO de 1989 sur le bail à loyer ; l'art. 47 aLBFA sur le bail à ferme agricole de 1995) ;
- **en droit de la consommation** (l'art. 31 sexies al. 3 Cst. féd. de 1874 figurant aujourd'hui sous l'art. 97 al. 3 Cst. féd., obligeant les cantons à établir une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire « simple et rapide » pour tous les litiges découlant d'un contrat conclu entre consommateurs finals et fournisseurs et dont la valeur litigieuse maximale est de CHF 8'000 ; repris en 1986 par l'art. 13 aLCD) ;
- **en droit de la filiation** (l'art. 280 aCC de 1976 aujourd'hui remplacé par les art. 296 CPC, prévoyant une procédure simple et rapide pour les litiges relatifs à l'obligation d'entretien des parents envers leurs enfants, dans laquelle le juge examine les faits d'office et donc un cas d'application de la maxime d'office et de la maxime inquisitoire *stricto sensu* ; le renvoi de l'art. 329 al. 3 CC étend l'action alimentaire contre les proches en vertu des art. 328 ss CC ; l'art. 254 ch. 1 aCC impose également la maxime inquisitoire et la maxime d'office aux procédures de constatation, respectivement de contestation de la filiation, toutefois le droit fédéral n'impose pas l'instauration d'une procédure simple et rapide, étant entendu qu'elle relève du droit cantonal) ;
- **en droit de la protection des données** (l'art. 15 al. 4 aLPD dispose que le juge statue selon une procédure simple et rapide sur les actions en exécution du droit

³⁶⁶ HEINZMANN, N 42 ss.

d'accès ; pour le reste, l'aLPD ne prévoit ni l'application de la maxime inquisitoire ni la gratuité de la procédure) ;

- **en droit des assurances** (l'art. 47 al. 2 LSA de 1978, introduit en 1994 lors de l'adoption de la LAMal, impose aux cantons de prévoir une procédure simple et rapide, soumise à la maxime inquisitoire atténuée et exemple de frais de justice pour les contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale) ;
- **dans la loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées** (l'art. 10 LHand prévoit la gratuité des procédures administrative et civile, mais n'impose ni la maxime inquisitoire au juge ni l'obligation d'une procédure simple et rapide) ;
- **dans la loi fédérale du 16 décembre 1994, révisant la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite** (qui soumet à la procédure accélérée l'action en annulation ou en suspension de la poursuite et l'action en contestation du retour à meilleure fortune aux l'art. 85 et 265a al. 4 ; étend également le champ d'application de la procédure sommaire à la procédure de séquestre, à la procédure concordataire, à la procédure sur titre d'annulation ou de suspension de la poursuite et à la procédure primaire de constatation du retour à meilleure fortune)³⁶⁷.

³³⁴ Ces directives générales du législateur fédéral formulées à l'égard des cantons en ce qui concerne la mise en œuvre de procédures simples et rapides ont abouti, en raison du large pouvoir d'appréciation des cantons, à des solutions très ecclésiastiques. Ainsi le CPC vaudois de 1966 prévoyait par exemple, à son art. 344 ch. 1 CPC VD 1966, l'exclusion de la procédure de conciliation ou encore, l'observation d'une retenue particulière dans la prolongation des délais judiciaires (ch. 4), tandis que le CPC lucernois prévoyait la possibilité de déposer le mémoire de demande à l'aide d'un formulaire (§. 221 let. a CPC LU 1996). Toutes ces mesures seront par la suite remplacées par l'introduction de la procédure simplifiée au sein du CPC unifié (art. 243 ss CPC)³⁶⁸.

³⁶⁷ Message concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 mai 1991 : FF 1991 III, pp. 3 s., 14 s. ; 104, 165 s., 197 ; GILLIÉRON, Procédures rapides, in : Unification de la procédure civile, p. 92 s.

³⁶⁸ HEINZMANN, N 63 ss.

Chapitre 2 : Réception de la notion de maxime de procédure en droit suisse du 19^{ème} siècle à nos jours

Comme nous le verrons à l'image de Genève, Vaud et Zurich, les codes de procédure civile cantonaux sont historiquement dominés par le principe de la maxime des débats. Ce n'est qu'au travers de l'unification du droit privé et de ses révisions successives que la maxime inquisitoire s'est, à son tour, progressivement imposée en droit fédéral, comme expression de l'ordre public et de la prise en considération de l'existence d'une partie faible notamment en matière contractuelle³⁶⁹. A l'instar de ses prédécesseurs cantonaux, le Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011) conserve donc le principe de la maxime des débats hérité du droit commun, tout en réservant exceptionnellement l'établissement des faits d'office comme renforcement des droits des parties³⁷⁰.

Choissant l'exemple des cantons de Genève, Vaud et Zurich, cette partie permettra de partiellement illustrer la réception de la notion de maxime de procédure en droit suisse et notamment celle de maxime des débats comme expression de la vision libérale dominante de l'époque du « citoyen libre, responsable et agissant de façon raisonnable »^{371,372}. De cet exposé succinct, limité aux considérations procédurales relatives à notre sujet, nous aborderons la transition du droit cantonal à l'unification de la procédure civile au niveau fédéral et ses conséquences sur l'organisation du procès.

³⁶⁹ Pour une présentation générale de la procédure civile en Suisse au début du 19^{ème} siècle, nous renvoyons aux ouvrages suivants : GSCHWEND L./GOOD C./WINIGER M., *Prozessrechtsgeschichte der Schweiz im 19. Jahrhundert – Ein Überblick von der Helvetik bis zur Gründung des Bundesstaates (1798-1848)*, Alicante 2010, pp. 49-71.

³⁷⁰ HEUSLER, p. 93 ss. Ce dernier dénonce toutefois le fait que beaucoup de cantons n'ont pas immédiatement effectué de délimitation claire entre les notions de maxime des débats et de gestion de la procédure par le juge (« das richterliche Prozessleitungsamt ») et ont ainsi appliqué la maxime des débats de manière exagérée/trop étendue puisqu'elle empiétait justement sur les questions de gestion et de conduite du procès par le juge. Cette distinction sera néanmoins progressivement introduite dans les codifications les plus récentes (p. 95-99).

³⁷¹ BOHNET/JEANNIN, *La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC*, RDS 2015 I, p. 226. Voir aussi, concernant le canton de Bâle : FASCIATI, p. 27 ss.

³⁷² Concernant les autres procédures civiles cantonales, nous vous invitons à consulter : M. ZWICKY, *Prozess und Recht im alten Zug: eine Darstellung des Zivilrechts im eidgenössischen Stande Zug vom 15. Jahrhundert bis zum Ende des Ancien Régime*, Zurich 2002 (p. 101 ss); H. RENNEFAHRT, *Einflüsse des römischen und des Reichsrechts auf den Zivilprozess, besonders auf das Appellationsverfahren im Fürstbistum Basel*, in: *Mélanges Philippe Meylan*, 1963 Lausanne (p. 193 à 213); A. REICHEL, *Der Entwurf einer neuen Zivilprozessordnung für den Kanton Basel*, RJB 1906 pp. 1-16 et 57-72; A. REICHEL, *Die Stellung der neueren (hauptsächlich schweizerischen) Gesetzgebung zur Verhandlungsmaxime*, RJB 1897 p. 101 ss; K. L. VON TSCHARNER, *Unmassgebliche Bemerkungen über den revidirten Entwurf des Gesetzbuches*, Berne 1820 (p. 17 ss notamment); HEUSLER, p. 93 ss; GULDENER, *Über die Herkunft*, p. 17 ss; M. KUMMER, *Grundriss des Zivilprozessrechts: nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes*, Berne 1970; GAFNER, p. 12-74 et notamment p. 72-74 pour un aperçu de tous les cantons: sur 28 codes de procédure, 17 consacrent la direction du procès par les parties («**Parteiherrschaft**») dans les procédures purement civiles (dont le canton de Vaud).

A. Réception cantonale : exemple des cantons de Genève, Vaud et Zurich

1. Loi sur la procédure genevoise de 1819

a. Historique

337 Intégrée au territoire de la République française depuis la signature du Traité de réunion du 15 avril 1798, Genève fut naturellement régie par le code de procédure civile français dès son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1807. Ainsi, le dilemme posé à cette époque à de nombreux cantons comme Vaud ou le Valais entre le recours à un droit étranger ou la fidélité aux usages locaux pour confectionner leur droit, fut dans un premier temps « épargné » au canton de Genève. Cette période sera pourtant de très courte durée puisque le code de procédure civile genevois de 1819 sera le premier code cantonal à être adopté sur ce thème³⁷³.

338 Au lendemain de son indépendance proclamée le 31 décembre 1813, Genève rejoint la Confédération le 19 mai 1815 après s'être dotée d'une Constitution cantonale le 14 août 1814. Se pose alors la question de la gestion autonome de son organisation judiciaire. Affirmant une volonté claire de prendre ses distances avec les institutions françaises, le Canton de Genève adopte, le 15 février 1816, une loi sur l'organisation judiciaire. Il n'en sera toutefois pas de même pour le droit civil puisqu'en dépit de certaines modifications, le Code civil français restera en vigueur à Genève jusqu'à la codification fédérale de 1907³⁷⁴.

339 Le 20 juin 1816, le Conseil d'Etat genevois, convaincu de la nécessité d'une réforme procédurale, composa une commission pour la préparation d'une loi. Le gouvernement de la Restauration chargea notamment PIERRE-FRANÇOIS BELLOT, juriste, juge et professeur à l'Université de Genève³⁷⁵, de la rédaction d'un code de procédure civile fondé sur les anciens Edits, afin d'effacer tout souvenir du code français, largement abhorré par le peuple genevois. Ce dernier, alors convaincu du caractère inadapté et parfois obscur des usages de son canton³⁷⁶, fit un choix plutôt nuancé : celui de s'inspirer de la procédure française tout en tenant compte de ces nombreuses imperfections et de son inadéquation avec le modèle genevois : « Des codes français provisoirement maintenus, celui de procédure était le plus imparfait, le moins conforme à nos habitudes et à nos besoins. Il devint l'objet des réclamations les plus vives de la part des tribunaux et de leurs justiciables. Son abolition, son remplacement

³⁷³ SCHURTER, p. 13; CONOD p. 58; WALDER/MEIER, *Zivilprozessrecht*, p. 93; CREUX, p. 14; NÖRR, *Abriß des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses*, p. 93.

³⁷⁴ SCHURTER/FRITZSCHE, p. 17 s.; CONOD, p. 59; BELLOT, p. 1 ss; WALDER/MEIER, *Zivilprozessrecht*, p. 93.

³⁷⁵ A propos de P-F. Bellot, consulter : A. ZOGMAL, *Pierre-François Bellot (1776-1836) et le code civil : conservatisme et innovation dans la législation genevoise de la Restauration*, 1998.

³⁷⁶ « Mais dès que l'on examine avec quelque attention, on trouve qu'elle [la procédure genevoise] est également déficiente sous le rapport de la clarté de la précision et de la méthode. [...] Ainsi l'examen que fit la Commission préparatoire de tout ce qui appartenait à l'ancienne procédure genevoise, l'amena à ce double résultat : qu'il y avait beaucoup à ajouter aux dispositions de l'Edit civil ; qu'il n'y avait rien ou que très-peu à puiser dans les usages qui étaient venus en remplir les vides. » ; BELLOT, p. 4 s.

devenait ainsi le premier besoin à satisfaire, le premier devoir à remplir »³⁷⁷. Il repensa donc le code de procédure civile français en soumettant chacune de ses dispositions à un examen approfondi de façon à **s'inspirer avec prudence et retenue de ce code pour finalement en proposer une version à la fois originale et améliorée**³⁷⁸.

Dans les grandes lignes, BELLOT et l'ensemble de la Commission chargée de l'examen du projet de loi affichèrent comme lignes directrices pour la rédaction de ce code un triple objectif de « **simplicité, brièveté, sûreté** »³⁷⁹. NÖRR, en se référant au projet de loi, explique d'ailleurs plus en détails la mise en pratique de ces trois objectifs au sein du procès civil³⁸⁰ :

« Zwar besteht ein Bedürfnis nach zwei Verfahrensarten – die eine *plus simple und plus rapide*, die andere *moins simple, mais plus sûre* –, doch ist die erste, die als Regelverfahren angesehen und normiert wird, und ist es dem Richter überlassen, innerhalb bestimmter Grenzen (art. 71 u. 72) gemäß den Erfordernissen des Einzelfalls die Wahl zwischen den beiden Verfahrensarten zu treffen ».

Si l'on se réfère au contenu du Code français, le projet de loi de BELLOT est à la fois **moins formaliste et plus flexible**. En effet, BELLOT était très critique quant à la rigidité du code de procédure français qui, sous prétexte de vouloir écarter les risques d'abus, n'a fait selon lui qu'encombrer l'accès et la gestion de la justice. Le code genevois ne partage donc pas la méfiance envers le juge qui caractérisait la codification française, bien qu'on en ressente parfois certains vestiges à la lecture de l'Exposé des motifs de BELLOT. S'agissant de la méthode de conception de la loi, ce dernier **privilégie la flexibilité à l'édiction de règles trop absolues**. Une fois encore, il préfère s'en remettre à la sagesse du juge plutôt que de l'enfermer dans un carcan législatif. Mais cette souplesse législative a un autre but sous-jacent : celui de **rendre la justice plus accessible**, de façon à ce qu'elle puisse être comprise par les non-juristes³⁸¹.

Enfin, malgré cet objectif général de simplification de la procédure, l'Exposé des motifs préfaçant le code avertit toutefois le lecteur sur le contenu bien plus étendu que celui figurant dans les 117 articles des anciens Edits, longueur qui ne provient que de « l'étendue des sujets qu'elle embrasse ». BELLOT redoute en effet les inconvénients inhérents au silence du législateur ou à un défaut de prévoyance, à savoir : que l'arbitraire remplace la loi, voire que les lacunes de la loi soient interprétées selon la législation étrangère³⁸².

³⁷⁷ BELLOT, p. 3 s. Voir aussi GULDENER, Über die Herkunft, p. 24 et n. 69.

³⁷⁸ CONOD, p. 59 ; BELLOT, p. 1 ss ; WALDER/MEIER, Zivilprozessrecht, p. 93 ; SCHURTER/FRITZSCHE, pp. 19 et 21 ss. Voir également GULDENER, Über die Herkunft, p. 25 concernant l'influence du CPC français sur la structure du Code genevois.

³⁷⁹ BELLOT, p. 12.

³⁸⁰ NÖRR, Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses, p. 94.

³⁸¹ NÖRR, Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses, p. 94.

³⁸² BELLOT, p. 6 ss ; SCHURTER/FRITZSCHE, p. 23 s. ; NÖRR, Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses, p. 94 s.

b. Procédure

344 En pratique, la procédure genevoise applique le **principe de l'allégation des faits et preuves par les parties** soit, autrement formulée, une version de la maxime des débats comme principe encadrant la recherche des faits dans le procès civil³⁸³. La maxime n'est toutefois énoncée ni dans la loi genevoise sur la procédure civile du 29 septembre 1819, ni dans le projet qui l'accompagne, comme le confirme CREUX³⁸⁴ :

345 « Jener erste Satz der Verhandlungsmaxime, dass ausschliesslich solche Tatsachen dem Urteil zugrunde gelegt werden dürfen, die von den Parteien im Verlaufe des Prozesses behauptet worden sind, **ist allerdings im Gesetz nicht ausdrücklich statuiert**. Es ist überhaupt bemerkenswert, dass die Verhandlungsmaxime in der Loi Bellot nirgends festgestellt worden ist, sondern dass diese Maxime sich für den von der Loi Bellot geordneten Zivilprozesses nur insoweit ergab, als sie der in Genf seinerzeit beibehaltene französische code civil, insbesondere in seinem Art. 1356, vorsah ».

346 Il en est de même pour la **maxime de disposition**. Ces deux principes correspondent en substance à ce que le droit français qualifiera *a posteriori* de « principe de neutralité », soit à la faculté pour les parties de conduire l'instance et de délimiter la portée exacte du procès soumis au juge, conformément au principe accusatoire³⁸⁵.

347 Conformément à la loi genevoise de 1819, il appartient aux parties d'exposer les faits dont elles déduisent leur droit, d'en rapporter la preuve et de prendre les conclusions qui serviront de base au jugement de leur litige privé. Cet exposé se fait dans le cadre d'audiences publiques. Les principes en vigueur sont donc ceux de l'**oralité** et de la **publicité des débats**³⁸⁶ (art. 84 LPC/GE 1819 qui renvoie à l'art. 42 de la loi judiciaire du 15 février 1816) :

348 « art. 1. Celui qui prétend à une chose ou à un droit [...] **doit en former la demande** devant le tribunal compétent [...] »

art. 88. Si les parties plaident elles-mêmes, elles auront l'option de remettre leurs conclusions, comme il est dit en l'article précédent, ou de les dicter au Greffier.

art. 89. Si l'instruction préalable a eu lieu, il ne pourra être employé, lors de la plaidoirie, d'autres pièces que celles dont les parties se seront donné copie ou offert communication (art. 51 et 79).

art. 165. Les parties pourront s'adresser réciproquement des questions et des observations par l'organe du Président et sans s'interrompre ».

349 A cette fin, chaque partie est **tenue d'articuler avec précision les faits dont elle se prévaut et de reconnaître ou de « dénier catégoriquement » ceux qui lui sont opposés**. De son côté, le tribunal ordonne la communication par les parties de leurs demandes et moyens de

³⁸³ « [...] il ne pourra être employé, lors des plaidoiries, d'autres pièces que celles dont les parties se seront donné copie ou offert communication ». Art. 89 LPC/GE 1819.

³⁸⁴ CREUX, p. 90 s. (Mise en gras ajoutée).

³⁸⁵ BELLOT, p. 19 ss ; CREUX, p. 13 ; MOTULSKY, p. 89 ss ; BRUS, p. 9 ss.

³⁸⁶ NÖRR, Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses, p. 95 ; SCHURTER, p. 26 s.

preuve, en vue des débats oraux. Il est également compétent pour décider de la tenue ou non d'une instruction préalable aux plaidoiries (art. 78 et 89 LPC/GE 1819) :

« art. 78. Dans les écritures ci-dessus, les faits seront posés en tête, sans mélange de moyens. »

350

La partie, qui se prévautra des dits faits, sera tenue de les articuler avec précision, et celle, à laquelle ils seront opposés, de les reconnaître ou dénier catégoriquement. [= Behauptungs- und Bestreitungslast]

Le silence et toute réponse évasive pourront être pris pour un aveu des dits faits ».

Selon DUNAND et conformément à l'art. 78 al. 3 LPC/GE 1819, cette exigence de clarté et de précision s'adresse aussi bien au demandeur qu'au défendeur qui n'est en aucun cas exempt de son « **devoir d'explication** ». Cette question fut pourtant débattue. Dans un arrêt du 18 avril 1829, la Cour de justice a en effet admis que le défendeur qui conteste la demande durant l'audience d'introduction sans se présenter à la suite du procès était réputé avoir contesté avec précision tous les faits allégués³⁸⁷. DUNAND rejette cette pratique qui facilite selon lui beaucoup trop le travail du défendeur, en encourageant ce dernier à rejeter en bloc et sans véritable fondement ou réflexion les arguments du demandeur. L'Exposé des motifs de BELLOT confirme ce point de vue en déclarant³⁸⁸ :

351

« Nous exigeons ici [en référence aux art. 78 et 104 LPC/GE 1819], que dans les écritures dont se compose l'instruction préalable, une première partie, suivant nous la principale, soit **exclusivement réservée à l'exposition et à l'éclaircissement des faits** ; que celui qui s'en prévaut, les articule avec précision ; que celui à qui on les oppose soit tenu de s'expliquer catégoriquement. **Nous ne lui permettrons ni silence, ni réponse évasive** ».

352

Le principe est donc celui de l'allégation, respectivement de la contestation, des faits et des preuves par les parties au procès ainsi que de la limitation de l'instruction par le juge aux faits allégués. BELLOT insiste d'ailleurs sur la **marge de manœuvre limitée du juge** et ce, dès le stade de la conciliation, craignant que ce dernier abuse de son autorité et s'éloigne de la volonté des parties³⁸⁹ :

353

« **Qu'il se garde, dans la ferveur de son zèle, de pousser ses instances jusqu'à l'importunité** ; d'arracher à l'ignorance, à la timidité, à la crainte de passer pour dur et processif, le sacrifice des droits évidents ; de se prévaloir des aveux échappés dans l'abandon de l'entretien ; qu'il se garde de menacer jamais de son autorité de Juge : la conciliation ne serait plus qu'un piège, elle n'offrirait plus qu'un nouvel appât à la chicane ».

354

Ce n'est qu'une fois la cause instruite par les parties que le juge pourra établir son jugement comme le prescrit l'art. 101 LPC/GE 1819 :

355

« La cause ou un incident de la cause étant instruit de la manière tracée dans les titres précédents, les Juges s'occuperont sans retard de la décision. »

356

³⁸⁷ SJ 1929, p. 348, « Dlle Hejlova contre Gaud ». Voir aussi : SJ 1931, p. 93, « Mariés Baechtold contre Senglet » du 31 octobre 1930 ; Dunand, p. 17.

³⁸⁸ DUNAND, p. 16 s. ; BELLOT, p. 36. Mise en gras ajoutée.

³⁸⁹ BELLOT, p. 21. Mise en gras ajoutée.

Si le fond est en état d'être décidé définitivement, ils arrêteront et prononceront le jugement.

Dans le cas contraire, il sera procédé d'après les titres XII et suivants ».

357 Conformément au renvoi fait à l'art. 101, le Titre XII de la LPC/GE 1819 prévoit que pour les causes où le fond ne sera pas en état d'être jugé de suite, le juge pourra ordonner différentes mesures telles que **l'interrogatoire des parties, l'audition de témoins, l'avis d'experts** ou encore **la vue sur les lieux**, pour autant que « ces diverses procédures probatoires sont utiles à la découverte de la vérité, et autorisées par la loi ». Le but est donc celui de la **découverte de la vérité**. C'est ici le critère de la libre appréciation du juge qui fait foi. Le *numerus clausus* de moyens de preuve énoncés aux art. 150 ss LPC/GE 1819 vient néanmoins encadrer cette procédure probatoire menée par le juge³⁹⁰.

358 A cela, l'art. 162 LPC/GE 1819 précise encore que les parties seront interrogées « sur chaque fait séparément et sur toutes les circonstances propres à la manifestation de la vérité ». On peut donc en déduire une certaine liberté du juge dans les mesures probatoires qu'il pourra mettre en œuvre pour forger sa conviction. En effet, aucun article ne vient définir plus en détail les cas dans lesquels le juge pourra ordonner ce type d'investigation, mise à part la définition *a contrario* de l'art. 101 LPC/GE 1819 qui englobe toutes les affaires où le fond n'est pas en mesure d'être définitivement jugé, soit une définition à la fois étendue et largement soumise à l'appréciation du juge.

359 Selon REICHEL, ce droit d'interroger les parties avait déjà été développé dans les Edits Civils de 1568 et le Règlement de 1783. Le contenu de l'art. 162 LPC/GE 1819 serait une récupération du concept français « d'interrogatoire sur les faits et articles ». Selon la procédure genevoise, cette interpellation des parties peut se faire sur demande (art. 161 et 165 LPC/GE 1819) ou d'office (art. 162 et 167 LPC/GE 1819)³⁹¹.

360 Ainsi, une fois passé le stade de l'allégation par les parties, il appartient au juge de faire en sorte que le fond soit **en état d'être jugé**. Il peut, à cette fin, mettre en œuvre tout un ensemble de mesures probatoires qui lui permettront de découvrir la vérité et ainsi forger son opinion.³⁹².

361 Toujours à propos de l'office du juge en procédure genevoise, DUNAND rappelle le risque pour ce dernier d'outrepasser ses compétences et l'invite, dans le cadre de ces interrogatoires, à ne pas poser de **questions « captieuses »** ou pouvant porter atteintes aux intérêts personnels des parties ou de leurs proches. A ce titre, il précise que sa « quête de vérité » ne doit jamais sortir du cadre des faits déjà allégués. Il ne s'agit donc ni du principe de la vérité formelle, ni

³⁹⁰ CREUX, p. 95 ss ; REICHEL, Die Stellung der neueren (hauptsächlich schweizerischen) Gesetzgebungen zur Verhandlungsmaxime, RJB 1897, p. 119 ; NÖRR, Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses, p. 98 s. Concernant la limitation de la preuve par témoin, cf. SCHURTER, p. 304 s.; TROLLER, p. 47.

³⁹¹ REICHEL, Die Stellung der neueren (hauptsächlich schweizerischen) Gesetzgebungen zur Verhandlungsmaxime, RJB 1897, pp. 119 et 122.

³⁹² CREUX, p. 95 ss ; NÖRR, Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses, p. 98 s.

purement de celui de la vérité matérielle, mais plutôt d'une **recherche de la vérité matérielle strictement limitée** aux allégations des parties qui constituent le point de départ et le contenu inextinguible sur laquelle se fondera le jugement³⁹³ :

« Nous pensons donc qu'il y a lieu à Genève de laisser au juge le soin de décider librement quand il ordonnera la comparution personnelle des parties et de choisir les questions qu'il leur posera. **Il ne doit cependant jamais oublier qu'il ne doit rechercher des compléments et des explications que dans le cadre des faits déjà allégués et qu'il abuse de son droit quand il provoque une modification de la demande** ».

CREUX invite pour sa part à ne pas surestimer l'importance pratique de la participation des juges à la détermination des faits, dès lors que les parties ont un **lien beaucoup plus étroit avec la substance du processus**³⁹⁴ :

« Die richterliche Kompetenzen im Gebiet der Tatbestandsermittlung bedeuten keineswegs einen Eingriff in die Verfügungsfreiheit der Parteien, da dieselbe wie dargelegt durch Dispositionsmaxime bereits vollumfänglich gewahrt ist. Die praktische Bedeutung der Richterlichen Mitwirkung bei der Tatbestandsermittlung darf allerdings nicht überschätzt werden, da die Parteien das weitaus innigere Verhältnis zum Prozessstoff haben ».

Dans son Exposé des motifs, BELLOT évoque enfin deux hypothèses distinctes relatives à l'office du juge au stade de l'instruction : celle des **causes complexes ou difficiles à instruire**, ainsi que celle de « **l'indulgence du juge** » en cas de **négligence de l'avoué**³⁹⁵.

Selon l'analyse faite par BELLOT, les causes portées devant un tribunal sont de deux sortes. Certaines nécessitent une décision prompte en raison de leur urgence ou de leur simplicité. D'autres exigent une discussion liminaire en raison de la complexité des faits ou de la question de droit qu'elles soulèvent. En ce sens, la règle (art. 62 LPC/GE 1819) est celle du traitement de la cause par une plaidoirie immédiate sans aucune formalité. A l'inverse, lorsqu'il ne s'agit pas de cas simples et/ou fréquents, mais de **causes plus complexes ou difficiles à instruire**, le code genevois prévoit **deux exceptions**. La première exige une simple **communication des pièces**, tandis que la seconde intègre une **instruction préalable** (art. 63 et 82 LPC/GE 1819). Parmi ces différents cas d'espèce ayant chacun un degré d'intensité différent, BELLOT laisse « aux Juges à décider ce qu'exigeront les circonstances de chaque cause. Eux seuls peuvent saisir des variétés et des nuances dont l'appréciation se soustraira toujours à la fixité des règles »³⁹⁶. Le juge sera donc **libre de déterminer au cas par cas, l'intensité de l'instruction** qu'il faudra mener afin d'éclaircir les faits litigieux et traiter correctement de la cause en fonction de sa complexité³⁹⁷.

Durant l'instruction préalable, les parties ne comparaissent pas et les défenses et réponses se signifient par huissier, d'avoué à avoué, dans le cadre des délais accordés par le juge. Or c'est

³⁹³ DUNAND, p. 86

³⁹⁴ CREUX, p. 89.

³⁹⁵ BELLOT, pp. 26 s. et 32 ss. Voir aussi : LINDE, p. 166, § 128.

³⁹⁶ BELLOT, p. 30 s.

³⁹⁷ NÖRR, Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses, p. 94; SCHURTER, p. 33 ss.

sur ce dernier point que BELLOT se pose la question de l'opportunité d'une telle instruction hors audience effectuée « sans surveillance des Juges et des parties, dont les Avoués restaient seuls les maîtres ? » Anticipant le préjudice que pourrait causer les négligences de l'avoué à la partie représentée, BELLOT introduisit la notion d'indulgence du tribunal, qu'il résume de la façon suivante³⁹⁸ :

368 « Lorsque cédant aux plaintes de sa partie, ou las lui-même de ces éternels retards, un Avoué poursuivait l'audience, on y arrivait sans que la cause fût instruite et en état d'être plaidée.

Le tribunal, **ne pouvant rendre les parties victimes de la négligence de leurs Avoués**, ni se priver des moyens de s'éclairer, était contraint d'accorder de nouveaux délais, d'ajourner encore la cause pour parvenir à son instruction ; **l'intérêt des parties lui en faisait un devoir** ».

369 Le juge a donc la double charge de distinguer entre les causes nécessitant ou non une instruction préalable, et de fixer ou restituer certains délais pour les cas qui pénaliseraient les parties ou nuiraient à la clarté de l'instruction. Cette dernière précision est selon nous très importante, puisqu'elle crée un **devoir d'intervention du juge, contraint de pallier les insuffisances des parties, qu'elles soient ou non représentées**³⁹⁹.

370 Les réflexions de BELLOT, comme celles de DUNAND révèlent deux choses importantes à propos de la procédure civile genevoise. D'une part, une volonté de ne pas proposer de règles trop figées qui ne permettraient pas de **nuancer parmi la multitude de cas posés par la pratique**, d'où certaines règles d'appréciation du juge principalement développées par BELLOT. D'autre part, une **vigilance latente** relative aux abus qui pourraient résulter d'une trop grande latitude laissée soit au juge durant la conciliation ou l'instruction, soit à l'avoué dans le cadre d'une instruction hors audience. Malgré plusieurs garde-fous et avertissements, nous observons toutefois la confiance assez grande que BELLOT place dans le juge, qu'il considère comme étant le plus à même de saisir la complexité d'une situation et d'agir en conséquence, comme l'exprime CREUX⁴⁰⁰ :

371 « Im genferischen Zivilprozessrecht hat Bellot, obwohl er selbst seinerzeit in Genf zu den wichtigsten Verfechtern des dazumal auf einem Höhepunkt angelangten Liberalismus gehörte, an verschiedenen Stellen seiner Motive auf das Vorliegen von öffentlichen Interessen im Zivilprozess hingewiesen und ihnen in erstaunlich grossem Masse durch eine intensive Mitwirkung des Richters von Beginn des Verfahrens an Rechnung getragen, so dass das genferische fehlerwerte Zusammenarbeit von Richter und Parteien vorsieht ».

c. Conclusion

372 On ne dispose que de peu d'indices en faveur de la maxime des débats dans la procédure genevoise bien que l'on déduise, à la lecture du code, le principe de l'allégation par les parties

³⁹⁸ BELLOT, p. 33 s. (Mise en gras ajoutée).

³⁹⁹ Concernant l'absence d'obligation de représentation (« Anwaltszwang ») dans les cantons en vertu des différents codes de procédure civile: SCHURTER, p. 34.

⁴⁰⁰ CREUX, p. 26 s.

comme point de départ du procès civil. La maxime des débats, au même titre que la maxime de disposition restent donc à ce stade des concepts doctrinaux étrangers, sur lesquels le droit cantonal genevois ne s'est pas véritablement prononcé, bien qu'il en applique *de facto* les principes.

Face à l'exposé des parties, le juge jouit d'une assez grande liberté concernant l'administration des preuves. Il dispose ainsi, dans les cas prévus par la loi, de l'opportunité d'interroger les parties, opportunité qui semble un peu aller au delà de la faculté générale de suppléer aux lacunes et manque de clarté des parties. A défaut de classification dans le code entre causes ordinaire et sommaire, le juge dispose également de la faculté d'apprécier de la complexité des affaires qu'il juge et de les instruire en conséquence.

Plus que l'autonomie et le droit de disposer, c'est avant tout l'intérêt des parties qui semble guider et justifier le déroulement du procès civil. Sans aucune influence des théories faites sur les maximes de procédure en droit allemand, la procédure genevoise de 1819 s'oriente donc vers un procès civil initié et conduit par les parties et instaurant de larges exceptions et « indulgences » en faveur du juge face aux situations pouvant leur être préjudiciables ou encourageant la chicane dans le procès⁴⁰¹.

2. Code de procédure civile du canton de Vaud de 1824

a. Historique

Dès le 15^{ème} siècle, le canton de Vaud subit une double influence dans le développement de sa procédure. Une **influence de la procédure bernoise** dès lors que la rédaction de ses coutumes concorde avec l'occupation du pays de Vaud par Berne, mais aussi de la **procédure romano-canonique**, principalement à Lausanne en tant que ville épiscopale⁴⁰².

L'influence bernoise s'est en particulier exprimée au niveau de **l'organisation judiciaire et des sources du droit**. En effet, à la suite de la conquête bernoise, le pays de Vaud était fractionné en bailliages, soit en circonscriptions à la fois judiciaires, administratives et fiscales. Dans chacune d'elles siégeait la cour baillivale, qui avait pour rôle principal de trancher les appels interjetés contre les jugements de première instance. Elle faisait également office de premier degré de juridiction, notamment pour les différends en matière féodale entre vassaux, ou entre vassaux et LL.EE. Le bailliage était lui-même divisé en châtellenies, en métralties, ou en seigneuries, avec pour chacune d'elles une cour de justice qui tranchait les litiges de première instance dans les causes civiles ainsi que certaines causes féodales. Le

⁴⁰¹ En ce qui concerne la **loi [genevoise] de procédure civile du 2 décembre 1911**, cf. GAFNER, p. 12 ss. On y retrouve notamment le principe « *ne ultra petita partium* », ainsi que celui de maxime des débats à l'art. 255 ; de même que la recherche d'office des preuves par le juge lorsque ces « procédures probatoires sont utiles à la découverte de la vérité et autorisées par la loi » à l'art. 138.

⁴⁰² CONOD, p. 21.

plaigneur qui s'estimait lésé par un jugement de la cour baillivale rendu en première instance ou sur appel pouvait en appeler à la chambre des appellations romandes, dont le siège était à Berne. Enfin, des tribunaux paroissiaux (« consistoires »), compétents pour toutes les questions d'ordre matrimonial ou touchant aux cultes et aux mœurs, veillaient au maintien des bonnes mœurs et de la discipline chrétienne des vaudois⁴⁰³.

377 En ce qui concerne ses sources, le pays de Vaud fut un pays de coutumes qui sut faire respecter ses franchises et ses coutumes par la Maison de Savoie, de façon à ce que le droit écrit ne lui soit pas appliqué. Les coutumes ne seront rédigées qu'à partir de l'occupation bernoise. Sans directement se substituer au droit du pays de Vaud, les règles d'origine bernoise viendront progressivement tempérer les coutumes vaudoises, lorsque ces dernières apparaissaient comme trop choquantes. Le « **Commentaire Coustumier** » de **Pierre Quisard** fut le premier recueil de coutumes du pays de Vaud. Toutefois, il ne reçut jamais force de loi, LL.EE. n'ayant approuvé la rédaction des coutumes qu'en 1577. Ce coutumier de Moudon se révéla rapidement insuffisant de sorte les Vaudois présentèrent, dès 1604, une requête en vue de le réviser. Après diverses corrections et un examen par LL.EE., furent promulgués le 1^{er} juin 1616 les « **Lois et Statuts du Pays de Vaud** ». Harmonisés au coutumier bernois, ces Lois et Statuts étaient un véritable corps de droit inspiré par le droit savant. C'est ainsi que, malgré l'influence bernoise, les Lois et Statuts du pays de Vaud furent teintés de l'influence de la procédure romano-canonique jusque-là absente. Cette influence indirecte s'exprime notamment au travers des notions d'aveu indivisible, ainsi que de l'obligation pour le défendeur de se déterminer avec précision dans sa réponse sur les allégués de la demande. Les vaudois restent toutefois fidèles au principe de l'autonomie des parties, sans recevoir l'influence de « l'office du juge », fortement développée en procédure romano-canonique⁴⁰⁴.

378 Une autre caractéristique, directement formulée comme une critique de la justice vaudoise sous la domination bernoise fut ce que Gabriel Olivier, châtelain de la Sarraz, qualifie d'ignorance et d'incompétence notoire des procureurs et des avocats⁴⁰⁵ :

379 « [les Procureurs ou Advocats] quoyqu'ignorans et incapables de se conduire eux-mêmes, s'ingèrent à conduire les autres dans leurs procès... ils regardent cela comme une guerre déclarée ou il faut disputer le terrain et user de toutes les adresses qu'on peut inventer, (en quoy ils sont fort ingénieux), [...] ces juges choisis non pas selon le mérite des personnes, mais par faveur et qui pis est souvent par argent au plus offrant ».

380 Ainsi, malgré plusieurs ordonnances et mandats élaborés par le Gouvernement bernois visant à remettre de l'ordre dans la justice vaudoise, celle-ci fut longtemps entachée d'un solide esprit de chicane résultant à la fois de l'incompétence de ces agents, de l'ignorance des plaigneurs ainsi que de la vénalité des charges civiles, politiques et ecclésiastiques⁴⁰⁶.

381

⁴⁰³ CONOD, p. 21 ss.

⁴⁰⁴ CONOD, p. 23 ss.

⁴⁰⁵ GABRIEL OLIVIER, « Cours ou explication du coutumier du Pays de Vaud où on rapporte les lois de Lausanne », Préface, p. 2 ss., Lausanne, 1708.

⁴⁰⁶ CONOD, p. 26 s.

Concernant maintenant la formation juridique et l'enseignement du droit dans le pays de Vaud, celui-ci fut longtemps boudé par les étudiants vaudois qui privilégiaient largement l'école de théologie à l'étude des sciences juridiques. En 1708, Jean-Jacques Sinner, bailli de Lausanne et magistrat, proposa à l'Académie de Lausanne la création d'une chaire de droit, pour laquelle LL.EE donnèrent leur accord. La Ville de Lausanne, associée au projet, subordonna toutefois son aide financière à un enseignement du droit en français. Dès 1710, le Conseil de Berne nomma JEAN BARBEYRAC⁴⁰⁷, juriste et « pionner du droit naturel d'inspiration réformée et d'expression française »⁴⁰⁸, qui se proposa d'enseigner le droit romain en latin et le droit naturel en français. Malgré la promulgation par LL.EE. du mandat souverain du 6 mai 1758, obligeant les avocats à faire constater par acte authentique qu'ils ont bien suivi un cours de droit naturel et de droit civil pour pouvoir se présenter devant les tribunaux vaudois, cette réglementation, appliquée de manière un peu trop laxiste par le Gouvernement bernois, ne permit pas de modifier le *statu quo*. CONOD explique ce manque d'engouement par le fait que Vaud était un pays sujet, dans lequel la carrière juridique ne pouvait mener très haut. Ainsi, les études de droit étaient à ce stade plus un complément à la théologie qu'une véritable fin en soi⁴⁰⁹.

Malgré l'engouement relativement faible que connaissent les sciences juridiques dans le canton de Vaud à la fin de l'Ancien Régime⁴¹⁰, un domaine juridique se démarque aussi bien par l'intérêt qu'il suscite que par la réputation de ses représentants qui dépassent largement les frontières du pays de Vaud : il s'agit du droit naturel. Nombre de juristes tels que SAMUEL PORTA⁴¹¹, HENRI CARRARD⁴¹², FRANÇOIS PIDOU⁴¹³ ou CHARLES SECRETAN⁴¹⁴ proposèrent des traités juridiques sur cette matière qui eurent pour certains la particularité de marquer une certaine attirance entre le thème de la procédure et celui du droit naturel. CARRARD, professeur de droit naturel à l'Académie et premier rédacteur du code de procédure civile vaudois, publia par exemple « Les principes de droit naturel mis à la portée de la législation des hommes », de même que PORTA éditait un ouvrage sur les « Principes sur la Formalité civile-

382

⁴⁰⁷ A propos de cet auteur, consulter : MEYLAN PHILIPPE, <https://lumières.unil.ch/fiches/biblio/18/>, Recueil de travaux de l'Université de Lausanne, 1937 ; KORKMAN PETTER, <https://lumières.unil.ch/fiches/biblio/8178/>, Åbo Akademi University, 2001 ; LABRIOLA GIULIA MARIA, <https://lumières.unil.ch/fiches/biblio/6459/>, Ed. Scientifica, 2003.

⁴⁰⁸ Formule de J.-F. Poudret dans sa biographie de Jean Barbeyrac : POUDRET JEAN-FRANÇOIS, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F16049.php>, Dictionnaire historique de la Suisse (04.04.2021).

⁴⁰⁹ CONOD, p. 30 s. ; SCHURTER/FRITZSCHE, p. 94 ss.

⁴¹⁰ CONOD, p. 31.

⁴¹¹ A propos de cet auteur, consulter : TAPPY DENIS, Porta, Samuel, Dictionnaire historique de la Suisse. <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F16246.php> (04.04.2021).

⁴¹² A propos de cet auteur, consulter : MEUWLY OLIVIER, Carrard Henri Vincent, Dictionnaire historique de la Suisse. <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F4798.php> (04.04.2021).

⁴¹³ A propos de cet auteur, consulter : ANELLI BORIS/PIDOU FRANÇOIS, Dictionnaire historique de la Suisse. <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F49115.php> (04.04.2021).

⁴¹⁴ A propos de cet auteur, consulter : MEUWLY OLIVIER, Secrétan, Charles, Dictionnaire historique de la Suisse. <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D41424.php> (04.04.2021).

judiciaire du pays de Vaud », et PIDOU : « Le droit naturel présente-il quelques principes sur la procédure ? »⁴¹⁵.

383 Ainsi, comme le formule CONOD, « Si l'exercice de la justice laisse à désirer au XVIII^e siècle, le pays dispose [...] d'hommes qui vont lui permettre de traverser sans trop de heurts les troubles de l'Helvétique, de s'affirmer sous l'Acte de Médiation et enfin de connaître un renouveau de la science juridique avec le code civil de 1819 et le code de procédure civile de 1824 »⁴¹⁶. En effet, durant la République helvétique, la procédure civile subsiste telle que les vaudois la connaissent sous le régime bernois. Et après une tentative infructueuse de SECRETAN pour doter les helvétiques d'une procédure civile unifiée, l'Acte de Médiation du 19 février 1803 vient finalement proclamer la souveraineté du canton de Vaud, sonnante ainsi le glas des tentatives d'unification aussi bien du droit civil matériel que de la procédure civile⁴¹⁷.

384 Le 22 juillet 1813, à la suite de quelques projets du Petit Conseil pour assainir la procédure civile vaudoise sur ses lacunes les plus criantes, la Commission pour la révision des lois civiles rédige un rapport en faveur d'une refonte totale des lois et de l'élaboration d'un code civil et d'un code de procédure. A cette fin, le Petit Conseil invita HENRI CARRARD, LOUIS PORTA et CHARLES DE FELICE à présenter un projet de code pour le 1^{er} mars 1814, avec pour objectif l'élaboration d'un code « tir[ant] sa sève des anciens coutumiers et usages judiciaires ». Car contrairement à la marche suivie pour la rédaction du code civil vaudois qui se voulait beaucoup plus innovante et inspirée du code Napoléon, le code de procédure civile français ne fut pas une source d'inspiration pour l'organisation judiciaire vaudoise dans la mesure où « le langage et les dispositions seraient pour nous chose absolument nouvelle, et qui malgré les améliorations qu'elle [la procédure française] peut avoir subies est encore plus longue, beaucoup plus compliquée que celle que la pratique a introduite dans notre canton »⁴¹⁸.

385 Selon CONOD, l'organisation judiciaire française est à la fois, beaucoup plus hiérarchisée et bien plus inquisitoire que celle en vigueur dans le canton de Vaud. Sous cet angle, on peut considérer que **la procédure civile vaudoise doit plus aux influences et théories doctrinales allemandes que françaises**⁴¹⁹.

b. Procédure selon le Code de procédure civile du canton de Vaud du 11 décembre 1824

386 Après cinq projets rejetés entre juin 1822 et décembre 1824, c'est finalement le sixième projet qui fut adopté par le Conseil d'Etat le 10 décembre 1824, ce qui, vu l'impossibilité pour le

⁴¹⁵ CONOD, p. 33 ; WALDER/MEIER, p. 94.

⁴¹⁶ CONOD, p. 33.

⁴¹⁷ CONOD, p. 35 ss.

⁴¹⁸ Réflexions sur un code de procédure civile à l'usage du canton de Vaud, 1813, ACV, KVII a 4, p. 2 ; CONOD, p. 55 ss.

⁴¹⁹ CONOD, p. 55 ss.

Grand Conseil de proposer des amendements, n'apparaît pas forcément excessif. Une fois encore, les maximes de procédure et plus particulièrement les maximes des débats et de disposition ne sont pas explicitement énoncées dans ce code de procédure civile vaudois. On déduit toutefois – à la lecture de l'art. 38 CPC/VD 1824 relatif aux « exploits » – **l'initiative des parties quant à l'introduction de la procédure.**

L'exploit constitue « l'acte juridique signifié à une personne ou à un corps, dans le but de l'ajourner devant un tribunal ou un juge, ou de porter à sa connaissance une prétention quelconque ; cette communication est faite à l'instance de l'une des parties, sous l'autorité du juge »⁴²⁰. Dans ce cadre, **le juge n'agit que sur requête de l'une des parties et se limite à constater la réalité de la communication**, respectant ainsi le principe d'allégation et d'autonomie des parties. Au surplus, il s'agit d'une procédure « à quatre débattues » (demande, réponse, réplique, duplique). **La demande doit contenir tous les faits et titres relatifs à la cause** (art. 168 CPC/VD 1824), et ce, d'autant plus que le demandeur ne pourra plus alléguer de faits fondamentaux en réplique. De même, la demande **doit encore contenir des conclusions nettes, précises et conformes à celles énoncées dans l'exploit de citation** (art. 58 et 173 CPC/VD 1824), que le demandeur ne pourra pas modifier durant le procès. On retrouve d'ailleurs cette **exigence de clarté et de précision** incombant au demandeur dans la procédure civile genevoise⁴²¹.

Dans sa réponse le défendeur doit pour sa part **énoncer les faits et moyens auxquels il souhaite recourir, ainsi que ses conclusions**. Il doit **se déterminer de manière claire sur les faits de la demande** sous peine que lesdits faits soient réputés vrais (art. 176 et 178 CPC/VD 1824). Par la suite sa réponse sera communiquée au demandeur qui, s'il l'estime nécessaire, **pourra requérir que le défendeur catégorise les passages jugés obscurs de la réponse** (art. 181 CPC/VD 1824). Cette requête ou « incident en catégorisation », qui découle de la procédure de droit romano-canonique (notions de *libellus ineptus* et *libellus incertus*), est annoncée par exploit et le défendeur doit y répondre par une dictée. A noter encore que l'art. 181 CPC/VD 1824 prévoit **seulement la catégorisation de la réponse**⁴²². CONOD évoque toutefois l'admission d'une catégorisation de la demande par une partie de la doctrine ainsi que par la jurisprudence de l'époque, bien que la Commission du Grand Conseil de 1822 s'y soit explicitement opposée, estimant que « le défendeur ne trouve jamais la demande assez claire »⁴²³. Ainsi, dans une décision du Tribunal de district de Lausanne du 8 octobre 1816 (Mandrot c. Dame Hollard), la défenderesse relève la **contradiction entre les conclusions de la demande** (somme de 811 francs due en vertu d'une obligation du 12 mars 1816) **et la demande elle-même** (même somme due en vertu d'une obligation du 12 mars 1806), concluant ainsi au « **renvoi à mieux agir du demandeur** ». Le Tribunal de district, tout en admettant la caractère équivoque de la demande, a toutefois estimé que « ce léger défaut ne

⁴²⁰ CONOD, p. 113.

⁴²¹ CONOD, p. 153 s. et réf. cit.

⁴²² CONOD, pp. 160 et 166 ss ; NÖRR, Romanisch-kanonisches Prozessrecht, p. 92 s.

⁴²³ Rapport de la Commission de 1822, ad art. 154, p. 72 (Projet n° 1). Egalement cité in : CONOD, p. 160, note n° 78.

peut donner lieu à l'exception *inepti libelli*, ni à un renvoi à mieux agir, mais tout au plus à un exploit en catégorisation »⁴²⁴.

389 En matière de preuve, les art. 184 et 185 CPC/VD 1824 disposent que **chaque partie administre successivement la preuve des faits qu'elle allègue**. La règle en droit vaudois est que les parties mènent la procédure probatoire à leur guise, « le juge n'est là que pour compter les coups et attribuer les points. Il ne peut intervenir dans la preuve que si la loi le prévoit »⁴²⁵. C'est par exemple le cas de l'art. 178 CPC/VD 1824 qui prévoit les hypothèses dans lesquelles le juge peut déférer d'office le serment judiciaire, ou encore aux art. 298 à 300 CPC/VD 1824 qui traitent de l'inspection ordonnée d'office.

390 La procédure vaudoise de 1824 laisse donc une **liberté quasi-totale aux parties en matière de preuve**, ce qui selon CONOD, **garantit une égalité entre les plaideurs et apporte une sûreté incontestable de l'instruction en cause**. Il observe cependant un **léger manque de souplesse** dans le procédé probatoire ainsi qu'une **certaine lenteur du système** qu'il suppose être la conséquence de chicanes et procédés dilatoires du plaideur⁴²⁶.

391 Finalement, l'art. 255 CPC/VD 1824 relatif à la déposition des témoins résume parfaitement le rôle du juge dans la procédure probatoire, soit une attitude « spectatrice », avec pour seules exceptions les cas pour lesquels il organise, soutient et coordonne les actions initiées par les parties :

392 « Le Président lit au témoin les interrogations et contre-interrogations, qui lui ont été adressées par les parties.

Il ne peut rien y ajouter, excepté **ce qui est nécessaire** pour en bien faire comprendre le sens, ou pour éclaircir le sens de la réponse du témoin. »

393 La formulation de l'al. 2 qui prévoit une **fenêtre d'action pour le juge lorsque les allégations seraient imprécises**, restreint au strict nécessaire le pouvoir du juge quant aux allégations des parties. Il ne s'agit donc pas d'un véritable correctif du juge, mais plutôt d'un pouvoir de clarification, fondé sur ce qui a été présenté en amont, rien de plus.

394 S'agissant du principe de la maxime de disposition, on retrouve à l'art. 325 al. 2 et 3 CPC/VD 1824 le principe *ne eat iudex ultra petita partium*, soit **l'interdiction pour le juge d'octroyer plus ou autre chose que ce que lui a réclamé le demandeur**⁴²⁷. Le juge est donc lié, dans son jugement, par les conclusions des parties. Concernant les sanctions, l'art. 370 CPC/VD 1824 dispose « [qu'] un jugement définitif rendu par une Justice de paix ou par un Tribunal de district, est nul ; [...] b) Lorsque, contre les dispositions de l'article 325, le

⁴²⁴ CONOD, p. 160

⁴²⁵ CONOD, pp. 173 ss et 213. Voir aussi l'art. 190 2^{ème} phr. CPC 1824.

⁴²⁶ CONOD, pp. 213 et 221.

⁴²⁷ Art. 325 CPC/VD 1824 (mise en gras ajoutée) :

« Les jugemens doivent être rendus d'après les conclusions que les parties ont prises au procès.

Le juge ne peut accorder au demandeur au-delà de ce qu'il demande, ni autre chose que ce qu'il demande.

Mais le juge peut réduire les conclusions du demandeur, et ne lui en accorder qu'une partie ».

jugement accorde au demandeur au delà de ce qu'il demande, ou autre chose que ce qu'il demande ». La sanction est donc la nullité du jugement.

c. Conclusion

Le code de procédure civile vaudois de 1824 propose donc une **version presque sans compromis du principe de l'autonomie des parties** et, indirectement, de la maxime des débats. Une telle répartition des forces entre parties et juge présentera, logiquement, un risque accru d'erreur ou d'abus, notamment de la part du « défendeur rusé » qui essaiera de retarder la procédure. Dans ce contexte, la question reste ouverte de savoir si, en pratique, le juge avait autant de réserve à agir que ce que suggère le code, ou s'il pouvait se permettre d'intervenir de façon plus étendue, dans les cas où les parties l'y invitaient ou donnaient tacitement leur accord, qu'elles soient ou non représentées par un avocat. Quoiqu'il en soit, on observe des solutions relativement dissemblables en procédure genevoise et vaudoise, découlant chacune d'expériences et d'influences différentes, leur faisant craindre des risques et abus disparates, quant au déroulement de leur procédure.

395

Ainsi, alors que la procédure genevoise semble largement placer sa confiance dans le juge et dans sa capacité à apprécier, corriger et/ou pallier les insuffisances propres aux cas d'espèce, il n'en est pas de même pour la procédure vaudoise de 1824. Cette dernière fait reposer en grande partie la responsabilité de la procédure et de son déroulement sur les épaules des parties, renvoyant le juge à un rôle amélioré d'arbitre.

396

d. Transition par les codes de procédure civile vaudois de 1847 et 1869

Par réaction à la procédure de 1824 **critiquée pour sa lenteur et ses chicanes**, le code de procédure civile vaudois de 1847 tentera d'accroître l'activité du juge ainsi que de faciliter l'action des parties en instaurant un **procès civil très similaire au déroulement du procès pénal**⁴²⁸. Ainsi, les codificateurs attribueront-ils au juge le devoir de veiller à ce que l'instruction se déroule, autant que possible, de manière **expédiente et idoine** (« Le juge doit veiller à ce que l'instruction soit, autant que possible, sûre, prompte et économique, et à ce que l'égalité soit maintenue entre les parties », art. 3 CPC/VD 1847) et introduiront de façon plus drastique une nouveauté dans la direction du procès : « Le procès s'**instruit sous l'autorité et sous la direction du Juge** conformément aux dispositions du présent code » (art. 2 CPC/VD 1847). La Commission sur les affaires judiciaires opère toutefois une distinction entre **la procédure ouverte devant le juge de paix**, qui la dirige « sauf à écouter les vœux

397

⁴²⁸ C'est également la conclusion à laquelle aboutit TROLLER, 48 s. : « Nach Genf sagte auch die Waadt der überwiegenden Parteiherrschaft im Prozess den Kampf an. Aus den Motiven zum Code de procédure geht hervor, dass im Interesse einer rascheren Prozessführung und der materiellen Wahrheit die Macht des Richters in Annäherung an seine strafprozessuale Position gestärkt werden sollte ». (Mise en gras ajoutée).

des parties » et la **procédure devant les tribunaux de district** qui déterminent les faits à éclaircir, les preuves à faire valoir et celles qui sont superflues, les points de droit à résoudre et de façon générale, apprécient si la cause a été suffisamment instruite⁴²⁹.

398 Cette inversion dans la conduite du procès, appelant à différentes lectures de son contenu, n'a cependant pas fait l'unanimité. Ainsi, la Commission du Grand Conseil relève, dans un rapport de 1847, les **difficultés consécutives à l'application de ce principe**, tandis que certains députés comme Pittet nuance cette critique en affirmant : « L'article 2 CPC dit que la procédure s'instruit **sous l'autorité du juge**, mais non **par le juge**. [...] Il dirigera dans l'emploi des moyens, mais il ne dictera pas les moyens que les parties auront à prendre »⁴³⁰. La pratique suivra cette interprétation du texte légal et proposera une **application assez restrictive de l'art. 2 CPC/VD 1847**, comme le montre ces extraits d'arrêts de la Cour de Cassation : « le juge **n'a pas à suppléer d'office au silence de la partie et à soulever d'office des moyens exceptionnels** »⁴³¹, « il ne doit pas retenir d'office la prescription qui doit être présentée par le plaideur »⁴³² et enfin « le juge de paix **n'a pas à instruire d'office une question qui n'a pas été soulevé par les parties et qui n'a pas fait l'objet d'une demande de preuve**, vu les restrictions posées à l'art. 826 CC »⁴³³.

399 Sous couvert du principe des art. 2 et 3 CPC/VD 1847 et de leur renvoi présumé au principe inquisitoire, il s'agit en réalité d'une **organisation plus équilibrée du procès** que propose le code de 1847, **laissant aux parties le soin de définir les moyens à l'appui de leur demande, tout en facilitant l'instruction et le déroulement général de la procédure par l'intervention du juge civil**. Ainsi, la formulation très directe de l'art. 2 CPC/VD 1847 qui semble à première vue renvoyer au principe de la maxime inquisitoire, est en vérité un peu différente de son acception doctrinale et jurisprudentielle⁴³⁴. Par la suite, ce code inspirera très largement les codes vaudois de 1869 et de 1966. En effet, le CPC vaudois de 1869 reprend tel quel, le contenu des art. 2 et 3 CPC/VD 1847, tout en apportant des modifications significatives quant à leur mise en œuvre et à la tenue du procès dans son ensemble.

400 Le CPC vaudois du 25 novembre 1869 (en vigueur dès le 1^{er} juillet 1871) fait suite au **besoin d'harmonisation, consécutif à l'entrée en vigueur de la loi du 8 avril 1863 sur l'organisation judiciaire**. L'urgence de réviser la procédure civile vaudoise après 20 années d'application du CPC/VD 1847 est d'autant plus pressante que, comme l'admet le Conseil d'Etat « il renferme des défauts et des lacunes qu'il est urgent de corriger et de combler,

⁴²⁹ KRIEGER, pp. 59 ss et 67 ss.

⁴³⁰ Bulletin du Grand Conseil du 28 janvier 1847, p. 14 (mise en gras ajoutée) ; KRIEGER, p. 68.

⁴³¹ JdT 1867 p. 913 (résumé) : CCass., « Rod c. Anex, 28 mai 1867 » ; KRIEGER, p. 68.

⁴³² JdT 1859 p. 550 : CCass., « Lambotteau c. Uttin-Hugen », 4 octobre 1859 (Mise en gras ajoutée) ; KRIEGER, p. 68.

⁴³³ JdT 1863 p. 621 : CCass., « Dame Chanson c. Dame Meylan », 1^{er} octobre 1863. L'art. 826 CC traite des cas de nullités accordées au mineur, à l'interdit, à la fille majeure, à la femme, à la veuve ou à leur ayants-cause, pour les sommes qui n'auront pas tourné à leur profit. (Mise en gras ajoutée). Voir aussi : KRIEGER, pp. 61 et 68.

⁴³⁴ KRIEGER, p. 61 ss.

indépendamment de toute révision de la loi judiciaire »⁴³⁵. Sur la question des modifications essentielles apportées au système d'instruction dans la procédure, le Conseil d'Etat s'est notamment interrogé sur la **réalisation effective des objectifs de sûreté, promptitude, économie et égalité de traitement** de l'art. 3 CPC/VD 1847, et est arrivé à la conclusion qu'il existait d'importantes lacunes quant à l'objectif de sûreté dans l'instruction. La Commission chargée d'examiner le projet du code de procédure civile de 1869 se rallie également à ce constat dans son rapport au Grand Conseil⁴³⁶ :

« Mais elle [votre commission] estime d'autre part, comme le Conseil d'Etat, comme l'immense majorité des membres des corps judiciaires et des praticiens, que le code de 1847 a besoin d'être revu et complété sur un grand nombre de points. **Ce qui tient aux pièces écrites à fournir par les parties est, à l'heure qu'il est, régi par des dispositions qui ne garantissent pas suffisamment une bonne instruction de la cause. Le demandeur peut se renfermer dans un système d'affirmations générales, sans portée juridique et sans précision. Le défendeur peut, jusqu'à l'ouverture des débats, laisser ignorer complètement à son adversaire le terrain sur lequel il entend se placer. [...]** Le programme des faits constants et des faits à résoudre, qui énumère et fixe les points sur lesquels le Tribunal de district prononce souverainement, et sur lesquels la Cour de cassation ne pourra revenir, est une institution que chacun s'accorde à condamner, **vrai traquenard dans lequel le plaideur madré s'efforce de faire tomber son adversaire et le Tribunal lui-même**, en cherchant à l'avance à se ménager des moyens de réforme ou de nullité ».

Fort de ce constat, la révision de 1869 dénote d'une volonté de **parer aux abus et aux lacunes présentes dans les dispositions du CPC/VD 1847** qui se sont, avec le temps, étendus à la pratique. Afin que le tribunal « bercé jusque là de contradiction en contradiction » n'ait plus à s'en remettre aux arguments de la dernière heure, le nouveau projet prévoit **l'obligation stricte pour le demandeur d'articuler nettement les faits qui sont à la base de sa prétention** (art. 129 et 130 CPC/VD 1869⁴³⁷), de même que **l'obligation réciproque pour le défendeur d'y répondre de manière catégorique**. L'objectif proclamé par le Conseil d'Etat est que désormais, l'instruction se fasse **avec ordre**, mais aussi et surtout **dans l'ordre**, en exigeant des parties qu'elles indiquent clairement les faits sur lesquels elles basent leurs conclusions dès le début du procès. **Deux objectifs qui entremêlent les notions de devoir d'allégation, devoir de motivation et de concentration des faits et moyens de preuve, de même que la question de l'admission restreinte des nova**⁴³⁸ :

« Ce qu'on veut, c'est que les parties prennent l'habitude **d'indiquer d'emblée dans les pièces de procédure tous les faits à leur connaissance sur lesquels elles ont l'intention de motiver leurs conclusions** [maxime des débats et

⁴³⁵ Bovey, Exposé des motifs du Conseil d'Etat sur le Projet de code de procédure civile contentieuse, Recueil des débats sur le Code de procédure civile du Canton de Vaud du 25 novembre 1869, p. 3.

⁴³⁶ Rapport au Grand conseil sur le projet de code de procédure civile contentieuse, p. 55. (Mise en gras ajoutée)

⁴³⁷ art 129 : 1. La demande renferme : a) La désignation des parties ; b) **L'exposition articulée des faits rangés sous des numéros d'ordre** ; c) **Les conclusions** ; d) Le bordereau des titres produits ou censés produits. 2. L'énonciation des moyens de droit est facultative ; elle doit être séparée de l'exposition des faits. (Mise en gras ajoutée).

art 130 : Les conclusions doivent être claires et précises. Elles peuvent être restreintes ou modifiées, jusqu'à la clôture de l'instruction, toutefois sans que la nature en soit changée. La réduction des conclusions ne peut donner lieu à un déclinatoire. 2. Les conclusions ne peuvent, dans aucun cas, être augmentées. (Mise en gras ajoutée).

⁴³⁸ BOVEY, Exposé des motifs du Conseil d'Etat sur le Projet de code de procédure civile contentieuse, Recueil des débats sur le Code de procédure civile du Canton de Vaud du 25 novembre 1869, p. 15 s. (Mise en gras ajoutée).

maxime éventuelle] ; que, si possible, elles **présentent ces faits avec clarté, concision et dans leur ordre chronologique et logique, de manière à faciliter plus tard, la tâche du président** [Substanziierungs- et Behauptungslast] ; mais surtout ce qu'il faut, c'est que le plaideur se familiarise avec l'idée que désormais il ne sera plus question d'avancer, en demande ou en réponse, des faits en l'air ; **que toute allégation inexacte ou imprudente tournera contre lui s'il ne l'explique ou ne la justifie pas plus tard et qu'enfin toute omission volontaire ou involontaire d'un fait pertinent au procès qu'il ne révélerait qu'après coup peut entraîner pour lui un renvoi d'audience à ses frais.** Il faut de même, toujours sous cette dernière sanction, qu'il s'habitue à produire ou à indiquer, dès le premier jour, les titres sur lesquels il fonde ses prétentions, au lieu de les apporter à l'audience comme cela se fait actuellement [réglementation plus stricte des nova] ».

404 Ce Code, très largement construit autour de l'objectif de sécurité du droit et de la volonté d'endiguer les abus qui avaient cours sous l'empire du CPC de 1847, soumet les parties à de **nouvelles contraintes** sans toutefois leur ôter la **primauté de l'allégation des faits et des moyens de preuve**. Ainsi, malgré la formulation inchangée et selon nous un peu équivoque des art. 2 et 3 CPC/VD 1869 c'est bien le **principe de l'établissement des faits et moyens de preuve par les parties** qui fait foi dans le procès civil vaudois de l'époque (maxime des débats). De même, on déduit l'application de la **maxime de disposition** à la lecture de certaines dispositions (§ 285 al. 2 CPC/VD 1869, consacrant les adages *ne eat iudex ultra petita partium* et *quod non est in actis, non est in mundo*)⁴³⁹. Certains garde-fous sont toutefois prévus, que ce soit par **les sanctions en cas d'inaction ou de manœuvres dilatoires**, ou encore par le **correctif du juge**. On trouve également une expression du droit du juge d'interroger les parties, notamment au § 173 al. 2⁴⁴⁰ :

« Les parties comparissant et étant d'ailleurs en règle, **s'expliquent verbalement sur les faits allégués ou niés** dans la demande et dans la réponse soit en alléguant des faits nouveaux, soit en passant des négations.

Le **Président interroge les parties et tente de les mettre d'accord** sur chacun des faits allégués ».

405 Près de 70 ans plus tard, le Code de procédure civile dans sa version modifiée de 1936⁴⁴¹ reprendra, en substance, le contenu du CPC/VD 1869 en ce qui concerne les principes directeurs du procès, à savoir l'office du juge et de l'instruction prompte, sûre, économique et égalitaire du procès (art. 2 CPC/VD 1936). De même, il ajoutera certaines précisions quant au contenu du principe de l'accusatoire et du droit d'interpellation et d'interrogation du juge (art. 128, 130 et 130 CPC/VD 1936⁴⁴²).

⁴³⁹ SCHURTER, p. 24 s.

⁴⁴⁰ Mise en gras ajoutée. SCHURTER, p. 31 s.

⁴⁴¹ Il s'agit plus exactement du **Code de procédure civile du 20 novembre 1911**, modifié par les lois du 22 janvier 1919, du 17 mai 1921, du 26 novembre 1923, du 15 décembre 1936 et du 24 mai 1937.

⁴⁴² Art. 128 : « 1. Le juge ne peut fonder son jugement **que sur des faits admis par les parties ou établis au cours de l'instruction du procès selon les formes légales**. 2. Les allégations qui peuvent se déduire de faits admis ou prouvés et celles qui qualifient ou apprécient d'autres faits peuvent être laissés à l'appréciation du juge. [...] ». (Mise en gras ajoutée). Cf. à ce sujet, GAFNER, p. 12 ss et HEUSLER, p. 99.

Art. 131 (sous le titre « de la Preuve des allégations de fait ») : « D'office ou sur réquisition, le juge a toujours le droit, en tout état de cause, d'interroger les parties **pour leur faire préciser exactement en quelle mesure elles admettent**

3. « Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege » de 1874

a. Historique

Selon FRITZSCHE, le canton de Zurich a connu quatre périodes phare dans le développement de ses institutions et de son organisation judiciaire qui s'étalent durant la période dite de Régénération, soit des révisions constitutionnelles cantonales de la fin de la Restauration (1830-1831) jusqu'à la Constitution de 1869⁴⁴³ :

- une première période d'administration relativement fragmentée de la justice jusqu'en 1830⁴⁴⁴ ;
- une phase de « Régénération » de la justice de 1831 à 1839, grandement matérialisée par les idées de FRIEDRICH LUDWIG KELLER⁴⁴⁵ ;
- une période de codification cantonale du droit privé et procédural avant 1869 ;
- une quatrième et dernière phase d'administration de la justice selon la Constitution cantonale de 1869 restée en vigueur jusqu'en 2006.

Vers 1831, alors que des réformes politiques et sociales sont initiées dans un contexte général de mécontentement du peuple, une restructuration juridique de l'Etat se met en marche sous l'impulsion d'un groupe de juristes zurichois au surnom à la fois admiratif et (peut-être un peu) railleur de « jeunes juristes »⁴⁴⁶, avec en tête de file : FRIEDRICH LUDWIG KELLER. En 1819, KELLER entame des études de droit à l'Université de Berlin, très réputée en raison de

ou contestent leur allégations réciproques, de faire constater le résultat de l'interrogatoire au procès-verbal et d'en tenir tel compte que de raison dans son jugement. [...]». (Mise en gras ajoutée). Cf. également art. 296 (procédure ordinaire) et 380 (procédure devant un juge unique) et GAFNER, p. 55.

⁴⁴³ FRITZSCHE, Begründung und Ausbau der neuzeitlichen Rechtspflege des Kantons Zürich. Voir également: CALIEROTTI A., Herkunft und Entwicklung des schweizerischen Zivilprozessrechts: von den ersten kantonalen Kodifikationen bis zur eidgenössischen ZPO, Zurich 2020; TAPPY, Congrès de Vienne, 203 ss.

⁴⁴⁴ Dans un premier temps, Zurich ne possédait pas d'organisation judiciaire unifiée, ce qui conduisait à des disparités dans le traitement de ses causes, selon qu'elles s'ouvraient dans la ville ou bien les régions alentour de Zurich. Ainsi les zones périphériques, en main des baillis, traitaient avant tout des juridictions de première instance tandis que la ville, administrée par des tribunaux de ville (« Stadtgericht ») composé du maire et d'un collège de juges, s'occupaient des autres affaires (« Schuldstreitigkeiten ») ainsi que les cas les plus complexes). Au sein des juridictions civiles, on distinguait encore entre les tribunaux réservés à la noblesse et ceux « de même niveaux » ouverts soit aux populations rurales soit aux populations citadines. De façon générale, FRITZSCHE décrit un système patriarcal marqué par un lien fort entre les autorités politiques et juridiques. Il s'agit également d'une justice fragmentée qui évoluera toutefois vers une structure plus unitaire entre 1798 et 1830, soit de la République Helvétique à la Restauration. FRITZSCHE, Begründung und Ausbau, p. 11 ss ; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht, p. 41 à 46.

⁴⁴⁵ A propos de cet auteur, consulter : SCHURTER/FRITZSCHE, p. 134 ss ; FRITZSCHE, p. 35 ss ; WOLF, p. 528 s. ; ALEXANDER BECK, in : Schweizer Juristen der letzten hundert Jahre, Zurich, 1943, p. 125 ; MARTIN, p. 5.

⁴⁴⁶ KELLER explique l'origine de ce surnom : « Ein großer Theil der sogenannten jungen Juristen – bei welchem Ausdruck man übrigens nicht etwa an Jünglinge von sechzehn Jahren, sondern an Männer denken muß, die fast alle entweder im großen Rathe sitzen, oder doch das hiezu erforderliche Alter erreicht haben - sind unmittelbare Schüler von Savigny, dem rechtsgelehrten, der sich so bestimmt wie kein anderer über Entstehung und Bildung des Rechtes, über die Bedeutung der Gesetzgebung und des Gerichtswesens in Schrift und Lehre ausgesprochen und Grundsätze entwickelt hat, deren Wahrheit nicht nur von seinen hiesigen Schülern, sondern, so viel wir wissen, von allen unsern Genossen anerkannt wird » (mise en gras ajoutée), KELLER, p. 6 s.

l'enseignement dispensé par Savigny depuis 1810. Sa conception des sources historiques du droit et de la force mésestimée de la conscience ou mémoire collective de la Nation (« Volksgeist ») imprègnera grandement la réflexion de KELLER. Ce dernier attire pour la première fois l'attention à l'occasion de la publication de sa thèse de droit romain en 1822. Il enseigne ensuite le droit civil à l'institut politique de Zurich dès 1824, devient professeur honoraire en 1826 et publie en 1827 son livre « Über Litis Contestation und Urtheil nach klassischem Römischen Recht » qui fera de lui un romaniste de référence. Plus tard, il devient professeur extraordinaire de « Partikularrecht » et de droit romain à l'Université de Zurich dès sa fondation et exerce en parallèle la fonction de président de la Cour suprême (« Obergericht ») de 1831 à 1837. De manière plus générale, il sera un **pionnier de la modernisation de la justice dans le canton de Zurich**, notamment au travers de ses « Monatschronik der zürcherischen Rechtspflege » ou encore de son ouvrage « Die neuen Theorien in der zürcherischen Rechtspflege », largement inspiré de son expérience en tant que Président de la Cour suprême. Son travail aboutira à une restructuration de la justice dans et au delà des frontières de son canton ainsi qu'à une codification du droit et de la procédure civile zurichoise auquel il participera de manière indirecte⁴⁴⁷. A ce propos, SCHMID dit de lui⁴⁴⁸ :

409 « Keller gilt als Schöpfer der Zürcher Justizreform (mit beispielhafter Wirkung für die ganze Eidgenossenschaft), als Begründer der wissenschaftliche Jurisprudenz der Schweiz und als einer der grössten Juristen des 19. Jahrhunderts ».

410 Selon FRITZSCHE, KELLER a laissé une trace particulièrement positive et inspirante dans la procédure civile zurichoise au travers de deux principales prises de position : d'une part **sa condamnation du paternalisme étatique et judiciaire** ou comme la qualifie TROLLER « die von aussen kommende **Gefährdung der richterlichen Integrität** »⁴⁴⁹, qu'il tente d'éviter par la mise en œuvre de plusieurs principes tels que l'oralité, la publicité des débats, l'interdiction de l'arbitraire⁴⁵⁰, ainsi que le principe de la maxime des débats. D'autre part **sa préférence pour le principe de la preuve matérielle** (« Lehre vom materiellen Beweisrecht ») par opposition à l'enseignement de droit commun allemand qui s'appuie sur la théorie de la preuve légale (« Prinzip der gesetzlichen Beweistheorie »). RUDOLF EDUARD ULLMER, juriste, juge et politicien zurichois contemporain de KELLER, contribuera également à l'essor

⁴⁴⁷ FRITZSCHE, pp. 35 ss et 47 ss ; SCHURTER/FRITZSCHE, p. 134 ss ; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht, p. 46 ss. Concernant l'influence de Savigny sur le travail de Keller, voir aussi : KELLER, p. 7 ss.

⁴⁴⁸ BRUNO SCHMID, in : Keller, Friedrich Ludwig, Historisches Lexikon der Schweiz (HLS) [2003-2014]. <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D7312.php>. (Etat au 04.04.2021). (Mise en gras ajoutée).

⁴⁴⁹ TROLLER, p. 36 s.

⁴⁵⁰ Ce principe formulé par KELLER selon lequel « Alle Willkür, alles Persönliches, soll aus dem Verfahren verbannt sein » rompt avec la vision patriarcale des institutions inspirée de l'Ancien Régime et consacre une première autonomie des parties face à l'ingérence du juge dans le procès. Cette notion ressort très bien aux §§ 86 et 99 de la loi organique de 1831 : « Der Richter hat keinen sogenannten väterlichen Rat zu erteilen. Wenn er es doch tut, wird er ablehnbar. Der Advokat soll die sogenannten väterlichen Räte erteilen, tut dies der Richter, so verletzt er dadurch seine Pflichten. Damit hängt das heute noch im Gesetze ein beschiedenes Dasein fristende „Verbot des Berichtens“ zusammen: Das sogenannte Berichten der Parteien in Zivilprozessen oder die Privatbesuche bei den Richtern, um sich ihrer Gunst zu empfehlen, ist als des freien Bürgers unwürdig und der Gerechtigkeit nachteilig untersagt ». Voir aussi: LIENHARD, p. 14 ss.

des principes de procédure civile zurichois dans son ouvrage : « Der Zürcherische Civilprozess nach den Gesetzen und der Praxis » paru en 1861⁴⁵¹.

Durant la phase de Régénération, le Grand Conseil adopte une **loi organique relative au système judiciaire et à l'administration civile de la justice** (« das Organische Gesetz über das Gerichtswesen im allgemeinen und die bürgerliche Rechtspflege insbesondere »). L'existence de cette loi du 10 mars 1831 à laquelle a notamment contribué KELLER, n'a toutefois pas empêché que toutes les modifications du système judiciaire passent au préalable par une modification de la Constitution cantonale. Ce fut le cas pour l'introduction du procès par jury en matière pénale inspiré de la France et de la Grande Bretagne, du tribunal de corporation (« Zunftgerichte »), ainsi que des tribunaux de commerce et des prud'hommes (« Gewerbegerichte ») qui seront autorisés par une loi constitutionnelle du 29 août 1865⁴⁵².

Quelques principes de procédure seront également insérés à cette loi d'organisation judiciaire, principes relativement rudimentaires qui resteront en vigueur pour plusieurs décennies, jusqu'à l'élaboration d'une véritable législation en matière de procédure civile, comme l'explique FRITZSCHE⁴⁵³ :

« Die bei jedem einzelnen Gerichte aufgestellten Regeln des Verfahrens enthalten bei weitem keine vollständige Prozessordnung in unserem Sinne. Aber sie bildeten ein Gerippe, das unter dem Einfluss einer vorbildlichen Praxis Leben und Bedeutung gewann ».

Comparé aux autres cantons, Zurich procédera très tard à la codification de sa procédure civile, retard qui dans les faits ne lui a pas particulièrement porté préjudice. En effet, tout comme pour la codification de son droit privé, le travail législatif mis à l'œuvre pour la procédure civile a l'avantage de pouvoir puiser dans une pratique judiciaire exercée et indépendante. Riche de toute cette expérience, le Code de procédure civile zurichois sera du point de vue de FRITZSCHE un, si ce n'est le plus abouti des codes de procédure cantonaux. Sa première version verra le jour en 1866 (« 30. Weinmonat 1866 »), en même temps que le code de procédure pénale et la loi sur l'organisation judiciaire (« Gesetz betreffend das Gerichtswesen im allgemeinen » ; « Zivilprozessordnung » ; « Strafprozessordnung » ; « Gesetz betreffend die Ordnungstrafen »)⁴⁵⁴.

En théorie d'ailleurs, la codification cantonale zurichoise aurait dû être adoptée bien plus tôt. Vers les années 1840 déjà, le président de la Cour suprême JOHANN G. FINSLER était chargé de l'élaboration d'un projet de loi, proposé dès 1844. Ce projet ne verra cependant pas le jour bien que certaines des mesures qu'il préconise seront reprises dans les législations ultérieures. La pratique se contentera provisoirement des normes de procédure figurant dans la loi de

⁴⁵¹ ULLMER, p. 140 ; KELLER, p. 36 s. ; FRITZSCHE, p. 47 ss ; SCHURTER/FRITZSCHE, p. 138 ss ; OBERHAMMER/DOMEJ ; p. 125 ; WALDER/MEIER, p. 94 s.

⁴⁵² WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, *Zivilprozessrecht*, p. 46 s. ; SCHURTER/FRITZSCHE, p. 138 ss.

⁴⁵³ FRITZSCHE, p. 46.

⁴⁵⁴ FRITZSCHE, p. 71 ss ; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, *Zivilprozessrecht*, p. 48 ss ; OBERHAMMER/DOMEJ, pp. 125 et 257 ; WALDER/MEIER, p. 94 s.

1831 ainsi que des décisions et instructions qui seront donnés par la Cour suprême. C'est finalement le Juge Johann Jakob Treichler qui mènera ce travail législatif à son terme. Son projet puisera aussi bien dans la **pratique judiciaire zurichoise** que dans les **lois procédurales du Royaume d'Hanovre** comme modèles. WALDER et MEIER résumant d'ailleurs l'influence du droit allemand ou plutôt exactement de la doctrine allemande sur la procédure zurichoise et suisse de la façon suivante⁴⁵⁵ :

416 « Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, daß das schweizerische Zivilprozeßrecht – hier untersucht am Beispiel des Zürcher Rechts – und das heutige deutsche Zivilprozeßrecht einen gemeinsamen Ursprung haben. Es darf vermutet werden, daß das erste Zürcher Gesetz von 1866 mindestens in einzelnen Fragen auf Gesetze deutscher Einzelstaaten (Baden und Hannover) zurückgeht.

Bei der späteren Weiterentwicklung des Zivilprozeßrechts in Zürich dürfte **die deutsche Gesetzgebung** – abgesehen von Einzelfällen – **keine bedeutende Rolle** mehr gespielt haben. [...] **Von großem Einfluß** ist und war hingegen stets **die deutsche Lehre**. Ihr Einbezug ist für jede tiefgreifendere wissenschaftliche Auseinandersetzung im schweizerischen Prozeßrecht eine Selbstverständlichkeit ».

417 Au niveau du contenu, la codification de 1866 est une codification complète qui s'appuie sur trois textes, légiférant chacun sur un domaine complémentaire de procédure, à savoir : **une loi sur l'appareil judiciaire dans son ensemble, un code de procédure civile et un code de procédure pénale**. Le code de procédure civile connaîtra par la suite trois révisions notables : « das Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege vom 2. Christmonat 1874 », « das Gesetz betreffend den Zivilprozess von 13. April 1913 » et enfin « die Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 ». C'est sur la législation de 1874 que nous concentrerons notre étude⁴⁵⁶.

b. Procédure selon « das Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege vom 2. Christmonat 1874 »

418 La Constitution zurichoise de 1831 contient deux dispositions relatives à la conduite du procès civil. La première à l'art. 12 qui prévoit que chaque litige pourra être porté au minimum devant deux degrés de juridiction. La seconde à l'art. 13 qui érige la publicité des débats comme principe du procès civil, par opposition au droit commun allemand qui appliquait une procédure écrite et « confidentielle ». Ce choix très singulier par rapport aux autres législations cantonales résulte notamment de la pensée de KELLER qui **associe les principes de publicité des débats et d'oralité à la simplicité et la rapidité du procès**. La notion de « Öffentlichkeit » utilisée par ce dernier doit ici être comprise, au-delà de l'ouverture des débats, comme une ouverture de la justice aux parties dont il ne souhaite pas voir les droits restreints

⁴⁵⁵ WALDER/MEIER, p. 120. (Mise en gras ajoutée).

⁴⁵⁶ WALDER-RICHLI, Zivilprozessrecht, p. 44 ss ; FRITZSCHE, p. 62 ss ; OBERHAMMER/DOMEI, p. 125 ; WALDER/MEIER, p. 94 ss.

par une procédure secrète et trop interventionniste⁴⁵⁷. On retrouve la concrétisation de ces deux principes aux §§ 144 et 153 de la loi zurichoise de 1874⁴⁵⁸ :

« § 144. Die Partei- und Beweisverhandlungen, sowie die Eröffnung der Urteile und Beschlüsse sind bei allen Gerichten öffentlich. »

419

§ 153. Das Verfahren vor den Gerichten und Gerichtspräsidenten ist, wo das Gesetz nicht schriftliche Eingaben vorschreibt oder ausdrücklich zulässt, mündlich »⁴⁵⁹.

Dans cette même logique d'autonomie et de liberté des parties, KELLER insiste également sur la notion de maxime des débats qu'il qualifie de « eines der besten Kleinodien unserer Gesetzgebung »⁴⁶⁰ et qu'il considère comme un **principe de liberté citoyenne** permettant à chaque partie de disposer de ses droits sans ingérence étatique⁴⁶¹.

420

La loi de 1874 a conservé ces principes. La pratique a toutefois énormément évolué depuis KELLER et s'est détachée de certaines de ses considérations, notamment concernant la maxime des débats. FRITZSCHE déclare à ce sujet : « Man erkannte auch in Kreisen der Juristen immer mehr, dass die Verhandlungsmaxime überspannt worden war »⁴⁶². Ainsi, des juristes comme JOHANN RÜTTIMANN ou FRIEDRICH VON WYSS qui soutenaient initialement la mise en œuvre de la maxime des débats, se sont finalement mis à douter de son intérêt pratique. RÜTTIMANN considérait par exemple que **la pratique s'était trop forgée autour des concepts des maximes ainsi que de règles formelles et que la procédure ne progresserait que lorsqu'elle se serait libérée de ces considérations**⁴⁶³. Ainsi, sans la renier complètement, la procédure zurichoise se garde bien de tomber dans une application trop exagérée ou démesurée de la maxime des débats⁴⁶⁴.

421

⁴⁵⁷ SCHURTER/FRITZSCHE, p. 134 ss ; FRITZSCHE, p. 49 s. ; ULLMER, p. 140.

⁴⁵⁸ STRÄULI, pp. 69 et 71. Voir aussi : MEILI, p. 47-51.

⁴⁵⁹ L'objectif de rapidité de la procédure est quant à lui rappelé à l'art. 155 de la loi zurichoise de 1874, qui prévoit le rejet de toute requête écrite comportant des redondances inutiles ou un contenu indu.

⁴⁶⁰ FRITZSCHE, p. 50. Complété par le propos suivant : «Es ist eines der schönsten Rechte des freien Bürgers, dass er seine ökonomischen Angelegenheiten, wenn sie streitig gemacht werden, dem Richter nicht wie Sklaven ihrem Herrn in den Schob werfen und seine Gnade erbetteln muss, sondern dass er sie vor demselben in Gegenwart seines Gegners verteidigen und dafür einen Sachverständigen, den Advokaten, beiziehen kann. Der Richter soll nicht als geheimer Vogt dastehen, sondern als Mann, welchem die Ehre zuteil wird, über streitig gewordene Rechtsverhältnisse zwischen freien Bürgern zu entscheiden». A ce sujet, voir aussi : TROLLER, p. 36 ss.

⁴⁶¹ FRITZSCHE, p. 53 ; SCHURTER/FRITZSCHE, pp. 148 et 150 ; GULDENER, p. 135 ss ; ULLMER, p. 140.

⁴⁶² FRITZSCHE, p. 71 s.

⁴⁶³ « Wir sind, was den Prozess betrifft, in eine ganz falsche Bahn hineingeraten und haben uns einer Menge von Maximen und Formen unterworfen, von denen man früher nichts wusste und deren wissenschaftlicher Wert kaum höher anzuschlagen ist als ihr praktischer Nutzen. Von dieser Fesseln, die wir uns selbst geschmiedet haben, können und sollen wir uns wieder losmachen, ohne dass wir deshalb der Wissenschaft untreu zu werden brauchen. » ; J. RÜTTIMANN, in : Zur Geschichte und Fortbildung der Zürcherischen Rechtspflege, Zurich, 1855, p. 30.

⁴⁶⁴ FRITZSCHE, p. 49 ss ; SCHURTER/FRITZSCHE, pp. 134 ss et 150 ; REICHEL, Die Stellung der neueren (hauptsächlich schweizerischen) Gesetzgebungen zur Verhandlungsmaxime, RJB 1897, p. 102 s. ; ULLMER reste attachée à la dénomination de maxime des débats, qu'il cite explicitement comme principe directeur de la procédure civile zurichoise (Tit. V, ch. 2 : « In unserm Civilverfahren gilt die Verhandlungs- und nicht die Untersuchungsmaxime, folglich sind Verhöre und verhörtartige Einvernahme der Parteien unzulässig »), bien qu'il prévoi certaines exceptions. ULLMER, pp. 48 s. et 140.

422 **Le principe d'autonomie des parties** se retrouve toutefois clairement dans la formulation des §§. 282 ss de la loi zurichoise de 1874, et notamment dans les §§. 284, 286 et 291 qui mêlent les notions de « maîtrise de l'objet du procès » et « maîtrise de la recherche des faits » soit respectivement de la maxime de disposition et de la maxime des débats. A noter la spécificité de cet article formulé de manière négative (personne ne peut être contraint d'agir contre son gré)⁴⁶⁵ :

423 « §. 284. Niemand kann gezwungen werden, ein ihm zustehendes Recht wider sein Willen, oder früher als er will, geltend zu machen ».

§. 286. « Soweit das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes vorschreibt, ist es lediglich **Sache der Parteien, dem Richter das Tatsächliche des Streitfalles darzulegen**, und dürfen Einreden und Gegeneinreden mit Ausnahme derjenigen, deren Nichtbeachtung Ungültigkeit des Verfahrens zur Folge hätte, nicht von Amtes wegen ergänzt und tatsächliche Verhältnisse nur, so weit sie sich auf die Akten stützen, berücksichtigt werden ».

§. 291. «Der Richter darf einer Partei weder mehr, noch Anderes zusprechen, als sie selbst verlangt, noch minder, als der Gegner anerkannt hat».

424 Le §. 284 insiste donc sur la maîtrise des parties sur l'objet du procès (maxime de disposition) en disposant que nul ne peut être contraint de faire valoir un de ses droits, que ce soit contre sa volonté ou plus tôt qu'il ne l'aurait souhaité. C'est donc bien aux parties de définir le cadre et l'objet du procès civil. Le §. 286 traite pour sa part de la maîtrise des parties sur l'établissement des faits (maxime des débats) en rappelant qu'ils leur appartiennent de présenter au juge les faits au cœur de leur litige avec les conséquences que cela implique en cas de lacunes. Cette règle, contrairement au §. 284, est directement tempérée par certaines exceptions, sur lesquelles nous reviendrons ultérieurement⁴⁶⁶.

425 **Le principe** en vigueur est donc celui **de l'allégation des parties et de la souveraineté de leurs décisions quant aux faits et preuves** qu'ils souhaitent présenter pour alimenter leur requête. Le §. 334 accompagne cette prérogative d'un **devoir de précision, de clarté et d'exhaustivité** quant au contenu des faits et moyens de preuve allégués qui concerne aussi bien le demandeur que le défendeur. Ainsi, les faits qui ne seront pas expressément contestés seront considérés comme admis, de même qu'une dénégation générale de l'ensemble de la demande ne sera pas autorisée⁴⁶⁷. De même, on peut déduire du §. 160 de la loi zurichoise de 1874 que des **éclaircissements** peuvent avoir lieu, après que la partie ait formulé sa demande, pour autant qu'elle s'exprime lors de l'audience et pas après. Les déclarations jugées pertinentes sont alors protocolées⁴⁶⁸ :

426

⁴⁶⁵ STRÄULI, p. 149. Voir aussi : LIENHARD, p. 15 ; MEILLI, p. 107.

⁴⁶⁶ WALDER/MEIER, p. 106 ; WALDER-RICHLI, *Zivilprozessrecht*, pp. 185 s. et 187 ss ; GULDENER, pp. 125 ss, 135 ss et 154 ss ; MEILLI, p. 108.

⁴⁶⁷ WALDER/MEIER, p. 107 ; ULLMER, p. 48 s. ; MEILLI, p. 128.

⁴⁶⁸ STRÄULI, p. 74.

« §. 160 Auf den Antrag einer Partei sind einzelne im Laufe einer gerichtlichen Verhandlung vorkommende erhebliche Erklärungen, Aeusserungen oder getroffene Massregeln genau in das Protokoll aufzunehmen. Das Gericht oder dessen Vorstand kann dies auch von Amteswegen anordnen ».

Dans son commentaire, STRÄULI cite une jurisprudence qui fait écho au §. 334 de la loi de 1874⁴⁶⁹ en faisant référence à la maxime des débats pour justifier son raisonnement. L'arrêt concerne un défendeur poursuivi en paiement d'une lettre de change sur laquelle ne figurait aucune date attestant de sa validité. La Cour d'appel avait admis l'ordre de paiement, au motif que le défendeur avait expressément admis s'être obligé, par sa signature, au paiement de sa dette. Ce jugement fut cassé en dernière instance. En effet, selon le §. 334 et le principe sous-jacent de la maxime des débats, **le juge ne peut prendre en compte que les éléments amenés au procès par les parties et doit admettre sans examen toutes les « affirmations factuelles » faite par une partie, qui n'ont pas été contestées par la partie adverse. Il n'en est cependant pas de même pour les conséquences juridiques directement déduites par les parties** : le juge doit appliquer correctement le droit, indépendamment de la qualification juridique, correcte ou non, proposée par les parties. Au besoin, il complète les conclusions des parties dans ce sens.⁴⁷⁰ :

« Nach der Verhandlungsmaxime ist es zwar Pflicht des Richters, lediglich das von den Parteien beigebrachte Aktenmaterial zu berücksichtigen und tatsächliche Behauptungen, welche von einer Partei aufgestellt und von der andern als richtig anerkannt werden, ohne Prüfung als wahr anzunehmen. Allein auf den Tatbestand hat der Richter von sich aus den Rechtssatz richtig anzuwenden, gleichviel, ob die von den Parteien demselben beigelegte juristische Qualifikation richtig sei oder nicht [...]. Es versteht sich von selbst, dass der Richter den in dieser Richtung hervortretenden Mangel der Parteivorträge zu ergänzen hat [...]. § 334 verlangt nicht, dass die Partei sich über die rechtlichen Folgerungen, welche die andere Partei aus den behaupteten oder anerkannten Tatsachen zieht, erkläre, und rechtliche Ausführungen einer Partei, welche die andere nicht bestreitet, sollen darum nicht als anerkannt gelten. »

Concernant la maxime de disposition, elle est véritablement consacrée au §. 291 qui dispose que **le juge ne peut accorder plus ou autre chose que ce que réclame le demandeur même qu'il ne peut accorder moins que ce qui est directement admis par le défendeur**. Le juge est donc lié par les conclusions des parties, conformément à l'adage *ne eat iudex ultra petita partium*⁴⁷¹.

Concernant les limites au pouvoir et à l'autonomie des parties, la loi de 1874 prévoit plusieurs **atténuations et correctifs du juge** prévus dans certaines hypothèses. Le §. 508 de la loi de 1874 relatif à la procédure de divorce dispose par exemple que le juge n'est pas tenu, dans le traitement des demandes de divorce et dans l'appréciation des preuves, par les compromis et

⁴⁶⁹ §. 334 :

Im fernern hat jede Partei speziell und bestimmt zu erklären, on sie die Begehren tatsächlichen Behauptungen und Beweismittel der andern Partei anerkenne und welche Gegenbeweise sie zu führen gedenke.

Tatsachen, welche nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden zu betrachten, wenn nicht aus den übrigen Erklärung der Partei sich der Wille der Bestreitung ergibt. Im übrigen ist ein bloss allgemeines Ableugnen unzulässig.

⁴⁷⁰ STRÄULI, p. 173, §. 334 ch. 2, Décision « Z. XXII. 117 ; XXIII. 412 », p. 173 s.

⁴⁷¹ SCHURTER, p. 23; STRÄULI, p. 151; MEILLI, p. 111 s.

accords faits entre les parties. Le juge **doit se renseigner personnellement et d'office sur les époux** durant les débats principaux. A ce propos, un rapport d'activité de la Cour suprême datant de 1873 précise que le §. 508 élargit les compétences d'office du juge quant à la procédure probatoire et aux faits concédés, **mais ne l'autorise toutefois pas à s'écarter des conclusions des parties** (§. 291). Il précise également l'exception à la maxime des débats s'agissant d'un nouveau motif de divorce apparu en deuxième instance⁴⁷² :

431 « Die Gerichte sind zwar nicht an die Eröffnung und Zugeständnisse der Parteien im Scheidungsprozesse gebunden. Aber damit ist nur bestimmt, dass sie Abweichung von den für den gewöhnlichen Zivilprozess geltenden Grundsätzen **von Amtes wegen ein Beweisverfahren auch über zugestandene Tatsachen anordnen können** ; dagegen ist ihnen nicht auch die weitere Befugnis gegeben, über die Begehren der Parteien hinauszugehen und z. B. auf gänzliche Scheidung zu erkennen, wo nur auf Temporalscheidung angetragen wird.

Ueber die Frage, ob vor zweiter Instanz noch auf einen neuen Scheidungsgrund übergegangen werden könnte, wurde erklärt : Nach den strengen Regeln des Zivilprozesses wäre eine solche Klage-Aenderung vor zweiter Instanz nicht erlaubt ; im Ehescheidungsprozesse aber, **wo der Richter von Amtes wegen sich nach den nähern Verhältnissen erkundigen soll und wo sonach die reine Verhandlungsmaxime durchbrochen ist**, hiesse es den Formalismus zu weit treiben [...] ».

432 Le juge est également invité à agir d'office dans le cadre d'un procès en paternité. Ainsi, lorsqu'il n'y a aucun motif susceptible de justifier le rejet de la demande, le juge ordonne directement la procédure probatoire et peut, dans ce cadre, soulever d'office d'autres moyens de preuve que ceux mis en avant par les parties, de façon à élucider les faits (§. 524)⁴⁷³.

433 S'agissant plutôt des atténuations à l'autonomie des parties, le §. 287 dispose⁴⁷⁴ :

434 « Wenn es den Vorträgen der Parteien an der erforderlichen Klarheit, Vollständigkeit oder Bestimmtheit gebricht, so soll sich der Richter bemühen, den Mangel durch geeignete Fragen zu heben ».

435 Le juge dispose donc d'un pouvoir correctif qui s'exprime par la **possibilité d'interroger les parties qui n'aurait pas fait un exposé suffisamment complet de leur demande ou réponse**. Il s'agit en quelque sorte d'une sanction directe à l'exigence de clarté, de précision et d'exhaustivité directement exprimée au §§. 287, 333 et 334. De façon similaire, le §. 349 prévoit la **possibilité pour les parties d'exiger de la partie adverse qu'elle soit interrogée de façon à éclaircir les points contestés ou essentiels à la compréhension du litige**. Cette possibilité est également offerte au juge qui peut agir d'office pour les mêmes raisons⁴⁷⁵.

436 Le §. 335 de la loi de 1874 vient également amener un correctif aux §§. 333 et 334 qui exposent l'un et l'autre la charge qui incombe aux parties de présenter de façon claire, précise et

⁴⁷² STRÄULI, p. 241, §. 508 ch. 2. Mise en gras ajoutée.

⁴⁷³ STRÄULI, p. 250, §. 524 al. 2. Voir également MEILI, p. 188 qui précise: « Auch hier gilt die Verhandlungsmaxime nicht » et renvoyant aux §§ 286 et 508.

Das Beweisverfahren ist nicht auf die von den Parteien beantragten Beweise beschränkt, sondern der Richter darf auch von Amtes wegen weiterer Erhebungen machen, welche ihm zur Aufklärung der Sache dienlich erscheinen.

⁴⁷⁴ STRÄULI, p. 149.

⁴⁷⁵ WALDER-RICHLI, Zivilprozessrecht, pp. 190 s. et 192 ss ; ULLMER, p. 48 s.

exhaustive les faits qu'ils allèguent et les moyens de preuve qui les accompagnent. Le §. 335 rappelle donc **l'obligation du juge de veiller à l'observation des consignes figurant aux paragraphes précédents et, s'il le faut, de corriger le manque de clarté ou le caractère incomplet des allégations formulées par les parties**. Ce correctif peut s'exprimer de deux façons. Soit en renvoyant les parties de façon à ce qu'elles apportent les éclaircissements nécessaires. Soit exceptionnellement, en leur demandant de formuler leurs explications par écrit. En effet, contrairement à d'autres cantons où la procédure orale prévaut, Zurich⁴⁷⁶ instaure ce **droit du juge de poser des questions, en exhortant les parties à être claires et précises dans leurs conclusions** (cf. à ce titre §. 338)⁴⁷⁷. Cela étant, MEILI met toutefois en garde les praticiens que ce droit d'interroger du § 335 ne dégénère pas en violation de la maxime des débats : « Unsere Praxis geht hier zuweilen zu weit und sie velertzt dadurch jenes Prinzip [Verhandlungsmaxime]. Die Inquisition ist verboten. Es ist erlaubt Prozesse auch schlecht zu führen. Übrigens wird oft absichtlich auf gewisse Ausführungen keine Antwort gegeben. Findet der Richter, es werde von einer Partei ein Prozess ganz schlecht geführt, so liegt die rationnelle Remedur in der durch § 179 dem Richter eingeräumten Befugnis»⁴⁷⁸.

Toujours concernant les prérogatives du juge, le §. 290 prévoit que ce dernier peut s'en remettre à sa conviction pour tout ce qui touche à l'appréciation des preuves, pour autant que la loi ne limite pas expressément ce pouvoir d'appréciation (§§. 363, 409 et 704). Dans ce cadre, le juge peut soit exiger que d'autres moyens de preuve soient apportés à la procédure, soit renverser le fardeau de la preuve sous certaines conditions, comme l'indique le §. 343⁴⁷⁹ :

« Der Richter ist an seine der Anordnung des Beweisverfahrens zu Grunde gelegte Auffassung nicht gebunden ; er kann bis zum Erlass des Erkenntnisses die Beibringung neuer oder anderer Beweise fordern, und **die Beweislast der andern Partei auflegen**. Eine diesfällige Abänderung ist aber mit Gründen zu belegen ».

Côté parties, il est interdit d'interpeller le juge de manière intempestive et déloyale, afin de lui demander des renseignements ou conseils relatives à leur cause. Le §. 208⁴⁸⁰ intitulé « Verbot des Berichtens » en fait d'ailleurs la démonstration en interdisant aux parties de rendre des visites privées au juge, ce qui semble en soi être une règle des plus raisonnables⁴⁸¹ :

« Privatbesuche der Parteien bei den Richtern, um sie ihrer Sache zu unterrichten und sich ihrer Gunst zu empfehlen, sind als des freien Bürgers unwürdig und der Gerechtigkeit nachteilig untersagt ».

c. Conclusion

⁴⁷⁶ Au même titre d'ailleurs que les Canton d'Uri, de Schaffhouse, de Thurgovie et d'Argovie. SCHURTER, p. 33.

⁴⁷⁷ SCHURTER, p. 33 s.

⁴⁷⁸ MEILI, p. 129.

⁴⁷⁹ STRÄULI, p. 180 s. Mise en gras ajoutée.

⁴⁸⁰ § 208 : « Privatbesuche der Parteien bei den Richtern, um sie ihrer Sache zu unterrichten und sich ihrer Gunst zu empfehlen, sind als des freien Bürgers unwürdig und der Gerechtigkeit nachteilig untersagt ».

⁴⁸¹ STRÄULI, p. 94.

De façon générale, la loi zurichoise de 1874 consacre une autonomie importante des parties, que l'on peut supposer être une réaction au système judiciaire plus « paternaliste » qu'elle remplace. Cette procédure reste toutefois équilibrée puisqu'elle consacre la **maîtrise des parties sur l'objet du procès et sur la recherche des faits**, tout en prévoyant de **nombreux correctifs** et exceptions à ces deux règles. Le juge peut ainsi s'écarter des faits et moyens de preuve présentés par les parties lorsque ceux-ci sont lacunaires et ne permettent pas de se faire une idée précise sur le litige en présence⁴⁸².

442 Comme exposé *supra*, la **maxime de débats y est consacrée de façon prudente et mesurée**, avec différentes exceptions aptes à contrebalancer les abus, retards ou incidents de procédure inhérents à sa mise en œuvre. Elle n'est toutefois pas expressément citée dans la loi de 1874, et n'apparaît que dans la jurisprudence cantonale et la doctrine. De même, la maxime de disposition semble s'appliquer sans trop d'atténuations à la procédure zurichoise bien que seul son principe ressorte du texte de loi (§. 291). Les parties sont libres de fixer le cadre du litige. Le juge est lié par les conclusions de ces dernières et ne peut accorder plus ou autre chose que ce qui lui est demandé. Il connaît toutefois le droit et l'applique en connaissance de cause, sans être tenu par les déductions en droit faites par les parties⁴⁸³.

443 Dans un article de 1897 relatif aux différentes législations cantonales, REICHEL confirme notre propos puisqu'il tente de démontrer que la maxime des débats a perdu son statut de « standard » du procès civil et s'applique au prix de nombreuses atténuations. Pour le canton de Zurich, cette affirmation est illustrée par une initiative des artisans et sociétés d'artisans, ayant abouti en 1895 à certaines modifications législatives et notamment aux paragraphes suivants⁴⁸⁴ :

444 « § 284. Das Verfahren vor dem Bezirksgerichtspräsidenten und die Bezirksgerichte ist das Instruktionsverfahren. Die Leitung desselben liegt dem Richter ob. Er hat von Amtes wegen dafür zu sorgen, das die Parteien ihre Prozesse ohne Hilfe eines Anwaltes führen können und sie zu diesem Zwecke auf ihre gesetzlichen und prozessualischen Rechte und Pflichten aufmerksam zu machen⁴⁸⁵.

§ 287. Der Richter hat die Vorbringen und Begehren der Parteien durch geeignete Fragen zu vervollständigen, abzuklären und zu präzisieren. Verweigerung genügender Antwort ist nach geschehener und im Protokoll vorzumerkender Androhung mit den im einzelnen Falle entsprechenden prozessualischen Nachteilen zu verknüpfen».

445 Cette modification législative accentue donc la tendance à **nuancer la maxime des débats pour privilégier une procédure plus protectrice**. L'objectif annoncé de cette initiative était

⁴⁸² FRITZSCHE, p. 47 ss ; ULLMER, p. 47 ss.

⁴⁸³ FRITZSCHE, p. 69 ss ; WALDER-RICHLI, pp. 185 s. et 187 ss ; GULDENER, pp. 125 ss et 135 ss.

⁴⁸⁴ REICHEL, Die Stellung der neueren (hauptsächlich schweizerischen) Gesetzgebungen zur Verhandlungsmaxime, RJB 1897, p. 102 ss.

⁴⁸⁵ Confirmé au § 328 a. : « Vor jeder Hauptverhandlung vor dem Bezirksgerichtpräsidenten sowohl als dem Bezirksgericht findet eine Instruktionsverhandlung statt ». REICHEL, Die Stellung der neueren (hauptsächlich schweizerischen) Gesetzgebungen zur Verhandlungsmaxime, RJB 1897, p. 101 ss.

en effet de rendre possible la procédure, même en l'absence de l'assistance d'un avocat⁴⁸⁶. **Démocratisation** que l'application stricte de la maxime des débats ne semblait pas permettre pas. La maxime inquisitoire trouve donc sa place dans le procès civil zurichois de la fin du 19^{ème}, bien que cela reste à titre exceptionnel.

Brièvement, en ce qui concerne le code zurichois de procédure civile de 1913⁴⁸⁷, on peut retenir les principes suivants : celui de la **direction formelle du procès par les parties** (« formelle Herrschaft der Parteien über den Prozeßgang » ; § 106) ; le **droit des parties de disposer de leurs prétentions juridiques**, respectivement de leur caractère contraignant pour le juge (« Verfügungsrecht der Parteien über ihre Rechtsansprüche » ; § 102) ; le **principe de la maxime des débats**, avec quelques atténuations à ce principe en ce qui concerne les affaires matrimoniales, de tutelle et de paternité (« materielle Herrschaft der Parteien über den Prozeßgang » ; § 98) ; **l'intervention d'office du juge pour recueillir les preuves** afin d'établir les « faits réels de l'affaire » (§ 166) ; ainsi que l'exception au principe de la maxime des débats lorsque les conclusions des parties manquent de clarté, d'exhaustivité ou de précision (§ 99)⁴⁸⁸ :

§ 98. Im allgemeinen ist es Sache der Parteien, dem Richter das Tatsächliche des Streitfalles darzulegen; tatsächliche Behauptungen und Einreden dürfen nicht von Amteswegen ergänzt werden.

In Ehe-, Vormundschafts- und Vaterschaftssachen ist der Richter nicht an die Eröffnungen und Zugeständnisse der Parteien gebunden; vielmehr soll er hier die näheren Verhältnisse von Amteswegen erforschen.

§ 99. Wenn es den Vorträgen der Parteien an der erforderlichen Klarheit, Vollständigkeit oder Bestimmtheit gebricht, hat der Richter den Mangel durch geeignete Fragen zu heben.

Verweigerung genügender Antwort ist nach geschehener und im Protokoll vorzumerkender Androhung mit den dem einzelnen Falle entsprechenden prozessualischen Nachteilen zu verknüpfen.

§ 102. Der Richter darf einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen, als sie selbst verlangt, noch weniger als der Gegner anerkannt hat.

§ 106. Die Berücksichtigung eines rechtskräftigen Entscheides erfolgt nicht von Amteswegen, sondern nur auf Antrag einer Partei, die sich auf ihn beruft.

§ 166. Der Richter kann ausnahmsweise auch von Amteswegen Beweise abnehmen, welche die Parteien nicht speziell anboten haben, sofern sich aus den Akten Anhaltspunkte ergeben, daß dadurch die Feststellung des wahren Sachverhalts gefördert wird. Die Beweisabnahme hat aber zu unterbleiben, wenn die beweispflichtige Partei darauf verzichtet oder in unentschuldbarer Weise innert angesetzter Frist für die entstehenden Barauslagen keinen Vorschuß geleistet hat.

⁴⁸⁶ A ce titre, cf. SCHURTER, p. 33.

⁴⁸⁷ Gesetz betreffend den Zivilprozess vom 13. April 1913.

⁴⁸⁸ GAFNER, p. 14, 15, 18 et 30.

B. Aperçu de la procédure civile fédérale de 1850 à nos jours⁴⁸⁹

448 Entre 1847 et 1848, un bref conflit armé entre cantons conservateurs catholiques (regroupés en « alliance spéciale » ou « Sonderbund ») et cantons radicaux prend place et aboutit à la défaite de l'alliance sécessionniste ainsi qu'à une réorganisation progressiste de la Confédération. La Constitution de 1848 qui en découle marque le passage à un Etat fédéral ainsi qu'à une répartition des compétences entre Confédération et cantons qui prévaut encore aujourd'hui bien que, comme le rappelle TAPPY, les attributions accordées à la Confédération se sont évidemment beaucoup accrues depuis lors⁴⁹⁰. A ce stade, le pouvoir législatif fédéral ne concerne toutefois que des domaines de droit public (monnaie, douane, armée, etc.) et donc pas le droit privé, le droit procédural, ou l'organisation judiciaire⁴⁹¹.

449 La loi du 22 novembre 1850⁴⁹² sur la procédure à suivre par devant le TF en matière civile fut édictée sitôt après la création d'un TF non permanent par la Constitution de 1848 et l'adoption de la première loi d'organisation judiciaire fédérale du 5 juin 1849. Cette loi initialement provisoire restera en vigueur pendant près d'un siècle. Selon le Message du Conseil fédéral du 14 mars 1947⁴⁹³, la procédure civile fédérale dans sa version de 1849, très largement inspirée des principes théoriques de l'ancien droit commun, présentait les caractéristiques suivantes⁴⁹⁴ :

- il s'agit d'une **procédure essentiellement écrite** durant laquelle les moyens d'attaque et de défense sont produits simultanément. Ce système de cumul de tous les moyens et d'interdiction de toute modification ultérieure est directement inspiré du principe de la maxime éventuelle, aussi qualifié de « **principe de l'immutabilité du cadre du procès** »⁴⁹⁵ ;
- le principe dans la conduite du procès et celui de **l'autonomie des parties quant à la procédure** (« Verhandlungsmaxime ») et *de facto* celui de la limitation de l'intervention d'office du juge. Le principe de la maxime des débats est notamment

⁴⁸⁹ Pour plus de précisions sur ce thème, nous renvoyons aux ouvrages suivants : G. SEFEROVIC, Das schweizerische Bundesgericht 1848-1874 : die Bundesgerichtsbarkeit im frühen Bundesstaat, Zurich 2010, p. 20 s.; E. SCHURTER/H. FRITZSCHE, Das Zivilprozessrecht des Schweiz, Tome III, Letzte Wandlungen und heutiger Stand der kantonalen Rechte, Zurich 1933; T. SUTTER-SOMM, Auf dem Weg zur Rechtseinheit im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Zurich 1998; TAPPY, RDS 138(2019) II, pp. 294 ss; TAPPY, Congrès de Vienne, pp. 203 ss.

⁴⁹⁰ TAPPY, RDS 138(2019) II, p. 300.

⁴⁹¹ KOLZ, I, p. 597 s.; TAPPY, RDS 138(2019) II, p. 301.

⁴⁹² Loi du 22 novembre 1950 sur la procédure à suivre par devant le TF en matière civile (RO II 1850, p. 77 ss), prorogée en 1852 (RO III 1851-1853, p. 180 s.) et finalement transformée en loi définitive en 1855 (RO V 1854-1857, p. 120 s.). Pour plus de détails sur cette loi, cf. MEILLI, pp. 331 ss. Voir aussi TAPPY, RDS 138(2019) II, p. 301, n. 29.

⁴⁹³ FF 1947 I 1001 (Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'une nouvelle loi de procédure civile fédérale du 14 mars 1947).

⁴⁹⁴ FF 1947 I p. 1001 s. Voir aussi : BUCHER, p. 2 ; MEILLI, pp. 331 ss ; FF 1849 II 257 (Loi fédérale sur l'organisation judiciaire fédérale du 5 juin 1849) et FF 1850 III 725 (Rapport de la commission du Conseil des Etats suisse, nommé pour examiner le projet de loi sur la procédure à suivre en matière civile).

⁴⁹⁵ Cf. art. 19 al. 1 BZP 1947 : « Die Parteien sollen sämtliche Angriffs- oder Verteidigungsmittel auf einmal vorbringen ». L'art. 19 al. 2, de même que l'art. 26 BZP 1947 viennent toutefois tempérer ce principe. A ce titre, consulter BUCHER, p. 7 s. et 86 ss.

exprimé à l'art. 3 al. 2 BZP 1847⁴⁹⁶, tandis que l'al. 2 *in fine* traite de ses limites (« Fragerecht »)⁴⁹⁷. Nonobstant ce principe, le juge attire toutefois l'attention des parties (art. 3 al. 2, 2^e phr. BZP 1947) quant à l'importance d'un exposé complet des faits et des preuves, permettant d'établir la réalité des faits (sorte de devoir de vérité)⁴⁹⁸;

- **la procédure se divise en deux étapes** : une procédure d'instruction devant le juge délégué (« principe de la procédure indirecte ») et une **procédure orale de jugement devant le tribunal**.

Il convient enfin de relever que **l'activité du TF durant les années 1850 fût très réduite et concerna à peine les affaires civiles**, à l'exception d'une compétence spéciale – confiée en vertu d'une loi complémentaire à la loi fédérale sur les mariages mixtes – et permettant à certains couples domiciliés dans un canton dont la législation ne permettait pas le divorce, de le demander directement devant le TF, qui statuait en instance unique. TAPPY relève à ce titre la **constitutionnalité douteuse** d'une telle loi qui a toutefois permis au TF de prononcer plusieurs dizaines de divorces, instruits et jugés selon cette loi de 1850⁴⁹⁹. Immédiatement après la guerre, la Confédération remplaça enfin sa loi de 1850 – adoptée à titre provisoire et finalement restée en vigueur pendant près d'un siècle – par la **loi du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale**, destinée à s'appliquer aux très rares procès civils directs devant le TF. Reprenant divers acquis de l'ancienne loi en la matière et s'inspirant des plus récents codes de procédure civile cantonaux de l'époque, la PCF est toujours en vigueur aujourd'hui. En pratique, elle ne s'applique toutefois que par renvoi à certains litiges de droit public. Cela étant, elle n'a **pas joué de rôle significatif ni dans l'évolution de la doctrine ni dans les travaux de rédaction du récent CPC unifié**⁵⁰⁰.

Durant les trois dernières décennies du 19^{ème} siècle, l'idée d'une **révision totale de la Constitution afin d'accroître les compétences de l'Etat fédéral** fit son chemin parmi les milieux centralisateurs⁵⁰¹. S'agissant du domaine qui nous intéresse, un projet d'art. 55 prévoyait notamment : « la législation sur le droit civil, y compris la procédure, est du ressort de la

⁴⁹⁶ «Der Richter darf über die Rechtsbegehren der Parteien nicht hinausgehen und sein Urteil nur auf Tatsachen gründen, die im Verfahren geltend gemacht worden sind [...]». Le principe de la maxime des débats, sans être exprimé *expressis verbis*, ressort également de la lecture des art. 23 et 29 BZP 1947. Pour plus de détails concernant la maxime des débats dans le BZP 1947, cf. BUCHER, p. 18 ss.

⁴⁹⁷ « Zu diesem Instruktionszwecke kann er [der Richter] jederzeit die Parteien persönlich einvernehmen». Pour plus de détails à ce sujet, cf. BUCHER, p. 29 s.

⁴⁹⁸ «Er [der Richter] soll jedoch die Parteien auf unzulängliche Rechtsbegehren aufmerksam machen und darauf hinwirken, dass sie Tatsachen und Beweismittel, die für die Feststellung des wahren Tatbestandes notwendig erscheinen, vollständig angeben». (Mise en gras ajoutée).

⁴⁹⁹ Cette loi concernait plus précisément les membres de couples formés d'un époux catholique et d'un époux protestant, voire de deux protestants. Pour plus de détails, cf. TAPPY, RDS 138(2019) II p. 301 s.

⁵⁰⁰ TAPPY, RDS 138(2019) II p. 308 ; sur les maximes dans la PCF, cf. également : BUCHER, *passim* et notamment pp. 16-25.

⁵⁰¹ Sur ce point voir aussi : TAPPY D., Un feuillet de plus de deux siècles, l'unification de la procédure civile en Suisse, RDS 2011, p. 127 ss ; SUTTER-SOMM TH., Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht, 1998, p. 4 ss.

Confédération ». Cependant, ce projet, soumis au vote du peuple et des cantons le 12 mai 1872, échoua face à une **forte opposition des cantons romands**, alors que jusqu'ici les clivages étaient le plus souvent d'ordre religieux. Les cantons romands craignaient en effet, encore plus qu'une centralisation, une « **germanisation** » des institutions⁵⁰².

452 Un **premier compromis** fut rapidement trouvé, **en 1874**, avec un nouveau projet de Constitution donnant à la Confédération – et pour les domaines qui nous occupent – la compétence d'unifier sectoriellement certaines parties du droit privé, tout en renonçant à l'unification de la procédure civile. Les domaines visés par l'unification étaient ceux pour lesquels les divergences cantonales pouvaient être perçues comme un obstacle au développement de l'économie et des échanges, par delà les frontières cantonales. Conçu de manière à ménager les inquiétudes des opposants à la réforme de 1872, ce projet fut **facilement adopté**⁵⁰³.

453 Un **deuxième compromis** fut celui de la **modification partielle de la Constitution fédérale du 13 novembre 1898**. Cette modification, facilement acceptée par le peuple et les cantons, autorisa la Confédération à établir une codification complète de tout le droit privé, avec une réserve garantissant que l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeuraient de la compétence des cantons « **dans la même mesure que par le passé** ». Cette formulation pour le moins ambiguë visait, pour la Confédération, à continuer de prévoir **certaines règles de procédure intégrées à des lois de droit matériel**. Cet empiètement du droit fédéral, déjà à l'œuvre avant 1898, apparaissait alors « indispensable » à la bonne application du droit matériel. Ce second compromis permit assez rapidement l'entrée en vigueur du Code civil suisse actuel, le 1^{er} janvier 1912 et avec elle l'abrogation de lois spéciales relatives au mariage, à l'état civil ou à la capacité civile⁵⁰⁴.

454 Toujours dans une **dynamique d'unification, celle de la procédure civile suisse fut abandonnée, dès 1900**, par la Société suisse des juristes, qui décida d'examiner la faisabilité d'un tel projet via des recherches effectuées par SCHURTER et FRITZSCHE, publiées en trois volumes entre 1924 et 1933. Le climat politique ayant toutefois fortement évolué durant cet intervalle, mêmes les plus fervents défenseurs de l'unification de la procédure civile arrivèrent à la conclusion qu'un tel projet était **voué à l'échec**. Cela étant, aucune démarche officielle ne furent enclenchées à la suite des travaux de SCHURTER et FRITZSCHE. Les cantons se mirent d'ailleurs progressivement à moderniser leurs lois procédurales et d'organisation judiciaire ce qui finira d'enterrer un éventuel projet d'unification de la procédure civile. L'après-guerre fut toutefois l'occasion d'une refonte de la procédure civile fédérale, adoptée à titre provisoire en 1850 et **finalement remplacée par la loi du 4 décembre 1947**. Cette loi est toujours en vigueur de nos jours, bien qu'elle ne s'applique qu'à de très rares occasions, par renvoi à certains litiges de droit public⁵⁰⁵. Comme le souligne TAPPY, cette loi qui s'est inspirée des

⁵⁰² TAPPY, RDS 138(2019) II, p. 302 s.

⁵⁰³ TAPPY, RDS 138(2019) II, p. 303; KOLZ II, p. 576 ss.

⁵⁰⁴ TAPPY, RDS 138(2019) II, p. 305 et 309.

⁵⁰⁵ TAPPY, RDS 138(2019) II, p. 308.

acquis de l'ancienne législation fédérale en la matière, de même que des CPC cantonaux de l'époque, n'a **pas joué de rôle significatif ni dans l'évolution de la doctrine suisse en matière de procédure civile de la seconde moitié du 20^e siècle, ni dans les travaux de rédaction du CPC unifié**. Cela étant nous ne traiterons pas de son contenu⁵⁰⁶.

Malgré les démarches avortées d'unification de la procédure civile suisse, celle-ci a poursuivi son évolution, notamment par le biais de cette formulation précédemment mentionnée du constituant « dans la même mesure que par le passé », qui autorisait le législateur fédéral à intégrer de nouvelles règles de procédure civile dans le Code civil suisse de 1907. D'après TAPPY, cette **unification « à froid »** repose sur trois éléments : **l'apparition d'une doctrine suisse** et non plus seulement cantonale de procédure civile ; **le développement toujours plus unificateur de la jurisprudence**, notamment du TF ; et **la liberté des cantons** en matière de réglementation de la procédure et de l'organisation judiciaire **sur laquelle le législateur a empiété de manière toujours en plus importante** avec le temps. Certaines règles de procédure ont par exemple été prévues en matière de protection de la personnalité, de placement à des fins d'assistance, de droit du bail, de défense des consommateurs, etc.⁵⁰⁷. En ce qui concerne les maximes de procédure, il convient de rappeler que la **formulation donnée en 1907/1912 à l'art. 8 CC semblait présupposer pour le surplus la maxime des débats**, mais que la jurisprudence n'a pas considéré que cela liait sur ce point les cantons⁵⁰⁸. De même, toujours avant l'unification de la procédure civile, la Suisse avait parfois imposé la **maxime inquisitoire par des règles de procédure en droit matériel**, notamment à **l'art. 158 aCC** (procédure de divorce)⁵⁰⁹. Fort de ce constat, beaucoup en sont venus à considérer que le temps d'une unification de la procédure civile était maintenant arrivé⁵¹⁰.

⁵⁰⁶ TAPPY, RDS 138(2019) II, p. 308. Pour le surplus, consulter le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'une nouvelle loi de procédure civile fédérale du 14 mars 1947 (FF 1947 I p. 1001 ss).

⁵⁰⁷ TAPPY, RDS 138(2019) II, p. 308 s.

⁵⁰⁸ GULDENER M./VOYAME J., Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht/Droit privé fédéral et procédure civile cantonale RDS 80/1961, vol. II, p. 151 ss.

⁵⁰⁹ GULDENER M./VOYAME J., Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht/Droit privé fédéral et procédure civile cantonale RDS 80/1961, vol. II, pp. 137-139. « **Les cantons sont libres, en [règle] générale, de choisir entre le principe de l'autonomie des parties et celui de la procédure d'office** ou d'instituer un compromis entre les deux. Ce problème relève en effet de la procédure [...]. **Cependant cette liberté est restreinte sur plusieurs points par le droit fédéral**. C'est ainsi qu'en vertu de l'art. 158 ch. 1^{er} et 3 CC, le juge ne peut retenir comme établis les faits à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps que s'il est convaincu de leur existence ; il n'est pas lié par les déclarations des conjoints, de quelque nature qu'elles puissent être. **Il doit donc vérifier d'office les faits invoqués en faveur du divorce ou de la séparation, même si les deux parties les admettent**. En outre, lorsque les faits allégués à l'appui du maintien du mariage sont contestés, il est tenu d'en ordonner la preuve, que les époux aient invoqué ou non des moyens probatoires. Il ressort enfin des art. 156 et 158 ch. 3 CC que **le juge doit rechercher et établir d'office les faits sur la base desquels il réglera l'attribution et l'entretien des enfants**. Le droit fédéral ne va pas plus loin. En revanche, il est loisible aux cantons, en matière de divorce comme ailleurs, d'accroître encore les pouvoirs du juge et d'instituer une procédure d'office complète. **L'art. 158 ch. 1^{er} et 3 CC doit être appliqué par analogie à plusieurs autres cas** ». (Mise en gras ajoutée).

⁵¹⁰ On peut rappeler ici deux choses : d'une part, qu'avant d'unifier la procédure civile, la Suisse avait parfois imposé la maxime inquisitoire par des règles de procédure figurant en droit matériel (cf. p. ex. art. 158 aCC), et d'autre part, que la formulation donnée en 1907/1912 à l'art. 8 aCC semblait présupposer la maxime des débats, mais que la jurisprudence n'a pas considéré que cela liait les cantons sur ce point.

Cette unification fut liée à l'adoption de la **Constitution fédérale du 18 avril 1999**. Son **art. 122 al. 2** prévoyait à ce titre : « l'organisation judiciaire et l'administration de la justice en matière civile sont du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi ». Cette proposition de transfert de compétence à la Confédération a été soumise à un vote séparé du peuple et des cantons, et fut **approuvée à une majorité écrasante** le 12 mars 2000. Concernant la rédaction du CPC unifié : une commission de juristes provenant de différents horizons géographiques et professionnels (judiciaire, académique, barreau, administration) avait été constituée en prévision de l'acceptation de l'art. 122 Cst. 1999. Cela étant, un avant-projet fut soumis à une consultation publique en 2003, tandis que le Conseil fédéral adopta un projet, avec exposé des motifs, débattu au parlement dès 2006. Le texte final fut voté par les deux Chambres le 19 décembre 2008 et, en l'absence de demande de référendum, le CPC entra finalement en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Comme le résume TAPPY, les rédacteurs du CPC unifié ont cherché **une certaine simplicité** (réglementation souvent plus brève que celles prévues dans les anciennes procédures cantonales) et ont accordé **une certaine marge de manœuvre au juge**, en lui laissant souvent le choix entre plusieurs solutions. De même, les institutions reprises proviennent de diverses procédures cantonales antérieures et ne s'inspirent pas uniquement des cantons alémaniques, comme beaucoup le craignaient. Le législateur a en effet **privilegié les solutions existantes dans une majorité de cantons et remis à des débats séparées les institutions plus controversées** (par exemple : la *class action*)⁵¹¹. Depuis lors, les expériences vécues semblent plutôt satisfaisantes, même si quelques modifications ont déjà été apportées et notamment celles relatives à l'amélioration de la praticabilité et de l'application du droit du 26 février 2020 sur laquelle nous reviendrons ultérieurement⁵¹².

457 Pour l'heure et avant d'entamer plus profondément le thème de la procédure civile unifiée, nous nous attarderons sur la présence ou non des maximes de procédure dans la jurisprudence antérieure au 1^{er} janvier 2011.

C. Les maximes de procédure dans la jurisprudence fédérale et cantonale antérieure au 1^{er} janvier 2011

458 Dans cette partie nous reprendrons la jurisprudence fédérale antérieure au 1^{er} janvier 2011 de manière à établir à partir de quand, dans quels termes et à quelle fréquence il est fait référence aux quatre maximes de procédure⁵¹³. Il ne s'agit pas ici de faire une liste totalement exhaustive de chaque apparition de ces notions dans la jurisprudence, mais plutôt de s'arrêter sur les

⁵¹¹ TAPPY, RDS 138(2019) II, p. 311 s.

⁵¹² Message CPC 2020 (FF 2020 653).

⁵¹³ A noter également que **ces maximes sont utilisées par la doctrine dès le 19^{ème} siècle, en français** (REYMOND L. H., Etude sur les institutions civiles de la Suisse au point de vue de l'histoire et de la philosophie du droit, Université de Genève. Thèse, 1885, p. 92 à propos de « la procédure inquisitoriale [Untersuchungs- Inquisitionsprinzip] » et p. 93 concernant la « Verhandlungsmaxime »), **et en allemand** (REICHEL A., Die Stellung der neueren [hauptsächlich schweizerischen] Gesetzgebungen zur Verhandlungsmaxime, RJB, vol. XXXIII, cahier 2, 1897, pp. 101-125; HEILFRON E., Geschichte des gemeinen Privatrechts und Civilprozesses, Ein Hülfsbuch für Referendare und Studierende, Berlin 1893), des utilisations plus anciennes n'étant pas non plus à exclure.

arrêts questionnant leur bien-fondé, leur contenu ou leur champ d'application. Il sera également fait mention de certains arrêts cantonaux. Il ne s'agit toutefois pas de mentions systématiques, mais plutôt de précisions faites dans les cas où ces arrêts cantonaux nous apparaissent comme pertinents en complément du contenu de la jurisprudence fédérale.

1. Principe *iura novit curia*, maxime d'office et confusion avec la notion de « maxime officielle »

La première jurisprudence fédérale indirectement reliée (et ici recensée) à la maxime d'office date du 10 mai 1889 (« Arrêt Mosimann c. Sommer »). Bien que la maxime ne soit pas spécifiquement mentionnée, l'arrêt renvoie au principe « *da mihi facta dabo tibi ius* », selon lequel, si la partie « donne les faits », c'est au juge à qui il revient de « donner le droit » puisqu'il « connaît le droit » (*iura novit curia*). Cela étant il n'est pas tenu par la qualification juridique des faits proposée par le demandeur⁵¹⁴ :

« Die Vorinstanz hat ausgeführt, es handle sich hier einfach um unrichtige Rechtsausführungen der Klägerin ; **an diese aber sei das Gericht nicht gebunden**. Die rechtliche Qualifikation der von der Klägerin behaupteten Thatsachen, welche der Vorderrichter seiner Entscheidung zu Grunde gelegt hat, ist, wie der Beklagte selbst ausführt, die juristisch zutreffende. Wenn der Vorderrichter dieselbe zur Geltung gebracht hat, trotzdem die Klägerin ihr rechtsirrtümlicherweise ausdrücklich widersprach, so hat er jedenfalls keine Norm des eidgenössischen Privatrechts, nach welcher der Richter durch unrichtige Rechtsausführungen der Parteien in der freien richterlichen Würdigung des Thatbestandes gehindert würde, besteht selbstverständlich nicht ».

Ce principe est également repris dans un arrêt du 17 mai 1889 (« Masse Bourquin c. masse Augsburger »). Dans cet arrêt la recourante et créancière tire argument de ce que la partie demanderesse n'avait jamais invoqué de droit de rétention devant les instances cantonales, de sorte que la Cour de Justice n'était pas autorisée à lui reconnaître d'office un tel droit (vraisemblablement en vertu du principe « *ne eat iudex ultra petita partium* »). A titre liminaire, le TF rappelle que la question de savoir si le juge est autorisé à apprécier les droits des parties en sortant des moyens expressément invoqués par elles, est une « question de procédure appelant à l'application exclusive du code genevois sur cette matière ». Le Tribunal renvoie ainsi à la législation procédurale genevoise pour définir les cas dans lesquels le juge peut agir d'office, sans être lié par les conclusions des parties⁵¹⁵. Ce principe de l'application du droit d'office par le juge qui n'est pas tenu de se limiter aux motifs avancés par les parties est également repris dans un arrêt 22 mars 1890 (« Versicherungsgesellschaft Helvetia und Genossen und schweizerische Mobiliarversicherungsgesellschaft »)⁵¹⁶ ainsi qu'un arrêt 20 février 1892 (« Gotthardbahn »)⁵¹⁷.

⁵¹⁴ ATF 15 I 361, consid. 4. (Mise en gras ajoutée). A noter que le renvoi à l'adage *iura novit curia* figure expressément dans l'index du recueil d'ATF, sans pour autant figurer dans le texte.

⁵¹⁵ ATF 15 I 369, consid. 6.

⁵¹⁶ ATF 16 I 54, consid. 4. Le renvoi à la maxime officielle figure dans l'index du recueil d'ATF, sans pour autant figurer dans le texte.

⁵¹⁷ ATF 18 I 8, consid. 2.

462 Près d'un siècle plus tard, c'est le terme de « maxime officielle » qui fait son apparition dans la jurisprudence cantonale avec un arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois datant du 15 juin 1971 (« Bâloise-Incendie c. Blanc ») qui tranche : « le principe de la maxime officielle n'oblige nullement le juge de paix à ordonner la production de l'original d'une pièce, lorsque les deux parties, soit également celle qui recourt, ont produit des photocopies identiques – incomplètes – de la pièce en question »⁵¹⁸. Au regard de l'explication donnée par le tribunal, cette dénomination qui, au premier abord, porte à confusion n'a donc rien à voir avec la notion de maxime d'office telle que nous l'entendons aujourd'hui et renvoie simplement au contenu de la maxime inquisitoire (voire éventuellement du devoir d'interpellation renforcée) permettant au juge de compléter (ou pas) les actes incomplets des parties. De même, le TF se réfère à nouveau à la « maxime officielle » dans le cadre d'un litige portant sur un contrat de travail en octobre 1977. Il précise la portée de l'art. 343 al. 4 aCO, selon lequel le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves, seulement pour les contestations dont la valeur litigieuse ne dépasse pas cinq mille francs⁵¹⁹. C'est d'ailleurs ce qui ressort clairement du Message du Conseil fédéral de 1967 relatif à l'art. 343 al. 3 CO⁵²⁰ :

463 « Auch an dem bewährten **Grundsatz der Erforschung des Sachverhaltes von Amtes wegen** und der freien Beweiswürdigung soll für Streitigkeiten innert der Streitwertgrenze festgehalten werden (Abs. 3) ».

464 Même constat dans le cadre d'un arrêt cantonal vaudois du 26 janvier 1988 (« Chambres des recours, Barras c. Marcel Schneider S.A. ») relatif à la « portée de la maxime officielle devant le tribunal de prud'homme » et plus précisément à l'application de l'art. 343 al. 4 CO. Cet arrêt se réfère successivement à la « maxime officielle » puis au « principe de l'instruction d'office », confirmant une fois encore l'analyse selon laquelle cette notion renvoie à la maxime inquisitoire. Il en est de même dans un arrêt tessinois traitant de la question des pensions alimentaires en cas de divorce (art. 151, 152 et 153 aCC) et se référant à la « *massima ufficiale* ».

465 Selon nous cette confusion vient certainement du fait que, comme l'explique Ottomann, il y avait à l'époque différentes compréhensions de la « maxime officielle »⁵²¹ :

- **ceux qui opposaient la maxime officielle à la maxime des débats** (« Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen ») ; GULDENER était notamment de cet avis.
- **ceux comme HABSCHIED l'opposaient à la maxime de disposition** (« die richterliche Herrschaft über den Streitgegenstand ») ; opinion actuellement dominante est partagée par OTTOMANN ;

⁵¹⁸ Chambre des recours, 15 juin 1971 – Bâloise-Incendie c. Blanc, JdT 1972 III, p. 62 (résumé). (Mise en gras ajoutée).

⁵¹⁹ 1^{ère} Cour civile – Nerfin et Bezuchet c. Le Men, 4 octobre 1977 ; ATF 103 II 276 ; JdT 1978 I, p. 94.

⁵²⁰ BBI 1967 II p. 406.

⁵²¹ OTTOMANN, p. 80. Voir aussi: GULDENER, p. 168 ss; KUMMER M., Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4^{ème} éd., Berne 1984, p. 74 ss; HABSCHIED, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2^{ème} éd., Francfort/Bâle 1990, p. 309 ss; O. VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts, 2^{ème} éd., Berne 1988, p. 121 s.; WALDER, Die Offizialmaxime, pp. 6 ss et 22 et WALDER-RICHLI, p. 219 ss.

- ceux, à l'instar de KUMMER qui **ne s'y réfèrent pas** ;
- ceux dont VOGEL qui dissociaient entre la **maxime officielle « au sens large »** et **maxime officielle « au sens strict »**. La première s'oppose ou du moins limite la maxime des débats et la maxime de disposition. Elle regroupe donc ce que l'on considère individuellement comme étant la maxime inquisitoire et la maxime d'office (*stricto sensu*). La seconde s'oppose au contraire uniquement au principe de la maxime de disposition.

L'opinion n'était donc pas unanime pour dire que l'« *Offizialmaxime* » s'opposait strictement à la maxime de disposition, comme c'est le cas aujourd'hui.

Dans l'ATF 114 II 200 relatif à l'obtention d'expertises supplémentaires par les parties dans le cadre d'une procédure en divorce (art. 156 al. 1 aCC), la question se pose d'ailleurs de savoir si le choix du terme « maxime d'office » utilisé dans le chapeau dudit arrêt renvoyant à celui de « *Offizialmaxime* » utilisé dans la version allemande, fait référence au principe de la maxime inquisitoire, ou s'il s'agit éventuellement d'une version plus étendue de la maxime d'office⁵²². Cette question est d'autant plus difficile à trancher que le litige concerne l'attribution des enfants dans le cadre d'une procédure de divorce pour laquelle s'applique la maxime inquisitoire et la maxime d'office.

D'après le résumé de cet arrêt « [I]a maxime d'office ne confère pas de prétention de droit fédéral à l'obtention d'autres expertises, lorsque le juge est en mesure, sur la base des expertises existantes – partiellement contradictoires – de se faire une représentation exacte des facteurs décisifs pour l'attribution des enfants »⁵²³. Dans cette hypothèse, l'intervention du juge concerne donc **la mise en place, par le juge, d'expertises supplémentaires et plus généralement l'établissement des faits et moyens de preuve** (maxime inquisitoire). Selon VOGEL il s'agit d'une confusion du TF qui utilise à mauvaise escient le terme de maxime officielle en lieu et place de celui de la maxime inquisitoire⁵²⁴ :

« Aus Art. 156 Abs. 1 ZGB, wonach der Richter über die Gestaltung der Elternrechte und der persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern bei der Scheidung oder Trennung die nötigen Verfügungen trifft, **folgt die Geltung der vollen Offizial- und Untersuchungsmaxime : Unabhängig von Anträgen und Beweisofferten der Parteien hat er die Verhältnisse von Amtes wegen und unter Heranziehung aller Erkenntnisquellen – nach den Grundsätzen des Freibeweises soweit zu untersuchen, dass er die im Interesse des Kindeswohls gebotenen Anordnungen treffen kann.** Aber eben : Nur soweit « dass sich der Sachrichter ohne Verletzung von Bundesrecht ein zutreffendes

⁵²² Voir aussi l'ATF 109 II 195 dans lequel le TF conclue à ce que la maxime officielle applicable en droit fédéral dans le cadre du procès en paternité n'interdit pas au juge cantonal d'ordonner au défendeur qui souhaite renverser la présomption de paternité par une expertise, d'avancer les frais de la procédure probatoire. Egalement : ATF 112 Ia 7 concernant l'application de la maxime officielle en procédure de divorce.

⁵²³ ATF 114 II 200 ; JdT 1991 I 72, consid. 2b. Dans le même sens : ATF 111 II 225 et commentaire de OTTOMANN, p. 84.

⁵²⁴ ZBJV 126/1990, p. 295 ss, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum Zivilprozessrecht im Jahre 1988, Commentaire d'OSCAR VOGEL, p. 305. Concernant le commentaire d'arrêt mentionné dans l'extrait, consulter : ZBJV 126/1990 p. 79 ss, Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1988 – Familienrecht, Commentaire de Bernard Schnyder de l'ATF 114 II 200, p. 97 s.

Bild über die entscheidenden Faktoren für die Kinderzuteilung machen » kann. [...] Daraus folgt, dass die Untersuchungsmaxime (begriffsgemäss) den Parteien keinen Anspruch « auf eine unbegrenzte Zahl von Gutachten und Obergutachten » gibt, und dass der Richter « sich seiner Aufgabe, die Meinungsäusserung des Sachverständigen auf ihre Überzeugungskraft hin zu überprüfen, nicht einfach durch einen Obergutachtausauftrag entledigen » kann. Dies festzuhalten, hatte das Bundesgericht in dem von Schnyder (vom S. 97) materiell besprochenen Entscheid zur Kinderzuteilung Gelegenheit, weil zwischen den Zukunftsprognosen über die Mutter in den Gutachten der ersten und der zweiten Instanz Divergenzen bestanden. **Störend wirkt nur, dass das Bundesgericht im Bereich der Tatsachenfeststellung weiterhin den Begriff der Offizialmaxime » statt zutreffen denjenigen der « Untersuchungsmaxime » braucht ».**

470 Dans ces conditions, il n'est pas aisé de ramener la jurisprudence du TF à un dénominateur commun, dans la mesure où il ne se prononce pas clairement, ou du moins sans ambiguïté sur ce qu'il convient généralement de considérer comme le contenu de la maxime d'office en sa qualité de maxime procédurale. Sans parler d'erreur de qualification, OTTOMANN estime que les exemples cités **suggèrent une proximité avec le point de vue selon lequel la maxime officielle est ou peut être en opposition à la fois à la maxime de disposition et à la maxime des débats** (cf. N 465 ss) et que le TF procède à une **application concrète de la maxime officielle, en fonction des dispositions de droit matériel applicable au cas d'es-pèce**⁵²⁵ :

471 « Die angeführten Beispiele lassen eine Nähe zur Auffassung vermuten, wonach **die Offizialmaxime sowohl im Gegensatz zur Dispositions- als auch im Gegensatz zur Verhandlungsmaxime steht oder stehen kann**. Genau genommen arbeitet das Bundesgericht aber bei der Verwendung des Begriffs der Offizialmaxime auf einer ganz anderen Ebene. Es setzt nämlich, was auch sonst im Zusammenhang mit anderen Verfahrensgrundsätzen häufig geschieht, die Bezeichnung des Verfahrensgrundsatzes, also hier der "Offizialmaxime", **einer konkreten gesetzlichen Regelung gleich**. In einem Falle wird z.B. die Offizialmaxime der Bestimmung von Art. 254 Ziff. 1 ZGB gleichgesetzt, oder es wird bei der Kinderzuteilung der Ausdruck Offizialmaxime der Gesetzesvorschrift in Art. 156 ZGB gleichgeachtet. Es handelt sich somit im Ergebnis um das, was ich **als Gebrauch des Begriffs der Offizialmaxime (oder eines anderen Verfahrensgrundsatzes) im konkreten Sinne bezeichnen möchte**. Allgemein gesprochen, haben wir hier eigentlich nichts anderes vor uns als die Gleichsetzung einer Maxime bzw. ihrer Benennung mit einer jeweils für ganz bestimmte Verfahren anwendbaren positivrechtlichen Normierung. Es lässt sich entsprechend festhalten, dass **die "bundesgerichtliche" Offizialmaxime im Grunde eine jeweilige Benennung für geltendes Recht ist somit einen je nach Anwendungsfall wechselnden Inhalt hat**. Auf einen kurzen Nenner gebracht: Offizialmaxime = Art. 156 ZGB. Oder: Offizialmaxime = Art. 254 Ziff. 1 ZGB. Offizialmaxime in einem derartigen Sinne könnte also beispielsweise auch die Vorschrift des Art. 343 Abs. 4 sein, die Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 20'000 Franken vorschreibt ».

472 Fort de ce constat, OTTOMANN se pose la question des avantages relatifs à l'utilisation d'un terme spécifique pour qualifier chaque principe procédural et exprime son scepticisme quant à une telle approche. Elle entraînerait selon lui plus d'ambiguïté et de confusion que d'aide. Il aurait ainsi été préférable et plus clair de dire : « l'article 156 aCC ne donne pas droit à un

⁵²⁵ OTTOMANN, p. 85.

nombre illimité d'expertises en matière d'attribution d'enfants », au lieu de se référer à une maxime officielle applicable, dont le contenu n'est pas clair. Idem dans le cadre d'une action en paternité : il s'agit selon OTTOMANN d'une question d'interprétation de l'art. 254 ch. 1 aCC que de savoir si le défendeur peut être condamné à fournir une « caution probatoire » (« Beweiskauton ») et non une question de compréhension ou de contenu de la maxime officielle applicable en l'espèce. De même enfin dans les litiges en matière de travail : les faits doivent être instruits d'office sur la base de la disposition expresse de l'art. 343 al. 4 aCO. Une telle argumentation serait d'après lui bien plus convaincante et claire : «Eine derartige Argumentationsweise wäre überzeugender und klarer, als aus einer der Gesetzesvorschrift gleichgesetzten Offizialmaxime Pflichten fliessen zu lassen, wie es das Arbeitsgericht im zitierten Entscheid tut»⁵²⁶.

Il convient donc de ne pas confondre la notion étymologiquement proche de maxime officielle avec celle de maxime d'office. La dénomination de maxime officielle renvoie, en principe et dans les arrêts les plus anciens, à la maxime inquisitoire⁵²⁷. La confusion étant toutefois facilement faite, il est donc plus prudent pour le lecteur de ne pas se fier aveuglément aux termes généraux utilisés à propos des maximes de procédure par la jurisprudence, et notamment celle parue avant l'unification de la procédure civile. La distinction entre établissement des faits et conclusions reste, en toutes circonstances, un critère pour définir de quelle maxime il s'agit, bien que la majorité des arrêts ne fasse pas cette confusion :

« En matière de contributions à l'entretien d'un enfant, le juge avait conclu encore sous l'ancien droit de la filiation qu'en procédure de divorce, **le juge n'est ainsi pas lié par les conclusions des parties** [...]. Le TF avait conclu encore sous l'ancien droit de la filiation qu'en procédure de divorce, **la maxime d'office** permettait à la mère de réclamer pour l'entretien de l'enfant, dans le cadre d'un recours en réforme, des montants supérieurs à ceux demandés devant la dernière instance cantonale [...] Le TF a encore laissé ouverte la question de savoir si cette maxime s'applique exclusivement en faveur de l'enfant mineur ou si elle doit bénéficier également aux parents, mais dans un arrêt non publié du 19 janvier 1990 (dans la cause L. c. C.), il l'a tranchée par l'affirmative »⁵²⁸.

« **La maxime d'office est applicable à l'attribution des enfants et aux questions qui y sont directement liées.** Cela n'a cependant pas pour conséquences l'admissibilité de faits et preuves nouveaux dans la procédure de recours en réforme au TF. A cet égard, l'art. 55 al. 1^{er} let. c OJ est applicable »⁵²⁹.

De même, à la question de savoir si l'art. 274d al. 3 aCO autorise le juge à fixer d'office le montant du loyer indépendamment des conclusions des parties, le TF répond par la négative

⁵²⁶ OTTOMANN, p. 86.

⁵²⁷ « Si le tribunal de prud'hommes **établit d'office les faits**, cela ne dispense pas les parties de **collaborer activement à la procédure** et d'indiquer leurs moyens, l'intervention du juge n'étant que subsidiaire ». Arrêt du TC vaudois : Chambre des recours, Barras c. Marcel Schneider S.A., 26 janvier 1988 (VD) ; JdT 1989 III, p. 17. (Mise en gras ajoutée).

⁵²⁸ K. c. K., 27 février 1992, ATF 118 II 93 ; JdT 1995 I 100, consid. 1.a. (Mise en gras ajoutée).

⁵²⁹ K. c. B., 7 octobre 1994 ; ATF 120 II 229, JdT 1996 I 326, consid. 1c. (Mise en gras ajoutée).

en clarifiant la distinction entre établissement des faits d'office et force obligatoire des conclusions des parties :

476 « Il est cependant indispensable qu'une demande [en contestation du loyer] soit formulée en ce sens en cours de procédure. **En l'absence de telles conclusions du locataire, le juge ne peut accorder une baisse de loyer.** Contrairement à ce que soutient le Tribunal supérieur, pareille compétence du juge ne saurait non plus être déduite de l'art. 274d al. 3 CO. Certes, **cette disposition oblige le juge à établir d'office les faits ; elle ne l'autorise toutefois pas à fixer le loyer admissible indépendamment des conclusions des parties** »⁵³⁰.

2. Maxime inquisitoire

477 L'utilisation du terme de maxime inquisitoire dans la jurisprudence est également assez récente. D'ailleurs, la simple idée de **limiter la maxime des débats en faveur d'une partie faible** n'a été mise en œuvre en droit fédéral suisse que dès 1914, avec la **loi fédérale sur le travail dans les fabriques** (cf. N 329)⁵³¹. Mais avant que cette dernière n'apparaisse, on retrouve d'abord deux arrêts relatifs au **devoir de compléter et de rectifier du juge**, sans pour autant pouvoir établir avec certitude s'il s'agit plus d'un devoir d'interpellation accru ou d'une version innommée de la maxime inquisitoire à proprement parler. L'arrêt « Hofstetter gegen Schweizerische Centralbahn » du 31 janvier 1895 s'exprime pour la première fois sur cette **mission subsidiaire du juge de compléter les actes (lacunaires) des parties**. Comme expliqué dans l'extrait ci-après, il incombe aux parties de déposer une demande de complément ou de correction du dossier. Si tel n'est pas le cas 14 jours après la fin de la procédure préliminaire, la partie est déchue de son droit de soulever une question préliminaire. La question reste alors de savoir si le tribunal devait de son côté ordonner des mesures afin de compléter le dossier (en l'occurrence via une expertise)⁵³² :

478 « Art. 174 der eidgenössischen Civilprozeßordnung schreibt vor, daß Gesuche um Ergänzung oder Berichtigung von Prozeßakten innerhalb vierzehn Tagen, von Schluß des Vorverfahrens angerechnet, beim Präsidenten des Bundesgerichtes eingereicht werden sollen. Da die Beklagte dieses Verfahren nicht beobachtet hat, so ist sie in ihrem Rechten, eine bezügliche Vorfrage aufzuwerfen, verwirkt, **und kann es sich nur fragen, ob das Gericht von sich auf seine Ergänzung der Expertise verfügen solle** ».

479 Ce devoir du juge de compléter ou de rectifier d'office les allégations des parties est ensuite également abordé dans l'arrêt « Siegenthaler gegen della Valle » du 11 juillet 1974, traitant plus spécifiquement de la nécessité pour le juge de préciser d'office sur quoi doivent porter

⁵³⁰ ATF 122 III 20 ; JdT 1996 I 600, consid. 4d. et 4e. Il s'agit ici de la maxime inquisitoire appliquée en duo avec la maxime de disposition, bien que l'arrêt se réfère, dans son résumé, à la maxime d'office.

⁵³¹ Loi fédérale sur le travail dans les fabriques, version du 6 mai 1910, RO 30 539. Voir aussi : FF 1910 IV, p. 115 s. Par la suite, d'autres catégories d'employés ont été mises au bénéfice de cette protection (cf. loi fédérale sur le travail à domicile du 12 décembre 1940, art. 19). BOHNET/JEANNIN, ZRS 2015 I, p. 228 ; HEINZMANN, N 38 ss.

⁵³² ATF 21 I 81, consid. 1.

les rectifications imposées au défendeur⁵³³. Toujours sans qualifier la maxime inquisitoire, le TF en donne une définition, en même temps que celle de la maxime d'office, dans le cadre de l'ATF 94 II 211 du 7 août 1968, relatif à un procès de droit du travail. Il est également intéressant de noter le terme choisi par le TF (« erforschen »), qui deviendra plus tard le critère de distinction entre maxime inquisitoire sociale (« feststellen ») et maxime inquisitoire illimitée⁵³⁴ :

« consid. 4.b. **Der Richter hat von amtswegen die für den Entscheid erheblichen Tatsachen zu erforschen ; er ist nicht an die Anträge der Parteien gebunden** ».

480

« consid. 4.c. Gegenüber dem Antrag, die Bestimmung betreffend die grundsätzliche Unzulässigkeit berufsmässiger Prozessvertretung zu streichen, hielt die Kommission an ihrem Entwurf fest unter Hinweis auf die erhöhte Möglichkeit einer Vermittlung des Richters bei persönlichem Erscheinen der Parteien, **sowie auf die Bestimmung, dass der Richter die für den Entscheid erheblichen Tatsachen von Amtes wegen zu erforschen habe und hiefür nicht an die Anträge der Parteien gebunden sei (StenBull NR 1913 S. 867 ff.)** ».

En effet, en se référant directement au Bulletin officiel du 4 décembre 1913 concernant la Loi fédérale sur le travail dans les fabriques, on retrouve au cœur des débats la **volonté de la commission de proposer une procédure rapide, peu coûteuse et équitable pour les parties au procès**. Emil Göttisheim, rapporteur allemand pour la commission, fait le raisonnement suivant : le but de la procédure étant qu'elle se distingue par sa **rapidité et son coût modique**, il convient autant que possible de **supprimer le truchement de l'avocat** afin que les parties s'adressent directement au juge. Or une **inégalité patente découle des rapports hiérarchiques entre travailleurs et employeur** au sein des fabriques. Pour cette première raison, ainsi que pour pallier l'absence d'une représentation juridique, Emil Göttisheim⁵³⁵, propose une **intervention plus étendue et personnalisée du juge auprès des parties, spécifique au besoin de ce type de procédure**⁵³⁶ :

481

« Es ist nun allerdings auch gesagt worden, es sei eine Unbilligkeit gegenüber dem Arbeiter, wenn man ihm zumute, allein vor dem Richter zu erscheinen gegenüber einer Gegenpartei, die möglicherweise in einem juristisch gebildeten Fabrikdirektor bestehe. Wenn darin wirklich eine Schwierigkeit gehoben durch die Bestimmung, welche in Abs. 4 unseres Art. 25 aufgeführt ist, **wonach der Richter von Amtes wegen die für den Entscheid erheblichen Tatsachen zu erforschen hat und hiefür nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist. Darin liegt das Schutzmittel für den rechtsunkundigen Arbeiter, der dem rechtsunkundigen Fabrikdirektor gegenübersteht.**

482

⁵³³ « Mais l'obligation de procéder à une rectification imposée au défendeur est insuffisamment déterminée, faute de précisions relatives au mode de rectification. Sous cette forme, elle ne peut pas faire l'objet d'une exécution forcée, car l'on ne saurait laisser au juge chargé de l'exécution le soin d'apprécier si une rectification est adéquate au sens du jugement. **Il se justifie dès lors de préciser d'office l'obligation de rectifier imposée au défendeur, de sorte qu'elle soit susceptible d'exécution forcée sans qu'il faille trancher des questions de droit matériel dans la procédure d'exécution** » ; ATF 100 II 177, consid. 6, JdT 1976 I 228. (Mise en gras ajoutée). Voir aussi, à propos de la violation d'une obligation d'abstention corrigée d'office par le juge : ATF 97 II 92.

⁵³⁴ ATF 94 II 211, consid. 4. b. et 4. c. Voir aussi : ATF 96 V 95 ; JdT 1938 III p. 51 ; JdT 1939 III p. 56 ; JdT 1945 III p. 40.

⁵³⁵ Ancien membre du Conseil national au sein du groupe libéral-radical (Canton de Bâle-Ville).

⁵³⁶ Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse n° 41, Conseil national, Séance du 4 décembre 1913. Ordre du jour : Loi fédérale sur le travail dans les fabriques. BO CN 1913, p. 868.

Ich möchte bei diesem Anlass Herrn Schubiger mitteilen, dass die Absicht nicht dahin geht, dem Richter das Recht zu geben, über die Anträge des Rechtsbegehrens hinauszugehen. Wenn gesagt ist, der Richter sei nicht an die Anträge der Parteien gebunden, **so will das heissen, dass er nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist, die zur Feststellung des Tatbestandes notwendig sind. Selbstverständlich soll der Richter nicht über das hinausgehen, was eine Partei eingeklagt hat.** Das ist ein Rechtsprinzip des Zivilprozesses, das überall gilt und das nicht überschritten werden soll. Der Kläger soll nicht mehr erhalten, als was er fordert. Dagegen soll der Richter bei der Feststellung des Tatbestandes nicht gebunden sein an das, was der rechtsunkundige Arbeiter vorbringt, sondern er soll ihm **bei der Feststellung des Tatbestandes behilflich sein** ».

483 Cet extrait constitue selon nous l'une des premières traces de la distinction propre au texte allemand entre l'établissement et la recherche des faits par le juge, qui permettra par la suite de distinguer les deux types de maximes inquisitoires. Cette prise de position du rapporteur Göttsheim évoque également la distinction entre le principe de maxime de disposition, selon lequel le juge ne peut accorder ni plus, ni autre chose que ce qu'ont demandé les parties, par opposition à la maxime inquisitoire qui se rapporte à l'établissement des faits et pour lesquels le juge n'est pas lié. Le choix de ces deux termes (« Feststellung », « Erforschung ») permettra de dissocier plus clairement dans les textes allemands entre les deux maximes. Cette dissociation n'interviendra toutefois qu'à partir de l'unification de la procédure civile et seulement dans la version allemande.

484 A peine deux ans plus tard, les termes de « Untersuchungsmaxime » et « Untersuchungsgrundsatz » sont simultanément utilisés dans une jurisprudence relative au droit des assurances sociales. Conformément au contenu de la maxime inquisitoire, cette jurisprudence reconnaît au juge le pouvoir d'établir les faits d'office et d'apprécier librement les moyens de preuve⁵³⁷ :

485 « **Der Untersuchungsgrundsatz** verlangt vielmehr, dass der Sozialversicherungsrichter den Sachverhalt von Amtes wegen, also aus eigener Initiative und ohne Bindung an die Vorbringen oder Beweisanträge der Parteien feststellt [...]. Demnach hat der Richter zu bestimmen, was alles abzuklären ist ; er muss für die Beschaffung der notwendigen Beweise sorgen. [...] **Die Untersuchungsmaxime** schliesst die Beweislast im Sinne einer Beweisführungslast begriffsnotwendig aus ».

486 Ce recours au terme de maxime inquisitoire n'est toutefois pas généralisé ou du moins pas synchronisé entre la jurisprudence en allemand et celle en français. En 1981, le TF établit le principe lié à l'atténuation de la maxime inquisitoire (maxime inquisitoire sociale par opposition à la maxime inquisitoire pure), sans pour autant le nommer ainsi. Il se contente de parler, pour le cas d'espèce, d'une interpellation des parties qui serait moindre par rapport au « principe de l'instruction d'office » applicable à d'autres procédures⁵³⁸. Dans un arrêt de

⁵³⁷ ATF 96 V 95. (Mise en gras ajoutée).

⁵³⁸ ATF 107 II 233, consid. 2 : « [L]'obligation pour le juge d'établir d'office les faits ne dispense pas les parties d'une collaboration active à la procédure. Il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles. Le juge doit néanmoins s'assurer, notamment par l'interpellation des parties, que leurs allégations et leurs offres de preuve sont complètes, mais il n'est tenu de le faire que si les motifs objectifs d'éprouver

2003 relatif à un cas de discrimination salariale, le TF vient préciser ces notions qu'il qualifie respectivement de « devoir d'examen étendu » du juge et de « principe inquisitoire »⁵³⁹ :

« En matière d'égalité salariale entre femmes et hommes, le Tribunal fédéral a posé des **exigences élevées en particulier quant à la constatation des faits, la procédure probatoire et le devoir d'examen du juge** [...]. Si le **principe inquisitoire ancré à l'art. 12 al. 2 LEg, par renvoi à l'art. 343 al. 4 CO**, prévoit notamment que le tribunal apprécie librement les preuves – ce qui interdit au juge cantonal de retenir des faits contre sa conviction ou de se considérer lié par des règles de procédure cantonale qui attribuent une force probante spéciale à certains moyens de preuve (système des preuves légales) –, cette disposition n'autorise pas la remise en cause en instance fédérale de réforme des constatations de fait de l'autorité cantonale (ATF 125 III 368 consid. 3) ».

Comme nous l'évoquions lors de l'analyse de la jurisprudence relative à la maxime d'office avant l'unification de la procédure civile (cf. N 459 ss), il est frappant d'observer l'utilisation de ces deux termes pour, semble-t-il, décrire la même chose. Ce double qualificatif porte d'autant plus à confusion que les termes spécifiques à chaque maxime ne sont pas utilisés systématiquement voire pas utilisés du tout. Les deux notions sont en effet souvent associées et entremêlées, notamment lorsqu'il s'agit d'appliquer l'art. 343 al. 4 aCO⁵⁴⁰. *A posteriori* on sait désormais que la jurisprudence relative aux art. 274d al. 3 et 343 al. 4 aCO faisait référence à la maxime inquisitoire, et plus précisément à la maxime inquisitoire sociale. On peut d'ailleurs observer comment l'ATF 107 II 233 associe l'art. 343 al. 4 aCO à la mise en œuvre d'une « procédure inquisitoriale »⁵⁴¹ :

« Le litige qui oppose les parties porte sur moins de 5000 fr. et est donc soumis à la règle de l'art. 343 al. 4 CO (ATF 103 II 276 s.). **Cette disposition impose une procédure inquisitoriale** dans les contestations relevant du contrat de travail [...]. **Le juge peut et doit fonder son prononcé sur tous les faits pertinents établis lors débats, même si les parties ne les ont pas invoqués à l'appui de leurs conclusions** [...]. Cela découle d'ailleurs de la nature même de la procédure inquisitoriale. [...] **L'obligation pour le juge d'établir d'office les faits ne dispense pas les parties d'une collaboration active à la procédure** ».

Dans un premier temps, le TF déduit de la règle de l'art. 343 al. 4 aCO que le juge **peut et doit se baser sur les faits pertinents allégués lors des débats**. Selon la « procédure inquisitoriale », les faits sont présentés par les parties lors des débats et le juge est ensuite autorisé

des doutes sur ce point. Il n'y a en effet **aucune raison de lui imposer une inquisition plus poussée que celle prévue dans d'autres procédures également dominées, à certains égards au moins, par le principe de l'instruction d'office**, notamment dans le domaine du divorce, des assurances sociales, ou du contentieux administratifs ». (Mise en gras ajoutée). Voir aussi : BOHNET/JEANNIN, ZSR 2015 I, p. 229.

⁵³⁹ ATF 130 III 145, consid. 3.1.2. Voir aussi TF, 4A_12/2007 du 3 juillet 2007, consid. 4.1. et 4.2. : « Le droit fédéral impose notamment aux tribunaux cantonaux **un devoir d'examen étendu** [...]. Ils doivent ainsi **veiller, en collaboration avec les parties, à ce que les moyens de preuve soient mentionnés et les preuves administrées** [...] ». (Mise en gras ajoutée).

⁵⁴⁰ Art. 343 al. 4 aCO : Dans ces litiges, le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves ». Abrogé par le ch. II 5 de l'annexe 1 au CPC du 19 déc. 2008, avec effet au 1^{er} janv. 2011. (RO 2010 1739 ; FF 2006 6841).

⁵⁴¹ ATF 107 II 233, consid. 2. a. et 2. b. (Mise en gras ajoutée). Voir aussi : ATF 125 III 231, consid. 4a ; JdT 2000 I 194, ainsi que : BOHNET/JEANNIN, La maxime inquisitoriale sociale sous l'empire du CPC, RDS 2015 I p. 224 s.

à s'appuyer sur l'ensemble de ces faits, qu'ils aient été invoqués ou non à l'appui des conclusions, pour fonder sa décision.

491 La définition donnée par le TF correspond en tout point à celle de la maxime inquisitoire, c'est toutefois l'en-tête du JdT 1981 I p. 285 (« Contrat de travail. Procédure civile. Maxime officielle. Recours en nullité ») qui porte à confusion. A la lecture de la loi, tout comme à la lecture de la jurisprudence et de la doctrine, l'art. 343 al. 4 aCO fait néanmoins exclusivement référence à la maxime inquisitoire, en n'évoquant que l'établissement d'office des faits et l'appréciation libre des moyens de preuves administrés par les parties⁵⁴². C'est également le raisonnement auquel aboutit le TF dans la suite de son arrêt, en évoquant « le principe de l'instruction d'office » pour parler de la maxime inquisitoire et du devoir de collaboration active des parties (à propos de cette confusion, cf. N 464 ss).

492 De même, cet arrêt traite à la suite des questions de « collaboration des parties », « interpellation des parties » et « principe de l'instruction d'office » sans laisser de véritables indications quant à la hiérarchie et l'éventuelle concurrence entre ces principes⁵⁴³.

493 Le juge est donc soumis à la maxime inquisitoire (faits et preuves établis d'office) qui, comme le mentionne cet extrait, peut s'exercer par l'interpellation des parties, mais pas seulement. Le juge est toutefois limité dans son « inquisition » par le critère de « motif objectif de doute » qui justifiera ou non un complément d'investigation de sa part (maxime inquisitoire atténuée). Ce dernier passage insiste d'ailleurs sur cette nuance entre devoir d'interpellation renforcée, maxime inquisitoire atténuée et maxime inquisitoire simple lorsqu'il évoque une « **inquisition plus poussée** » du juge. En effet, la jurisprudence et la doctrine majoritaire associent l'ancienne règle de l'art. 343 al. 4 aCO à la maxime inquisitoire sociale, ce qui expliquerait la distinction relativement confuse donnée par l'ATF 107 II 233 entre « inquisition plus poussée » et moins poussée. Comme l'explique BOHNET, même si le CPC parle d'établissement des faits d'office, il ne s'agit selon la doctrine que d'une maxime inquisitoire atténuée ou sociale, qui se rapproche du devoir d'interpellation renforcée. Contrairement au devoir d'interpellation renforcé, la maxime inquisitoire atténuée impose toutefois au juge de retenir des faits non allégués, mais qui résulteraient des preuves administrées. Cette **nuance quant aux faits non allégués** mais consignés au procès-verbal et pris en compte par le juge en raison du défaut d'une des parties fut exprimée par le TF dans des arrêts datant de 1938⁵⁴⁴.

⁵⁴² ATF 142 III 402, consid. 2.1 ; ATF 141 III 569 ; BRUCHEZ, Deuxième partie – La discrimination salariale devant les tribunaux/Réflexions sur l'action judiciaire individuelle pour discrimination salariale, in : L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail, 1996-2016 ; 20 ans d'application de la Leg, 2016, pp. 179 à 190.

⁵⁴³ ATF 107 II 233, consid. 2. c. (Mise en gras ajoutée).

⁵⁴⁴ BOHNET, Procédure civile, p. 213 s., N 815 ss ; JdT 1939 III p. 57 (maxime inquisitoire sociale) : « En matière de divorce, **le juge peut tenir compte de faits qu n'ont pas été formellement allégués, pour autant que ces faits ressortent du dossier**. Résultent du dossier les déclarations des parties consignées au procès-verbal de l'audience, les faits admis en procédure ou prouvés selon les formes légales, et les faits pouvant se déduire d'autres faits admis ou prouvés, à la condition que ces aveux et ces preuves soient dûment constatés dans le dossier ». (Mise en gras ajoutée) ; JdT 1947 III p. 40 (critère des déclarations concordantes des époux) : « **Le juge du divorce peut**, en première comme en seconde instance, **fonder sa décision sur les déclarations concordantes des époux, alors même que les faits révélés par ces**

Malgré les confusions de langage, l'ATF 107 II 233 fait donc expressément référence à la maxime inquisitoire atténuée (désignée dans l'arrêt respectivement : « principe de la procédure inquisitoire »⁵⁴⁵ et « principe de l'instruction d'office »⁵⁴⁶) dans le cadre d'une procédure de droit du travail décrite à l'art. 343 al. 4 aCO. De même et comme nous l'évoquions déjà *supra*, l'utilisation dans le JdT 1981 I p. 285 du terme de maxime officielle comme synonyme de la maxime inquisitoire n'est pas un cas isolé et semble correspondre, à la traduction de l'époque de la « Untersuchungsgrundsatz » en français (cf. N 462 ss et 491). Il en est de même dans l'ATF 100 V 61 dont la version française évoque les « limites à la maxime officielle dans la procédure cantonale en matière d'assistance judiciaire gratuite » tandis que le texte allemand fait référence aux « Grenzen der Untersuchungsmaxime im Kantonalen Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege »⁵⁴⁷.

494

Il faudra donc attendre un certain nombre d'années avant que – ce que la jurisprudence en français qualifiait de « maxime officielle » – devienne uniquement la maxime inquisitoire. Ces disparités terminologiques dans la jurisprudence sont, selon nous, les vestiges de l'influence plus marquée de la doctrine allemande sur les notions de maxime de procédure, de même que le résultat de traductions fluctuantes de termes dont la distinction n'a pas toujours été évidente⁵⁴⁸.

495

La notion de « maxime inquisitoire » sera finalement semble-t-il reprise de façon claire et constante dans la jurisprudence en français dès les années 2000. L'ATF 128 III 411 tranche par exemple la question de la portée et des conséquences de la violation de la maxime inquisitoire dans le cadre de contribution d'entretien en faveur de l'enfant et du conjoint. Selon cet arrêt, la maxime inquisitoire profite également au débiteur de la contribution d'entretien qui peut dès lors s'en prévaloir devant le juge. De même, « si la violation de la maxime inquisitoire conduit à la modification de la contribution d'entretien de l'enfant, il faut examiner si elle ne doit pas entraîner également la modification de la contribution d'entretien du conjoint (art. 125 CC), dont la fixation est, elle, soumise à la maxime des débats (Verhandlungsmaxime) »⁵⁴⁹.

496

Dans un autre registre, l'ATF 130 III 734 tranche la question de l'application de la maxime inquisitoire dans le cadre de l'art. 397f al. 1 CC, soit de mesures de privation de liberté à des

497

déclarations n'auraient pas été allégués en procédure conformément aux règles de droit vaudois ». Voir aussi JdT 1938 III p. 54 (époux défaillant) ; JdT 1947 III p. 73 (revirement de jurisprudence).

⁵⁴⁵ ATF 107 II 233, C.

⁵⁴⁶ ATF 107 II 233, consid. 2.a.

⁵⁴⁷ En italien : « Limiti dell'officialità nella procedura cantonale » ; ATF 100 V 61, consid. 4. On retrouve également des disparités de qualification dans les autres arrêts cités. ATF 100 Ib 359 (« Untersuchungspflicht » et « devoir de l'autorité compétente de se renseigner ») ; ATF 96 V 95 (« Untersuchungsmaxime », « devoir du juge d'établir d'office les faits déterminants ») ; ATF 106 Ib 80 (« Principio inquisitorio », « Untersuchungsgrundsatz », « Principe de l'instruction d'office ») ; ATF 125 III 231 (« Untersuchungsmaxime », « Principe de l'instruction d'office », « Massima inquisitoria »).

⁵⁴⁸ A noter que le fait que les débats parlementaires se tiennent principalement en allemand a très certainement une influence concomitante.

⁵⁴⁹ ATF 128 III 411, consid. 3.2.2.

fins d'assistance. Ainsi, « bien que l'art. 397f al. 1 CC ne mentionne pas expressément la maxime inquisitoire, doctrine et jurisprudence considèrent que cette maxime s'impose au juge cantonal en vertu du droit fédéral ». Au surplus, la maxime inquisitoire n'exclut pas l'appréciation anticipée des preuves par le tribunal⁵⁵⁰.

3. Maxime de disposition et principe *ne ultra petita*

498 Au cœur du droit des obligations, le **principe de l'autonomie privée trouve son prolongement procédural dans la maxime des débats et la maxime de disposition**. Pour le juge, cette autonomie déploie ses effets de deux façons. D'une part en ne le faisant intervenir qu'à l'initiative des parties (*ne procedat iudex ex officio*). D'autre part en étant lié par les conclusions des parties, qui peuvent décider de mettre fin à la procédure en tout temps (*ne eat iudex ultra petita partium ; nullo actore, nullus iudex*). C'est sur ce dernier aspect qu'intervient la maxime de disposition.

499 A la lecture de la jurisprudence, la maxime de disposition s'est longtemps résumée au principe *ne ultra petita*. La première jurisprudence renvoyant à cet adage que nous avons retrouvée date du 20 mars 1880 (« Stacher gegen Nationalbahn »)⁵⁵¹. A la suite d'un accident ayant entraîné des lésions corporelles sur un employé (partie demanderesse), la cour d'appel de Zurich avait conclu à la responsabilité de la Compagnie de chemin de fer (partie défenderesse), la condamnant à payer les frais médicaux du demandeur ainsi qu'à lui verser soit une rente annuelle, soit une somme fixe à verser immédiatement. A ce titre, le TF rappelait qu'il n'était pas permis d'octroyer plus ou autre chose que ce qui figure dans les conclusions du demandeur, or il n'y a pas d'équivalence, respectivement d'identité des montants entre une indemnisation financière de 4'475 fr. respectivement de 5'000 fr., payable directement ou par acompte (proposé par la partie plaignante) et le paiement de rentes annuelles proposées par le défendeur⁵⁵².

500 Presque un siècle plus tard, le Tribunal cantonal valaisan continue de se référer à l'adage *ne ultra petita* pour décrire l'interdiction du juge d'aller au-delà ou d'octroyer autre chose que

⁵⁵⁰ ATF 130 III 734, consid. 2.2.1. à 2.2.3. ; JdT 2003 I 66.

⁵⁵¹ ATF 6 IV 53.

⁵⁵² « Als erheblich und näherer Prüfung bedürftig erscheint einzig die Behauptung der Beklagten, daß die zuerkannte Rente dem vom geforderten Kapitale nicht entspreche, bzw. Daß die Vorinstanzen dadurch, daß sie dem Kläger eine höhere Rente zuerkannten, als der landesübliche Zins des geforderten Kapitals, eventuell die nach den Grundsätzen der Rentenanstalten demselben entsprechende Rente beträgt, den vom Kläger selbst gestellten Klageschluß überschritten haben. Auch diese Behauptung ist indeß unbegründet, denn der Kläger hat lediglich eine Kapitalabfindung von 5000 Fr. bzw. 4475 Fr., zahlbar zusammen oder in Raten gefordert, während die Beklagte eventuell die Aussetzung einer Rente beantragte ». ATF 6 IV 53, arrêt du 20 mars 1880, Stacher gegen Nationalbahn, consid. 5. Voir aussi : ATF 6 IV 267, arrêt du 19 juin 1880, Weber gegen Nordostbahn, consid. 3 ; ATF 6 II 621, arrêt du 9 octobre 1880, Steiner gegen Nordostbahn, consid. 2 : « Die Vorinstanzen seien nun aber weiter gegangen und haben ihrer Entschädigungsfestsetzung für Schmälerung der Erwerbsfähigkeit ein monatliches Einkommen des Klägers von 285 Fr. bzw. ein Jahreseinkommen von 3420 Fr. zu Grunde gelegt, wodurch sie den gestellten Klageschluß überschritten haben ».

ce qui figure dans les conclusions du demandeur. L'arrêt de la cour civile du Tribunal cantonal (VS) du 13 mai 1982 décrit le principe de la manière suivante⁵⁵³ :

« Dans ces conditions, le Tribunal cantonal avait décidé de ne pas entrer en matière sur ce dernier point. Ce faisant, il s'était borné à rappeler le principe selon lequel le juge civil est lié par les conclusions des parties [RVJ 1968 p. 13 ss]. Ce principe est toujours valable. **Le juge ne peut pas statuer sur des choses non demandées, ni adjuger plus qu'il n'a été demandé (ne ultra petita) ou moins qu'il a été reconnu (ne infra oblata).** Ces règles doivent être observées aussi bien par le juge de première instance que par le Tribunal cantonal, en tant qu'autorité d'appel ».

Il en va de même du TF, qui se réfère audit adage pour expliquer le principe de disposition. C'est notamment le cas dans l'ATF 119 II 396: « lorsqu'une demande tend à l'allocation de divers postes de dommage reposant sur la même cause, le tribunal n'est lié que par le montant total réclamé, si bien qu'il peut allouer davantage pour un des éléments du dommage et moins pour un autre »⁵⁵⁴. Sur la base de ce constat, le juge fédéral conclut à ce que « l'autorité intimée n'a pas violé le principe «ne ultra petita partium» et n'est en tout cas pas tombé dans l'arbitraire »⁵⁵⁵. S'agissant des correspondances dans les autres langues fédérales : le texte allemand associe le principe *ne ultra petita* à la « Dispositionsmaxime »⁵⁵⁶ tandis que les textes italien le rattache au « Principio cd. attinatorio », soit littéralement à la maxime des débats. Il ne fait pourtant aucun doute que la question de savoir si le juge peut allouer davantage pour un des éléments du dommage et moins pour un autre, concerne bien le fait qu'il soit lié ou pas par les conclusions du demandeur (maxime de disposition). On retrouve la même qualification de « Dispositionsmaxime » correspondante à celle de maxime des débats dans l'ATF 110 II 113 avec pour seule différence la traduction en italien s'aligne cette fois à la qualification allemande (« Principio dispositivo »)⁵⁵⁷. Le caractère fluctuant de la qualification italienne (« principio dispositivo/principio attinatorio »)⁵⁵⁸, au même titre que l'association erronée entre *ne ultra petita* et maxime des débats faite par la jurisprudence en français montre bien qu'il s'agit ici d'une erreur de qualification qui ne semble pas concerner la jurisprudence en allemand, apparemment beaucoup plus au clair ou du moins, harmonisée avec la doctrine de l'époque sur ce thème.

Pour le reste, la jurisprudence finit par s'accorder et passe de « maxime des débats » à « maxime de disposition » pour définir l'obligation du juge de s'en tenir aux conclusions des parties. C'est notamment le cas dans l'ATF 110 Ia 96 portant sur l'application de l'art. 86 du CPC tessinois relatif aux frais judiciaires. Dans cet arrêt, le TF considère, et cela figure dans

⁵⁵³ RVJ 1982 p. 61, consid. 8.a. Voir aussi ATF 33 V 539, consid. 4 ; ATF 119 II 396, consid. 2.

⁵⁵⁴ ATF 119 II 396, consid. 2. Voir aussi : ATF 63 II 346, consid. 2.

⁵⁵⁵ ATF 119 II 396, consid. 2.

⁵⁵⁶ Voir aussi : TF, du 16.11.1977 in : ZR 77/1978, p. 206.

⁵⁵⁷ ATF 110 II 13, JdT 1986 I p. 103 : « Violation de l'art. 4 Cst ; non-respect de principes de procédure (interdiction de la reformatio in pejus, maxime des débats) au cours de la procédure d'appel cantonale : conversion d'une pension alimentaire attribuée au conjoint divorcé en première instance sur la base de l'art. 152 CC en une rente fondée sur l'art. 151 al. 1 CC, sans aucune conclusion des parties dans ce sens ».

⁵⁵⁸ Dissociation claire de ces deux maximes dans la jurisprudence suivante : arrêt du 30 octobre 1995, Repertorio 1995, p. 217.

le chapeau de l'arrêt, que pour « le juge devant se prononcer d'office sur les frais judiciaires, il n'est pas arbitraire de considérer que les conclusions (pas nécessaires en soi) formulées à ce sujet par les parties constituent de simples suggestions, soustraites comme telles à la maxime de disposition » ; notion transposée en allemand et en italien par les termes de « Dispositionsmaxime » et de « principio dispositivo »⁵⁵⁹. A noter au surplus que le TF utilise aussi bien le terme de « maxime » pour désigner la maxime de disposition que pour parler de la « *massima ne ultra petita partium* ». Sorte de variante ou synonyme de la maxime de disposition, vu l'utilisation généralisée du principe *ne ultra petita* en lieu et place celle-ci⁵⁶⁰.

4. Maxime des débats

504 Sans être spécifiquement mentionné, le principe de la maxime des débats est, d'après nos recherches, évoqué dans la jurisprudence dès 1913, puis repris de façon plutôt constante entre 1926 et 1948⁵⁶¹. L'on retrouve de même, au cours de la deuxième moitié du 20^e siècle, des débats relatifs au rattachement de ce principe au droit matériel, donc généralement fédéral, alors que le choix relevait indiscutablement de la procédure, même s'il y avait des « empiètements fédéraux » (cf. N 453 ss). En ce qui concerne l'art. 8 CC qui semblait initialement présupposer la maxime des débats nous renvoyons aux développements ci-après (cf. également N 41 ss et 455). Jusqu'à l'unification de la procédure civile, c'est donc en principe au droit cantonal que se réfère le tribunal lorsqu'il est question de savoir à qui incombe le fardeau de l'allégation. En témoigne par exemple l'arrêt vaudois du 14 avril 1948 relatif à un cas de divorce, applique ce principe de maxime des débats en vertu de sa procédure cantonale sans se référer au droit fédéral⁵⁶² :

505 « **Attendu que le juge doit s'abstenir, en principe, d'introduire dans son jugement des faits qui n'ont pas été allégués par les parties [...].** Qu'il s'agit d'une règle essentielle, également applicable à la procédure spéciale prévue par l'art. 402 et sv. CPC pour les actions en divorce [...]. **Que la loi laisse donc entière liberté à un époux d'alléguer ou non tel fait qui constitue une cause de divorce [...].** Que toutefois, la seule verbalisation de l'aveu ne saurait autoriser le juge à retenir le fait admis comme si celui-ci avait été allégué en procédure ; que le juge ne pouvait donc pas, en l'espèce, tenir compte de l'adultère commis par la recourante dans l'appréciation des torts des époux ».

506 Ce constat (le fardeau de l'allégation relève du droit procédural cantonal) n'a pourtant pas toujours été une évidence pour le TF, en témoigne l'ATF 71 II 127. Dans cet arrêt, le TF considère que le principe de la maxime des débats s'impose aux cantons en vertu du droit fédéral et notamment de l'art. 8 CC (répartition du fardeau de la preuve) selon lequel le juge cantonal viole le droit fédéral lorsqu'il constate en l'absence de toute preuve un fait allégué

⁵⁵⁹ ATF 110 Ia 96. Voir aussi : TF, du 25.08.2003 in: RVJ 2004, p. 131; TF, du 14.07.2006 in: RVJ 2007, p. 141; TF, du 27.10.2008 in: SJZ 105/2009, p. 63.

⁵⁶⁰ ATF 110 Ia 96.

⁵⁶¹ ZSR 1913 p. 443 s. (« Gysi ») ; ZSR 1929 p. 87 (« Picot ») ; JdT 1926 III 107 (« Dame Castiglione c. Dame Pellaton ») ; JdT 1942 I 601 (« Boog c. Dame Boog ») ; ATF 71 II 127 ; JdT 1948 III 73.

⁵⁶² Arrêt du 14 avril 1948, F. c. F., Recours en réforme, JdT 1948 III 73. (Mise en gras ajoutée).

et contesté et lorsqu'il tient pour prouvé un fait qui n'a pas été allégué⁵⁶³. Les cantons ayant tous adopté le principe de la maxime des débats, cette jurisprudence n'était en substance pas une véritable entorse à la liberté, respectivement à l'autonomie des cantons sur ce thème, **plutôt une confirmation**. Ce n'est que trois ans plus tard que le TF abandonna cette jurisprudence en affirmant que la maxime des débats n'était pas un principe de droit fédéral imposé aux procédures cantonales⁵⁶⁴. Cet arrêt concernant une affaire fribourgeoise de 1952 marque donc un revirement de jurisprudence par rapport à l'ATF 71 II 127 cité *supra*, puisqu'il vient préciser le champ d'application de la maxime des débats par rapport à celui de l'art. 8 CC et rappelle la frontière entre compétences cantonale et fédérale. Au surplus, il décrit les concepts de maxime de débats et de maxime inquisitoire, en se référant à leur dénomination allemande (avec là encore une confusion entre « Untersuchungsmaxime » et « Officialmaxime »)⁵⁶⁵ :

« Dans son arrêt SA Fabrique d'articles en métal, du 5 juin 1945 (RO 71 II 127), le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 8 CC impose implicitement aux parties l'obligation d'alléguer les faits dont elles déduisent leur droit. Mais il s'est depuis lors écarté plusieurs fois de cette jurisprudence, qui ne saurait être maintenue. Car **une telle interprétation de l'art. 8 CC lierait les cantons à un système de procédure civile où le juge ne pourrait tenir compte que des faits expressément articulés par celle des parties qui en déduit son droit (Verhandlungsmaxime)**. Le législateur n'a pu vouloir empiéter de la sorte sur la souveraineté cantonale en matière de procédure civile, d'autant moins que cela n'était nullement nécessaire pour l'application efficace du droit fédéral et que le système inverse, donnant pouvoir au juge de rechercher librement les faits (Officialmaxime), garantit au moins aussi bien cette application. [...] Il est vrai qu'au moment où il [l'art. 8 CC] a été rédigé, on admettait presque partout que le juge ne pouvait tenir compte que des faits allégués par les parties. Cela s'est marqué dans la formule adoptée ; le législateur a considéré ce principe comme généralement admis. Mais il ne l'a pas statué. **Il n'a fait que répartir le fardeau de la preuve et n'a rien prescrit d'autre que l'obligation de prouver les faits générateurs du droit allégué** ».

Le raisonnement du TF est le suivant : l'art. 8 CC ne traite expressément que de la répartition du fardeau de la preuve. En ce sens, c'est en principe à la partie qui allègue des faits qu'il incombe de les prouver si elle veut en déduire son droit. Cela ne signifie toutefois pas que seule cette partie peut et doit fournir la preuve des faits qu'elle articule devant le juge. Ainsi, le juge n'est pas, de par le droit fédéral, limité par les faits expressément allégués par les parties et peut retenir d'office certains faits qui n'ont pas été allégués ou simplement pas retenus à l'appui de leurs conclusions. **Les juges fédéraux refusent donc de déduire de l'art. 8 CC, l'application de la maxime des débats** et considèrent qu'il est de la compétence des cantons de définir si elle doit s'appliquer ou pas à leur procédure civile, sans que le droit fédéral n'interfère dans ce domaine⁵⁶⁶.

⁵⁶³ ATF 71 II 127 ; Voir aussi : HALDY, les maximes procédurales, p. 191.

⁵⁶⁴ ATF 74 II 202 ; JdT 1949 I 516.

⁵⁶⁵ ATF 78 II 97. Voir aussi : JdT 1953 I 383 ; ATF 87 II 140 ; JdT 1961 I 607 ; ATF 89 II 121. Concernant l'ancienne jurisprudence de l'art. 8 CC : ATF 71 II 127 ; ATF 57 II 173 ; ATF 59 II 475.

⁵⁶⁶ HALDY, les maximes procédurales, p. 192. A propos de la confusion entre fardeau de la preuve et administration des preuves, cf. *supra* N 67 ss.

509 Après avoir entériné cette jurisprudence dans un arrêt de 1969 (« c'est le droit cantonal [et non l'art. 8 CC] qui répartit le fardeau de l'allégation [...] et le TF fonde son arrêt sur les faits tels qu'ils ont été constatés par la dernière autorité cantonale [art. 63 al. 2 OJ] »⁵⁶⁷), le TF rendra un nouvel arrêt en 1972 qui semble à la fois confirmer la compétence des cantons concernant les maximes de procédure, tout en renvoyant au droit fédéral pour contrôler le niveau suffisant (ou non) des allégations des parties. En effet, le TF avait estimé, concernant l'opportunité d'une expertise dans le cadre de la procédure probatoire, que « c'est **sur la base du droit fédéral** qu'il faut décider **si les faits allégués** par une partie dans les formes et délais prévus par la procédure cantonale **sont suffisants pour statuer sur la prétention émise** »⁵⁶⁸. Il s'agit donc d'un contrôle, non pas relatif au choix de la maxime applicable pour tel ou tel type de procédure, mais à la conformité de sa mise en œuvre avec le droit fédéral. Ainsi, malgré les apparentes difficultés du TF à laisser une entière liberté aux cantons s'agissant de la mise en œuvre de leurs maximes de procédure, il semble pourtant à chaque fois revenir à ce principe. Ce qu'il fait à nouveau dans un arrêt de 1982, confirmant celui de 1948 (« le droit fédéral n'obligeait pas les cantons à tenir pour suffisants des allégués dont les lacunes devraient encore comblées au cours de la procédure probatoire. **Cela reviendrait à imposer la maxime d'office par une porte dérobée** »^{569, 570}).

510 Par la suite, le champ d'application de la maxime des débats se précise au fil de la jurisprudence. L'ATF 85 II 565 se penche par exemple sur la question de l'obligation du juge de tenir compte d'office de la nullité éventuelle d'un contrat en raison de la forme choisie, en vertu de l'art. 11 CO. A ce titre, le juge s'interroge sur les hypothèses de droit privé dans lesquelles il convient de déroger ou pas à ladite maxime (d'office) et trancher le litige notwithstanding les allégations des parties⁵⁷¹. Un arrêt saint-gallois de 1963 arrive par exemple à la conclusion qu'un tribunal de commerce ne viole pas la maxime des débats lorsque, en l'absence de prétentions de la part des parties, il fonde son jugement sur des pratiques

⁵⁶⁷ ATF 89 II 118, consid. 2.a. Voir aussi : ATF 78 II 97 ; ATF 87 II 140 s. ; RO 78 II 97.

⁵⁶⁸ ATF 98 II 73, consid. 4.

⁵⁶⁹ ATF 108 II 337 (voir ég. à ce sujet le résumé de BOHNET/DROESE, Präjudizienbuch, art. 55 N 1); JdT 1983 I 538. Voir aussi : ATF 117 II 113 ; ATF 116 II 196 ; ATF 116 II 594 ; HALDY, Les maximes procédurales, p. 193.

⁵⁷⁰ Pour précision: la **répartition** de la charge de l'allégation est réglée par le droit fédéral, mais pas la charge d'allégation en elle-même (droit procédural). De même, l'**étendue** de l'obligation de motiver est déterminée par le droit fédéral matériel (ATF 123 III 183, consid. 3e ; ATF 108 II 337 consid. 2 et 3), mais cette question reste traitée par le droit procédural. Cf. N 683 ss et 699.

⁵⁷¹ « Abweichungen von der Verhandlungsmaxime werden in der Lehre des Prozessrechts nicht nur mit Rücksicht auf die «absolute Natur des Privatrechts» in Ehe-, Familienstands- und Entmündigungssachen, sondern namentlich auch "in allen Fällen einer absoluten Nichtigkeit nach Privatrecht, z.B. bei formnichtigen Geschäften" verfochten. [...] Im Übrigen erhebt sich die Frage, ob nicht das Privatrecht selbst einen dahingehenden Einbruch in die Verhandlungsmaxime verlange, der selbst ohne einen im Prozessgesetz ausgesprochenen Vorbehalt zu beachten wäre. Wie dem auch sein mag, ist der Richter jedenfalls dann, wenn sich nach den ihm vorliegenden Akten der einem streitigen Rechtsbegehren zugrunde gelegte Vertrag als formnichtig erweist, gehalten, diese Nichtigkeit zu beachten, gleichgültig ob die auf Abweisung des Begehrens antragende Partei gerade auch diesen Abweisungsgrund geltend macht ». ATF 85 II 565, consid. 1.

commerciales courantes (faits notoires comme exceptions à la maxime des débats)⁵⁷². De même, dans un arrêt de 1964, le TF rappelle l'intérêt de l'Etat à empêcher les procédures abusives et à faire respecter l'ordre public, de sorte que le juge peut exceptionnellement contrevenir au principe de la maxime des débats et refuser d'office de rejurer ladite cause (il nous semble néanmoins qu'il s'agit-là d'une référence erronée au principe de la maxime des débats, respectivement à sa violation)⁵⁷³.

Il est intéressant d'observer que le principe de la maxime des débats a fini par être repris par la doctrine ou la jurisprudence dans tous les cantons, selon des dénominations relativement équivalentes (Lucerne⁵⁷⁴, Genève⁵⁷⁵, Valais⁵⁷⁶, Zurich⁵⁷⁷, Berne⁵⁷⁸, Tessin⁵⁷⁹, Jura⁵⁸⁰, Fribourg⁵⁸¹, Saint Gall⁵⁸², etc.). On retrouve toutefois la même confusion entre « Dispositionsmaxime » et « maxime des débats » dans certains arrêts, notamment valaisans, mais aussi fribourgeois et genevois. L'arrêt genevois est d'autant plus parlant qu'il met au même niveau « maxime des débats » et « principe de disposition »⁵⁸³.

Plus spécifiquement, on retrouve dans une jurisprudence de 1996 l'expression de « **maxime des débats atténuée** » comme équivalent à la notion aujourd'hui plus usitée de « **maxime inquisitoire sociale** »⁵⁸⁴. De façon plus anecdotique enfin dans l'arrêt du TF, 4C.31/2000, le demandeur reproche à la chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois d'avoir

⁵⁷² « Auf besonderer Sachkunde beruhende Erfahrungssätze sind, somit die Behauptungslast anbetrifft, nicht anders als die auf der allgemeinen Lebenserfahrung beruhenden Erfahrungssätze zu behandeln. Sie unterstehen also der Verhandlungsmaxime nicht ». SJZ 62/1966, p. 276.

⁵⁷³ « Que, s'il est vrai que le Code de procédure civile vaudoise est régi par la maxime des débats, l'art. 3 CPC enjoint cependant au juge de veiller à ce que la procédure soit, autant que possible, sûre, prompte et économique, qu'ainsi, le juge doit intervenir dans le procès et notamment empêcher les procédures abusives [...] que dès lors, sitôt qu'il constate qu'il y a chose jugée, le juge doit, d'office, refuser d'instruire et de juger la cause qui lui a été soumise ». JdT 1965 III p. 40.

⁵⁷⁴ RNRF 51/1970, p. 301 : « Grundsatz der Verhandlungsmaxime » traduit en français « principe des débats ».

⁵⁷⁵ SJ 1971, p. 42 ; SJ 1986, p. 413 ; SJ 1993, p. 262 : « maxime des débats » par opposition à la « maxime d'office ».

⁵⁷⁶ RVJ 1973, p. 16 : « principe de l'autonomie des parties (Verhandlungsmaxime) » par opposition au « principe de l'instruction d'office » ou « das Prinzip der Offizialmaxime ».

⁵⁷⁷ ATF 108 II 337, JdT 1983 I 538 : « Verhandlungsmaxime » ou « maxime des débats » mis en lien avec « les exigences relatives à la précision dans l'allégations des faits » ou « Anforderungen an die Substanziierungspflicht », respectivement « Obligo di specificare le allegazioni di fatto ».

⁵⁷⁸ ATF 118 Ia 129, consid. 1 : « Verhandlungsmaxime », « maxime des débats », « principio c. attimatorio ».

⁵⁷⁹ Repertorio 1994, p. 388 ; DC 1997, p. 137 : « Verhandlungsmaxime », « maxime des débats », principio attimatorio ».

⁵⁸⁰ RJJ 1996, p. 83 : « maxime des débats », opposée à la « maxime d'office » et dont découle plusieurs principes dont l'adage « ne eat iudex ex officio ».

⁵⁸¹ ATF 78 II 97 cité *supra*.

⁵⁸² RSJ 62/1966, p. 276, cité *supra*.

⁵⁸³ Pour le canton du Valais : RVJ 1985, p. 101 ; RVJ 2007, p. 131 associent « Dispositionsmaxime », à la notion de « maxime des débats ». A l'inverse : RVJ 2007, p. 229 ; RVJ 2008, p. 145 s'alignent sur la terminologie générale : « Verhandlungsmaxime », « maxime des débats ». Pour le canton de Fribourg : RFJ 1999, p. 42 : « maxime des débats », « Dispositionsmaxime ». Pour le canton de Genève : TF, arrêt du 18 octobre 2007, 5A_144/2007 : « A la différence des effets accessoires du divorce, le retrait de la poursuite concerne une question régie exclusivement par la maxime des débats (principe de disposition).

⁵⁸⁴ RFJ 1997, p. 96, consid. 2.

transformé la maxime d'office applicable en l'espèce au droit du bail en « une sorte de maxime des débats qualifiée »⁵⁸⁵.

5. Exemple de l'évolution de la jurisprudence en matière de divorce et maximes procédurales applicables

- a. Jurisprudence entre 1907 et 1917 : protection de la sphère familiale, pouvoir de disposer de l'époux non fautif et intérêt de l'enfant

513 La jurisprudence présentée ci-dessous (et précédemment compilée par DUSS⁵⁸⁶) atteste qu'à défaut d'une requête de divorce **conjointe dès le départ**, seul l'époux qui n'était pas à l'origine du motif de rupture était autorisé à demander le divorce. A ce titre et dans la mesure où la priorité était donnée à la **protection de la famille** sur celle des intérêts individuels des conjoints, le juge disposait d'un grand pouvoir d'appréciation. L'initiative quant à la demande de divorce revenait donc aux parties (maxime des débats), mais de manière limitée (époux non-fautif, requête conjointe dès le départ, etc.) et **contrôlée par le juge** de manière à **protéger l'institution du mariage**. Le **pouvoir de disposition des conjoints sur leur litige matrimonial était donc très largement encadré**, dans la mesure où **la moralité et l'ordre public** étaient prioritaires par rapport à leur intérêt à régler et organiser la séparation à leur manière. On constate dans ce contexte un **lien entre le pouvoir de disposer** (ou non) des parties sur l'objet du litige (divorce) **et**, d'une part, la **notion de faute** (dans le cadre du mariage) et d'autre part, celle de **l'intérêt de l'enfant**. En voici tout d'abord quelques exemples, concernant justement cette idée de faute entraînant une « profonde perturbation du mariage » susceptible de justifier le divorce :

- ATF 33 II 389 : un divorce ne peut être prononcé contre la volonté du conjoint qui est « irréprochable », du moins non-fautif en ce qui concerne les motifs de la rupture (« Zerrüttungsprinzip »); en ce sens, une **déclaration de consentement de la partie non-fautive pouvait toujours être interprétée librement** ; de même, le divorce ne peut être prononcé sur la base d'une **requête conjointe que s'il y avait eu dès le départ une requête conjointe en divorce** (art. 45 ZEG, abréviation de la « Bundesgesetz über die Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe vom 24. Dezember 1874 »)⁵⁸⁷ ; *a contrario* la requête et donc la **volonté conjointe ultérieure** des conjoints ne suffit pas. De même dans l'ATF 33 II 481 : la règle selon laquelle seul l'époux qui n'est pas l'unique ou le principal responsable

⁵⁸⁵ TF, 4C.31/2000, consid. 2.aaa.

⁵⁸⁶ DUSS, p. 214 ss.

⁵⁸⁷ DUSS, p. 216. Assouplissement à ce niveau dans l'ATF 33 II 5, dans lequel les parties ont obtenu le divorce, bien qu'au début de la procédure devant les instances cantonales, le divorce ait été demandé par une seule partie sur la base de l'art. 47 ZEG, et que ce n'est que vers la fin de la procédure qu'une requête commune a été déposée.

de la rupture est autorisé à demander le divorce est qualifié de « pratique constante⁵⁸⁸.

- ATF 33 II 385 : une demande conjointe et sincère de divorce qui « trouve son fondement dans les circonstances factuelles » devrait être accordée. Le **conviction intime** ainsi que la **volonté ferme des parties** pour la dissolution du mariage sont décisifs et la volonté peut être **présumée si les parties portent la procédure de divorce jusqu'au TF**. La volonté seule des conjoints de divorcer ne suffit donc pas, et doit en quelque sorte être observée/attestée par le juge, via des actes concluants (*in casu* jusqu'au TF)⁵⁸⁹.
- ATF 41 II 198 : un mariage qui a été profondément perturbé doit être dissout, une simple séparation n'étant *a contrario* donc pas admissible/suffisante pour justifier le divorce⁵⁹⁰ ;
- ATF 38 II 40 : la question de la **faute** (« Verschuldensprinzip ») **doit être prouvée d'office par le juge**, car l'art. 142 al. 2 aCC est «un commandement à l'attention du juge fait dans l'intérêt de l'ordre public et de la moralité» et ne peut en aucun cas être remplacé par une convention de parties⁵⁹¹.

Concernant le critère de « bien-être de l'enfant », venant progressivement outrepasser celui de la faute :

514

- ATF 38 II 439 : l'art. 156 aCC n'impose aucune règle rigide au juge ; il lui confère, au contraire, un **pouvoir d'appréciation très étendu dans le domaine du droit matrimonial où l'intérêt de l'enfant doit être particulièrement pris en considération**. Il fut ainsi statué que **des manquements** (même l'adultère) **commis fautivement par l'époux pendant le mariage, ne le privait pas du droit à des relations personnelles avec l'enfant**, le critère **décisif** étant en toutes circonstances celui de **l'intérêt de l'enfant** (et *a contrario* pas celui de la faute commise par l'époux). Le bien-être de l'enfant est notamment évalué via la situation familiale, les aptitudes éducatives des parents, le degré d'attachement que les enfants ont pour l'un ou pour l'autre, etc. Il a en outre été jugé que **si l'intérêt de l'enfant l'exige, le juge peut priver d'office les deux parents de l'autorité parentale**. C'est le cas lorsqu'aucun des parents n'a fourni les garanties nécessaires relatives aux soins et à l'éducation de l'enfant⁵⁹² ;

⁵⁸⁸ DUSS, p. 216. Arrêt abordant également les notions de « négligence non excusée des tâches domestiques de l'épouse » ou de « regrettable manque de sens conjugal » relatives à la responsabilité du divorce. Concernant celle d'abandon malveillant (« böswillige Verlassung »), cf. ATF 36 II 171 (p. 219).

⁵⁸⁹ DUSS, p. 218.

⁵⁹⁰ DUSS, p. 217.

⁵⁹¹ DUSS, p. 218 s. Renvoi également aux ATF 38 II 43 (époux non fautif) et ATF 38 II 56 (perturbation objective).

⁵⁹² DUSS, p. 221 s.

- ATF 43 II 473 : la modification d'un jugement de divorce concernant la question de l'attribution des enfants en vertu de l'art. 157 aCC (relations modifiées concernant l'attribution des enfants) n'est admissible que **si les circonstances rendent impérative une telle modification**. A l'inverse, une révision du jugement d'attribution des enfants en cas de **changement seulement insignifiant des circonstances** serait **contraire à l'intérêt des enfants**, qui exige une éducation aussi calme et constante que possible⁵⁹³ ;
- A l'inverse, lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant ne vient pas changer la perspective du procès en matière de divorce, le juge **reste tenu par les demandes formulées par les parties**. C'est la solution à laquelle aboutit l'ATF 42 II 146 : l'art. 158 ch. 3 aCC (caractère non contraignant des déclarations des parties dans la procédure cantonale et donc libre appréciation des preuves par le juge) ne restreint pas la **libre disposition des parties quant à savoir si et dans quelle mesure elles souhaitent obtenir un jugement de divorce**, et que le **juge de la cour supérieure**, bien que n'étant pas lié par les soumissions sur le fond de l'affaire, **était lié par les conclusions des parties** (« Parteianträge »). Dès lors, si un jugement n'a fait l'objet d'un appel qu'en ce qui concerne les conséquences collatérales du divorce, la juridiction supérieure n'est plus habilitée à statuer sur la question du divorce⁵⁹⁴.

b. Conclusion

515 Concernant la procédure de divorce et les maximes applicables : Dans l'intervalle entre 1907 et 1917, le TF retient de manière constante la **maxime inquisitoire**⁵⁹⁵ dans sa jurisprudence relative aux principes de faute et de rupture (« Verschuldens- und Zerrüttungsprinzip »). La jonction par consentement au divorce pendant le procès ne pouvait pas être considérée comme une requête conjointe en divorce, et aucune requête conjointe en divorce ne pouvait être déduite du fait que le défendeur avait (finalement) accepté le divorce. Tout cela traduit le **postulat législatif consistant à rendre le divorce plus difficile**. L'objectif était de **protéger la famille en tant que communauté morale**, que ce soit d'abord sous le régime de la ZEG que du CC par la suite. Eugen Huber l'avait explicitement demandé. A cet égard, le TF a procédé fidèlement aux intentions du législateur en suivant les principes du CC ainsi qu'en octroyant une importante marge de manœuvre et d'appréciation au juge civil⁵⁹⁶.

516 Bien que le juge ait bénéficié d'un large pouvoir d'appréciation dans les procédures en matière de divorce dès lors qu'il pouvait s'écarter des moyens de preuve proposés par les parties,

⁵⁹³ DUSS, p. 224.

⁵⁹⁴ DUSS, p. 223 s.

⁵⁹⁵ DUSS parle pour sa part de « Offizialmaxime » ce qui vraisemblablement revient au même, p. 225.

⁵⁹⁶ DUSS, p. 225 et 229 s.

voire même avoir d'office le fardeau de la preuve en ce qui concerne l'établissement de la faute du conjoint, il restait toutefois tenu par les conclusions des parties (**maxime de disposition**), comme l'atteste la jurisprudence relative à l'interprétation de l'art. 158 aCC (ATF 42 II 146)⁵⁹⁷. Cette dichotomie correspondait aux intentions d'Eugen Huber qui, d'une part, souhaitait **que le juge ait une appréciation fondamentalement libre des preuves** et, d'autre part, voulait **que soit réalisé le principe de la liberté individuelle**⁵⁹⁸.

Concernant les intérêts de l'enfant, dans le cadre de la procédure de divorce : Le TF a développé individuellement – mais tout en prenant en considération la doctrine – le **principe du bien de l'enfant** dans sa jurisprudence sur l'art. 156 aCC. Il ne s'agit donc pas d'un principe développé dans les explications d'Eugen Huber. Comme le rappelle DUSS, le principe du bien-être de l'enfant fut concrétisé à un stade très précoce par la jurisprudence du TF (ATF 5 100) : dans cet arrêt le conjoint divorcé avait été condamné à payer une pension alimentaire parce qu'il était considéré comme étant le père en vertu de la présomption légale de paternité et ce, malgré le fait que la femme l'ait quitté quelques semaines après le mariage. Invoquant le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, le TF avait donc maintenu la présomption légale et ce, contre toute vraisemblance (l'épouse avait donné naissance à un enfant au cours de la 35^{ème} semaine après le mariage, ce qui signifiait, en termes purement mathématiques, que la probabilité que le mari soit également le père de l'enfant tombait à pratiquement zéro). **Le principe avait donc été suggéré par le TF** une vingtaine d'années avant la rédaction de Huber et était probablement connu de ce dernier. **Néanmoins, il ne l'a pas été intégré au CC**. Après son entrée en vigueur, le TF a donc continué d'appliquer le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans son interprétation de l'art. 157 CC, malgré ou du moins nonobstant le silence du CC à ce sujet. Il consacra ainsi la **limitation du pouvoir de disposer des parties sur leur litige, en vertu de l'intérêt supérieur de l'enfant**. Ainsi et contrairement à ce qui avait cours dans le cadre d'une procédure de divorce sans enfant, le juge n'était dans ce cas plus lié par les conclusions des parties, lorsque celles-ci s'opposaient à cet intérêt prépondérant⁵⁹⁹. On retrouve aujourd'hui cette **primauté de l'intérêt de l'enfant notamment consacré à l'art. 296 CPC**, contrairement à celle de faute du conjoint dans le divorce. On remarque d'ailleurs que le bien-être de l'enfant, en tant que critère, est venu **outrepasser celui de la faute**, jusqu'à ce que ce dernier finisse par disparaître. Aujourd'hui l'intervention du juge dans une procédure de divorce n'incluant pas d'enfants se limitera plus globalement à s'assurer de la **mûre réflexion des époux** lors de la ratification d'une convention sur les effets du divorce (art. 279 al. CPC), ou encore de **l'existence d'une prévoyance vieillesse et**

⁵⁹⁷ A ce titre, nous ne sommes pas au clair avec les propos de DUSS sur cette question : « Durch den Auslegungsgrundsatz des Gerichts zu Art. 158 Ziff. 3 ZGB wurde **die Offizialmaxime betont, aber die Verhandlungsmaxime** insofern aufrechterhalten, als der Richter **an die Parteianträge gebunden war** ». Comme développé précédemment, le terme « Offizialmaxime », bien que trompeur, se réfère en principe à la notion de maxime inquisitoire, ce qui semble correct en l'espèce. DUSS déclare ensuite que la maxime des débats a été également maintenue dans la mesure où le juge n'est pas tenu par les conclusions des parties. Utilisant le terme de « Parteianträge » plutôt que celui de « Begehren », il nous semble donc que l'autrice se réfère en réalité à la notion de maxime de disposition plutôt qu'à celle de maxime des débats. DUSS, p. 228.

⁵⁹⁸ DUSS, p. 228.

⁵⁹⁹ DUSS, p. 226 s.

invalidité adéquate lorsque les époux s'écartent du partage par moitié ou renoncent au partage (art. 280 al. 3 CPC), entre autres.

D. Apparition des termes de maximes de procédure dans la législation cantonale avant son unification fédérale

518 Si l'on compare les derniers codes de procédure civile cantonaux avant l'unification du CPC au niveau fédéral, on constate les choses suivantes :

- Certains cantons ont intégré les notions de maximes procédurales parmi leurs principes généraux, tandis que d'autres se sont contentés d'en détailler le contenu sans leur attribuer une dénomination spécifique. Il s'agit d'une distinction qui s'exprime principalement entre codes francophones et germanophones, qui comporte toutefois quelques exceptions (Valais, Argovie, etc.) ;
- Comme indiqué précédemment (cf. N 459 ss et N 477), le terme de maxime officielle ou « *Offizialmaxime* » est largement utilisée pour désigner la maxime inquisitoire, tandis que le terme de « *Untersuchungs-grundsatz* ; -maxime » est beaucoup moins fréquent. De même, on n'observe pas de distinction faite entre maxime inquisitoire sociale et maxime inquisitoire illimitée, ni de véritable nuance au niveau terminologique exprimant l'intensité de l'intervention du juge (« *feststellen* » et « *erforschen* »).

519 Si l'on commence par les codes de procédure civile cantonaux n'utilisant pas les termes de maximes de procédure, on compte notamment les cantons de Vaud, de Genève, de Fribourg et d'Argovie. S'agissant du Code de procédure civile du canton de Vaud du 14 décembre 1966, il distingue parmi ces règles générales entre « conclusions des parties » et « allégations des parties » pour exprimer les principes maxime de disposition et de maxime des débats⁶⁰⁰ :

520 « Art. 3 c) Conclusions des parties

1 Le juge est lié par les conclusions des parties. Il peut les réduire, mais non les augmenter ni les changer ». [maxime de disposition/principe *ne ultra petita partium*]

Art. 4 d) Allégations des parties

1 Le juge ne peut fonder son jugement sur d'autres faits que ceux qui ont été allégués dans l'instance et qui ont été soit admis par les parties, soit établis au cours de l'instruction selon les formes légales.

2 Toutefois, il peut tenir compte de faits notoires, non particuliers à la cause, ainsi que de faits patents, implicitement admis par les parties et non allégués par une inadvertance manifeste. En outre, il peut tenir compte des faits révélés par une expertise écrite ». [maxime des débats]

521

⁶⁰⁰ Code de procédure civile du canton de Vaud du 14 décembre 1966, art. 3 et 4. (Mise en gras ajoutée).

Nonobstant l'application claire de ces deux principes en ce qui concerne les allégations et les conclusions des parties, l'art. 1 du Code vaudois de 1966 est formulé de telle manière qu'il donne la priorité à l'office du juge « à moins que la loi ne subordonne son intervention à une réquisition des parties ». Le principe est donc en l'espèce, celui de l'office du juge, bien qu'il soit clairement limité dès les articles suivants⁶⁰¹ :

« Art. 1 Office du juge

522

a) En général

1 Le procès s'instruit sous l'autorité et la direction du juge, conformément aux dispositions du présent code.

2 Le juge agit d'office, à moins que la loi ne subordonne son intervention à une réquisition d'une partie.

3 Le juge doit veiller à ce que l'égalité soit maintenue entre les parties, à ce que l'instruction soit sûre et autant que possible prompte et économique. »

En plaçant l'action d'office du juge comme principe du procès civil, le Code procédural vaudois opère ainsi une distinction entre la limitation du jugement aux allégations et aux conclusions des parties (art. 3 et 4), et l'instruction du procès effectuée sous l'autorité et la direction du juge (art. 1). Cette délimitation entre « recherche et établissement de la matière du procès » d'une part, et direction, conduite et déroulement du procès » d'autre part, semble correspondre au découpage que fait SCHLUMPF pour exprimer le contenu de chacune des maximes de procédure et sur lequel nous reviendrons plus en détail ultérieurement. Finalement, le Code vaudois se réfère de manière presque anecdotique à la maxime inquisitoire dans un chapitre relatif aux actions en constatation et contestation de la filiation ajouté en 1977⁶⁰² :

523

« Art. 378a **Maxime officielle**

524

1 **Le tribunal établit d'office les faits** et apprécie librement les preuves.

2 Le juge instructeur et le tribunal peuvent en tout état de cause ordonner d'office les enquêtes, les expertises et les autres mesures d'instruction nécessaires, **sans préjudice du droit des parties d'offrir d'administrer les preuves qu'elles jugent à propos.** »

Aucune indication ne permet de déduire s'il est ici fait référence à la maxime inquisitoire illimitée, ou à la maxime inquisitoire sociale. Puisqu'il s'agit toutefois d'une question de filiation et donc d'une procédure touchant aux intérêts d'un mineur, on peut supposer qu'il s'agit plus vraisemblablement de la maxime inquisitoire illimitée. Pour le reste, il n'existe aucun autre renvoi dans le code à cette notion de maxime officielle, ni de distinction terminologique entre l'action de « recherche » ou « d'établissement » des faits par le juge. On retrouve le même type de compétences élargies exceptionnellement conférées au juge en procédure sommaire (art. 347). Il en est de même dans les cas de privation de liberté à des fins

525

⁶⁰¹ Code de procédure civile du canton de Vaud du 14 décembre 1966, art. 1. (Mise en gras ajoutée).

⁶⁰² Code de procédure civile du canton de Vaud du 14 décembre 1966, art. 378a. (Mise en gras ajoutée).

d'assistance (art. 398f), qui semble être complétée par la maxime d'office dès lors que le juge, en plus d'établir les faits d'office, n'est pas tenu par les conclusions des parties :

526 « Art. 347 Application des règles générales

1 Pour autant qu'il n'y est pas dérogé par les dispositions ci-après, les règles des titres I à VII du présent code sont applicables, sous les réserves suivantes :

d. lorsque le procès porte sur une demande d'entretien (art. 279 du Code civil) qui n'est pas cumulée avec l'action en constatation de filiation, **le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves. Il en est de même lorsque le procès porte sur une demande d'aliments** (art. 328 et 329 du Code civil). »

« Art. 398f b) Effets

1 La Chambre des tutelles revoit la décision de première instance dans son ensemble, y compris les questions d'appréciation.

2 **Elle établit les faits d'office, sans être liée par les conclusions et les moyens de preuves des parties.** Elle peut accorder l'effet suspensif au recours et ordonner les mesures d'instruction qu'elle juge utiles ».

527 En ce qui concerne le canton de Fribourg, son Code de procédure civile du 28 avril 1953 ne contient aucune mention des maximes de procédure. Comme pour le Code vaudois de 1966, il confère au juge la direction du procès, ainsi que l'autorisation de prendre l'initiative d'actes de procédure en cours de procès, sans dépendre de la requête des parties (art. 2)⁶⁰³. Il pose ensuite les principes relatifs à la maxime des débats et à la maxime de disposition, là encore comme le Code vaudois, en se référant aux conclusions et allégations des parties :

528 Art. 4 Conclusions et allégations des parties

1 **Le juge est lié par les conclusions des parties** ; il ne peut accorder à une partie ni plus ni autre chose que ce qu'elle demande, ni moins que ce que l'autre partie reconnaît lui devoir.

2 **Il ne peut fonder son jugement sur d'autres faits que ceux que les parties ont allégués en procédure.**

529 Pour le reste, le Code fribourgeois ne contient ni mention spécifique relative aux maximes, ni allusion à l'application de la maxime inquisitoire. Il en est de même pour la loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987, avec toutefois la spécificité qu'elle ne contient pas de partie relative aux principes généraux de procédure. L'allusion aux devoirs du juge et des parties se déduisant de la lecture du Code dans son ensemble⁶⁰⁴.

⁶⁰³ Code de procédure civile du canton de Fribourg du 28 avril 1953, art. 2 (Rôle respectif du juge et des parties) :

« 1 **Le juge dirige le procès en collaboration avec les parties** et veille à ce que l'égalité soit maintenue entre elles.

2 Sauf disposition contraire de la loi, le juge peut prendre au cours du procès l'initiative d'actes de procédure sans attendre la requête d'une partie ». (Mise en gras ajoutée).

⁶⁰⁴ Loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987. (Mise en gras ajoutée).

« Art. 126 Exposé des faits

1 Dans les écritures ci-dessus, les faits sont posés en tête, succinctement et sans mélange de moyens, avec l'indication des preuves offertes.

S'agissant de la « Zivilrechtspflegegesetz » du 18 décembre 1984 du canton d'Argovie, celle-ci est l'une des rares parmi les codes de procédure civile cantonaux germanophones à ne pas énoncer les maximes de procédure. Tout comme pour les cantons de Vaud et Fribourg, cette législation détaille les principes de maxime des débats (al. 1), de maxime de disposition (al. 2), mais aussi de l'interpellation par le juge (al. 3) ainsi que l'exception de la maxime d'office (al. 4), sans pour autant les nommer :

530

« § 75 (**Behauptungs und Beweislast der Parteien ; Bindung des Richters an die Begehren der Parteien ; Mitwirkung des Richters**)

531

1 Die Parteien haben dem Richter die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und ihre Beweismittel anzugeben.

2 Der Richter darf einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen, als sie selbst verlangt, noch weniger, als der Gegner anerkannt hat.

3 Der Richter kann die Parteien im Behauptungsverfahren auffordern, unklare und unvollständige Ausführungen zu verbessern, und sie auf formell unzulängliche Begehren aufmerksam machen.

4 Vorbehalten bleibt das Handeln des Richters von Amtes wegen in den Streitsachen über Rechtsverhältnisse, über welche die Parteien nach dem Zivilrecht **nicht frei verfügen können.** »

Il est intéressant de relever la manière dont est exprimé le principe de la maxime inquisitoire. Ainsi le juge pourra procéder d'office à certains actes de procédure dans des litiges concernant des rapports juridiques sur lesquelles les parties ne sont pas libres de disposer selon le droit civil. Cette formule générale renvoyant aux dispositions légales qui restreignent le pouvoir de disposer des parties sera également utilisée dans d'autres codes de procédure civile cantonaux que nous étudierons ultérieurement.

532

S'agissant d'un éventuel **devoir d'interpellation**, respectivement d'une maxime inquisitoire atténuée, le code argovien prévoit également la possibilité pour le juge de compléter, clarifier ou corriger les allégations lacunaires ou erronées des parties au § 281 (« Ist ein Urteil unklar, enthält es Schreib- oder Rechnungsfehler oder andere offenbare Unrichtigkeiten oder ist es unvollständig, wird es vom Richter, der es ausgefällt hat, von Amtes wegen oder auf Gesuch

533

2 La partie qui se prévaut desdits faits est tenue de les articuler avec précision et celle à laquelle ils sont opposés de reconnaître ou dénier chacun des faits catégoriquement. »

« Art. 127 Contenu des écritures

1 Ces écritures contiennent en outre :

- a) les moyens et exceptions des parties, d'une manière sommaire;
- b) les conclusions y compris les procédures probatoires proposées;
- c) l'indication des pièces dont il est fait usage. »

« Art. 186 Fardeau de la preuve

1 La partie qui allègue un fait, que ce soit pour en déduire son droit ou sa libération, doit le prouver, à moins que l'autre partie ne déclare l'admettre ou que la loi permette de le tenir pour avéré. »

« Art. 192 Mesures probatoires

Faits contestés

1 **Le juge, en statuant sur les conclusions** des parties relatives aux mesures probatoires, retient les faits qu'il considère comme constants, soit à raison des déclarations des parties, soit en vertu d'une présomption légale. »

hin erläutert, berichtigt oder ergänzt »). Pour le reste, le Code argovien ne fait aucune mention des autres maximes, ni même d'une éventuelle distinction entre maxime inquisitoire sociale et illimitée.

534 Plus récent, le code de procédure civile valaisan du 24 mars 1998 fait office d'exception dès lors qu'il **désigne la maxime des débats et la maxime d'office** dans son texte légal. Ainsi, l'art. 63 al. 1 dispose que, « sauf disposition légale contraire, la maxime des débats régit le déroulement du procès », tandis que le juge reste maître de la direction de la procédure (al. 4). Au surplus, l'art. 66 relatif au devoir d'alléguer et aux conclusions des parties précise que, « sous réserve de la maxime d'office, **seuls les faits allégués en procédure sont pris en compte** » et que « [S]auf disposition contraire de la loi, le juge est lié par les conclusions des parties » (maxime de disposition). Le principe de la maxime d'office, qui semble en réalité concerner l'établissement des faits par le juge (maxime inquisitoire) est également énoncé à l'art. 102 al. 3 concernant les conséquences d'un deuxième défaut, à l'art. 152 à propos de **l'instruction d'office**, ou encore à l'art. 286 al. 4 sur les conséquences de la non comparution⁶⁰⁵. L'art. 66 al. 3 prévoit encore le principe d'interpellation par le juge, tandis que son al. 5 détaille le contenu du principe de disposition sans pour autant le nommer⁶⁰⁶ :

535 « Sauf disposition contraire de la loi, **le juge est lié par les conclusions des parties**. Il peut les réduire mais non les augmenter ni octroyer autre chose par rapport à ce qui est demandé ou moins que ce qui a été reconnu ».

536 Ainsi bien qu'il n'énonce pas toutes les maximes de procédure ou du moins, qu'il ne les énonce pas selon leurs acceptions actuelles, le droit valaisan est le seul droit de procédure d'un canton majoritairement francophone à utiliser les termes de maxime des débats et maxime d'office ailleurs que dans sa jurisprudence. Seule interrogation : on peut se demander si, en l'espèce, la référence à la maxime d'office (art. 66 et 102) n'est pas utilisée comme un terme générique regroupant les notions de maxime inquisitoire et de maxime d'office *stricto sensu* (relative aux conclusions). A l'art. 66, dont le titre est « Devoir d'alléguer et conclusions des parties », il est aisé de distinguer entre les alinéas 1 à 4 qui traitent de l'établissement des faits par les parties et, exceptionnellement du devoir d'interpellation et du devoir d'alléguer du juge (maxime des débats et maxime inquisitoire), et l'alinéa 5 qui traite des conclusions des parties, auxquelles le juge est lié (maxime de disposition), sauf disposition contraire de la loi (maxime d'office). A l'art. 102 toutefois, le code valaisan traite successivement des faits allégués et des conclusions des parties non défailtantes, en réservant ensuite

⁶⁰⁵ Code de procédure civile du canton du Valais du 24 mars 1998, art. 102. Conséquences du deuxième défaut (mise en gras ajoutée) :

« 1 **Les faits allégués et les conclusions** de la partie non défailtante sont admis à moins qu'il ne résulte du dossier ou de la situation juridique que la prétention est manifestement irrecevable ou infondée.

3 Demeurent réservées les dispositions légales prévoyant la maxime d'office ».

art. 152. Instruction d'office :

« Demeurent réservées les prescriptions du droit fédéral instituant la maxime d'office ».

art. 286 al. 4. Conséquences de la non-comparution :

« Si la maxime d'office s'applique, ou si la présence des parties est nécessaire, le juge peut les citer à nouveau sous la menace des sanctions légales ».

⁶⁰⁶ Code de procédure civile du canton du Valais du 24 mars 1998, art. 66 al. 5. (Mise en gras ajoutée).

les dispositions prévoyant la maxime d'office, comme si elle s'appliquait aux deux hypothèses (établissements des faits et conclusions) :

Art. 102. Conséquences du deuxième défaut

537

1 **Les faits allégués et les conclusions de la partie non défaillante** sont admis à moins qu'il ne résulte du dossier ou de la situation juridique que la prétention est manifestement irrecevable ou infondée.

2 Si les deux parties sont défaillantes ou que l'une le devienne après que l'autre le soit déjà, le juge rend une ordonnance de classement et raye l'affaire du rôle.

3 **Demeurent réservées les dispositions légales prévoyant la maxime d'office.**

Ainsi, bien qu'il semble que la notion de maxime d'office du code valaisan fasse uniquement référence à la maxime inquisitoire dans le cadre l'art. 66, l'art. 102 laisse ouverte la possibilité que cette « maxime d'office valaisanne » fasse référence à la maxime inquisitoire **et** la maxime d'office telle que nous les connaissons aujourd'hui. Peut-être s'agit-il ici d'une conséquence de l'utilisation du terme de « *Offizialmaxime* » dans les textes en allemand, en lieu et place du terme aujourd'hui plus usité de « *Untersuchungsmaxime* ».

538

Si l'on s'attarde maintenant uniquement sur les codes germanophones, on retrouve **presque systématiquement le recours aux dénominations des maximes de procédure**. Le code de procédure le plus complet à ce niveau est selon nous la « *Gesetz über den Zivilprozess* du 13 juin 1976 » du canton de Zurich. A l'instar du CPC unifié, ce dernier développe aux §§. 54 (« *Verhandlungs- und Dispositionsmaxime* ») et 55 (« *Richterliche Fragepflicht* ») les principes généraux de procédure que sont la maxime des débats, la maxime de disposition ainsi que le devoir d'interpellation du juge.

539

Comme pour le code argovien, le §. 54 al. 3 précise que sont réservés les rapports juridiques sur lesquelles les parties ne sont pas libres de disposer (« *Vorbehalten bleiben Rechtsverhältnisse, über welche die Parteien nicht frei verfügen können* »). Comme énoncé plus haut, on peut se demander si cette réserve concerne uniquement l'alinéa précédent (maxime de disposition) ou si elle fait exception à l'al. 1 et 2 du §. 54 (allégués et conclusions, soit maxime des débats et maxime de disposition). Au surplus, le §. 142 (« *Beweiserhebung von Amtes wegen* ») précise que, dans le cas de rapports juridiques sur lesquels les parties ne sont pas libres de disposer, le tribunal établit d'office les faits de la cause (exceptionnellement seulement, le tribunal pourra également procéder à un acte d'instruction d'office dans d'autres cas):

540

« *Handelt es sich um Rechtsverhältnisse, über welche die Parteien nicht frei verfügen können, so stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest* ».

541

Au surplus, le code zurichois détaille aux §§. 52 et 53 le principe de direction du procès par le juge, ainsi que la nécessité d'une procédure simple et rapide (simplifiée) pour certains domaines spécifiques visés par le CC (contributions d'entretien, droit du bail, droit du travail, concurrence déloyale, privation de liberté à des fins d'assistance). Sans mentionner explicitement la maxime inquisitoire, le législateur parle d'un devoir spécifique du juge de s'assurer

542

du traitement correct de ce type d'affaires (« Das Gericht sorgt für eine beförderliche Prozess erledigung »).

543 En tant qu'exception, la maxime inquisitoire figure également au §. 203c du code zurichois en ce qui concerne les mesures de privation de liberté à des fins d'assistance. De même, le §. 211 relatif à la procédure gracieuse utilise la même formule sans toutefois renvoyer explicitement au principe de la maxime inquisitoire :

544 § 203 c. Offizialmaxime

« **Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest** ».

§ 221. Verfahren auf einseitiges Vorbringen

545 « Fehlt nach der Natur des Begehrens eine beklagte Partei oder ist sie nicht anzuhören, so entscheidet der Richter auf einseitiges Vorbringen. **Er stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest**. Eine Überweisung ins ordentliche Verfahren erfolgt nicht ».

546 Bien que l'on retrouve à plusieurs reprises l'expression « d'établissement des faits d'office », le code zurichois ne fait cependant pas la distinction avec celle de « recherche des faits d'office », aujourd'hui devenue le « terme-repère » associé à la maxime inquisitoire illimitée.

547 La « Zivilprozessgesetz » du 20 décembre 1990 du canton de Saint Gall propose une définition un peu différente du code zurichois en ce qui concerne la formulation des maximes de procédure et plus spécifiquement de la maxime des débats et de son exception (al. 1 et 3). On retrouve ainsi la définition des « Verhandlungs- und Verfügungsgrundsatz » à l'art. 56, formulée comme suit (de même que le devoir d'interpellation du juge à l'art. 57) :

548 « 1 Der Richter stützt seine Entscheidung in tatsächlicher Hinsicht ausschliesslich **auf die Sachdarstellung der Parteien** und auf die Beweise.

2 Er darf einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen, als sie verlangt, noch weniger, als die Gegenpartei anerkennt.

3 Vorbehalten bleiben Rechtsverhältnisse, über welche die Parteien nicht frei verfügen können, und die Vorschriften über den Instruktionsprozess ».

549 La maxime des débats est en quelque sorte définie du point de vue du juge qui fonde uniquement sa décision sur la « **présentation factuelle** » **des parties** ainsi que sur les preuves (al. 1). La définition de la maxime de disposition est constante et ne présente aucune particularité (al. 2). Enfin, la limitation prévue à l'al. 3 est double. Comme pour le code zurichois, elle concerne les rapports juridiques sur lesquels les parties ne sont pas libres de disposer. Elle touche également aux règles régissant la procédure d'instruction ou « Instruktionsprozess ».

550 Traité à la suite de la procédure ordinaire et de la procédure simplifiée, le « procès d'instruction » est défini dans le code à l'art. 180. Il trouve application dans les litiges relatifs à l'état civil, au droit matrimonial, au droit de la famille, au droit de la tutelle et du partenariat. Il

applique la maxime inquisitoire ainsi que les règles de la procédure ordinaire, pour autant qu'aucune règle plus spécifique ne les supplante :

« Verhältnis zum ordentlichen Prozess

551

a) **Untersuchungsgrundsatz**

Art. 185.

1 Im Instruktionsprozess werden soweit notwendig von Amtes wegen die Streitpunkte abgeklärt und der Sachverhalt festgestellt.

2 Widerklagen, Klageänderungen und neue Vorbringen sind bis zum Abschluss der letzten Verhandlung zulässig.

3 Die Vorschriften über den ordentlichen Prozess gelten, soweit nichts anderes bestimmt ist ».

Le « Instruktionsprozess » se caractérise donc par le recours à la maxime inquisitoire, qui autorise le juge à clarifier d'office les points litigieux et à établir d'office les faits.

552

Le terme de « Untersuchungsgrundsatz » est aussi utilisé dans le code saint-gallois à l'art. 236, en ce qui concerne l'appel devant le tribunal cantonal pour les litiges de droit matrimonial (« In Streitigkeiten aus Eherecht wird der Sachverhalt von Amtes wegen festgestellt »). Là encore, on n'observe pas de variation terminologique, le législateur se référant à chaque fois à l'« établissement » des faits d'office et pas à leur « recherche ».

553

Plus brièvement, les codes lucernois (« Gesetz über die Zivilprozessordnung vom 24. Juni 1994 »), grison (« Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden vom 1. Dezember 1985 ») et uranais (« Zivilprozessordnung vom 23. März 1994 ») proposent tous trois des définitions de la maxime des débats soit très « classiques » (« Es ist Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreites darzulegen », art. 118 du code grison), soit équivalentes à celles déjà présentées des cantons de Saint-Gall et Zurich⁶⁰⁷. Les définitions des maximes de disposition (« Verfügungsgrundsatz » pour les cantons de Lucerne et Uri et « Dispositionsmaxime » pour le canton des Grisons) ne comportent pas de spécificités qui méritent d'être relevées⁶⁰⁸. Enfin, les lois uranaise et lucernoise prévoient, tout comme le code zurichois,

554

⁶⁰⁷ Code de procédure civile du canton d'Uri, art. 52 al. 1 :

« Die Parteien haben dem Richter die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die entsprechenden Beweismittel anzugeben ». (Similaire au ZPO st-gallois)

Code de procédure civile du canton de Lucerne, §. 60 al. 1 :

« Die Parteien haben dem Richter die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die zugehörigen Beweismittel anzugeben ». (Similaire au ZPO zurichois).

⁶⁰⁸ Code de procédure civile du canton des Grisons, art. 119 :

« Das Gericht darf einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen, als sie selbst verlangt, noch weniger, als der Gegner anerkannt hat.

Code de procédure civile du canton d'Uri, art. 52 al. 2 :

« Der Richter stützt seine Entscheidung in tatsächlicher Hinsicht ausschliesslich auf die Sachdarstellung der Parteien und auf die Beweise. Er darf einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen als sie selbst verlangt. Er darf ihr auch nicht weniger zusprechen, als die Gegenpartei anerkennt ».

Code de procédure civile du canton de Lucerne, §. 60 al. 2 :

une réserve au pouvoir de disposer des parties dans les relations juridiques sur lesquelles elles ne peuvent pas disposer librement⁶⁰⁹.

555 S'agissant des spécificités de chacune de ces législations, le code de procédure civile des Grisons dispose, à l'art. 156 al. 4, que la maxime inquisitoire s'applique aux litiges de droit matrimonial, de droit de la famille, en matière d'état civil et de partage successoral conformément aux dispositions du CC, en première instance comme en appel (art. 226 al. 3)⁶¹⁰. Le code lucernois se prononce également sur l'application de la maxime inquisitoire à l'art. 126 let. b dans le cadre des exceptions à la fourniture de sûretés (« Ausnahmen von der Sicherheitsleistung : Keine Sicherheit ist zu leisten [...] b. in familien- oder partnerschaftsrechtlichen Prozessen, soweit die Offizialmaxime gilt »). Enfin, contrairement aux deux codes précédents qui utilisent le terme de maxime officielle, le code de procédure civile du canton Uri évoque la maxime inquisitoire (« Untersuchungsgrundsatz ») à propos de l'interrogation des parties dans le cadre du procès à l'art. 174 al. 1 let. b (« Der Richter kann eine oder beide Parteien persönlich befragen : b) von Amtes wegen, wenn der Untersuchungsgrundsatz gilt oder die Beweislage es erfordert »). Mais là encore, pas de distinction visible entre maxime inquisitoire sociale et illimitée.

556 Finalement la « Gesetz über die Zivilrechtspflege » du canton de Thurgovie du 6 juillet 1988 fait exception par rapport aux autres cantons germanophones en ne nommant pas les principes pourtant énoncés au §. 95 de la maxime des débats et de la maxime de disposition. Prenant totalement à contrepied le CPC unifié, il prévoit toutefois une définition de la maxime éventuelle, en lien avec l'application des principes énoncés au §. 95 :

557 « § 146. Eventualmaxime

1 Unter Vorbehalt von Absatz 2 sowie der Bestimmungen der §§ 95 und 147 sind die Parteien mit allen bis zum Schluss ihres letzten Vortrages in der Hauptverhandlung nicht angebrachten Anträgen, tatsächlichen Behauptungen, Bestreitungen und Einreden ausgeschlossen.

2 Zulässig sind :

1¹ Vorbringen und Anträge, die erst durch den Verlauf des Prozesses ausgelöst worden sind, sofern dadurch Verfahrensart und Zuständigkeit nicht geändert werden;

« Der Richter darf einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen, als sie selbst verlangt. Er darf ihr auch nicht weniger zusprechen, als die Gegenpartei anerkennt ».

⁶⁰⁹ Code de procédure civile du canton de Lucerne, §. 60 al. 3 :

« Vorbehalten bleiben Rechtsverhältnisse, über welche die Parteien nicht frei verfügen können ».

Code de procédure civile du canton d'Uri, art. 52 al. 3 :

« Vorbehalten bleiben Rechtsverhältnisse, über welche die Parteien nicht frei verfügen können ».

⁶¹⁰ Code de procédure civile du canton des Grisons, art. 156 al. 4 et 226 al. 3 :

« In Ehe, Verwandtschafts-, Status und Erbteilungssachen gilt die Offizialmaxime gemäss den einschlägigen Bestimmungen des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch ».

« Wo durch dieses Gesetz oder durch Spezialgesetzgebung die Offizialmaxime vorgesehen ist, gilt diese auch für die Berufungsinstanz ».

² Behauptungen, Bestreitungen und Einreden, deren Richtigkeit sich aus den Prozessakten ergibt oder die durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können;

³ Geltendmachung von Tatsachen, von denen die Partei glaubhaft macht, dass sie trotz angemessener Tätigkeit nicht rechtzeitig angerufen werden konnten;

⁴ Geltendmachung von Tatsachen, die das Gericht von Amtes wegen zu beachten hat ».

Deuxième partie :

Les maximes de procédure consacrées
par le CPC et leurs sanctions

Chapitre 1 : Notion et portée des maximes de procédure

I. Notion

Le but de cette partie est de répondre aux deux questions suivantes : les maximes procédurales sont-elles des outils de description, des principes supérieurs, des « *Kannvorschriften* » ou encore de véritables obligations pour le juge ou les parties ? Pour chaque maxime : quels sont les devoirs, fardeaux, incombances qui reviennent aux parties et au juge, et peut-on y renoncer ? C'est la réponse à ces questions qui permettra ensuite d'aborder plus concrètement celle de leur éventuelle sanction. Afin de mieux comprendre ce que l'on sous-entend par la dénomination générique de « maxime de procédure » en droit suisse et de déterminer le champ d'application des quatre maximes procédurales énoncées dans le CPC suisse, nous établirons une délimitation terminologique et matérielle de chacune de ces notions.

558

Nous ferons dans un premier temps l'inventaire des qualificatifs choisis pour les quatre maximes de procédure, faisant l'objet de cette étude, dans les trois langues nationales, afin de mieux saisir leurs contenus respectifs; dans un second temps nous étudierons le terme général de maxime et nous le confronterons à certaines notions sémantiquement proches (adage, principe juridique, etc.).

559

Dans un second temps nous proposerons une délimitation matérielle desdites maximes de procédure en suivant les raisonnements de trois auteurs principaux. La classification générale de WILLISEGGER entre « principe », « maximes » et « garanties » de procédure. La délimitation de SCHLUMPF entre les quatre maximes de procédure, d'après les critères de « direction du procès », « conduite et déroulement du procès » et « recherche et établissement de la matière du procès ». Enfin, la distinction proposée par BRÜGGEMANN sous l'angle du critère de « vérité formelle » et « vérité matérielle »⁶¹¹.

560

⁶¹¹ Pour rappel, nous ne traiterons pas non plus spécifiquement des maximes applicables en vertu d'autres règles, même dans le cadre de procédure à caractère civil au sens large, en particulier la protection de l'adulte et de l'enfant (cf. art. 446 al. 1 et 446 al. 3 CC).

A. Délimitation terminologique

1. Versions française, italienne et allemande des maximes de procédure dans le Code de procédure civile suisse

561 Dans cette partie nous ferons l'inventaire des différents termes utilisés pour qualifier les maximes de procédure ainsi que les variantes terminologiques que l'on retrouve au sein des textes allemand et italien.

562 Le terme « maxime de procédure » ou « maxime procédurale » n'a pas vraiment d'équivalent en langue française. *A contrario*, il risquerait d'être confondu si l'on s'aventurait à les qualifier de « garanties » ou de « principes » de procédure comme en témoigne la classification faite par WILLISEGGER⁶¹². Il n'en est pas tout à fait de même lorsque l'on qualifie individuellement chacune des maximes. Ainsi on retrouve les expressions de « maxime de disposition », de « principe de disposition » ou encore de « principe dispositif ». Cette affirmation ne s'étend toutefois pas aux autres maximes pour lesquelles on se contentera de parler de « maxime d'office », de « maxime des débats », de « maxime inquisitoire », ou encore durant une certaine période de « maxime officielle », expression malheureuse se référant le plus souvent à la maxime inquisitoire (cf. N 459 ss). Par opposition, le terme de « principe inquisitoire » ou « inquisitorial » renvoie selon nous à l'opposition avec le principe accusatoire pour qualifier un type de procédure (maximes des débats et de disposition – ou – maximes inquisitoire et d'office) et pas seulement la maxime en question. Il serait d'ailleurs plus exact de parler de « procédure accusatoire » et « procédure inquisitoire ». Cette remarque vaut aussi pour le texte légal puisque l'art. 55 CPC s'intitule : « **maxime** des débats et maxime inquisitoire » et l'art. 58 CPC : « **principe** de disposition et maxime d'office »⁶¹³. A noter toutefois qu'en procédure pénale, le législateur utilise le terme de « maxime de l'instruction » pour se référer, à son art. 6 CPP, au principe de la maxime inquisitoire (« les autorités pénales recherchent d'office tous les faits pertinents pour la qualification de l'acte et le jugement du prévenu. Elles instruisent avec un soin égal les circonstances qui peuvent être à la charge et à la décharge du prévenu »).

563 Sans vouloir émettre d'hypothèses trop hasardeuses, on peut rappeler l'interprétation élargie que faisait GÖNNER de la notion de « disposition », qui **rassemblait en son sein maxime des débats et maxime de disposition**. L'utilisation de l'expression « principe de disposition » renvoyait *in casu* à une procédure menée selon le « principe accusatoire » et non pas uniquement à la « maxime de disposition »⁶¹⁴.

564 A l'inverse du français, on voit que la transition entre « *Verfahrensprinzip* » et « *Verfahrensmaxime* » ne pose aucun problème de compréhension ou d'ambiguïté dans les textes en allemand et que l'on aura même plus souvent tendance à utiliser le terme de « principe »

⁶¹² Cf. N 592 ss.

⁶¹³ Mise en gras ajoutée.

⁶¹⁴ Cf. N 145 ss.

(« Grundsatz ») que celui de « maxime » pour les désigner. A ce titre il est difficile de dégager une véritable tendance qui pourrait expliquer le choix préférentiel d'une formule au détriment d'une autre. On peut toutefois observer que le texte légal ne parle que de « Grundsätze » alors que la doctrine et la jurisprudence utilisent plus fréquemment les termes de « Verhandlungs-, Untersuchungs-, Dispositions- und Officialmaxime » pour qualifier individuellement chacune des maximes de procédure. On peut enfin noter que la doctrine parle aussi de « **Verfügungsgrundsatz** »⁶¹⁵ pour désigner la maxime de disposition, de « **Beibringungsgrundsatz** » pour désigner la maxime des débats et, plus rarement, de « Inquisitionsmaxime » pour la maxime inquisitoire. Ces variantes dont les dénominations sont plutôt explicites, entrent un peu plus le champ d'application et le but de chacune des maximes de procédure⁶¹⁶.

Le texte italien s'éloigne encore plus de la version française puisqu'il n'utilise jamais (ou presque) le terme de « maxime » pour parler des maximes de procédure, se limitant au terme de « principio » et « riserva »⁶¹⁷. Les choses se compliquent encore un peu plus lorsque le texte italien choisit le terme de « Principio dispositivo » (ou « principio attitatorio » dans la feuille fédérale)⁶¹⁸ pour parler de la maxime des débats de l'art. 55 al. 1 CPC, préférant parler de « Corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato » pour désigner la maxime de disposition de l'art. 58 al. 1 CPC. Pour les maximes qui constituent l'exception en procédure civile (maxime inquisitoire et maxime d'office) le texte italien parle respectivement de « **riserva del principio inquisitorio** » et de « riserva della non vincolatività delle conclusioni delle parti ». La dernière réserve relative au caractère non contraignant des conclusions des parties diffère par son intitulé, mais rejoint en substance le contenu de l'art. 58 al. 2 CPC (« les dispositions prévoyant que le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties sous réserves »).

Concernant uniquement le texte italien, on peut relever que la maxime des débats et la maxime inquisitoire sont qualifiées de « principe », respectivement de « principe réservé ou restrictif » (« riserva del principio inquisitorio »), tandis que la maxime de disposition et la maxime d'office sont traduites comme de **simples étapes du procès n'ayant a priori pas force de principe**. L'une est exprimée en termes d'échanges (« Corrispondenza ») effectués entre la demande et la décision. L'autre comme une réserve à propos du fait que les conclusions des parties ne sont pas obligatoires (« non vincolatività »). Le choix du terme « riserva »

⁶¹⁵ Egalement appelée « Grundsatz der Verfügungsfreiheit über Beginn und Ziel des Verfahrens »; BERNHARDT, p. 138.

⁶¹⁶ Message CPC en allemand, BBI 2006 p. 7221 (notions inchangées dans le Message de 2020) ; WILLISEGGER, p. 251 ; STAHELIN/BACHOFNER, p. 132 N 3 ss, p. 134 N 6 ss, p. 137 N 15 ss et p. 141 N 24 ss ; JAUERNIG, p. 23.

⁶¹⁷ On retrouve cependant dans de très rares jurisprudence le terme de « maxime » directement retranscrit en italien par la formule : « I principi della massima inquisitoria » (arrêts A-7759/2015, 12.05.2016, consid. 2.2 ; A-2391/2015, du 26.04.2016, consid. 2.2)

⁶¹⁸ Message CPC en italien, FF 2006 p. 6593 (notions inchangées dans le Message de 2020). Voir aussi : ATF 119 II 396.

laisse néanmoins penser que l'art. 58 al. 2 CPC constitue l'exception au principe formulé à l'al. 1. En ce sens on peut donc y voir un principe et son exception.

567 Une autre distinction importante, au moins du point de vue terminologique, est celle entre maxime inquisitoire simple ou sociale (« soziale oder eingeschränkte Untersuchungsmaxime » ; « principio inquisitorio sociale o attenuato ») et maxime inquisitoire illimitée ou pure (« uneingeschränkte Untersuchungsmaxime » ; « principio inquisitorio clasico »)⁶¹⁹. En l'espèce, ce n'est pas tellement la dénomination donnée aux deux types de maxime inquisitoire qui pose problème, mais plutôt le contenu des articles qui les concerne⁶²⁰. En français, doctrine et jurisprudence soulignent la distinction entre maxime inquisitoire sociale et maxime inquisitoire pure bien que les art. 247 al. 2, 255, 272, 277 al. 3 et 296 al. 1 CPC disposent, selon la même formule, que « le tribunal **établit** les faits d'office »⁶²¹. Il n'est donc pas possible, à la seule lecture du texte de loi en français, de discerner une quelconque volonté du législateur de traiter différemment ces hypothèses⁶²². A ce propos, les textes allemand et italien sont plus cohérents puisqu'ils accompagnent la distinction doctrinale par une distinction dans la formulation de la loi. En allemand, tous les articles précédemment cités disposent que « Das Gericht **stellt** den Sachverhalt von Amtes wegen **fest** »⁶²³, à l'exception de l'art. 296 al. 1 CPC (maxime inquisitoire pure) qui prévoit : « Das Gericht **erforscht** den Sachverhalt von Amtes wegen »⁶²⁴. Le Message du CPC français de 2006 renvoie d'ailleurs à la version allemande, pour préciser « 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) »⁶²⁵ :

568 Le texte italien suit la même logique que le texte allemand et distingue entre les art. 247 al. 2, 255, 272 et 277 al. 3 CPC où le juge « constate » (« Il giudice **accerta** d'ufficio i fatti ») et l'art. 296 al. 1 CPC où le juge « examine » les faits d'office (« Il giudice **esamina** d'ufficio i fatti »)⁶²⁶.

569 Afin de coordonner les versions allemande et italienne, le Message CPC 2020 prévoit de **corriger ce manque de précision terminologique**. Ainsi, en s'alignant sur le modèle de l'art. 254 ch. 1 aCC, l'art. 296 al. 1, prévoira que «[l]e tribunal examine les faits d'office». A

⁶¹⁹ Pour le texte italien : Message CPC en italien, FF 2006 p. 6619, 6621, 6667, 6675, 6685, 6693, 6721, 6738 s., 6747 (notions inchangées dans le Message de 2020). Pour le texte en allemand : Message CPC en allemand, BBl 2006 p. 7245, 7248, 7251, 7295, 7321, 7348, 7366 s. (idem).

⁶²⁰ Les art. 255, 272 et 296 CPC parlent tous de « maxime inquisitoire – Untersuchungsgrundsatz – Principio inquisitorio ») tandis que les art. 247 et 277 CPC s'intitulent « Etablissement des faits – Feststellung des Sachverhaltes – Accermento dei fatti ».

⁶²¹ Mise en gras ajoutée.

⁶²² Cf. concernant les débats parlementaires autour de la maxime inquisitoire sociale : N 829 ss.

⁶²³ Mise en gras ajoutée.

⁶²⁴ Mise en gras ajoutée.

⁶²⁵ FF 2006 6973.

⁶²⁶ Pour le texte en italien : FF 2006 6738 s. (Mise en gras ajoutée).

noter qu'il s'agit là d'une **modification de nature purement rédactionnelle**, n'entraînant pas de changement matériel⁶²⁷.

Sans être une maxime, on peut encore citer l'art. 56 CPC relatif à l'« interpellation par le tribunal » qui ne contient, dans son intitulé ou dans le contenu de sa disposition, **aucune indication quant au fait qu'il s'agisse d'une possibilité ou d'une obligation du juge**. Il en est de même pour la version italienne qui parle de « Interpello ». C'est pourtant l'inverse qui a été retenu pour le texte allemand qui qualifie la mission du juge de « Gerichtliche Fragepflicht » soit du **devoir d'interpeller les parties**. Toutefois, bien que l'intitulé de l'art. 56 CPC soit plus impératif en allemand, les versions française et italienne dudit article ne laissent aucune place au doute, quant au devoir d'interpellation du juge (« Le juge ne peut accorder [...] » ; « Il giudice non può agguicare [...] »). Dès lors que la notion de « Kannvorschrift » est écartée, il convient de se demander à **quelles conditions il est possible de déduire des sanctions en cas de violation de cet article** : ainsi, si un jugement omet un fait non allégué mais sur lequel le juge aurait dû interpellé la partie ayant le fardeau de l'allégation, n'est-il pas possible d'instaurer une forme de restitution ? C'est, entre autres un des options que nous explorerons à la fin de la deuxième partie de ce travail.

Les trois versions ont toutes fait l'objet de critiques. Les versions française et italienne semblent ne pas établir clairement l'interpellation du juge comme un devoir, alors que la version allemande semble l'envisager dans tous les cas. Selon la clarification donnée par le Conseil fédéral, il s'agit bien d'un devoir général d'interpeller les parties qui incombe au juge, devoir dont l'étendue dépendra toutefois du type de procédure en cours⁶²⁸ :

« Die gerichtliche Fragepflicht ist eine Abschwächung der Verhandlungsmaxime. Im Grundsatz wurde sie in der Vernehmlassung nicht in Frage gestellt [...]. **Als unklar kritisiert wurde jedoch ihre Umschreibung als « Fragerecht » des Gerichts** (vgl. Art. 51 VE).

Dieser Kritik trägt der Entwurf durch eine differenzierte Regelung Rechnung : Allgemein gilt eine gerichtliche *Fragepflicht*. Inhaltlich ist sie jedoch abhängig von der jeweiligen Prozessart : **In Verfahren, die vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht werden, ist sie auf klare Mängel der Parteivorbringen beschränkt. Wo hingegen der Untersuchungsgrundsatz gilt, geht sie wesentlich weiter** (vgl. Die Erläuterungen zu art. 243) ».

Ainsi, dans les procédures où la maxime des débats prévaut, le devoir d'interpellation n'intervient qu'en cas de « manquements manifestes » (« carenze manifeste » ; « klare Mängel ») des parties. Si c'est en revanche la maxime inquisitoire (art. 243) qui s'applique, il va sensiblement plus loin. Contrairement à ce qui ressort des expressions française, italienne et allemande, la question n'est donc pas celle de savoir si le juge **doit** ou **peut** interpellé les parties, mais celle de l'étendue de son devoir qui varie, en fonction de la procédure ouverte devant le juge⁶²⁹. C'est ce que la doctrine et la jurisprudence qualifient respectivement de devoir

⁶²⁷ Message CPC 2020, p. 2676.

⁶²⁸ Message CPC en allemand, BBl 2006 7275 (Mise en gras ajoutée) ; Voir aussi pour le texte en français : Message CPC 2006, 6889 s. Pour le texte en italien : Message CPC en italien, FF 2006 6646.

⁶²⁹ Pour le texte en français : Message CPC 2006, FF 2006 6889 s. Pour le texte en italien : Message CPC en italien, FF 2006 6646.

d'interpellation simple et devoir d'interpellation accru, que nous analyserons plus en détail ultérieurement (cf. N 766 ss).

574 Ce bref exposé témoigne d'une terminologie relativement variée en ce qui concerne les maximes de procédure et leur consécration législative. Elle témoigne aussi indirectement de l'impact variable qu'ont pu avoir les codifications étrangères ainsi que la doctrine étrangère et helvétique sur la place qu'occupent aujourd'hui les maximes procédurales dans le code de procédure civile suisse.

2. Maximes, adages, principes, « Kann-Vorschriften » : délimitation et intérêts d'une telle distinction

575 La procédure civile est une discipline formaliste et rigoureuse. Elle est pourtant souvent illustrée par des adages et maximes juridiques issus de règles de droit romain ou coutumiers. Ces illustrations procédurales aussi qualifiées de « sentences-vérités »⁶³⁰, de « paroles de sagesse »⁶³¹ ou encore de « défi à l'imagination tirant le droit vers le haut »⁶³² touchent à toutes les phases du procès, de l'introduction de l'action jusqu'aux voies de recours. Selon le message qu'elles véhiculent elles peuvent exprimer aussi bien des directives générales d'interprétation de la loi (*res judicata pro veritate accipitur*), des propositions explicatives ou des conseils (« Mauvais arrangement vaut mieux que bon procès »), ou encore de pures règles techniques (*iura novit curia*)⁶³³. Dans ce contexte quelle est la valeur normative de ces différents adages et quel rôle auront-ils à jouer dans le procès civil ?

576 Au même titre que le Code de procédure civile ou que la doctrine, il est frappant d'observer que mêmes les dictionnaires juridiques tendent à confondre ou du moins à utiliser de manière indifférenciée les termes de « maximes », de « principes » et de « règles ». A propos des maximes de procédure, WESENER parle par exemple de « leitende Grundsätze des Verfahrensrechtes », soit de principes directeurs du droit procédural, qui peuvent souvent prendre la forme d'adages, de proverbes juridiques (« Rechtspäromien ») ou encore d'expressions (« Ausdrücke »)⁶³⁴. STAEHELIN/BACHOFNER les désignent comme des principes généraux de procédure (« allgemeine Verfahrensgrundsätze »). Ils les considèrent comme les principes les plus importants du procès civil (« wichtigsten Prinzipien des Zivilprozesses ») mais se refusent à les comparer à des règles de droit (« Rechtssätze »)⁶³⁵. WILLISEGGER les décrit comme des énoncés supérieurs et généraux (« allgemeine und oberste Aussagen ») sans pour

⁶³⁰ PIERRE-MAURICE, p. 4.

⁶³¹ CORNU, Linguistique juridique, 3^{ème} éd., 2005, n° 113, p. 385 ; PIERRE-MAURICE, p. 3.

⁶³² CORNU, Adages et brocards, p. 22 ss ; PIERRE-MAURICE, p. 3.

⁶³³ CORNU, Linguistique juridique, n° 108 s., p. 370 s. ; PIERRE-MAURICE, p. 8.

⁶³⁴ WESENER, Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, p. 55 s.

⁶³⁵ STAEHELIN/ BACHOFNER, p. 132 N 1.

autant être de simples postulats. Selon OTTOMANN enfin, il s'agit de la règle ou de la ligne directrice la plus élevée, la plus synthétique, d'une somme de règles individuelles⁶³⁶.

Plus rigoureux, le Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit définit les **principes de droit** comme des « règles, noms ou constructions qui servent de base au droit, comme sources de sa création, application ou interprétation », par comparaison aux « règles » qui se caractérisent par leur « fonction prescriptive ». Dans son ouvrage « Vocabulaire juridique », CORNU définit le **principe** soit comme une « **règle ou norme générale, de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques**. Ex. le principe des nationalités », soit comme une « **règle juridique établie par un texte en terme assez généraux, destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure**. Ex. les « principes fondamentaux », soit enfin comme « une **maxime générale juridiquement obligatoire bien que non écrite** dans un texte législatif. Ex. *fraus omnia corrumpit* ». Il décrit la **règle** comme toute « norme juridiquement obligatoire (normalement assortie de la contrainte étatique) » et plus rarement comme « tout norme autre que juridique ; règle morale, règle de conscience, etc ». Enfin, il qualifie la **maxime** de « principe général du droit, souvent énoncé sous forme d'adage », c'est à dire une « expression lapidaire issue de la tradition juridique, énonçant sous une forme concise et frappante, une règle de droit, une sentence morale ou un fait d'expérience ». OTTOMANN rappelle pour sa part l'origine du terme « Maxime » (*maxima regula* pour « oberste Regel » ; *regula*, « Richtscheid », du latin *regere*, en allemand « lenken, richten » [diriger, redresser]), soit un **ensemble de règles sous-jacentes et spécifiques** (« zugrundeliegenden, vorgegeben Regelwerk ») par opposition à celui de « Grundsatz » (« Grund », fondement/principe ; « setzen/sitzenmachen », asseoir) qui constitue la **base pour la formation de réglementations individuelles et l'établissement d'actes d'application de la loi**. Hiérarchiquement, le « principe » est donc à l'**origine** d'une réglementation, tandis que la maxime est un **dérivé, une règle sous-jacente** (également à ce sujet, cf. N 153 ss)⁶³⁷.

Vu l'absence de différenciation claire et unanime, nous nous abstenons d'établir un classement hiérarchique de ces différentes formules. La seule constante étant que l'utilisation des termes « **adage, proverbe et expression** » fait systématiquement référence à la forme d'un énoncé, plus qu'à son contenu. C'est parfois aussi le cas pour la maxime, bien qu'elle soit en principe directement associée au principe ou à la règle de droit qu'elle énonce.

Une distinction raisonnée est également possible entre les notions de **principe** et de **règle**. Selon une conception traditionnelle des sources, **principe** et **règle** sont des normes juridiques. Les deux contiennent un devoir (« Sollen ») et se distinguent donc des **standards** qui ne

⁶³⁶ « Die Prozessmaximen sind (mit Ausnahme der Eventualmaxime) gleichwohl nicht bloss Verhaltenspostulat, sondern Grundsätze, deren Nichtbeachtung, durch das Gericht eine Rechtsverletzung darstellt » ; WILLISEGGER, p. 247, note 759. Voir aussi : WESENER, p. 55 s. ; STAEHELIN/ BACHOFNER, p. 132 ; N 1 s. ; OTTOMANN, p. 76 s.

⁶³⁷ ARNAUD, définition de « principe du droit » p. 474 et de « règle » p. 520 ; CORNU, Vocabulaire juridique, définition « adage » p. 29, « maxime » p. 649 s., « principe » p. 806 et « règle », p. 882 ; OTTOMANN, p. 76 s. Voir aussi KOLB, p. 425, note 132.

constituent que des « étalons de mesure d'une moyenne ou d'une normalité sociales dans un domaine, une société et un moment donné »⁶³⁸. De nombreux critères sont toutefois proposés par la doctrine pour les distinguer. En voici quelques-uns⁶³⁹ :

- 580
- **la généralité ou l'abstraction du contenu normatif** (en lien avec la précision du champ d'application) : le principe sera plus général et plus vague que la règle. Il **fixe un but sans préciser les moyens pour l'atteindre**, tandis que la règle **détermine la conduite exigée ou interdite** ;
 - **la fonction et les modalités d'opération** : le principe est une « **norme d'optimisation** » qui pondère entre ses intérêts par rapport aux valeurs fondamentales et aux principes concurrents. La règle est plutôt une « **norme d'opposition** » qui s'appliquera, au détriment d'une autre, si ses conditions d'application sont réunies au détriment de la seconde et inversement ;
 - **la relation plus ou moins directe avec les valeurs**, la justice, etc. ;
 - enfin, **leur rapport de l'une à l'autre** : « le principe est la cause rationnelle et le fondement des règles, les règles en dérivent »⁶⁴⁰.

581 Cette notion de devoir (« Sollen ») contenue de façon plus ou moins atténuée dans un principe ou une règle s'oppose à celle de « Kann-Vorschrift ». Comme son nom l'indique la « Kann-Vorschrift » aussi qualifiée par la jurisprudence de **disposition potestative** n'a pas force contraignante et laisse au juge une marge de manœuvre quant à sa prise de décision. C'est ce que rappelle le TAF dans un arrêt du 7 mars 2017 relatif à l'application de l'art. 27 LEtr (aujourd'hui remplacée par la LEI)⁶⁴¹ :

582 « Cela étant, il importe de rappeler que l'art. 27 LEtr est une disposition rédigée en la forme potestative (ou « Kann-Vorschrift »). **En conséquence, même si le recourant remplit toutes les conditions prévues par la loi, il ne dispose d'aucun droit à la délivrance d'une autorisation de séjour en sa faveur.** A moins qu'il puisse se prévaloir d'une disposition particulière du droit fédéral ou d'un traité lui conférant un tel droit, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. **Les autorités disposent donc d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de la présente cause** ».

583 On remarque également, à la lecture de la jurisprudence, que les dispositions consacrant une « Kann-Vorschrift » présentent, en principe, une formulation potestative (art. 112 LTF : « Les décisions qui peuvent faire l'objet d'un recours [...] », art. 83 LEtr : « L'exécution de la décision peut ne pas être raisonnablement exigée [...] », art. 226 CPC : « Le tribunal peut ordonner des débats d'instruction [...] »). Or une telle formulation n'est jamais utilisée pour qualifier les maximes de procédure ainsi que leur contenu⁶⁴². A cela il faut tenir compte de

⁶³⁸ KOLB, p. 426.

⁶³⁹ KOLB, p. 426 ss.

⁶⁴⁰ KOLB, p. 428.

⁶⁴¹ TAF, F-4422/2016, consid. 7. (Mise en gras ajoutée).

⁶⁴² TAF, F-4422/2016 du 7.3.2017, consid. 7 : « Cela étant, il importe de rappeler que **l'art. 27 LEtr est une disposition rédigée en la forme potestative** (ou "Kann-Vorschrift"). En conséquence, même si le recourant remplit toutes les conditions prévues par la loi, il ne dispose d'aucun droit à la délivrance d'une autorisation de séjour en sa faveur, à moins qu'il puisse se prévaloir d'une disposition particulière du droit fédéral ou d'un traité lui conférant un tel droit, ce

la notion de « *unechte Kann-Vorschift* », comme en témoigne l'arrêt du TAF du 23 mars 2017 relatif à l'application de l'art. 83 al. 4⁶⁴³ :

« Malgré sa formulation, l'art. 83 al. 4 LEtr n'est pas une disposition potestative ; dans l'application des critères d'inexigibilité de l'exécution du renvoi, l'autorité ne dispose pas de marge d'appréciation, de sorte qu'elle ne peut pas procéder, dans le cas concret, à une pesée des intérêts ».

Voici donc quelques premiers éléments de réponse s'agissant des termes les plus usités pour décrire les maximes de procédure et leurs principaux critères de distinction. On observe que la qualification d'une « maxime » oscille entre la forme qu'elle revêt (adages) et le contenu qu'elle énonce. En fonction de la teneur de son énoncé, elle pourra aussi bien avoir valeur de principe d'expérience que de règle de droit. En ce qui nous concerne, les maximes de procédure sont toutes désignées et explicitement consacrées dans le CPC. Si on leur applique les critères de distinction susmentionnés relatifs à la « règle » et au « principe », on peut distinguer entre **deux types de dispositions**. D'une part, **les art. 55 ss CPC**⁶⁴⁴ décrivent individuellement chaque maxime selon un **degré d'abstraction élevé**. Ils fixent un but (appliquer le droit d'office ; établir et administrer les preuves d'office ; se limiter aux conclusions des parties ; se limiter aux allégations en fait ainsi qu'aux preuves produites par les parties), sans préciser les moyens pour l'atteindre, respectivement la manière de procéder. Le **contenu normatif est vague, le champ d'application est incertain**. L'ensemble de ces articles figurent d'ailleurs au sein du Titre 3, Chapitre 1 : « **Principes de procédure** ». D'autre part, **les articles qui viennent préciser l'application des maxime procédurales dans le procès civil** selon la procédure applicable, en fixant un cadre ainsi que la conduite exigée ou interdite dans chaque hypothèse (art. 153, 226, 229 al. 3, 235 al. 2, 246 s., 273, 277, 180 al. 3 et 296 CPC). L'art. 247 CPC indique, par exemple, dans quels cas de figure (al. 2 : valeur litigieuse, contrat de travail, etc.), de quelle manière (« amène [...] par des questions appropriées »), dans quel but (« compléter les allégations insuffisantes et désigner les moyens de preuves ») dans le cadre d'une procédure simplifiée) et selon quelles modalités (devoir d'interpellation renforcée selon l'al. 1, ou plutôt maxime inquisitoire sociale selon l'al. 2) la maxime inquisitoire doit s'appliquer. Les maximes procédurales sont donc des principes de procédure consacrés au sein du CPC par des règles de droit ayant chacune une fonction prescriptive plus

qui n'est pas le cas en l'espèce. Les autorités disposent donc d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de la présente cause (cf. art. 96 LEtr) » ; JdT 2014 III p. 211, arrêt de la CREC du 1.9.2014, consid. 3b. : « **La doctrine a précisé que les débats d'instruction, bien que souhaitables, étaient laissés à la discrétion du ou des magistrats chargés de l'instruction, l'art. 226 CPC n'étant qu'une «Kann-Vorschift»** et qu'en pratique rien n'empêchait de ne pas en tenir et de convoquer immédiatement les débats principaux à la fin de l'échange des écritures, même en dehors de cas simples ou ne posant pas de problèmes de faits et de preuves. Dans ce cas cependant, les interpellations, discussions, et compléments relatifs à ces derniers auront lieu au moment des premières plaidoiries (CR CPC-TAPPY, art. 226 N 6) » ; TF, 2C_838/2016 du 3.4.2017, consid. 2 : « **Aufgrund der Kann-Vorschift des Art. 112 Abs. 3 BGG ist das Bundesgericht dennoch nicht gezwungen, einen derartigen Entscheid aufzuheben** : Ist dieser trotz des Eröffnungsfehlers überprüfbar, ohne dass dadurch den Parteien ein Nachteil erwächst, steht einer materiellen Prüfung nichts im Weg. Voir aussi : TAF, D-1627/2017 du 23.3.2017.

⁶⁴³ TAF, E-2617/2016 du 28.3.2017, consid. 4.4. Voir aussi : ATAF 2014/26, consid. 7.9 et 7.10 ; ATAF 2011/50, consid. 8.2 ; TAF, E-7432/2016, du 14.3.2017 avec un renvoi à l'ATAF 2014/26, consid. 7.9.6.

⁶⁴⁴ Voir aussi les art. 255 et 272 CPC en matière de faillite, concordat, juridiction gracieuse et procédure sommaire (droit matrimonial).

ciblée. Elles conservent toutefois un certain degré d'abstraction qui laisse une marge de manœuvre au juge (interprétation de la *ratio legis*) et donc une incertitude relative pour le justiciable s'agissant du rôle exact que joueront peut-être les maximes de procédure dans son procès.

586 Pour PIERRE-MAURICE, c'est la **qualité de la codification de la matière procédurale** qui conditionnera la valeur et le rôle à jouer des maximes durant le procès civil⁶⁴⁵ :

587 « Si, dans un code de formalités dépourvu de substrat théorique, les adages s'imposeraient nécessairement pour enrichir ce code pauvre en principes généraux, constituant ses « trésors », leur utilité apparaîtrait plus limitée dans un code qui édicte des principes directeurs du procès civil. « **Point besoin d'adage si code sage** » pourrait-on alors dire. [...] Lorsqu'une maxime est codifiée et drapée dans la froide étoile de la technicité et de la précision du langage législatif, la maxime est morte asphyxiée, engloutie par la législation ».

588 Selon cette analyse, tous les adages et préceptes généraux de doctrine perdent leur force normative dès qu'ils sont mis en concurrence avec des principes généraux formulés (idéalement sans ambiguïté) dans le cadre de dispositions légales. Comme le résume PIERRE-MAURICE : « **le texte de loi consacrant l'adage a perdu en brièveté et en contenu savoureux ce qu'il a gagné en précision** »⁶⁴⁶. *A contrario*, on peut supposer que la doctrine et la jurisprudence auront plus tendance à se « raccrocher » à ces adages lorsque les dispositions légales couvrant les notions auxquelles elles souhaitent se référer sont peu claires, peu précises ou ambiguës. Une telle ambiguïté/imprécision concernant les maximes de procédure figurent par exemple actuellement à l'art. 296 CPC (distinction entre le texte légal en français, concernant la maxime inquisitoire illimitée avec le choix du terme « établit » contre celui de « erforscht » et « esamina » en allemand et italien), bien qu'elle soit sur le point d'être corrigée par le Message de 2020. En tout état de cause, la valeur des vieux adages (*iura novit curia, ne procedat iudex ex officio*, etc.) dépendra toujours de l'exactitude et de la précision du droit en vigueur sur ces sujets.

589 Face à des normes en mutation constante, les vérités parfois tronquées ou simplistes portées par les maximes (*stricto sensu*) ont ainsi traversé les siècles en offrant une certaine continuité au droit et à ses principes directeurs. Comme le relève CORNU, c'est à la fois la « sève morale » et la « charge intellectuelle » contenues dans leur message qui permettront de replacer certaines règles juridiques dans leur contexte et d'éviter de tomber dans l'arbitraire. L'utilisation d'adages, en parallèle de telle ou telle notion nous ont par exemple permis – dans le cadre de certaines jurisprudences – de clarifier ladite notion (par exemple la fameuse « maxime officielle » ; cf. N 459 ss). Ainsi, parce qu'ils restent en conformité avec le procès civil moderne, certains adages perdureront en tant que repères/moyens mnémotechniques ou définitions abrégées du principe qu'elles entérinent, tandis que d'autres se révéleront dépassés et seront au contraire les témoins de l'évolution de la procédure civile⁶⁴⁷.

590

⁶⁴⁵ PIERRE-MAURICE, p. 10.

⁶⁴⁶ PIERRE-MAURICE, p. 14.

⁶⁴⁷ CORNU, « Adages et brocards », p. 25 ; PIERRE-MAURICE, pp. 18 et 35 s.

Les maximes ou adages formulés de manière assez générale sont donc, selon PIERRE-MAURICE, des valeurs refuges dont la portée fluctue avec les législations en vigueur, sans jamais disparaître complètement. Leur « charge intellectuelle et morale » n'opère, au niveau juridique, que lorsque leur consécration législative est dépassée, contestée ou inexistante. Une fois consacrée dans la loi, la dénomination de « maxime de procédure » devient donc une coquille vide et perd sa signification première.

B. Délimitation matérielle et théorique

1. Définitions et distinctions générales entre maximes de procédure, principes et garanties de procédure

Après avoir proposé une distinction entre les notions générales de maxime, adage, principe et « Kann-Vorschrift », nous allons maintenant analyser plus spécifiquement la notion de « maxime de procédure » par rapport à celle de « principe de procédure » et « garanties de procédure » en droit positif suisse, pour plus tard tirer les conséquences de cette analyse en ce qui concerne leur mise en œuvre et leur éventuelle sanction.

591

Comme nous l'avons brièvement exposé en introduction (cf. N 5), WILLISEGGER structure les principes procéduraux issus du CPC autour des trois notions suivantes :

592

- **les principes relatifs à l'organisation du procès** ou « principes de procédure » ;
- **les principes relatifs aux droits des parties** ou « garanties de procédure » ;
- **les principes relatifs à la répartition des compétences** durant le procès ou « maximes de procédure ».

La première catégorie rassemble les concepts complémentaires de principe d'immédiateté (« Unmittelbarkeit ») et de caractère indirect (« Mittelbarkeit ») notamment applicables en matière d'administration des preuves (art. 152 ss et 226 al. 3 CPC), de publicité et de secret des débats (art. 54 CPC) et enfin d'oralité et de forme écrite (art. 220 ss, 233, 244 et 253 CPC). La seconde catégorie traite du principe de bonne foi (art. 52 CPC), du droit d'être entendu (art. 53 CPC), de l'interpellation du tribunal comme expression du droit à un procès équitable (art. 56 CPC en lien avec l'art. 6 § 1 CEDH), du droit d'être informé (art. 97 et 147 al. 3 CPC) et du droit à la preuve (art. 152 CPC). Enfin, la catégorie des maximes de procédure contient, selon les délimitations proposées par WILLISEGGER, les « couples » maxime des débats – maxime inquisitoire (art. 55 CPC) et maxime de disposition – maxime d'office (art. 58 CPC), les faits et moyens de preuve nouveaux (art. 229 CPC) ainsi que l'application du droit d'office (art. 57 CPC)⁶⁴⁸.

593

594

⁶⁴⁸ BOHNET, La procédure civile en schémas, p. 88 s. et 99 ; CORBOZ, Les dispositions générales du CPC, p. 31 ss.

Afin de préciser leur nature, WILLISEGGER reprend la définition issue du « Historisches Wörterbuch der Philosophie » qu'il exprime en allemand dans ces termes⁶⁴⁹ :

595 « Höchste und oberste Sätze also nennen wir derjenigen, die sowohl universal sind als auch derart bekannt und offenkundig, dass sie des Beweises nicht bedürfen, sondern vielmehr Sätze, die ihrerseits zweifelhaft sind, beweisen »⁶⁵⁰.

596 On retrouve dans cette définition certaines caractéristiques de l'axiome ou de la présomption légale (n'ont pas à être prouvées), ainsi que des aspects coutumiers (connues, manifestes, durée dans le temps). WILLISEGGER précise ensuite, pour les maximes de procédure en particulier, qu'il ne s'agit pas « Verhaltenspostulat », mais de **principes dont le non-respect devant le juge constitue une violation du droit**. Il envisage donc leur **sanction**⁶⁵¹. En voici d'autres définitions :

597 « Als Verfahrensgrundsätze – altertümlicher : Prozessmaximen – bezeichnet man die **wichtigsten normativen Rechtslinien des Zivilprozesses**. Von alters her standen dabei jene Grundsätze im Vordergrund, **welche die Aufgaben zwischen Richter und Parteien verteilen** »⁶⁵².

« Prozessmaximen (Verfahrensgrundsätze) **regeln in grundsätzlicher Weise die Verfahrensfragen in einem Zivilprozess**. [...] Vereinfacht ausgedrückt geht es in erster Linie um die Frage, **wer – das Gericht oder die Parteien – wann und welche Prozesshandlung** vornehmen muss. Die Prozessmaximen sind **Garanten für einen geregelten und fairen Prozessablauf** und dienen im weiteren Sinne der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden. [...] Oft sind allerdings die Verfahrensgrundsätze **nicht in reiner Form verwirklicht**, sondern durch ergänzende Vorschriften modifiziert »⁶⁵³.

« Prozessmaximen, die allgemeine und oberste Aussagen – *maximae propositiones* – treffen, namentlich **über die Prozessherrschaft und die Sammlung des Prozessstoffes**. Die Grundsätze dienen zur Systematisierung, indem sie **Verantwortlichkeitsbereiche zwischen Gericht und Parteien abstrakt umschreiben und Kompetenzen abgrenzen** »⁶⁵⁴.

« Bei der Ausgestaltung des Zivilverfahrens hat ein Prozessgesetzgeber Grundsatzfragen zu beantworten wie beispielsweise : **Welche Aufgaben** kommen bei der Sachverhaltsbestimmung und –festlegung den Parteien und welche dem Gericht zu ? Ist das Gericht an die Anträge der Parteien gebunden oder darf es auch über diese hinausgehen ? Muss das Gericht das Recht von Amtes wegen anwenden oder ist vielmehr Aufgabe der Parteien, sich auf einzelne Rechtsätze zu berufen ? In der Prozessrechtslehre hat es sich eingebürgert, die **Hauptlösungsvarianten dieser Fragen mit bestimmten Begriffen zu umschreiben** »⁶⁵⁵.

598

⁶⁴⁹ WILLISEGGER, p. 247, note 758. Pour plus de détails sur la notion de maxime et sa portée, cf. N 575 ss.

⁶⁵⁰ Il s'agit d'une adaptation en allemand d'une définition du philosophe de l'antiquité tardive, Boèce : *Supremas igitur ac maximas propositiones vocamus, quae et universales sunt, et ita notae atque manifestae, ut probatione non egeant, eaque potius quae in dubitatione sunt probent* ; BOETHIUS, De topicis differentis, in : Historischem Wörterbuch der Philosophie, « Maxime », colonne 941.

⁶⁵¹ BOETHIUS, « Maxime », colonne 941 ; WILLISEGGER, p. 246 s.

⁶⁵² SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 89, N 1 s. (Mise en gras ajoutée).

⁶⁵³ SUTTER-SOMM, p. 81, N 291 ss. (Mise en gras ajoutée).

⁶⁵⁴ WILLISEGGER, p. 246 s. (Mise en gras ajoutée).

⁶⁵⁵ I. MEIER, p. 5. (Mise en gras ajoutée).

Il ressort de ces différentes définitions que les maximes de procédure agissent comme des **lignes directrices** durant le procès civil, en traitant de trois thèmes complémentaires : la **maîtrise du procès**, le « **rassemblement de la matière du procès** » et la **responsabilité partagée du juge et des parties**, le tout, de manière à répondre à de nombreuses interrogations, dont principalement les suivantes : « qui doit alléguer/contester ? » [côté parties] et « interpellé/investiguer ou relever d'office ? » [côté juge], « quel(s) acte(s) de procédure peuvent-ils intervenir ? », « quand » et/ou « jusqu'à quand ? », « avec quel niveau d'exigence/de détails ? », et en cas de lacune « dans quel cas interpellé les parties/compléter les faits et les moyens de preuve/ne rien faire ? ».

Concernant leur champ d'application, les maximes de procédure traitent, comme nous le disions juste avant, de la **maîtrise du procès** (« *Prozessherrschaft* ») ainsi que **de tous les faits et preuves qu'elles permettent de retenir, respectivement qu'elles invitent à rassembler** (« *die Sammlung des Prozessstoffes* »). Par la systématique qu'elles apportent au procès, les maximes répartissent donc les compétences entre juge et parties et délimitent l'étendue de leurs responsabilités. *A contrario*, l'organisation du procès (principes de procédure) et les droits des parties (garanties de procédure) font l'objet d'autres dispositions. Cela n'empêche toutefois pas que ces trois thèmes restent intimement liés, voire se confondent presque dans certaines circonstances.

Enfin, au-delà de leur champ d'application (la répartition des compétences juge-parties) et comme abordé précédemment (cf. N 592) les maximes de procédure telles que présentées aux art. 55 et 58 CPC sont formulées en tant que **principes généraux et abstraits** qui s'appliqueront ou non, en fonction des particularités du litige civil, sans plus de précision. Du reste, les maximes de procédure mentionnées dans le contexte d'une procédure particulière (art. 226, 229 al. 3, 235 al. 2, 246 s., 273, 277 et 296 CPC) fixent de manière concrète la répartition des compétences entre juge et parties, de même que le niveau d'exigence attendu pour satisfaire aux conditions posées par la loi. Il ne s'agit donc plus dans ce cadre, d'un simple but général ou de lignes directrices abstraites, mais de **véritables prescriptions légales**, dont la violation devra en principe être sanctionnée.

2. **Délimitation au sein des maximes de procédure : entre direction, conduite du procès et établissement de la matière litigieuse**

Le point de départ de la réflexion de SCHLUMPF se focalise autour des **notions antinomiques d'autonomie privée et de réglementation étatique**. Le droit privé assure la sauvegarde des intérêts individuels et laisse une large place à l'autonomie de la volonté. En ce sens, il présente le plus souvent un caractère dispositif. La solution est moins tranchée en ce qui concerne la procédure civile qui porte en son sein l'opposition entre normes impératives et autonomie privée. Dans ce contexte, l'autonomie privée présente une importance moindre en procédure civile qu'en droit privé vu l'ambivalence de sa discipline. Les particuliers sont donc

limités dans l'exercice de leurs prérogatives par certaines mesures ou contraintes exercées par l'autorité étatique en la personne du juge⁶⁵⁶.

602 Toujours selon SCHLUMPF, ces contraintes étatiques peuvent s'exercer de manière cumulative ou alternative à trois étapes différentes de la procédure, à savoir : à l'ouverture du procès (« Initiierung »), dans le déroulement de la procédure (« Inganghalten »), ou au moment de la clôture du procès (« Beendigung »), sur deux aspects distincts : la gestion du procès (« Prozessleitung ») et l'établissement de la « matière » du procès (« Prozessstoffbeschaffung »)⁶⁵⁷. Si l'on intègre les maximes de procédure à ce découpage, on obtient la chose suivante :

- 603
- La procédure en main des parties au stade de l'ouverture, du déroulement et de la clôture du procès est résumée par la maxime de disposition (*ne eat iudex ultra petita partium*), celle en main de l'Etat par la maxime d'office ;
 - Lorsque l'établissement de la « matière litigieuse » revient aux parties, on parle de maxime des débats (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium ; da mihi facta, dabo tibi ius ; quod non est in actis, non est in mundo*), lorsque c'est au juge de se procurer de telles informations, il est fait référence à la maxime inquisitoire ;
 - Enfin, la conduite du procès par le juge est qualifiée de « richterliche Prozessleitung » tandis que celle par les parties de « Konventionalprozess ». On parle aussi de « Parteibetrieb » par opposition au « Amtsbetrieb »⁶⁵⁸.

604 Si l'on combine ensuite chacune de ces notions, on obtient, une fois encore mais sous un autre angle, différentes versions d'organisation du procès de la plus interventionniste à la plus respectueuse de l'autonomie des parties⁶⁵⁹ :

- 605
- La **maxime inquisitoire associée à la maxime d'office** représente la combinaison laissant le plus de place à l'intervention et la coercition du juge. Ce fut l'association choisie par la « preussische allgemeine Landgerichtsordnung » de 1793 qui plaça entièrement l'issue du litige et le sort des parties entre les mains du juge (cf. N 298 ss). Les avantages du duo maxime inquisitoire-maxime d'office sont la **simplicité et la rapidité de la procédure**, puisqu'uniquement conduite par le juge d'après sa propre connaissance de la cause. A titre d'inconvénients il faut évidemment citer les risques de partialité intrinsèquement liés à une concentration des pouvoirs entre les mains du juge. Cette tentation de se compromettre peut également avoir pour conséquence indirecte une perte de confiance des particuliers dans les institutions judiciaires ;
 - L'autre « extrême » associe **maxime des débats et maxime de disposition**. C'est dans ce cas aux parties d'initier, de conduire la procédure et de l'alimenter par les faits et

⁶⁵⁶ SCHLUMPF, p. 31 ; M. SARBACH, p. 13 ss ; WALDER, Die Offizialmaxime, p. 16 s. ; BSK ZPO-GEHRI, art. 58 N 1.

⁶⁵⁷ SCHLUMPF, p. 31 ; BÜLOW, p. 162 s.

⁶⁵⁸ HALDY, Les maximes procédurales, p. 189 ; FELLMANN, p. 96 ; CORBOZ, Les dispositions générales du CPC, p. 34 ss.

⁶⁵⁹ SCHLUMPF, p. 31 ss.

moyens de preuve qu'elles estiment pertinents sans que le juge ait son mot à dire sur ce contenu. Il s'agit donc de la forme la plus libérale que la procédure civile puisse revêtir. L'avantage est celui du respect de l'**autonomie privée** qui ne peut être entachée d'aucune façon par « l'inquisition » du juge et éventuellement le côté rassurant que peut avoir une procédure sur laquelle les parties savent qu'elles ont un plein contrôle (pour autant qu'elles ou leur mandataire professionnel maîtrisent leur sujet). On peut également supposer qu'une telle indépendance est également favorable à l'impartialité du juge, qui « accueille » les faits et les preuves qui lui sont présentés par les parties sans avoir participé à leur recherche. Les désavantages sont ceux de la **lenteur du procès** et éventuellement de sa **complexité** pour des parties peu expérimentées ou éventuellement pas ou mal représentées. Le risque existe donc que la procédure soit lacunaire, empêchant ainsi les parties de plaider correctement les points clés relatifs à leur litige. Enfin le **risque de chicane**, toujours lié à la lenteur de la procédure est également beaucoup plus présent dans cette configuration du procès.

- **L'entre-deux** : l'association de la maxime de disposition et de la maxime des débats contrebalancée par la direction du procès par le juge. Selon SCHLUMPF, le droit procédural ne doit pas être « pré-standardisé » et inversement, les parties doivent aussi être encouragées à traiter leur litige de manière rapide, efficace et structurée. C'est la raison pour laquelle il apparaît opportun pour SCHLUMPF de partager les responsabilités liées à la procédure de la manière suivante : le juge se voit confier l'essentiel de la **direction du procès**, tandis que les parties se chargent de rassembler les faits moyens de preuves nécessaires pour établir l'objet du litige, de l'ouverture à la clôture du procès.

La catégorisation faite par SCHLUMPF est intéressante dans la mesure où elle distingue entre direction ou gestion du procès (« Prozessleitung ») et la notion de contrôle sur le procès au stade de l'ouverture, du déroulement et de la clôture du procès. Cette dernière notion sous-entend deux choses :

- Que la présence et la volonté des parties de prendre part au procès constitue la condition *sine qua non* de son existence (*nullo actore, nullus iudex* ou « wo kein Kläger, da kein Richter »). Les parties sont donc autonomes du début à la fin du procès ;
- Que les parties définissent l'objet du litige par le contenu de leurs conclusions, fournissant ainsi un cadre à la procédure que le juge ne peut dépasser sous aucun prétexte (*ne eat iudex ultra petita partium*).

Ainsi, ces deux notions qui de prime abord semblent se chevaucher, se situent en fait à des « niveaux différents » dans l'organisation du procès et ne se concurrencent pas. SCHLUMPF distingue donc entre la recherche des faits (maxime des débats/maxime inquisitoire), le contrôle du procès et de son contenu (maxime de disposition/maxime d'office) et la direction de la procédure (« richterliche Prozessleitung »/« Konventionalprozess »)⁶⁶⁰.

⁶⁶⁰ SCHLUMPF, p. 31 s.

- 609 SCHLUMPF fait la métaphore suivante pour expliquer le rôle du juge dans le cadre de la direction du procès : le système judiciaire et le cheminement jusqu'au prononcé du jugement sont comparables au fonctionnement d'un réseau routier ou ferroviaire sur lequel se déplacent les parties, ici comparées à des véhicules. Dès lors qu'elles sont mues par leurs intérêts personnels, les parties se déplacent littéralement dans le sens de leurs intérêts⁶⁶¹. Cette tendance naturelle à privilégier leurs propres déplacements au risque de ralentir la circulation, voire de circuler à contresens peut donc avoir de nombreuses répercussions sur le fonctionnement général du réseau. Dans ce contexte, le rôle du juge consiste à assurer le fonctionnement global de ce réseau, tout en prenant le plus possible en compte les intérêts de ses « usagers », de manière à ce qu'ils arrivent à destination dans un délai acceptable. Les interventions, « manœuvres » et autres décisions contraignantes du juge sont, pour cette métaphore, autant de signalisations, feux vert et rouge, ou prescriptions en matière de vitesse. Elles consistent à organiser les échanges entre les parties, à préserver l'ordre, la prévisibilité et la sécurité du droit. C'est ce que SCHLUMPF entend sous la dénomination de « richterliche Prozessleitung ». Ces quelques restrictions vitales au fonctionnement global du « réseau procédural » n'entachent cependant pas la capacité des parties de décider de leur date de départ et bien sûr, de leur destination. Ces derniers gardent donc en principe le contrôle sur le procès et son contenu⁶⁶².
- 610 Selon notre interprétation, la notion de « direction du procès » utilisée par SCHLUMPF correspondrait, en substance, à une forme de surveillance générale du déroulement du procès par le juge afin d'éviter les prolongations ou retards et s'assurer que la procédure avance correctement. Ce, tout en respectant la volonté des parties et sans jamais sortir du cadre de leurs requêtes respectives. Il s'agit donc d'une manière d'envisager une certaine maîtrise du juge, sans contrarier les intérêts privés des parties. Ce souci d'efficacité et de coordination rappellent à certains égards, les objectifs de la **maxime éventuelle**. Il nous semble toutefois que cette notion de direction du procès prônée par SCHLUMPF ne soit pas apte à empêcher certains empiètements inévitables en pratique (via l'action du juge) sur l'autonomie des parties et leur pouvoir de disposition, mais sûrement en avait-il conscience sans avoir besoin de le formuler expressément.
- 611 De manière générale, SCHLUMPF a donc un regard critique sur la théorie des maximes et s'aligne sur la pensée de BÜLOW pour dire qu'elle ne fait que rendre plus opaque la problématique de fond entre autonomie privée et réglementation étatique et, par la même occasion, la délimitation de cette « zone de tension » entre Etat et individus dans le contexte du procès civil⁶⁶³ :
- 612 « Sie [die Lehre von den Prozessmaximen] weist gleichsam wie ein Wegweiser die Fahrzeuge um ein schwer zugängliches Gebiet herum, sodass diese nicht auf dem kürzesten und geradesten Wege um Ziele gelangen. Damit ist

⁶⁶¹ M. SARBACH parle de « „Egoismus“ der Parteien », p. 12.

⁶⁶² SCHLUMPF, p. 34.

⁶⁶³ SCHLUMPF, p. 33 ; BÜLOW, p. 162 s.

die Lehre von den Prozessmaximen mit Schuld an den heutigen Begriffsunklarheiten bezüglich nichtszwingenden Prozessrechts ».

3. Le devoir de vérité comme critère de distinction entre les maximes de procédure

« Unter dem Gesichtspunkt einer Umwertung von Prozeßgrundsätzen durch den neuen Gesetzesgeist vor allem gewinnt eine Frage Bedeutung, die auch schon in früheren Zeiten im Mittelpunkt mancher Erörterungen stand, die aber jetzt eine erneute Beurteilung findet : **Die Frage nach den Verhältnis der Wahrheitspflicht zu der den Zivilprozeß beherrschenden Verhandlungsmaxime** »⁶⁶⁴.

La question que se pose ici BRÜGGEMANN est celle de savoir s'il existe un devoir de vérité à la charge des parties dans le cadre du procès civil. Le cas échéant, s'il peut constituer un critère de différenciation entre les maximes procédurales. BRÜGGEMANN est un juriste allemand ayant soutenu sa thèse en 1936, soit à l'époque d'un tournant pour l'Allemagne qui se répercuta partiellement en procédure civile, par un rôle plus actif du juge dans l'intérêt du peuple allemand (« den neuen Gesetzesgeist »). Dans un tel contexte, la problématique de la vérité matérielle avait forcément une importance particulière. Il ressort d'ailleurs clairement de son ouvrage une tendance à la valorisation du rôle du juge, selon lui porteuse d'une plus grande clarté dans le procès civil, de même qu'une condamnation ferme du modèle « libéraliste et individualiste » de la procédure civile conduite par le principe, ici non formulé, de la maxime des débats⁶⁶⁵.

Les maximes de procédure s'étant initialement et en majeure partie développées en droit allemand, il nous semblait inévitable d'évoquer ces notions, ainsi que leur évolution en droit allemand, aussi bien au fil des législations en vigueur jusqu'à nos jours, que du point de vue doctrinal. Ainsi, sans négliger l'aspect idéologique de l'ouvrage de BRÜGGEMANN, il exprime une pensée propre à son époque, et nous éclaire sur le virage pris par la procédure allemande dès 1933, tout en développant les notions qui gravitent autour des principes de procédure, tel que le devoir de vérité ou encore les avantages liés à la mainmise du juge sur le procès civil.

⁶⁶⁴ BRÜGGEMANN, p. 5. (Mise en gras ajoutée).

⁶⁶⁵ « Die Z.P.O. alter Fassung ist beherrscht von den Grundsätzen des Individualismus. Praktisch zeigte sich das vor allem in der Gestaltung der Parteirechte gegenüber den Befugnissen des Richters. Die Partei war nicht nur unumschränkter Herr über den Gegenstand des Prozesses, sie konnte ihn auch – wie wir sehen werden – in seinem äußeren Verlauf beliebig gestalten. **Diese Liberalität der Partei war so groß, daß man gar bald ihre Unhaltbarkeit einsah. Aber erst im Jahre 1924 kam es durch die Zivil-Prozeßnovelle zu einer Verringerung der Parteifreiheit und damit zu einem gewissen Bruch mit dem liberalistischen Geist der Prozeßordnung.** Den Parteien wurde die Herrschaft über den Gang des Verfahrens zu einem wesentlichen Teil beschnitten. [...] Eine durchgreifende Aenderung hat erst die gesamte Erneuerung unseres völkischen Lebens im Jahre 1933 gebracht. Diese Aenderung erfolgte nicht durch ein neues Gesetz, sie erfolgte durch die Umwandlung und Umformung der Gedanken und Grundsätze, mit denen die Vorschriften der Prozeßordnung gehandhabt werden ». BRÜGGEMANN, p. 4.

BRÜGGEMANN n'est d'ailleurs pas le seul à défendre cette idée de devoir de vérité dans le procès civil. BUCHER affirme notamment, respectivement à propos de la vérité matérielle puis de la vérité formelle⁶⁶⁶ :

617 «Wir sind uns bewusst, dass es nicht möglich sein wird, die **materielle Wahrheit** immer zu finden. Aber es ist ebenso klar, dass die Verwirklichung dieses Postulates nicht bloss an irgendeinem System scheitert, sondern ganz allgemein an der menschlichen Unvollkommenheit. Trotzdem muss der Zivilprozess versuchen, mit allen die tatsächliche Wahrheit festzustellen, wenn auch das Resultat oft ein relatives sein wird, eingeengt durch die Grenzen menschlicher Erkenntnisfähigkeit. **Ein Maximum lässt sich erreichen, ein Optimum wohl aber erstreben**».

«Diesen Produkt des 19. Jahrhunderts [die formelle Wahrheit] konnte sich bis heute erhalten und es trägt die Hauptschuld am weit verbreiteten schlechten Ruf der Rechtsprechung. Das Volk kann eben nicht verstehen, dass etwas, das nach allgemeiner Überzeugung wahr ist, der formalen Wahrheit nicht entspreche, also unrichtig sein könne».

«Es geht nicht an, dass Wahrheit und Recht der blossen Tatsache des Rechtsfriedens oder der Schnelligkeit des Verfahrens geopfert werden. **Die Wahrheit steht an erster Stelle**. Wir betrachten ihre Erforschung als wichtigste und vornehmste Aufgabe, und in diesem Sinne sprechen wir von «Zweck des Zivilprozesses»».

618 De même, FUCHS et HIPPEL affirment avec tout autant de ferveur⁶⁶⁷ :

619 «Die Juristen aber haben sich im Zivilprozess eine sogenannte formale Wahrheit, eine Scheinwahrheit, d.h. eine Unwahrheit, geschaffen, sie brauchen daher für die Wahrheit noch ein besonderes schmückendes Beiwort und müssen, wo sie diese meinen, von "materieller" Wahrheit sprechen».

«Falls man daher mit jener seltsamen Einheitsformel einer "formellen" oder "materiellen" Gerechtigkeit von uns wissen wolle, ob wir uns für unsere Person berechtigt glaubten, aufs Blaubunte hin zu entscheiden, in dem einzigen Bestreben, Ruhe zu schaffen, oder ob wir uns ehrlich zu bemühen hätten, einen sachlich begründeten Ordnungszustand herzustellen, so könnten wir für uns und die Richterkollegen aller Zeiten letzteres unbedenklich zusichern».

620 A l'inverse de ces trois auteurs, d'autres refusent de reconnaître un quelconque devoir de vérité dans le procès civil, considérant qu'il serait en contradiction avec le **principe de liberté et d'autonomie des parties dans la gestion/résolution de leur litige**. D'autres estiment au contraire ce «devoir de transparence» non seulement conforme, mais aussi indispensable à l'aménagement et à l'essence même de la procédure civile. Une troisième catégorie oscille enfin entre la nécessité d'un devoir de vérité imposé aux parties et la difficulté flagrante d'assortir cette obligation avec les principes que consacre la maxime des débats⁶⁶⁸.

621 En ce qui nous concerne, la problématique est donc celle de la compatibilité de la maxime des débats avec le principe, respectivement le devoir de vérité matérielle, ou plutôt : les critères de vérité formelle et vérité matérielle sont-ils des caractéristiques inhérentes respectivement de la maxime des débats et de la maxime inquisitoire, ou s'agit-il de considérations

⁶⁶⁶ BUCHER, p. 4, 5 et 6.

⁶⁶⁷ FUCHS E., *Gemeinschaftlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, 1909, p. 252 ; VON HIPPEL F., *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Frankfurt a. M. 1939, p. 173 s. ; Cf. également : BUCHER, p. 5.

⁶⁶⁸ BRÜGGEMANN, p. 6 ; BERNHARDT, pp. 135 et 139 s. ; STAEHELIN/BACHOFNER, p. 137 N 16, p. 149 N 20 et p. 141 N 25.

annexes, adaptables aux deux maximes de procédure ? Le cas échéant, quel principe a le dessus sur l'autre, devoir de vérité ou liberté des parties ?

Selon BRÜGGEMANN, ce sont les **buts et l'essence du procès** qui définissent les critères qui devront primer. S'agissant des buts, on trouve d'un côté la jouissance et la préservation de la sphère de droit privé (maxime des débats, vérité formelle), de l'autre la garantie de la sécurité du droit et de l'ordre juridique (maxime inquisitoire, vérité matérielle). Il convient donc, en premier lieu de définir les notions de « devoir de vérité » et de « maxime des débats » pour ensuite en déduire leur compatibilité commune ainsi que leur adéquation avec les buts du procès civil⁶⁶⁹.

622

S'agissant du devoir de vérité (« Wahrheitspflicht »), BRÜGGEMANN estime qu'il ne s'impose pas aux parties. Il ne faut en effet pas confondre le devoir subjectif de vérité des parties (« die subjektive Wahrheitspflicht der Parteien ») avec le principe de recherche de la vérité objective (« das Prinzip der objektiven Wahrheitsermittlung »). Les parties se doivent de présenter les faits, d'exposer « leur vérité », notamment lorsqu'elles sont sollicitées pour faire la lumière sur un état de fait obscur, tandis que le juge recherche la vérité objective au sein des faits et moyens de preuve qui lui sont soumis. En ce sens, le devoir de vérité subjective des parties participe à l'établissement de la vérité objective, mais ne se confond pas avec lui⁶⁷⁰.

623

Sans revenir sur la définition complète de la maxime des débats, BRÜGGEMANN rappelle qu'elle n'est selon lui pas un principe strictement libéral, mais plutôt l'expression de la responsabilité individuelle et de l'engagement (« Pflichtverbundenheit ») des parties.

624

Une fois les notions de devoir de vérité et de maxime des débats brièvement expliquées il convient de s'interroger sur la relation qui les lie l'une à l'autre. Si l'on s'en tient à une version purement libérale de la maxime des débats, le devoir de vérité ne pourra en aucun cas être envisagé. En effet, la maxime des débats prise au sens strict devient un synonyme du principe de la vérité formelle et exclue d'emblée le devoir de vérité en tant qu'émanation du principe de la vérité matérielle. BRÜGGEMANN s'oppose à cette version de la maxime des débats. Il considère en effet que le but de cette maxime est de régler les aspects techniques relatifs à l'activité des parties, tandis que le devoir de vérité renvoie à l'état d'esprit des parties concernant leur champ de compétence⁶⁷¹ :

625

« Die Wahrheitspflicht wendet sich an die Gesinnung der Partei, sie verlangt von ihr subjektive Wahrhaftigkeit, nicht objektive Wahrheit. [...] Die subjektive Wahrheitspflicht dient mit dazu, die objektive Wahrheit festzustellen, aber das ist nicht dasselbe. Sie gibt keine Auskunft auf die Frage, ob es Aufgabe der am Prozeß beteiligten Personen sei, **mit allen Mitteln die geschichtliche Wahrheit zu erforschen**, sie stellt nur die Pflicht der Parteien auf, wahrhaftig zu sein,

626

⁶⁶⁹ BRÜGGEMANN, p. 7 s.

⁶⁷⁰ BRÜGGEMANN, p. 13.

⁶⁷¹ BRÜGGEMANN, p. 13.

wenn sie mithelfen, den geschichtlichen Tatbestand aufzuklären. **Sie macht mit einem Wort die ethische Pflicht der Wahrhaftigkeit zu einer rechtlichen** ».

627 BRÜGGEMANN voit donc le devoir de vérité des parties comme la consécration d'un principe éthique consacré dans la loi, comme une règle mêlant à la fois les principes de bonne foi et de bonne conduite. Son existence permet de prévenir les abus grossiers qui pourraient subvenir durant le procès, sans pour autant pouvoir toujours les éviter⁶⁷².

628 Au surplus, ce devoir de vérité est à mettre en lien avec l'exigence d'exhaustivité attendue des parties dans le cadre d'une procédure accusatoire (« Vollständigkeitspflicht »). Certains auteurs comme WETZELL ou ROSENBERG considèrent que ce devoir est une règle autonome tandis que d'autres y voient plutôt une conséquence directe du devoir de vérité (HILDEBRANDT). BRÜGGEMANN reste pour sa part en dehors de ce débat qu'il considère comme inutile, dans la mesure où l'exigence d'exhaustivité déploie ses effets et entraîne les mêmes conséquences juridiques, qu'elle soit ou non indépendante du devoir de vérité⁶⁷³.

629 Au-delà de l'aspect moral et éthique que tire BRÜGGEMANN de ce devoir de vérité, il est surtout intéressant d'observer les sanctions qu'il en déduit et qui se déclinent aussi bien pour le juge (« das Prinzip der objektiven Wahrheitsermittlung ») que pour les parties (« die subjektive Wahrheitspflicht der Parteien »). Ainsi, bien qu'il reconnaisse qu'il n'y a pas, à proprement parler, de sanction consécutive à la violation du devoir de vérité dans le CPC allemand de l'époque, il souligne toutefois les conséquences juridiques possibles selon la nature de la violation. Les parties ne tireront par exemple aucun droit des actes ou activités illicites qu'elles soumettront pour alimenter le procès. De même, les allégations mensongères ainsi que les contestations infondées ou inexactes ne seront pas prises en compte par le juge, même lorsqu'elles n'auront pas été contestées par la partie adverse.

630 Les conséquences semblent plus délicates à établir en ce qui concerne le souci d'exhaustivité des parties, notamment au regard de la délimitation plus floue qui entoure cette notion et de la limite clairement posée par l'application de la maxime des débats. A ce titre, BRÜGGEMANN fait la distinction entre le silence des parties (dont le juge peut tirer les conséquences) et les aveux manifestement dolosif⁶⁷⁴ :

631 « Der Verstoß gegen die Vollständigkeitspflicht ist ebenso rechtswidrig wie der gegen die Wahrheitspflicht im engeren Sinne. **Die Partei darf aus ihm ebenso wenig Rechte herleiten können.** Insoweit ist die Verhandlungsmaxime durch die Wahrheitspflicht eingeschränkt worden. Praktisch ist es auch so, daß Tatsachen, die von beiden Parteien entgegen der Vollständigkeitspflicht verschwiegen werden, auch dem Richter verborgen bleiben. Wenn sie aber offensichtlich vorhanden sind, so kann der Richter m.E. [meines Erachtens] durch das Nichtvorbringen ebenso wenig zu ihrer Nichtberücksichtigung gezwungen werden, wie er etwa bei einem offensichtlich dolosen Anerkenntnis zu einer Berücksichtigung gezwungen werden kann ».

⁶⁷² « Die Wahrheitspflicht hilft, wie wir sehen werden, grobe Mißbräuche aus dieser Regelung zu erschweren ; beseitigen aber kann sie sie nicht » ; BRÜGGEMANN, p. 17.

⁶⁷³ BRÜGGEMANN, p. 24 s. ; MORDASINI-ROHNER, p. 31 s., N 81.

⁶⁷⁴ BRÜGGEMANN, p. 32.

Cette problématique de l'association de la maxime des débats à la vérité formelle, ainsi que de l'intérêt ou non à sanctionner leur mauvaise application est toujours d'actualité en droit suisse. C'est ce que nous explique HEINZMANN/DEMIERRE dans leur analyse de l'arrêt du TF, 4A_146/2015⁶⁷⁵ relatif à la mise en œuvre ou non de l'art. 183 al. 1 CPC dans le cadre d'une procédure où s'applique la maxime des débats :

Le 1^{er} octobre 2009, la Clinique B. fait appel à l'architecte C., pour l'aménagement et la décoration de cinq centres esthétiques pour un prix forfaitaire de 117'500 fr. hors taxes, sans toutefois avoir signé de contrat. Le 15 janvier 2010, à la suite de divergences concernant la rémunération de C., la Clinique décide de mettre fin aux travaux, en priant l'architecte de lui transmettre sa facture pour les prestations effectuées. Le 3 février 2010, C. adresse sa facture finale ainsi que sa note de frais de déplacement à la Clinique qui en conteste le montant. Le 18 février puis le 15 mars 2010, C. met la Clinique en demeure de lui verser le montant de sa facture. Faute de paiement, il leur fait notifier un commandement de payer. Le 4 juillet 2011, C. ouvre action contre la Clinique devant le Tribunal d'arrondissement de Lausanne. Par jugement du 30 juin 2014, le Tribunal civil **rejette la demande principale faute de preuve du montant des prétentions invoquées**, ainsi que la demande reconventionnelle formée par la Clinique. Devant le Tribunal cantonal ensuite, la Cour d'appel civile confirme le jugement contesté et **rejette l'appel au motif que le demandeur n'avait pas su quantifier de manière objective le travail qu'il avait effectué et n'avait pas fourni les éléments qui auraient permis de constater la proportion du travail déjà accompli par rapport au travail restant, ce qu'il aurait dû faire en sollicitant une expertise**⁶⁷⁶. Le 9 mars 2015, le demandeur interjette un recours en matière civile devant le TF, concluant à la réforme de l'arrêt cantonal de sorte que la défenderesse soit condamnée à lui verser divers montants.

En vertu de l'art. 8 CC : « Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit ». En l'espèce, l'architecte C. a offert de prouver les travaux réalisés, notamment par des productions de pièces, des témoignages et des dépositions de parties, **sans parvenir à prouver la valeur à attribuer à ses travaux**. Dans cet arrêt, le TF a en effet considéré que, n'ayant pas requis d'expertise, C. n'avait **pas satisfait au fardeau de l'administration de la preuve** ou maxime des débats de l'art. 55 al. 1 CPC. Sur ce dernier point, l'arrêt renvoie à l'ATF 117 II 231, consid. 2.b qui précise : « Une expertise médicale peut s'imposer en vertu de l'art. 8 CC, en l'absence de disposition spéciale (ATF 108 V 126 consid. 4, 98 Ia 325) ; **elle est nécessaire lorsque le juge n'est pas à même de résoudre, à la lumière de ses propres connaissances, la question qui lui est soumise** (ATF 47 II 126) »⁶⁷⁷. Ainsi, même en l'absence de disposition légale spéciale concernant la preuve des honoraires dus à l'architecte, une expertise s'impose à chaque fois que le juge ne

⁶⁷⁵ HEINZMANN/DEMIERRE, p. 341 ss. Voir aussi: AEBI-MÜLLER, p. 180-182 (Problématique relative à la répartition des biens en procédure de divorce, où la question se pose de savoir si X a le droit de consommer une partie de l'héritage pour son entretien ou pour les frais supplémentaires de la vie séparée pendant la procédure de divorce. La règle de l'art. 207 al. 2 CC est méconnue des deux parties. Toutefois, c'est la maxime de disposition qui s'applique : le juge est lié, sauf en cas d'exception liée à l'intérêt d'un enfant, ce qui n'est pas le cas en l'espèce).

⁶⁷⁶ TF, 4A_146/2015, du 19.8.2015, consid. 5.2.1, § 3.

⁶⁷⁷ ATF 117 II 231, consid. 2. B. (Mise en gras ajoutée).

peut résoudre seul une telle problématique. Mais à qui s'impose-t'elle ? Telle est la question à laquelle ne répond, à ce stade, ni l'art. 8 CC, ni la jurisprudence. Faute de critique de la part de la recourante, le TF élude en effet la question de savoir si, oui ou non, le juge aurait pu ou dû administrer d'office une expertise au sens de l'art. 183 al. 1 CPC.

635 Les travaux effectués par l'architecte ne font ici aucun doute. Le TF l'admet d'ailleurs indirectement en accordant l'indemnisation pour ses frais de déplacement, reconnaissant ainsi l'existence d'une activité effectuée par ce dernier pour la Clinique⁶⁷⁸. Dans ce cas, le juge peut-il ignorer un fait pourtant si évident, au motif que le recourant n'a simplement pas contesté son inaction ? La question est donc, comme le résumait HEINZMANN et DEMIERRE celle de la **prépondérance ou non de la vérité formelle sur la vérité matérielle dans le cadre du procès civil où s'applique la maxime des débats**⁶⁷⁹ :

636 « La question qui se pose en l'occurrence est celle de savoir si une expertise aurait pu ou dû être ordonnée d'office par le juge. La doctrine majoritaire estime que tel est le cas même lorsque la maxime des débats s'applique, le juge devant toutefois faire preuve d'une certaine retenue. En effet, à l'instar de l'art. 181 al. 1 CPC concernant l'inspection, l'art. 183 al. 1 CPC offre une possibilité qui s'ajoute à la règle générale de l'art. 153 CPC. Les deux premières dispositions n'auraient aucune raison d'être si l'on devait les limiter aux affaires soumises à la maxime inquisitoire et aux cas dans lesquels des motifs sérieux de douter de la véracité d'un fait non contesté existent ».

637 Dans l'ensemble, la doctrine s'accorde donc pour considérer que l'art. 183 al. 1 CPC offre une possibilité supplémentaire au juge d'administrer un moyen de preuve d'office et cela même lorsque la procédure suit la maxime des débats⁶⁸⁰.

638 En l'espèce, les moyens de preuves proposés par la partie demanderesse (production de pièces, déposition des parties et témoignages), bien qu'ils ne permettent pas d'évaluer le montant exact de son travail, attestent toutefois de la réalisation d'une partie des travaux. L'expertise aurait donc pu être ordonnée d'office par le juge dès lors qu'il n'était « pas à même de résoudre, à la lumière de ses propres connaissances, la question qui lui [était] soumise ». Cela étant, HEINZMANN et DEMIERRE plaident « pour une utilisation de cet instrument [l'art. 183 al. 1 CPC] afin d'éviter que la vérité formelle prenne le dessus sur la vérité

⁶⁷⁸ TF, 4A_146/2015, du 19.8.2015, consid. 7.2 ; HEINZMANN/DEMIERRE, p. 341.

⁶⁷⁹ HEINZMANN/DEMIERRE, p. 342. Voir aussi, concernant l'expertise au sens de l'art. 183 al. 1 CPC : Message CPC 2006, p. 6932. Depuis, les expertises privées soumises par les parties ne sont plus des moyens de preuve admissible au sens de l'art. 168 al. 1 CPC en vertu de l'ATF 141 III 433, consid. 2, vivement critiqué par une grande partie de la doctrine : Message CPC 2020, p. 2659. Voir enfin : BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 183 N 7.

⁶⁸⁰ C'est également ce qui ressort de l'arrêt 5A_478/2013, consid. 4.3 dans lequel le TF renvoie une affaire au Tribunal cantonal, en rappelant à ce dernier la possibilité de faire appel à un expert afin d'éclaircir les faits : « Die Beschwerde ist also begründet. Die Angelegenheit ist an das Obergericht zurückzuweisen, damit es den Parteien im Berufungsverfahren Gelegenheit zur Stellungnahme gibt, und zwar unabhängig davon, ob es den Verkehrswert der Liegenschaft Nr. yyy weiterhin gestützt auf seine eigenen Erfahrungssätze zu ermitteln gedenkt oder zur Klärung seiner inhaltlichen Zweifel an der von F. weitere Beweise erhebt, namentlich eine andere sachverständige Person beizieht ». *Contra* (lorsque s'applique la maxime des débats) : CR CPC-SCHWEIZER, art. 183 N 5 s. ; (avec retenue) : BSK ZPO-DOLGE, art. 183 N 2.

matérielle », et qu'une lacune de « substantification » du travail accompli aboutisse à ne pas le prendre en considération du tout⁶⁸¹.

Entre-temps, le TF a énoncé en détail les conditions relatives à l'ordonnance d'une expertise d'office par le juge dans un arrêt de 2017⁶⁸². Il rappelle tout d'abord que l'art. 183 al. 1 CPC est une **disposition potestative** et que, par conséquent, un tribunal n'est **pas tenu** de demander une expertise d'office. Malgré le rejet du grief dans l'arrêt concerné, le TF énumère les conditions à remplir pour qu'un tribunal puisse demander une expertise sans qu'une partie ne le demande. Il fait ainsi la **distinction entre l'expertise en tant que moyen de preuve et l'expertise en tant que moyen d'éclaircissement** (« der besseren Klärung des Sachverhaltes dienen »). Il ressort en effet du Message du Conseil fédéral de 2006 qu'une expertise en tant que moyen de preuve ne peut être ordonnée d'office que dans des cas exceptionnels. De même (et comme énoncé *supra*), **le tribunal n'est autorisé à faire appel à un expert que s'il n'a pas la capacité nécessaire pour percevoir et évaluer les faits pertinents**. En outre, **l'ordonnance de preuve d'office ne doit pas priver la maxime des débats de toute portée**. Il faut donc veiller en particulier à ce qu'aucune partie au procès ne soit favorisée. Le TF cite comme exemple d'une demande d'expertise autorisée le cas où une partie n'a pas déposé de demande d'expertise parce qu'elle pouvait partir du principe qu'il s'agissait d'un fait connu de tous que le tribunal pouvait apprécier sur la base de ses connaissances, mais que le tribunal ne se sentait ensuite pas en mesure de poursuivre sans expertise. Dans le cas d'espèce (calcul d'une perte dans le cadre de l'ISDA Agreement), le TF a expliqué qu'il fallait certainement attribuer une **fonction d'éclaircissement** à une expertise pour le calcul de la perte. Cela n'a toutefois rien changé au fait qu'elle aurait aussi dû être utilisée dans le cas concret comme moyen de preuve proprement dit. En effet, l'expertise privée déposée par les recourantes (qui n'est pas probante) devait justement avoir un tel effet probatoire⁶⁸³.

⁶⁸¹ HEINZMANN/DEMIERRE, p. 341. Concernant l'**opportunité d'une application analogique de l'art. 42 al. 2 CO** : cette disposition permet au juge de retenir en équité aussi bien l'existence que le montant d'un dommage. Il constitue en quelque sorte une dérogation à la maxime des débats et aux règles ordinaires sur le fardeau de la preuve découlant du droit matériel. Selon la loi, il s'applique seulement à un dommage (aussi bien délictuel dans le cadre d'une responsabilité aquilienne, qu'à un dommage à calculer dans le cadre d'une responsabilité contractuelle vu le renvoi de l'art. 99 al. 3 CO). Toutefois la jurisprudence a parfois admis de l'étendre à d'autres types de prestations dues *ex contractu* (cf. p. ex. TF, 14.12.2011, 4A_338/2011 à propos de la fixation *ex aequo et bono* du nombre des heures supplémentaires dans le cadre d'un contrat de travail). En revanche, la jurisprudence n'admet pas d'appliquer l'art. 42 al. 2 CO lorsqu'on pouvait attendre de la partie concernée qu'elle allègue et prouve de manière ordinaire les éléments fondant sa créance. Autrement dit, cette disposition **ne peut trouver application que si le dommage ou la prestation contractuelle en question ne pouvait être prouvée, même si l'intéressé faisait ce qu'on pouvait attendre de lui pour cela** (cf. CR CO-WERRO, art. 42 N 29). En soi, une application de l'art. 42 al. 2 CO pourrait donc être transposée à l'estimation d'heures consacrées à un travail d'architecte, comme elle peut l'être à celles d'heures supplémentaires dans un contrat de travail. Mais cela supposerait l'impossibilité, ou au moins le caractère prohibitif d'un calcul de ces heures par la mise en œuvre d'une expertise. Manifestement le TF a estimé *in casu* que celle-ci n'était ni impossible ni excessivement chère, d'où le recours à l'art. 183 al. 2 CPC plutôt qu'à l'art. 42 al. 2 CO.

⁶⁸² TF, 5A_723/2017, du 17.12.2018, consid. 6.5, PJA 1/2020, 133 ss (et commentaire de SIEVI N.), RSPC 2/2019, 156 ss ; voir également TF, 4A_572/2018, du 30.3.2020, consid. 2.2-2.4, RSPC 6/2020, 544 ss.

⁶⁸³ TF, 5A_723/2017, du 17.12.2018, consid. 6.5, PJA 1/2020, 133 ss (et commentaire de SIEVI N.), RSPC 2/2019, 156 ss.

Le TF aborde en outre la question de **la tension entre l'ordonnance de preuve d'office et la maxime des débats**. Il a constaté à cet égard qu'il n'était pas évident de savoir dans quelle mesure il aurait été **impossible ou déraisonnable pour les requérantes de demander une expertise**. Par conséquent, une expertise d'office n'aurait pas été compatible avec la maxime des débats. En effet, si l'art. 183 al. 1 CPC est en quelque sorte une alternative au devoir d'interpellation du juge prévu à l'art. 56 CPC, celui-ci ne doit pas contrevenir au **devoir d'impartialité**. L'expertise d'office est ainsi exclue lorsque la partie est représentée par un **mandataire professionnel**⁶⁸⁴.

641 Les conditions posées par le TF pour la demande d'expertise d'office sont donc très strictes. En particulier, la restriction selon laquelle la demande d'expertise doit avoir été impossible ou déraisonnable limite considérablement le champ d'application de l'art. 183 al. 1 CPC. Il sera ainsi très rare qu'une expertise ait une simple fonction d'éclaircissement et non (également) de preuve. Au-delà de l'exemple cité par le TF, il ne reste guère de scénarios dans lesquels les conditions posées sont remplies. Il convient donc, selon SIEVI, de **faire preuve de prudence dans la conduite du procès et de toujours demander une expertise en cas de doute et, a contrario, de ne pas compter sur l'aide du tribunal**.

642 En conclusion, que l'on adhère ou pas à cette interprétation restrictive de la maxime des débats et de ses limites, les critères de vérité formelle et matérielle n'en restent pas moins des moyens efficaces de qualifier et de quantifier l'impact de cette maxime dans le procès civil. Après l'exclusion de l'expertise d'office, reste encore l'hypothèse de l'art. 56 CPC comme dernière option. Comme le suggèrent HEINZMANN et DEMIERRE, le défaut d'expertise rendrait les actes et déclarations de la partie demanderesse manifestement incomplets puisqu'ils ne permettraient pas d'évaluer à eux seuls le montant des travaux effectués. La jurisprudence du TF exclut toutefois l'interpellation du juge comme correctif à une inadverance de l'avocat. La violation de l'art. 56 CPC ne pourrait donc être invoqué que si le demandeur n'était, là encore, pas représenté par un mandataire professionnel⁶⁸⁵.

4. Délimitation entre pouvoir d'appréciation du juge et maximes procédurales

643 Les domaines que couvrent les maximes de procédure d'une part, et le pouvoir d'appréciation du juge d'autre part – bien qu'ils diffèrent – ont toutefois de nombreux aspects sur lesquels ils se rejoignent :

- Le pouvoir d'appréciation du juge l'autorise à tirer des conclusions sur la base des faits, circonstances spécifiques et justes motifs qui lui sont présentés, afin de rendre une décision conformément au droit en vigueur, dans l'hypothèse (1) où la loi l'y autorise et/ou que (2) les parties ne se sont pas prononcées à ce sujet ou que leur avis n'est pas décisif en l'espèce. Ce qui est attendu du juge est donc une

⁶⁸⁴ TF, 5A_723/2017, du 17.12.2018, consid. 6.5, PJA 1/2020, 135 ss (et commentaire de SIEVI N.). Cf. également TF, 4A_572/2018, du 30.3.2020, consid. 2.4.

⁶⁸⁵ HEINZMANN/DEMIERRE, p. 342.

appréciation objective, fondée sur des **éléments de fait concrets** et une **pesée des intérêts** en présence, amenant à un pronostic pertinent, cohérent, raisonnable et adéquat au vu des circonstances spécifiques du cas d'espèce. Lesdites circonstances ayant justifiées la réserve de la loi en faveur d'une appréciation du juge, plutôt qu'une application standardisée et unifiée du droit.

- Les maximes de procédure règlent la **répartition des compétences quant à l'établissement des faits et des preuves** ainsi que la **prise en compte ou non des conclusions** des parties pour rendre le jugement. Pouvoir d'appréciation du juge ou non, elles déterminent donc quels seront les **éléments sur lesquels se fondera l'appréciation du juge**, pour autant qu'elle soit admise dans le cas visé.

Tandis que l'un (le pouvoir d'appréciation) **constitue une réserve de droit matériel quant à l'autonomie ponctuelle du juge d'apprécier les faits au vu des circonstances du cas d'espèce**, l'autre (la maxime de procédure) est une **règle de répartition des compétences entre juge et parties en vertu du droit procédural civil fondée sur les particularités du litige** (matière, valeur litigieuse, partie faible, etc.). Les maximes de procédure ne sont donc pas directement en lien avec le pouvoir d'appréciation du juge, mais peuvent toutefois le rejoindre lorsque le juge fonde par exemple son appréciation sur la base de faits qui n'auraient pas dû être admis à la procédure, ou à l'inverse si le juge s'est abstenu d'exercer son pouvoir d'appréciation en estimant être lié, alors qu'il devait trancher ou intervenir. Dans ces deux cas de figure la violation peut être double puisqu'elle concerne aussi bien la répartition erronée des compétences entre parties et juge, que l'appréciation des faits et preuves qui en a découlée.

644

Selon la jurisprudence du TF, « il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les normes applicables ou viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 123 V 150, consid. 2 p. 152 et les références). Commet un **excès positif** de son pouvoir d'appréciation, l'autorité qui exerce son appréciation alors que la loi l'exclut ou qui, au lieu de choisir entre deux solutions possibles, en adopte une troisième ; cet excès de pouvoir est **négatif** lorsque l'autorité estime qu'elle est liée, alors que la loi l'autorise à statuer selon son appréciation, ou qu'elle renonce d'emblée en tout ou en partie à exercer son pouvoir d'appréciation (ATF 116 V 307, consid. 2 p. 310 et les références) »⁶⁸⁶.

645

Attribution de l'autorité parentale/libre appréciation/maximes applicables : le juge dispose par exemple d'un certain pouvoir d'appréciation en matière de fixation des contributions d'entretien, bien qu'en pratique il aura tendance à objectiver le montant de ces contributions par des règles de calcul prédéfinies, par ailleurs soumise au régime de la procédure sommaire (art. 271 ss CPC). De la sorte, le pouvoir d'appréciation du tribunal sera limité par la

646

⁶⁸⁶ ATF 137 V 71, consid. 5.1. (Mise en gras ajoutée).

prohibition de l'arbitraire (solution manifestement inéquitable ou injustifiée au vu des faits et preuves présentés), ainsi que par l'interdiction de juger *ultra petita* (« au lieu de choisir entre deux solutions possibles, en adopter une troisième »). A l'inverse, selon l'arrêt 5A_468/2017, **la réglementation de l'autorité parentale n'est pas à la libre appréciation du juge, malgré l'application des maximes inquisitoire illimitée et d'office**. Le juge peut donc, de sa propre initiative, établir les faits et moyens de preuve relatifs à un litige, sortir du cadre des conclusions formulées par les parties, **mais ne peut toutefois pas s'écarter d'éléments de faits concrets pour fonder son jugement**. En d'autres termes, cela signifie que **ce qui est déterminant, ce n'est en l'espèce ni la volonté des parties** (établissement des faits et formulation des conclusions), **ni celle du juge, mais bien la « solution objectivement juste » qui se dégage naturellement des éléments de fait concrets**⁶⁸⁷.

647 Spécificités de l'art. 153 CPC : comme cela ressort de l'attribution de l'autorité parentale, liberté d'appréciation ne rime pas forcément avec libre établissement des faits par le juge (maxime inquisitoire) de même que liberté de s'écarter des conclusions (maxime d'office)⁶⁸⁸. Toutefois, une disposition du CPC rassemble selon nous les deux problématiques. L'art. 153 al. 1 CPC dispose que « le tribunal administre les preuves d'office lorsque les faits doivent être établis d'office ». Selon SCHWEIZER, ce pouvoir d'investigation spontané du juge découle de **la maxime inquisitoire** « et s'étend à tous les moyens de preuve prévus par la loi, même si certains peuvent poser problème »⁶⁸⁹. En ce sens, il concerne l'établissement des faits et l'administration des preuves. L'art. 153 al. 2 CPC relève pour sa part du **pouvoir d'appréciation des faits** dès lors qu'il dispose que le juge « peut administrer d'office lorsqu'il existe des motifs sérieux de douter de la véracité d'un fait non contesté ». A ce titre, SCHWEIZER, souligne **l'utilité pratique que peut revêtir un aveu controuvé dans certaines circonstances**, attestant de l'importance de l'appréciation du juge dans le cadre de cet article⁶⁹⁰ :

648 « Le tribunal peut – **mais ne doit pas** – administrer des preuves d'office si des faits non contestés lui paraissent douteux, **dans les cas [...] où il pourrait se contenter de la vérité formelle** résultant de l'aveu explicite ou de l'absence de contestation d'un fait pertinent. [...] Un aveu controuvé peut avoir son utilité pratique **lorsqu'une collusion sert l'intérêt de toutes les parties au procès** ».

649 De cet article et de son commentaire il ressort deux choses. D'une part la **vigilance** dont doit faire preuve le juge afin d'user de l'opportunité offerte par cet alinéa à bon escient. D'autre part, le **rapport étroit** que crée cet alinéa **entre l'appréciation du juge et la question de la vérité matérielle**. « Se contenter de la vérité formelle » comme le propose SCHWEIZER renvoie aux procédures soumises à la maxime des débats, éventuellement dans certains cas, à

⁶⁸⁷ TF, 5A_468/2017, 18 décembre 2017, résumé in : P. MEIER, Résumé de jurisprudence (filiation et protection de l'adulte) janvier à avril 2018, RMA 2018 p. 152. Voir aussi à propos de la fixation des contributions d'entretien : ATF 138 III 289, consid. 11.1.1.

⁶⁸⁸ TF, 5A_468/2017, du 18.12.2017, résumé in : P. MEIER, Résumé de jurisprudence (filiation et protection de l'adulte) janvier à avril 2018, RMA 2018 p. 152.

⁶⁸⁹ CR CPC-SCHWEIZER, art. 153 N 4a.

⁶⁹⁰ CR CPC-SCHWEIZER, art. 153 N 10 et 12.

celle soumises à la maxime inquisitoire sociale. Tandis que la recherche de la vérité matérielle nous ramène à la maxime inquisitoire stricte de l'art. 296 CPC pour laquelle l'intérêt de l'enfant oblige le juge à ne pas se contenter d'une vérité ou d'aveux qui servent uniquement l'intérêt des parties au procès (en l'espèce les parents). Mais il existe nécessairement un entre-deux. Sauf à appliquer la maxime des débats de manière stricte, le juge pourra être amené à apprécier s'il doit se contenter de la vérité formelle ou s'il existe un intérêt supérieur à rechercher, au moins partiellement, la vérité matérielle s'agissant d'un fait sur lequel il a de sérieux doutes. Dans ce cas, l'excès positif ou négatif dans l'usage de son pouvoir d'appréciation au sens de l'art. 4 CC pourrait être synonyme d'une violation de la maxime procédurale applicable en l'espèce. Toujours selon SCHWEIZER, une telle violation n'aura toutefois que **peu de chance d'être sanctionnée**, cet alinéa constituant à ses yeux « **plus une suggestion**, ou une invite, **qu'une règle de droit dont la violation serait susceptible d'être invoquée avec un minimum de chances de succès sur recours** »⁶⁹¹.

En pratique, on peut se demander si la formulation de cet article (« Il *peut* les administrer lorsque... ») renvoie au **pouvoir d'appréciation du juge quant aux motifs de doute**, ou plutôt à la valeur coercitive de cette disposition. Si le juge estime en effet que les motifs le faisant douter de la véracité d'un fait non contesté sont suffisamment sérieux, les faits **devront** alors être établis d'office *via* l'administration des preuves d'office, l'art. 153 al. 2 CPC remplissant dès lors les mêmes conditions que son alinéa premier. Néanmoins, et même dans l'hypothèse où il s'agirait d'une réelle obligation, nous voyons bien en quoi la violation de cette règle de droit aurait peu de chance d'aboutir puisque faisant intervenir l'appréciation du juge (grief limité à l'arbitraire). Quoiqu'il en soit, cette balance entre vérité formelle, appréciation du juge et intérêts convergents des parties porte en son sein les problématiques majeures relatives à la gestion et à l'administration du procès civil.

650

5. Délimitation entre fardeau de la preuve et maximes procédurales

Comme nous l'avons abordé dans le cadre de la partie historique (cf. N 41 ss et 67 ss), les notions de fardeau de la preuve et de maximes de procédure (et notamment les fardeaux de l'allégation, de la contestation et de la motivation découlant de la maxime des débats), bien que distinctes et autonomes, s'entremêlent souvent dans le cadre de droit civil. Nous allons brièvement en explorer les raisons et en montrer des exemples concrets.

651

En vertu de l'art. 8 CC « chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit ». Cette disposition traite donc de la répartition du fardeau de la preuve, déterminant sur cette base qui doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve⁶⁹². Ainsi, la partie demanderesse doit prouver les faits qui fondent sa prétention, tandis que la partie adverse doit prouver les faits qui entraînent l'extinction ou la perte du

652

⁶⁹¹ CR CPC-SCHWEIZER, art. 153 N 16.

⁶⁹² ATF 131 III 646 ; ATF 132 III 449 ; ATF 132 III 689. Cf. ég. : JEANDIN, L'administration des preuves, p. 89 ss.

droit⁶⁹³. Autrement formulé, l'art. 8 CC règle les **conséquences de l'absence de preuve**. Il ne précise cependant pas **comment**, ni **par quels moyens** la preuve doit être administrée (art. 150 ss CPC), ni **de quelle manière** le juge doit l'apprécier (art. 4 CC)⁶⁹⁴.

653 Tandis que l'art. 8 CC répartit le fardeau de la preuve en vertu du droit matériel, les maximes de procédure indiquent qui, du juge où des parties, doit établir les faits pertinents et les preuves y-relatives et doit ensuite, soit prendre des conclusions (parties/maxime des débats), soit rendre un jugement indépendamment de ces dernières (juge/ maxime d'office). Ainsi, les maximes procédurales répondent à la question : « **qui du juge ou des parties (...) ?** », tandis que l'art. 8 CC répond plus précisément à la question : « **qui du demandeur ou du défendeur (...) ?** ». On discerne donc bien dans quelle mesure les deux notions peuvent se rejoindre⁶⁹⁵. Selon la jurisprudence du TF, le juge agit en contrariété avec la répartition du fardeau de la preuve lorsqu'il se fonde sur une allégation non prouvée (bien que contestée)⁶⁹⁶ ; lorsqu'il n'administre pas une preuve propre à établir un fait pertinent et contesté alors que cette preuve a été requise ou est susceptible d'être administrée d'office en vertu de la procédure applicable⁶⁹⁷ ; lorsqu'il exige l'allégation et la preuve d'un fait évident relevant des connaissances générales et de l'expérience de la vie⁶⁹⁸ ; ou encore lorsqu'il refuse l'administration d'une preuve concluante⁶⁹⁹. Autant de problématiques pour lesquelles les maximes de procédure se retrouvent également touchées, soit par l'action du juge, soit par celle des parties.

654 Fardeau de la preuve, - de l'allégation, - de la contestation/inadvertance du juge : l'art. 8 CC sanctionne l'absence de preuve de la part de celui qui en avait la charge. En admettant (vraisemblablement par inadvertance) un fait comme établi, alors qu'il avait été contesté par la partie adverse et, de surcroît, n'avait pas prouvé par la partie qui l'alléguait, le juge a admis de manière arbitraire ladite allégation. Cette négligence du juge est elle-même constitutive d'une violation de l'art. 8 CC relatif au fardeau de la preuve, dès lors que le défendeur avait suffisamment contesté les faits allégués par la partie adverse. De même, le juge a également **violé les règles sur l'allégation applicables *in casu* (maxime des débats), en se fondant sur une allégation non prouvée, et ce, sans prendre en considération la contestation pourtant valable du défendeur**⁷⁰⁰.

655 Absence d'administration de preuve : banque chargée par son client d'encaisser un chèque sur une banque d'outre-mer et d'effectuer un paiement au profit d'un tiers. Paiement effectué

⁶⁹³ ATF 139 III 7 ; ATF 139 III 13.

⁶⁹⁴ Sur les conséquences de l'absence de preuve : ATF 127 III 142 ; JdT 2001 I 116 ; ATF 127 III 519 ; ATF 129 III 18 ; ATF 130 III 591 ; JdT 2006 I 131. Sur les moyens et les manières d'apprécier la preuve qui ne relèvent pas de l'art. 8 CC : ATF 127 III 519 ; ATF 131 III 222 ; ATF 137 III 226. Voir aussi : JEANDIN, L'administration des preuves, p. 91.

⁶⁹⁵ Concernant la version de l'art. 8 aCC de 1907/1912 qui semblait présupposer la maxime des débats, cf. N 455.

⁶⁹⁶ ATF 96 I 193 ; JdT 1971 I 478 ; ATF 105 II 141.

⁶⁹⁷ ATF 108 II 134 ; JdT 1983 I 280 ; ATF 133 III 295 ; JdT 2008 I 160.

⁶⁹⁸ ATF 109 II 231 ; JdT 1984 I 156.

⁶⁹⁹ ATF 91 II 159 ; JdT 1966 I 131 ; ATF 92 II 77 ; JdT 1967 I 262.

⁷⁰⁰ ATF 96 I 193 ; JdT 1971 I 478, consid. 2.

avant la présentation du chèque qui s'est par la suite révélé être un faux. Dans cet arrêt le demandeur alléguait notamment le fait que la banque avait fait preuve d'une **grave négligence** en exécutant l'ordre de paiement (de 145'000 \$) avant même de s'assurer que la provision était suffisante et du même coup que le chèque serait bien payé (en vérifiant son existence et son authenticité). Il alléguait à ce titre **l'existence d'une « usance » commune à toutes les banques**, les obligeant à s'assurer, avant d'exécuter un ordre de paiement lié à l'encaissement d'un chèque, que le chèque en question était bien couvert. Les premiers juges n'ayant pas administré les preuves sur ce point, le demandeur a donc soulevé le grief d'une **violation de l'art. 8 CC** devant le TF. Considérant que l'art. 8 CC confère au plaideur le droit d'administrer les preuves propres à établir des faits pertinents et contestés, le TF a admis ce grief, ne s'estimant dès lors **pas lié par les constatations des premiers juges** sur la manière dont procèdent usuellement les banques. L'affaire fut donc renvoyée devant le tribunal de commerce afin d'analyser l'existence ou non de cette usance auprès des banques, et d'établir s'il y avait par conséquent une faute lourde de la part du défendeur⁷⁰¹.

Là encore on peut estimer, en sus de la violation de l'art. 8 CC admise par le TF, que le fait pour le juge de ne pas avoir administré les preuves relatives à l'une des allégations du demandeur constitue une violation de la maxime des débats de même que du droit d'être entendu. En n'administrant pas de preuves sur ce point, pourtant pertinent et litigieux, le juge a donc **empêché un établissement des faits et preuves par le demandeur** conforme à la maxime des débats et ce, sans justification.

Fardeau de la preuve/recevabilité de la demande : le fardeau de la preuve permet d'établir **si l'action est matériellement fondée**, tandis que les maximes procédurales, en répartissant les compétences entre juge et parties, **déterminent dans quelle mesure il peut être fait usage de ses allégations et moyens de preuve** (soit d'office, soit seulement à l'initiative et dans la limite de ce qui sera présenté par les parties)⁷⁰². C'est notamment ce qu'il ressort de l'arrêt 4A_437/2017⁷⁰³ :

« En l'occurrence, il s'agit de savoir si le demandeur, à qui incombe le fardeau de la preuve, a véritablement allégué les éléments de faits susceptibles d'établir son revenu hypothétique, s'il est parvenu à en apporter la preuve, et dès lors si, sur la base de ces faits, **l'action est matériellement fondée**. [...] **La question de savoir si la partie à qui incombe le fardeau de la preuve a véritablement allégué les éléments de fait nécessaires ne doit pas être confondue avec celle de la recevabilité de la demande quant à la forme de sa rédaction** (arrêt 5A_213/2017 déjà cité consid. 4 et 5) ».

6. Critique théorique quant à l'utilité des maximes et pertinence de la notion de vérité matérielle

Après avoir expliqué le lien étroit qui existe, d'une part, entre maximes de procédure et, d'autre part, vérités formelle et matérielle, nous profiterons de cette partie pour faire un léger

⁷⁰¹ ATF 108 II 134, JdT 1983 I 280, consid. 4.

⁷⁰² JEANDIN, L'administration des preuves, p. 91 s. ; ZK-JUNGO, art. 8 CC N 25 ss, 43 ss, 126 et 180.

⁷⁰³ TF, 4A_437/2017, du 14.06.2018, consid. 4.6.

excursus en questionnant l'utilité et la pertinence des maximes, puis en exposant les critiques théoriques formulées à leur égard. En effet, on associe les maximes procédurales aux notions d'établissement des faits, de rassemblement des moyens de preuve, de recherche de la vérité matérielle et de protection du justiciable, mais qu'en est-il vraiment ? Les maximes de procédure relèvent-elles, comme le dénonce JOLIDON, plus de « mythes qui encombrant l'esprit » que de véritables principes aptes à mettre fin de manière plus efficace au procès civil ? En bref, le fil conducteur de cette partie sera donné par la problématique suivante : Que peut-on raisonnablement attendre du procès civil en matière d'établissement des faits, de recherche de la vérité et de sentiment de justice ?

660 Si l'on tente d'énumérer les buts généraux de la procédure civile contentieuse, on pensera notamment à l'établissement de la vérité matérielle, à la liquidation (si possible rapide) des procès, à la réalisation des prétentions de droit privé, à la protection du justiciable contre l'arbitraire, la tromperie ou contre sa propre inexpérience, ou encore au rétablissement de la paix et de l'ordre social. En clair il s'agit, selon les mots de JOLIDON de « rétablir rapidement, tout en réalisant les droits privés, l'ordre social perturbé par un litige ; ou autrement formulé, de réaliser le droit privé en rétablissant la paix sociale »⁷⁰⁴. Cet objectif est atteint grâce au jugement, qui est lui-même le fruit d'un mécanisme par lequel le droit matériel est appliqué aux faits tels qu'ils ont été retenus par le juge. Dans ce contexte, la question est toutefois de savoir dans quelle mesure le jugement civil est la consécration de ces objectifs, et quels sont les aspects sur lesquels il est indispensable de rogner afin de trouver le meilleur compromis entre sécurité du droit et respect des droits des parties. Sous un autre angle, cette question renvoie à l'opposition entre le caractère général et abstrait du droit qui tend à une contraction et une altération indispensable de la réalité ; et au facteur humain ou comme le formule JOLIDON à la « condition charnelle » de tous les sujets de la procédure, qui affecte nécessairement leur activité dans le procès. C'est au cœur de cet antagonisme entre « artificialité » et abstraction du droit d'une part, et singularité des faits et des parties d'autre part, qu'il est parfois difficile de toucher à la vérité dite matérielle, ou encore de concilier droit et équité⁷⁰⁵. C'est, en substance le propos de Pascal dans ses Pensées : « La vérité et la justice sont deux pointes si subtiles, que nos instruments sont trop émoussés pour y toucher exactement. S'ils y arrivent, ils en écachent [émoussent] la pointe, et appuient tout autour, plus sur le faux que sur le vrai »⁷⁰⁶.

661 Si l'on s'attarde sur la notion de vérité, elle peut être absolue, soit la conformité parfaite de la pensée et du réel, ou bien relative et donc dépendante de la foi que l'on accorde aux témoignages humains et à la perception individuelle. Il s'agit donc, pour la vérité relative d'établir si des faits déterminés se sont effectivement produits et selon quelles modalités. Il en est de même pour la justice. La justice absolue est, selon BERGSON, « l'affirmation pure et simple du droit inviolable et de l'incommensurabilité de la personne avec toutes ses valeurs »⁷⁰⁷,

⁷⁰⁴ JOLIDON, p. 181.

⁷⁰⁵ JOLIDON, p. 180 ss.

⁷⁰⁶ BLAISE PASCAL, Pensées, Chapitre XXV : Faiblesses de l'homme, Edition de janvier 1670, p. 196.

⁷⁰⁷ BERGSON H., les deux sources de la morale et de la religion, Edition de 1948, p. 68 ss.

tandis que la justice relative consiste plutôt en un **effort constant de satisfaire, dans la mesure du possible, aux besoins de justice ainsi qu'à la sécurité du droit**. L'exigence de vérité se formule essentiellement à propos des **faits** que la procédure doit établir pour que le juge les reprenne dans son jugement, tandis que l'exigence de justice se traduit essentiellement dans les normes du **droit** de fond⁷⁰⁸.

La relativité de l'une et de l'autre découle donc à la fois du caractère éminemment personnel du procès et de ses protagonistes (exposé des faits par les parties, témoignages de tiers, intime conviction du juge, etc.), et du processus d'abstraction et de généralisation des normes juridiques qui, bien qu'indispensable à la sécurité du droit, reste marqué d'un coefficient d'insécurité et de relativité. C'est sur ce degré de relativité que nous nous attarderons afin de questionner la notion de vérité matérielle à laquelle il est fait si souvent référence lorsque l'on traite des maximes de procédure.

Le procès civil est conçu comme un instrument permettant de révéler les faits litigieux et de les juger en connaissance de cause. Différentes règles existent afin de réaliser ce but : les règles qui tendent à s'assurer qu'une omission apparente d'une partie ne résulte pas d'une erreur ou d'une inadvertance (devoir d'interpellation) ; les présomptions instituées par le droit privé qui portent sur l'existence d'un fait ou sur ses conséquences juridiques (déductions abstraites et formelles qui se substituent à l'établissement des faits) ; l'art. 8 CC relatif au fardeau de la preuve, indiquant au juge ce qu'il est en mesure d'attendre de telle ou telle partie tenus d'établir les moyens de preuve relatifs aux faits allégués ; etc. Or c'est dans ce contexte de systématisation, d'abstraction et de prescriptions légales que l'on retrouve les maximes de procédures, soit les modalités selon lesquelles le juge et les parties arriveront à l'établissement de l'état des faits déterminants pour le jugement⁷⁰⁹. A ce titre, JOLIDON émet la critique suivante⁷¹⁰ :

« On ne conteste certes pas l'utilité des catégories rationnelles et conceptuelles grâce auxquelles on peut classifier le réel. Mais rien ne va plus dès lors que ces constructions de l'esprit se poussent au premier rang, prennent la place de réel concret, le masquent, le supplantent, et créent des confusions. **Quand on part des concepts pour élaborer de nouveaux concepts, quand les concepts se reproduisent eux-mêmes et s'engendrent l'un l'autre, on en arrive au système, qui se suffit à lui-même et tourne en rond, délivré du poids et du contrôle de la réalité**. C'est ainsi qu'à l'ingrate enquête sur le réel on substitue trop souvent la ratiocination conceptuelle et le coup de force verbal. Le malheur, c'est que des notions abstraites élaborées dans un tel circuit fermé sont dépourvues de toute efficacité opératoire, alors qu'elles ne manquent pas de certains attraits pour séduire l'esprit : d'où le risque qu'on les prenne pour ce qu'elles ne sont pas, et qu'on attende d'elles ce qu'elles ne peuvent pas donner ».

Une des principales critiques de JOLIDON consiste à dénoncer un certain fétichisme autour des maximes de procédure, qui empêcherait une saine application du droit dans le procès

⁷⁰⁸ JOLIDON, p. 184 ss.

⁷⁰⁹ JOLIDON, p. 187 ss.

⁷¹⁰ JOLIDON, p. 188.

civil. Il déplore l'utilisation intempestive de ces maximes comme si elles avaient un sens précis et univoque et qu'elles avaient force de loi. Selon lui les maximes de procédure ne sont, en soi, pas inexactes, mais exercent une séduction trompeuse en raison de la part de vérité qu'elles recèlent, mais à laquelle elles donnent schématiquement une portée qui ne leur revient pas⁷¹¹. Bien évidemment, cette remarque est aujourd'hui partiellement obsolète, dès lors que les maximes de procédure sont explicitement consacrées dans le Code de procédure civile unifiée. Il n'en demeure pas moins que, à ce jour encore, le champ d'application, les sanctions en cas de violation, voire même la terminologie utilisée pour décrire ces maximes restent parfois obscurs dans de certains cas de figure qui se présentent devant le praticien. Ainsi, le caractère schématique et la simplicité de facade des maximes de procédure restent une préoccupation.

666 Sans se focaliser uniquement sur les maximes de procédure, JOLIDON rappelle les nombreuses distorsions ou altérations possibles de la réalité qui sont susceptibles de s'opérer tout au long de la procédure, jusqu'à venir nuancer la notion de vérité matérielle prêtée à cette dernière. C'est là une évidence, mais qu'il s'agisse de l'exposé des parties, de leurs avocats, des témoins ou encore des experts devant le juge : tous traduisent les faits tels qu'ils les ont perçus. L'altération provient aussi bien de leur perception individuelle, que de leur mémoire, ou encore des imperfections inhérentes à leur mode de communication. Sur cette première contribution pour le moins imparfaite se déroule ensuite le reste de la procédure. Là encore, le juge statuera selon les faits qui lui ont été présentés et investiguera, au besoin, en fonction des faits qui lui paraîtront peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets. De plus, seront déterminants quant aux faits contestés, non pas la parole ou la certitude de la partie, ni même tout ce qui s'est effectivement passé (en admettant que cela soit possible à établir), mais uniquement ce dont on pourra faire la preuve au procès. L'écart est donc bien réel entre la notion fictive de « faits réels », soit ce qui s'est effectivement déroulé, et l'énoncé de fait, soit ce que retiendra le juge pour fonder sa décision⁷¹².

667 Ce constat, certes un peu trivial, a comme unique but de rappeler en quoi le jugement est une reconstruction et une prise de position intellectuelle éminemment imparfaite. L'abstraction et la généralisation découlant de ce processus, bien qu'elle limite la prise en compte de certaines spécificités propres à chaque cas d'espèce, existe avant tout pour garantir l'application uniforme et la sécurité du droit. De même, ils rappellent le caractère dogmatique de l'opposition entre vérités formelle et matérielle. Dogmatisme qui, aux yeux de JOLIDON, représente une véritable source de confusion et qui, au même titre que les maximes de procédure, n'aurait selon lui pas lieu d'être⁷¹³.

668 Pour notre part, cet exposé est l'occasion de mieux définir certaines notions ou du moins, de les utiliser à meilleur escient, ainsi que de relativiser la portée de même que les attentes placées sur les maximes de procédure. Ainsi la vérité formelle n'est autre qu'une forme de

⁷¹¹ JOLIDON, p. 188 ss. Voir aussi : M. SARBACH, *Zivilprozessrecht im Wandel*, p. 134.

⁷¹² JOLIDON, p. 191 ss.

⁷¹³ JOLIDON, p. 194 s.

conviction ou de vérité absolue pour celui qui la délivre, tandis que la vérité matérielle représente la conviction ou la vérité absolue aux yeux du juge, au vu des faits et des preuves qui lui ont été soumis tout au long du procès. L'une comme l'autre sont relatives bien qu'elles n'aient pas la même valeur au procès. Fort de ce constat, il serait ainsi plus exact de se référer à la vérité matérielle comme à un idéal dont il faudrait tenter de se rapprocher, plutôt qu'à une condition à respecter pour le juge durant le procès. Pour ce qui est des maximes de procédure, il convient de garder à l'esprit le schématisme relatif de ces concepts résumés en quelques mots dans la loi, et pour lesquels le « manuel d'utilisation » reste encore à établir⁷¹⁴. Il est donc important de ne pas limiter les maximes de procédure à ce lien étroit qu'elles entretiennent avec les notions, hautement relatives, de vérités formelle et matérielle, ou du moins, de mieux définir ce qu'elles impliquent, en différenciant l'idéal inatteignable de vérité et de justice absolues, de la réalité pratique et du caractère éternellement perfectibles des principes généraux applicables à notre procédure civile.

II. Portée

Dans cette partie, nous analyserons la portée des maximes de procédure au travers du droit procédural fédéral et cantonal, du droit matériel ainsi que des arrêts du TF relatifs à ces notions. Nous partirons de cette base législative et jurisprudentielle pour ensuite étudier les références et règles d'application présentes dans les autres lois fédérales et cantonales, de droit procédural et de droit matériel. Cette analyse sera ainsi l'occasion d'examiner la portée des maximes procédurales en droit suisse.

669

A. Les maximes de procédure : notion, exceptions, jurisprudence

1. Maxime des débats

Le TF est intervenu à plusieurs reprises sur la question de la maxime des débats. D'abord pour la définir, et ensuite pour préciser son champ d'application ainsi que les devoirs réciproques des parties (« Behauptungs-, Substanziierungslast ») et du juge (interpellation par le tribunal). Nous nous inspirerons donc de ces trois axes de réflexion pour recenser la jurisprudence relative à la maxime des débats de 2011 à nos jours.

670

a. La maxime des débats en général

Parce qu'elle est la règle en procédure civile, la maxime des débats est la première à figurer dans le CPC à l'art. 55 al. 1 tandis que son exception, la maxime inquisitoire, figure à l'alinéa

671

⁷¹⁴ Cela étant, il convient encore de distinguer entre la formulation générale des maximes de procédure en tant que principe de procédure (art. 55 et 58 CPC et les dispositions pratiques qui prévoient leur mise en œuvre selon la procédure applicable et les circonstances du cas d'espèce (art. 247 al. 2, 255, etc.).

suisant. La maxime des débats ne doit pas non plus être confondue avec la maxime de disposition qui ne concerne pas **l'établissement des faits** mais les **conclusions par lesquelles les parties expriment quelles conséquences juridiques elles en tirent** et dans quelle mesure elles demandent la protection juridique du tribunal⁷¹⁵. Sans y apporter de précisions substantielles, le TF rappelle la définition figurant à l'art. 55 al. 1 CPC dans de nombreux arrêts :

672 « Nelle cause rette dal principio dispositivo sono le parti a dovere allegare i fatti sui quali fondano le loro domande ; e per ognuno dei fatti allegati esse devono anche indicare le prove delle quali intendono prevalersi (art. 55 cpv. 1, 221 cpv. 1 lett. d ed e CPC) »⁷¹⁶.

« Nach Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen darzulegen, auf die sie ihre Begehren stützen, und die Beweismittel anzugeben. Die konkreten Anforderungen an die Substanziierung ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei »⁷¹⁷.

« Lorsque la maxime des débats est applicable (art. 55 al. 1 CPC; *Verhandlungsmaxime; massima dispositiva*), il incombe aux parties, et non au juge, de rassembler les faits du procès [...]. Les parties doivent **alléguer les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions** (fardeau de l'allégation subjectif; *subjektive Behauptungslast; onere di allegazione*), **produire les moyens de preuve qui s'y rapportent** (*Beweisführungslast; onere di deduzione delle prove*) (art. 55 al. 1 CPC) et contester les faits allégués par la partie adverse (*Bestreitungslast; onere di contestazione*), le juge ne devant administrer les moyens de preuve que sur les faits pertinents et contestés (art. 150 al. 1 CPC)»⁷¹⁸.

« La maxime des débats comprend trois règles : le tribunal **ne peut soumettre à la subsomption avec la norme de droit matériel que des faits qui ont été allégués et prouvés par les parties, il doit reprendre dans son jugement, sans preuve, les allégués de faits qui n'ont pas été contestés par la partie adverse et il ne peut en principe pas administrer de preuve d'office [...]** »⁷¹⁹.

673 Au vu de ces quatre définitions, la mission des parties est donc double. Elle consiste, cumulativement, à **alléguer les faits** et à **présenter les moyens de preuve à l'appui de leurs prétentions**⁷²⁰. L'allégation des faits contestés ne vaut rien si elle n'est pas appuyée par des moyens de preuve. De même, les moyens de preuve n'ont pas de raison d'être s'ils ne se rapportent à aucun fait préalablement allégué. C'est d'ailleurs ce que rappelle le TF dans

⁷¹⁵ TF, 5A_749/2016, du 11.05.2017, consid. 4. COLOMBINI, *ad* art. 55 N 1.1.2, p. 236.

⁷¹⁶ ATF 142 III 462, consid. 4.1.

⁷¹⁷ TF, 4A_651/2015, 19.04.2016, consid. 4.3, RSPC 6/2016, p. 485 ss.

⁷¹⁸ ATF 144 III 519, consid. 5.1 (mise en gras rajoutée). Voir aussi : TF, 4A_164/2021, du 21.12.2021, consid. 3.1 ; TF, 4A_566/2020, du 27.09.2021, consid. 5.2.1 et les réf. cit.

⁷¹⁹ CACI, arrêt du 18 décembre 2020/549. Voir aussi, concernant les faits contestés et dûment prouvés : TF, 4A_582/2016 du 6.07.2017, consid. 4.4 ; et concernant une contestation suffisamment motivée : ATF 141 III 433, consid. 2.6, SJ 2016 I 162 ; TF, 4D_44/2017 du 30.10.2017, consid. 4.3.3 ; TF, 5A_710/2009 du 22.02.2010, consid. 2.3.1, non publié *in* ATF 136 III 257.

⁷²⁰ CHK-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 55 N 6 ss; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 55 N 9 ss; PC CPC-CHABLOZ, art. 55 N 2 ss; Commentario CPC-TREZZINI, art. 55 N 10 ss; BOHNET, Procédure civile, N 836 ss ; BOHNET, La procédure civile en schémas, p. 99.

l'ATF 140 III 602, lorsqu'il insiste sur l'indication, dans la demande, des moyens de preuve proposés pour chaque allégation⁷²¹ :

« Die Parteien haben im Rahmen der Verhandlungsmaxime (art. 55 ZPO) die einzelnen Beweismittel zu bezeichnen (vgl. Art 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO, wonach die Klage die Tatsachenbehauptungen sowie die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu enthalten hat). Dazu gehört auch, dass aus dem Zusammenhang klar wird, inwiefern die angerufenen Beweismittel den angestrebten Beweis erbringen sollen ».

Mais selon quels critères peut-on considérer qu'un fait a été allégué ou du moins, **suffisamment allégué** ? Le principe de la maxime des débats dans sa version la plus rigide s'oppose strictement à la prise en considération par le juge de faits non allégués et prouvés dans les formes et en temps utile selon la procédure applicable, sauf à démontrer (par exemple) qu'il s'agit de faits notoires, ou encore que les pièces nécessaires au calcul du dommage se trouvaient entre les mains du défendeur. Dans ce cas, le juge autorisera exceptionnellement la partie à préciser ses allégués une fois les preuves administrées, conformément à **l'art. 229 al. 2 CPC**. Toujours dans le cadre de la maxime des débats, une version plus nuancée consiste à considérer **qu'en cas de faits peu clairs ou allégués de manière incomplète, le juge a l'obligation d'interpeller les parties au sens de l'art. 56 CPC**, en précisant au surplus que les faits pertinents, allégués et non contestés ne peuvent jamais être ignorés. Enfin, le TF a retenu que doivent être admis les faits qui « entrent **dans le cadre de ce qui a été allégué** par les parties » et dont les conséquences juridiques se rapportent à la demande en question⁷²².

Ainsi, l'allégation des faits par les parties, bien que clairement formulée dans la loi, apparaît bien moins évidente à la lecture de la doctrine et de la jurisprudence qui multiplient les précisions (certes nécessaires pour la plupart) quant aux faits qui doivent être retenus ou mis en lumière par le juge. **L'aspect multifactoriel du procès civil** (nature du litige, valeur litigieuse, situation personnelle des parties, intervention ou non de mandataires professionnels, etc.) pourra en effet induire **plus ou moins d'indulgence ou d'exigences envers les parties** qui devront dans certains cas fournir des allégations de faits et de preuves très circonstanciées, et dans d'autres, se contenter d'une « base factuelle » vraisemblablement moins détaillée à soumettre au juge.

Les conditions relatives à l'établissement des faits sont multiples. Elle suppose d'une part que les parties présentent leur demande au juge de façon complète et claire. Devoir qui, dans une certaine mesure, se partage avec celui du juge d'interpeller (ou non) les parties, voire

⁷²¹ ATF 140 III 602, consid. 7.3.3.

⁷²² CR CPC-HALDY, art. 55 N 3 ss ; art. 56 N 2 s. ; CR CPC-TAPPY, art. 221 N 17 ss ; RSPC 2007 243 ; RSPC 2008 142 ; RSPC 2006 264 ; RSPC 2010 18 ; TF, 4A_195/2014 et 4A_197/2014, consid. 7.2. et 7.3. Voir aussi le résumé fait dans l'ATF 142 III 462, consid. 4.3 : « Riassumendo: accanto a chi **si oppone in modo deciso alla presa in considerazione di fatti non allegati**, vi sono autori che mitigano detto rigore asserendo che in tale evenienza la fattispecie è di regola incompleta o poco chiara per cui il giudice ha **l'obbligo di interpellare le parti** (art. 56 CPC), ritenuto però che **i fatti pertinenti non contestati non possono mai essere ignorati** ; oppure altri che ammettono **i fatti che rientrano perlomeno nel quadro di ciò che è stato allegato o che portano a conseguenze giuridiche coperte dalla pretesa in discussione** (consid. 7.2, non pubblicato in DTF 140 III 602) ». (Mise en gras ajoutée).

d'admettre certains faits qui n'ont pas été directement allégués ou simplement allégués de manière lacunaire. La deuxième condition est ensuite celle du **degré de précision des allégations**. Ces incombances sont exprimées en allemand par les termes de « *Behauptungslast* » (charge de l'allégation), respectivement de « *Bestreitungslast* » (fardeau de la contestation) et de « *Substanzierungs-last, -pflicht, -obliegenheit* » (fardeau ou devoir de justifier de manière suffisante/concluante ses allégations)⁷²³. Cette question du degré de précision de l'allégation doit être résolue en deux temps, notamment en fonction des **éléments constitutifs de la règle de droit concernée** (droit matériel) et du **comportement de la partie adverse** (procédure). Dans un premier temps, ce degré de précision est rempli lorsque l'exposé **aboutit à la conclusion juridique recherchée**. Dans un deuxième temps, et **si la partie adverse conteste les faits**, la partie demanderesse devra alors les exposer de façon plus précise et non pas seulement dans leurs aspects essentiels, **de façon à ce qu'ils puissent faire l'objet de preuves et de contre-preuves**⁷²⁴. Le tribunal déterminera finalement si les allégations sont suffisamment précises pour que la partie adverse puisse les contester en connaissance de cause et qu'il puisse ensuite statuer sur les prétentions litigieuses⁷²⁵.

678 C'est donc sur ces notions développées par la doctrine et la jurisprudence, surtout germano-phones, que nous nous pencherons plus en détail dans la partie suivante, avant d'étudier un des devoirs du juge, à savoir l'interpellation des parties.

b. *Behauptungs-, Bestreitungs- et Substanzierungslast*

679 Afin d'organiser le procès civil de façon fluide et cohérente tout en respectant les principes juridiques qui s'appliquent à la procédure en cours (maxime des débats, maxime inquisitoire, droit d'être entendu, etc.), le CPC prévoit une répartition des compétences entre juge et parties qui s'expriment par différentes charges et devoirs spécifiques à chacun. WILLISEGGER établit trois catégories : les devoirs qui incombent respectivement au tribunal, aux parties, ou aux deux (« *Gerichtspflichten* » ; « *Parteipflichten* » ; « *Gegenseitigepflichten* »)⁷²⁶.

680 Le juge, de par son rôle d'assistance, de protection et d'application du droit, est soumis aux trois obligations suivantes : **l'interpellation** (« *Fragepflicht* », art. 56 et 247 al. 1 CPC),

⁷²³ CHK-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 55 N 6-11.

⁷²⁴ A noter toutefois que le **fardeau de la preuve d'un fait implicite n'incombe à la demanderesse que lorsque sa partie adverse l'a contesté**, TF, 4A_243/2018, du 1.01.2018 et les commentaires y-relatifs : FARQUET V., Le fardeau de la preuve d'un fait implicite, *LawInside*, 20.08.2019 ; cf. GEISSBÜHLER G./TRITTEN M., Procédure suisse et vente internationale de marchandises, *in* CJNI, publié le 11 juin 2019. Voir aussi N 699 ci-après.

⁷²⁵ TF, 5A_397/2015 du 23.11.2015, consid. 6.1. ; TF, 4A_590/2015 du 20.06.2015, consid. 4.2. ; TF, 4A_252/2016 du 17.10.2016, consid. 2.2. ; TF, 4A_427/2016 du 28.11.2016, consid. 3.3. ; TF, 4A_724/2016 du 19.07.2017, consid. 3.1. ; TF, 4A_261/2017, 30.10.2017, consid. 4.3 (si le demandeur allègue de manière générale que des dommages partiels à une marchandise ont entraîné sa perte de valeur totale et que le défendeur conteste ce fait en ce déterminant par ignoré/« *Nichtwissen* » – ce que la jurisprudence admet – il appartiendra alors au demandeur d'alléguer et d'offrir les moyens de preuve détaillant les raisons pour lesquelles ces dommages partiels ont bien entraîné une perte de valeur totale).

⁷²⁶ WILLISEGGER, p. 126 ss.

l'information des parties (« Aufklärungspflicht », art. 97, 147 al. 3 et 161 al. 1 CPC) ainsi que **l'indication des voies de recours** (« Belehrungspflicht », art. 238 let. f CPC). Les parties ont également certaines obligations qui pourront leur être imposées durant le procès. Elles se résument par les trois principes suivants⁷²⁷ :

- **le respect des règles de la bonne foi** dont découle notamment le devoir de communiquer (« Mitteilungspflicht »), le devoir de vérité (« Wahrheitspflicht » ; cf. N 613 ss) ou encore celui de soulever les griefs (« Rügepflicht ») ;
- **le devoir de participer à la procédure** (« Mitwirkungspflichten im Verfahren ») ;
- **le devoir de discipline durant le procès** (« Pflichten der Verfahrensdisziplin »).

Les parties ont également certaines charges, aussi qualifiées de fardeaux (« Last ») ou incom- 681
bances (« Obliegenheit »)⁷²⁸. Il ne s'agit pas d'obligations légales. Leur violation ne fait donc pas directement l'objet de sanctions bien qu'elle entraîne des **conséquences procédurales dommageables pour la partie qui a omis de les respecter**⁷²⁹.

WILLISEGGER en dénombre cinq, mais nous nous contenterons d'étudier les trois pre- 682
mières⁷³⁰ :

- **le fardeau de l'allégation respectivement de la contestation** (« Behauptungs- bzw. Bestreitungslast »)⁷³¹ ;
- **la charge de préciser les allégués ou fardeau de la motivation** (« Substanziierungs- last »)⁷³² ;
- **le fardeau subjectif de la preuve** ou la charge de rapporter les moyens de preuve (« Beweisführungslast ») comme conséquence directe du fardeau objectif de la preuve prévu dans le droit matériel (« Beweislast »)⁷³³ ;
- **la charge de présenter l'objet du litige lors des débats** (« Verhandlungslast ») ;
- **la charge de poursuivre le procès** (« Fortführungslast ») comme conséquence indirecte de la litispendance⁷³⁴.

⁷²⁷ WILLISEGGER, p. 126 ss. Voir aussi concernant la LTF : HOHL, Tome II, N 3001 ss, p. 532 s.

⁷²⁸ RSPC 4/2016, p. 302 s. et note de BOHNET/JEANNIN.

⁷²⁹ WILLISEGGER, p. 132 ss ; PAHUD, DIKE ZPO Kommentar, art. 222, N 13-14 ; CR CPC-HALDY, art. 55 N 5 ; BSK ZPO-GEHRI, art. 55, N 3-4 ; KUKO ZPO-NAEGELI/RICHERS, art. 221, N 29 ; STAEHELIN/BACHOFNER, p. 137 s. N 16 s.

⁷³⁰ WILLISEGGER, p. 132 ss. Voir aussi concernant la LTF : HOHL, Tome II, N 3001 ss, p. 532 s.

⁷³¹ A ce sujet cf. également : BOHNET, 10 ans de CPC, 1 ss, spéc. N 27 ss et 53 ss ; JEANNIN P./BOHNET F., Les pièges du fardeau de l'allégation en procédure civile suisse, Jusletter 16 novembre 2015 ; BOHNET, Allégations et contestations, p. 346 ss.

⁷³² BOHNET, 10 ans de CPC, p. 17 s. N 33-35 ; BOHNET, Allégations et contestations, p. 346 ss.

⁷³³ Concernant la distinction entre fardeau subjectif de la preuve et de l'allégation et devoir de collaboration : ATF 140 III 485, consid. 3.3 ; TF, 5A_776/2016 du 4.02.2016, consid. 7.3.

⁷³⁴ WILLISEGGER, p. 132 ss.

(i) *Behauptungs- et Bestreitungslast*

683 Le fardeau de l'allégation est sûrement la première et la plus évidente des charges qui reviennent aux parties dans le cadre d'un procès civil régit selon la maxime des débats. Elle est pourtant plus complexe qu'il n'y paraît, de sorte que les auteurs en proposent différentes définitions et subdivisions. Il s'agit toutefois de divergences relativement mineures sur le fond. WALTER, R. A. MEIER et BRÖNNIMANN distinguent notamment entre **fardeau objectif** et **fardeau subjectif de l'allégation**. Le fardeau objectif détermine les conséquences en cas d'allégations manquantes ou insuffisantes. Ce fardeau est donc en lien avec le **fardeau objectif de la preuve** (sans allégations suffisantes pas de preuve)⁷³⁵. Le fardeau subjectif de l'allégation détermine quant à lui quelle est la partie qui a la charge d'alléguer les faits⁷³⁶. Autant de paramètres à prendre en compte par la partie supportant ces fardeaux pour que son action ou sa contestation aboutisse⁷³⁷, comme le résume R. A. MEIER⁷³⁸ :

684 « Nach der herrschenden Lehre bezeichnet die objektive Behauptungslast die nachteiligen Folgen, die den Parteien wegen des Fehlens rechtserheblicher Tatsachenbehauptungen erwachsen. Die subjektive Behauptungslast demgegenüber bestimmt, welche Partei die erforderlichen Tatsachenbehauptungen aufzustellen hat ».

685 Il faut non seulement respecter le fardeau de l'allégation (alléguer les faits pertinents pour le demandeur ; soulever des objections ou invoquer des exceptions pour le défendeur, ou autrement dit alléguer des faits distincts) et de la contestation (contester les faits pertinents qui ont été allégués), mais aussi être attentif au **degré de précision** (Substanziierungslast, cf. N 691 ss) et à la **forme** que doivent prendre les allégués et leur contestation, de même qu'aux **exigences résultant de la maxime éventuelle**. Les exigences portent donc tant sur la **substance** que sur le **moment** de l'allégation et de la contestation. A l'inverse, n'ont pas besoin d'être allégués les **faits notoires, non litigieux ou négligeables** (*a contrario* : « erheblich und streitig »)⁷³⁹. De même, ce qui est manifestement compris dans d'autres allégués n'a pas à être explicitement avancé et le fardeau de la preuve d'un **fait implicite** n'incombe à la demanderesse que lorsque sa partie adverse l'a contesté⁷⁴⁰. Enfin, l'allégation peut, dans certains cas

⁷³⁵ ATF 143 III 1, consid. 4.1. Voir aussi concernant le niveau d'exigences attendu de la partie supportant le fardeau de la preuve : TF, 5A_346/2015 du 27.01.2017, consid. 5.3, RSPC 2017 p. 215.

⁷³⁶ TF, 4A_449/2018 du 25.03.2019, Hirsch Célian, D'un déficit d'information à un déficit de huit millions, publié le 29 avril 2019, cdbf.ch/1061 : La banque, agissant en tant que gestionnaire de fortune, supporte le fardeau de l'allégation et de la preuve s'agissant de l'hypothèse selon laquelle le client aurait tout de même ratifié les transactions s'il avait été dûment informé des risques.

⁷³⁷ WALTER, p. 1118 s.; BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast, p. 133 ss ; TAPPY, CR CPC, ad art. 221, n° 18-19 ; STAEHELIN/BACHOFNER, § 10, n° 16 ss ; SUTTER-SOMM/SCHRANK, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 55 N 20 ss ; DOLGE, in : Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, 14. Juni 2016, 400 16 43, CAN 2017 n° 4, p. 14 s.

⁷³⁸ R.A. MEIER, p. 62 s., N 118 s.

⁷³⁹ CR CPC-TAPPY, art. 221, N 20; cf. également BOHNET, 10 ans de CPC, N 27-32 ; CR CPC-HALDY, art. 55 N 3 ; SUTTER-SOMM/SCHRANK, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 55 N 20.

⁷⁴⁰ TF, 4A_566/2020, du 27.09.2021, consid. 5.2.2.

particuliers, se faire **par renvoi à une pièce**, pour autant qu'elle soit clairement désignée, de compréhension aisée et ne laissant aucune marge d'interprétation⁷⁴¹.

Par comparaison, BRÖNNIMANN définit le « Bestreitungslast » comme étant le **reflet du fardeau de l'allégation**, et donc applicable à la partie qui ne supporte par ce fardeau : « die nicht behauptungsbelastete Partei trägt die Last zu bestreiten ». Cette dernière doit présenter en détails quelles sont les allégations de fait présentées par la partie adverse qu'elle reconnaît ou qu'elle conteste. Selon BRÖNNIMANN la contestation des allégués est **suffisante lorsqu'elle permet de mettre en doute leur exactitude ou leur fondement et ainsi conduire à leur exclusion**. Seules les allégations qui auront été **contestées** devront être prouvées⁷⁴² :

« Nach dem Verhandlungsgrundsatz hat das Gericht unbestrittene Sachbehauptungen als erwahrt anzunehmen. Aus der Verhandlungsmaxime ergibt sich demzufolge, dass der Prozessgegner der behauptungsbelasteten Partei deren Sachvorbringen zu bestreiten hat, ansonsten das Gericht diese Tatsachenbehauptungen ungeprüft seinem Urteil zugrunde liegt : Die nicht behauptungsbelastete Partei trägt die Last zu bestreiten, die Bestreitungslast. Die Bestreitungslast ist genügt, **wenn die Bestreitung bei Unterstellung ihrer Richtigkeit das gegnerische Begehren als unbegründet erscheinen liesse und zu dessen Abweisung führen würde**. Die Lehre spricht in diesem Falle von **erheblicher, beachtlicher, oder schlüssiger Bestreitung** ».

Le degré de motivation d'une allégation influe sur le degré de motivation de la contestation y-relative. BOHNET parle à ce titre de **dialectique procédurale**. Plus les allégués sont détaillés, plus la partie adverse devra expliquer concrètement quels sont les faits précis qu'elle conteste. Le plus souvent, les allégations des parties sont particulièrement motivées lorsqu'elles se basent sur une expertise privée⁷⁴³. Ces exigences quant à la motivation de la contestation (« Substanziierungslast beim Bestreiten ») seront donc proportionnelles au niveau de précision de l'exposé produit par le demandeur. La jurisprudence tend toutefois à admettre que ces exigences sont généralement moindres que celle en matière d'allégation⁷⁴⁴.

WALTER et TAPPY précisent en outre que les exigences concernant la contestation ne doivent pas être trop élevées, de façon à **ne pas inverser le fardeau de la preuve**. Avis d'ailleurs confirmé par la jurisprudence⁷⁴⁵. La contestation doit donc être suffisamment spécifique et précise pour désigner de façon claire l'allégation qu'elle vise (« das Objekt der Bestreitung »), sans pour autant devoir détailler les motifs de cette contestation (« der Inhalt/Grund

⁷⁴¹ Sur les allégations implicites : TF, 4A_625/2015 du 29.06.2016, consid. 4.1. non publié à l'ATF 142 III 581. Sur le fardeau de la preuve d'un fait implicite : TF, 4A_243/2018, du 17.12.2018.

⁷⁴² BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast, p. 173. Voir également TF, 5A_719/2017, 1.02.2017 et RSPC 2017 317 : n'est pas réputé non contestée une affirmation contenue seulement dans un acte transmis collégialement entre avocats mais non officiellement signifié à la partie adverse par le juge. *A contrario*, n'est pas une contestation selon le TF : TF, 4D_42/2021, du 6.08.2021, RSPC 1/2022, p. 58.

⁷⁴³ BOHNET, 10 ans de CPC, N 33 ; BOHNET, Allégations et contestations, notamment p. 349 et *passim*. ATF 141 III 433, consid. 2.6, SJ 2016 I p. 162 ; TF, 4A_85/2017 du 4.09.2017, consid. 2.1.

⁷⁴⁴ ATF 141 III 433, consid. 2.6, SJ 2016 I p. 162 ; TF, 4A_299/2015 du 2.02.2016, consid. 2.3, non publié à l'ATF 142 III 84, RSPC 2016 p. 192, note de BOHNET/JEANNIN.

⁷⁴⁵ ATF 141 III 433, consid. 2.6, SJ 2016 I p. 162 ; TF, 4A_318/2016 du 3.08.2016, consid. 3.1.

des Bestreitens »). A noter qu'il ne faut pas confondre le fardeau de l'allégation, respectivement de la contestation, avec le fardeau de la motivation (ou plus précisément : « **charge de la motivation suffisante de faits allégués** »⁷⁴⁶ préféré à la traduction littérale de « devoir de substantification »). Tandis que les « Behauptungs- » et « Bestreitungslast » se présentent dans un premier temps et traitent de la charge qui incombe au demandeur, respectivement au défendeur d'alléguer ou de contester les faits (« **was zu behaupten/bestreiten sei** »), la problématique du « Substanziierungslast beim Behaupten/beim Bestreiten » se pose dans un second temps et traite plus précisément du **degré de motivation nécessaire en fonction des exigences de droit matériel et du degré de contestation de la partie adverse** (« **wie eine Tatsache vorgebracht werden soll** »)⁷⁴⁷.

690 Enfin, contrairement au fardeau de l'allégation, WALTER ne fait pas de distinction entre une version objective et subjective du fardeau de la contestation, considérant qu'il s'agit d'une notion de nature purement procédurale sur laquelle l'art. 8 CC n'a aucun effet. Par analogie, le fardeau objectif déterminerait les conséquences en cas de contestation insuffisante et se manifesterait donc par la « libération » de la partie adverse qui n'aurait pas à prouver les faits mal ou pas contestés. Un tel résultat ne peut donc être associé à l'énoncé de l'art. 8 CC⁷⁴⁸. Comme le résume JUNGO à ce sujet : « Nach Verfahrensrecht orientiert sich, ob, wann und in welcher Form behauptet und substantiiert werden muss, während das Bundesrecht regelt, was behauptet und wie weit der (behauptete) Sachverhalt substantiiert werden muss »⁷⁴⁹.

(ii) *Substanziierungslast*

691 Toujours en partant de la définition du « Behauptungslast », WALTER, au même titre que SUTTER-SOMM, FELLMANN et SCHRANK, synthétisent le fardeau de la motivation comme étant la concrétisation détaillée du fardeau de l'allégation tandis que BRÖNNIMANN et WILLISEGGER préfèrent en parler comme d'une composante du « Behauptungslast »⁷⁵⁰. WILLISEGGER affirme en effet que l'exigence de « substantification » présente deux aspects. Un **aspect de droit matériel** relatif au contenu des allégations à mettre en lien avec l'art. 8 CC et cristallisé autour de deux questions : qui allègue quoi ? Soit d'une part, la question du fardeau de

⁷⁴⁶ BOHNET, 10 ans de CPC, N 35. ATF 144 III 54, consid. 4.1.1: cette jurisprudence rappelle que le CPC exige des allégations et des offres de preuve détaillées et individualisées, mais que le droit fédéral n'impose ni la règle « un fait, un allégué », ni une présentation particulière des allégués et offres de preuve (numérotation par exemple).

⁷⁴⁷ WALTER, p. 1121 ss ; BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast, p. 173 s. ; CR CPC-TAPPY, art. 222 N 19-20 ; ATF 114 II 289 ; ATF 112 II 172 ; TF, 4A_588/2011, RSPC 2012 388 ; 4A_155/2014, consid. 7.3 et 7.4 ; R.A. MEIER, N 134, p. 68 ; M. SARBACH, p. 30.

⁷⁴⁸ « Im Gegensatz zur Behauptungslast, deren Missachtung zum non liquet und zur Entscheidung nach der Beweislastregel führt, macht die Verletzung der Bestreitensobliegenheit Art. 8 gegenstandslos, weil die ungenügend bestrittene Behauptung als wahr angenommen und damit einem positivem Beweisergebnis gleichgestellt wird » ; WALTER, p. 1124.

⁷⁴⁹ ZK-JUNGO, art. 8 CC N 27 (cf. également N 25 s.).

⁷⁵⁰ WALTER, p. 1124 s. ; FELLMANN, p. 283 ; SUTTER-SOMM/SCHRANK, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 55 N 23 ss ; BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast, p. 165 s. ; WILLISEGGER, p. 251 ; DOLGE, in : Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, 14. Juni 2016, 400 16 43, CAN 2017 N 4, p. 14 s.

l'allégation (qui ?), d'autre part celle de l'objet des allégations (quoi ? « Was zu behaupten ist »). Et un aspect de **droit procédural** auquel font référence les art. 221 al. 1 let. d et e, 222 et 229 CPC qui posent respectivement le niveau de précision attendu de la partie supportant le fardeau de l'allégation, ainsi que le laps de temps durant lequel cette démonstration peut-être valablement faite. Après « qui et quoi ? » le droit procédural répond à la question de savoir si et comment motiver ses allégués (« wie ausführlich eine Behauptung zu halten ist, um als Beweis- und Urteilsgrundlagen dienen zu können »)⁷⁵¹. Selon FELLMANN, la justification va au-delà des **affirmations générales**⁷⁵². Il comprend **tous les détails juridiquement pertinents** de l'affaire. En outre, elle donne **une structure à la présentation des faits** en exposant logiquement le déroulement des événements **en fonction de la conséquence juridique souhaitée**⁷⁵³.

WALTER fait pour sa part le distinguo entre le **fardeau relatif à l'étendue, la structure et le degré de détail** attendu des parties dans la présentation de leurs allégations (« Substanziierungspflicht ») et **celui relatif à son titulaire et à l'objet qu'elle traite** (« Behauptungslast »). Sa définition ne s'arrête pas là puisqu'il distingue encore entre devoir de motivation abstrait et concret. Subdivision également soutenue par BRÖNNIMANN. Le devoir abstrait de motivation oblige la partie qui en a le fardeau à **structurer et présenter distinctement ses allégations**, de façon à ce que le tribunal puisse en déduire le droit applicable. La version concrète du devoir de substantification dépend quant à elle de la mise en œuvre, du déroulement effectif de la procédure ainsi que du comportement de la partie adverse (notamment en cas de contestation ou non). Lorsqu'il est respecté, ce fardeau a donc pour double effet l'administration adéquate des moyens de preuve (« für eine sachgerechte Beweisführung ») ainsi que la recherche effective du droit applicable (« Subsumtionsvorgang in der Rechtsfindung »)⁷⁵⁴.

Il convient également de noter que **la répartition** de la charge de l'allégation est réglée par le droit fédéral ; de même **l'étendue** de l'obligation de motivation est partiellement déterminée par le droit matériel (et partiellement du comportement de la partie adverse)⁷⁵⁵. C'est ce

⁷⁵¹ « Hinzu kommen die Anforderungen an die **Substanziierung**, die eine sachrechtliche und eine prozessrechtliche Seite hat. Das **Sachrecht** bestimmt den Inhalt des tatsächlich Vorzubringenden sowie über die Beweislast die Relevanz des tatsächlich Vorgebrachten (vgl. ZGB 8 : « Vorhandensein einer behaupteten Tatsache, aus der das Recht abgeleitet wird »). Im Lichte der einschlägigen Rechtssätze ist zu prüfen, *was* zu behaupten ist und *wer* die Behauptungs- und Beweislast für eine rechtserhebliche Tatsache trägt. Das **Prozessrecht** hingegen bestimmt, *ob* die Partei überhaupt eine Tatsachenbehauptung aufgestellt hat (vgl. ZPO 221 Abs. 1 lit. d/ e : « behauptete Tatsachen »), *wie* oder mit welchem Detaillierungsgrad eine Behauptung zu bestreiten bzw. nachträglich zu substantiieren ist (vgl. ZPO 222 Abs. 2 : « im Einzelnen ») und bis *wann* ein tatsächliches Vorbringen zu erfolgen hat, damit es im Prozess berücksichtigt werden kann und zulässig ist (vgl. ZPO 229 : « neue Tatsachen und Beweismittel »). WILLISEGGER, p. 251. Voir aussi : CR CPC-HALDY, art. 55 N 5 ; KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI, art. 221 N 20 ss ; TF, 4A_443/2017, du 30.04.2018, consid. 2.

⁷⁵² BOHNET parle pour sa part des « **contours essentiels** » des faits à la base de la norme juridique invoquée (10 ans de CPC, N 34).

⁷⁵³ FELLMANN, p. 282 s.

⁷⁵⁴ WALTER, p. 1124 s. ; BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast, p. 165 s. ; BRÖNNIMANN, Der Beweis im Zivilprozess, p. 55 s. ; WILLISEGGER, p. 251.

⁷⁵⁵ ATF 123 III 183, consid. 3e ; ATF 108 II 337 consid. 2 et 3.

droit « qui fixe dans quelle mesure il faut alléguer les faits sur lesquels repose la prétention afin qu'ils puissent tomber sous le coup des dispositions déterminantes de ce droit »⁷⁵⁶. Les faits qui doivent être allégués sont donc ceux qui satisfont aux faits abstraits généraux de la norme juridique invoquée⁷⁵⁷. Comme nous l'évoquions précédemment, les exigences dépendent aussi bien des **éléments de fait de la norme invoquée** que du **comportement adopté par la partie adverse**⁷⁵⁸. Indépendamment des circonstances, il appartiendra à la partie concernée d'énoncer les faits de manière suffisamment précise pour que la partie adverse puisse motiver sa contestation ou proposer des contre-preuves. Si tel n'est pas le cas, le demandeur risque que sa demande soit rejetée. Il en va de même pour le défendeur qui ne motiverait pas les faits qu'ils contestent⁷⁵⁹.

694 Par la suite WALTER s'intéresse plus spécifiquement à la **motivation de la contestation** (« die Substanziierung einer Bestreitung »⁷⁶⁰) pour laquelle il estime que les exigences doivent être moindres par rapport au devoir de motivation standard, soit celui qui incombe à la partie qui allègue. Selon ce dernier, il suffit que la contestation vise **de manière reconnaissable et spécifique** une allégation de fait, pour qu'elle soit recevable. Plus exigeant, BRÖNNIMANN insiste sur deux conditions découlant de ce fardeau à savoir : celle de **détailler sa contestation selon les exigences prévues par la loi** (« detaillierte Bestreiten ») ; et celle d'aussi bien **contester les allégations adverses que de détailler son état de fait et de motiver ses propres allégations** (« begründete Bestreiten »)⁷⁶¹. De façon plus générale, le critère est celui d'une contestation déterminée, par opposition à une contestation qui serait trop globale et viserait de manière indistincte l'ensemble des allégations de la partie adverse⁷⁶².

695 Il appartiendra ensuite à la partie dont les allégations ont été contestées de les argumenter et de les assortir de suffisamment de preuves. Il s'agira donc là d'un fardeau de la motivation accru, comme le résume l'ATF 127 III 365, consid. 2.b.⁷⁶³ :

⁷⁵⁶ JdT 2001 I 390, consid. 2.b. Voir aussi : ATF 123 III 183, consid. 3.e. ; JdT 1998 I 600 consid. 3.e. ; ATF 108 II 337, consid. 2 et 3 ; JdT 1983 I 538, consid. 2 et 3.

⁷⁵⁷ WALTER, p. 1124 ; FELLMANN, p. 283 ; BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast, p. 165 s. ; WILLISEGGER, p. 251 ; DIKE ZPO Kommentar-PAHUD, art. 222, n° 13-14 ; RSPC 4/2016, p. 302, note de BOHNET/JEAN-NIN ; KUKO ZPO-NAEGELI/RICHERS, art. 221 N 22.

⁷⁵⁸ TF, 4A_443/2017 du 30.04.2018, consid. 2 ; ATF 127 III 365, consid. 2.b., JdT 2001 I 390 ; 4A_210/2009, consid. 3.2. ; 4A_7/2012, RSPC 2012 387 ; 4A_197/2014, RSPC 2015 114, consid. 7.3.2.

⁷⁵⁹ ATF 127 III 365, consid. 2.b., JdT 2001 I 390 ; ATF 117 II 113 consid. 2 ; JdT 1992 I 307, consid. 2 ; WALTER, p. 1125 ; FELLMANN, p. 282 ; GULDENER, p. 164 ; DIKE ZPO Kommentar-PAHUD, art. 222 N 13-14.

⁷⁶⁰ Egalement qualifiée de « Substanziierungslast beim Bestreiten » ou encore de « Sekundäre Behauptungslast » par BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast, p. 175 s.

⁷⁶¹ Rappelons à ce titre la distinction, à l'art. 222 al. 2 CPC, entre les versions allemande (« im Einzelnen [darzulegen] »), italienne (« specificare ») et française (« exposer ») s'agissant des faits reconnus ou contestés.

⁷⁶² HALDY rappelle toutefois que, lorsque le demandeur allègue un dommage global car les documents qui lui permettraient de préciser le montant de sa perte sont en mains du défendeur, le juge doit l'autoriser à préciser ses allégués sur ce point en vertu de l'art. 8 CC. CR CPC-HALDY, art. 55 N 4 ; RSPC 2018 18 ; FELLMANN, p. 282 ; BRÖNNIMANN in : LEUENBERGER et al., Der Beweis im Zivilprozess, p. 63 ; BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast, p. 178 ; STAEHELIN/BACHOFNER, p. 138 s., N 16-18 ; TF, 4A_443/2017 du 30.04.2018, consid. 2.2.2.

⁷⁶³ (Mise en gras ajoutée). Voir aussi : ATF 108 II 337, consid. 3 ; WALTER, p. 1121 ss ; BRÖNNIMANN in : LEUENBERGER et al., Der Beweis im Zivilprozess, p. 61 ss ; BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast, p. 173 ss.

«Bestreitet der Prozessgegner das an sich schlüssige Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei, kann diese **gezwungen sein, die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann** [...]. Wird das Vorliegen eines vorerst nur pauschal behaupteten Schadens vom Prozessgegner bestritten, hat der Ansprecher deshalb die einzelnen konkreten Tatsachen vorzutragen, welche Grundlage für die Qualifizierung einer Vermögenseinbuße als rechtlich relevanter Schaden bilden [...]».

696

A noter enfin que, parce que c'est le droit procédural qui détermine si et dans quelle mesure s'applique la maxime des débats, il n'y a pas de violation du droit matériel fédéral lorsque le juge du fond fixe des exigences trop lourdes quant au devoir de motiver. Selon WALTER, le juge dispose d'une certaine latitude lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre son **devoir d'interpellation** et de solliciter les parties afin qu'elles clarifient ou complètent leurs allégations au sens des art. 56 et 147 al. 1 CPC. De même, la maxime inquisitoire ne libère pas les parties de leur obligation de participer activement à l'établissement des faits pertinents principaux. Dans ces deux hypothèses, la question de savoir si le juge aura fait ou omis de faire un usage justifié ou déraisonnable de ses compétences sera donc une question de droit procédural et pas de droit matériel⁷⁶⁴.

697

Nous terminerons en abordant brièvement les **limites à ce devoir de justifier suffisamment ses allégations**, qui sont résumées par FELLMANN de la manière suivante :

698

- tout d'abord le **principe de l'application du droit d'office par le juge** (art. 57 CPC). L'établissement des faits est du ressort des parties, tandis que l'application du droit est de la responsabilité du tribunal (*iura novit curia*). En effet, la doctrine lui impose d'acquiescer d'office la connaissance du droit (interne), qu'il s'agisse de droit impératif ou non et qu'une proposition juridique soit expressément visée par la loi ou qu'elle résulte de l'interprétation ou de la pratique judiciaire. Ce faisant, le juge doit analyser les faits sous l'angle de la norme juridique correspondante et appliquer une règle de droit formulée de manière conditionnelle à un ensemble de faits donnés. Toutefois et comme le souligne FELLMANN, cela suppose de manière un peu insidieuse que la partie connaisse également le droit puisque, partant d'une simple obligation d'étayer ses allégations (« Substanziierungspflicht »), on exige d'elle qu'elle présente les faits « prêts pour prendre une décision » (« entscheidungsreif »). Or quoi de mieux pour soumettre les faits pertinents dans le cadre d'une décision que de savoir, au préalable dans le cadre de la préparation des allégations, sur quelles dispositions légales s'appuiera (vraisemblablement) le juge...⁷⁶⁵. Cela étant, lorsque les parties présentent leurs allégations en fonction d'une norme de droit prétendument applicable, mais que le tribunal estime toutefois qu'une norme différente doit s'appliquer et qu'il y a un manque d'explication à cet égard, il doit signaler aux parties qu'il entend fonder son jugement sur des arguments juridiques dont

⁷⁶⁴ WALTER, p. 1126 ; TF, 4C.11/2006 du 1.05.2006, consid. 2.2 et 2.3 ; TSCHUDI, Substanziierungslast versus gerichtliche Fragepflicht, Plädoyer 03/2017 du 22.05.2017.

⁷⁶⁵ FELLMANN, p. 287 s.

les parties ne s'attendaient pas et ne pouvaient pas s'attendre à ce qu'ils soient invoqués (droit à un procès équitable). L'alerte donnée par le juge ne concerne *a priori* pas le cas où la partie passe à côté d'une règle de droit vraisemblable dans le cas d'espèce. Il s'agit d'une protection contre un **issue imprévisible**, pas contre la méconnaissance du droit⁷⁶⁶.

- Le devoir d'interpellation du juge (art. 56 CPC) : selon FELLMANN, ce devoir doit être exercé avec **une indication précise des lacunes des actes concernés**, qui doivent elles-mêmes être **manifestes**. Il ne suffit donc pas que la juridiction rappelle aux parties en cours de procédure, de manière générale et sans référence spécifique à leurs dits actes, l'exigence d'une motivation adéquate de leurs conclusions et les conséquences d'une motivation insuffisante, au sens d'une instruction juridique de portée générale. Selon l'avis de OBERHAMMER, la capacité du juge à interpellier les parties est déterminée par le **principe de la bonne foi**. Par conséquent, plus une partie s'efforce de contribuer à la détermination de la base factuelle du jugement, plus le tribunal doit lui répondre à mi-chemin par des questions et des renvois, s'il devient évident qu'elle ne parviendra pas à fournir les faits pertinents ou du moins pas complètement. Si, en revanche, la partie est négligente, ou tente des manœuvres dilatoires ou frauduleuses, le tribunal ne s'obligera pas à compenser les inconvénients juridiques qui en résultent. OBERHAMMER (soutenu par FELLMANN) insiste enfin sur **l'importance d'un juge actif et faisant (bon) usage de son devoir d'interpeller les parties**. En effet, en l'absence d'indication et en « naviguant à vue », les parties risqueraient de submerger le tribunal de toutes sortes de choses superflues dans l'espoir de frapper juste. Si, en revanche, le juge divulgue le processus de formation de son opinion, les parties reconnaîtront ce qui est important et le processus deviendra beaucoup plus efficace et pertinent⁷⁶⁷. Une telle opinion ne semble néanmoins pas compatible avec l'idée exprimée, par certains arrêts relatifs à l'art. 56 CPC, que le devoir d'interpellation disparaît presque totalement lorsque les parties sont assistées.

(iii) *En résumé*

⁶⁹⁹ Bien que ne faisant pas toujours l'objet d'une définition claire et unanime, le fardeau de l'allégation et le fardeau de la motivation restent deux notions intrinsèquement liées à la maxime des débats ainsi qu'au fardeau de la preuve. Plus abstraites dans leur formulation en français, elles font parfois l'objet de confusions dans la jurisprudence du fait de leur importante proximité⁷⁶⁸. Elles n'en restent pas moins déterminantes pour établir les exigences attendues des parties, et dans une moindre mesure, celles du juge dans l'hypothèse où les allégations des parties seraient insuffisantes. Si l'on se réfère à la définition plus détaillée de la doctrine germanophone, les « Behauptungs- et Bestreitungslast » permettent, dans un premier temps

⁷⁶⁶ FELLMANN, p. 290.

⁷⁶⁷ FELLMANN, p. 291 s.; KUKO ZPO-OBERHAMMER, art. 56 N 1 et 5. Cf. aussi SARBACH, p. 193 et I. MEIER, p. 394 s.

⁷⁶⁸ RSPC 4/2016, p. 302 s., note de BOHNET/JEANNIN ; SUTTER-SOMM/SCHRANK, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 55 N 24 ; BRÖNNIMANN, Der Beweis im Zivilprozess, p. 56 ; ATF 108 II 319 ss.

de régler la **question de la répartition, du contenu de la demande** (allégués, moyens de preuve, conclusions) **et de sa contestation**. Dans un second temps, le « Substanziierungslast » détermine le **degré de précision** avec lequel les parties devront présenter leurs contestations et arguments respectifs afin que chacune puisse répondre, en connaissance de cause, aux arguments de l'autre (droit d'être entendu). En fonction de ce que présenteront les parties, le juge pourra soit les interpellier, soit administrer les preuves et appliquer le droit d'après leurs conclusions (maxime de disposition).

Malgré certaines divergences de classification qui restent largement théoriques, la doctrine est plus unanime s'agissant de la terminologie. Ainsi le fardeau de l'allégation exige de la partie concernée que ses allégués soient avant tout **complets** (« vollständig ») et **concluants** (« schlüssig »), tandis que le fardeau de la motivation met l'accent sur le **caractère déterminé** de ces allégations (« Bestimmtheit »), qui permettra au juge de trancher (« entscheidungsfähig »)⁷⁶⁹.

Enfin, comme nous avons pu l'observer, le niveau de précision attendu des parties dans leurs allégations semble varier selon qu'il s'agit de la demande (« Behauptungslast »), de sa contestation (« Bestreitungslast »), ou de l'argumentation face aux allégués de la partie adverse (« Substanziierungslast beim Behaupten » et « Substanziierungslast des Bestreitens »). A défaut de pouvoir véritablement figer le contenu et les exigences propres à chacune de ces étapes, il nous semble important de retenir deux critères : Le premier est celui de la **collaboration et de la bonne foi des parties**. Deux objectifs qui permettront, au cas par cas, de faire en sorte que chaque partie soit suffisamment précise dans ses allégués et moyens de preuve pour que la partie adverse ait les moyens de lui répondre de façon complète et pertinente, soit de faire respecter son **droit d'être entendu**. Le second, formulé par WALTER et TAPPY, de ne **pas aller trop loin dans le niveau de détail exigé des parties**, de façon à ne pas aboutir à une **inversion du fardeau de la preuve**. Ce d'autant plus que le juge pourra toujours interpellier les parties en cas d'allégations insuffisamment circonstanciées, tandis qu'il n'y aura pas de correctif équivalent dans l'hypothèse inverse (pour autant que le contenu reste pertinent)⁷⁷⁰.

c. Exceptions et atténuations

La maxime des débats présente des exceptions et atténuations qui lui sont propres – bien qu'en soi elles se recoupent largement avec celles mentionnées *supra* (cf. N 698), relatives au « Substanziierungspflicht » – telles que :

- L'art. 56 CPC prévoit une **interpellation des parties par le tribunal** « lorsque leurs actes ou déclarations sont peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement

⁷⁶⁹ RSPC 4/2016, p. 302 s., note de BOHNET/JEANNIN ; SUTTER-SOMM/SCHRANK, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 55 N 23 ss ; BRÖNNIMANN, Der Beweis im Zivilprozess, p. 57 s. ; BSK ZPO-GEHRI, art. 55 N 3-4 ; WILLISEGGER, p. 132 s. ; FELLMANN, p. 288.

⁷⁷⁰ WALTER, p. 1122 ; CR CPC-TAPPY, art. 222 N 20.

incomplets » afin de leur donner l’occasion de les compléter ou les clarifier. Cette interpellation par le juge est également exprimée à l’art. 247 al. 1 CPC qui dispose que « le tribunal amène les parties, par des questions appropriées, à compléter les allégations insuffisantes et à désigner les moyens de preuve ». Cette dernière exception, qualifiée de « devoir d’interpellation renforcé » par la doctrine, ne s’applique toutefois qu’à la procédure simplifiée⁷⁷¹ ;

- La charge d’apporter les preuves (« die Beweisführungslast »)⁷⁷² est également limitée à certains arguments relatifs à l’objet de la preuve. Ne sont pas considérés comme soumis à la preuve : **les faits notoires ou notoirement connus du tribunal** ainsi que les **règles d’expérience généralement reconnues** (art. 150 et 151 CPC)⁷⁷³. A l’inverse, l’usage et les usages locaux doivent être prouvés en cas de contestation. Enfin, le contenu du droit étranger n’aura pas à être prouvé et sera établi d’office, sauf en matière patrimoniale où la preuve peut être mise à la charge des parties (art. 150 al. 2 CPC et art. 16 al. 1 3^{ème} phr. LDIP)⁷⁷⁴ ;
- L’administration des preuves est elle aussi restreinte. Selon l’art. 150 CPC, « la preuve a pour objet les faits pertinents et contestés ». De la sorte, le tribunal n’exige **aucune preuve en ce qui concerne les faits admis ou restés incontestés**, qui seront dès lors retenus⁷⁷⁵ ;
- Il convient également de mentionner, toujours en ce qui concerne l’administration des preuves, que les **faits insuffisamment motivés** (« unsubstanzierte Vorbringen ») seront écartés sans preuve ;
- **L’art. 277 al. 2 en matière de divorce** : Si nécessaire, le tribunal requiert des parties la production des documents manquants pour statuer sur les conséquences patrimoniales du divorce. Fort de cette prérogative, le juge exigera par exemple de l’épouse un justificatif de revenu, de logement, etc. Toutefois, en l’absence de toute allégation relative au prétendu manque d’autonomie et, de surcroît, si l’intéressé est représenté par un avocat, il ne saurait appartenir au juge du divorce de fournir au demandeur d’aliments une liste de documents à produire. Ainsi, comme le rappelle AEBI-MÜLLER: sans justification minimale de la part des parties, l’art. 277 al. 2 ne s’appliquera pas⁷⁷⁶ ;

⁷⁷¹ M. SARBACH, p. 17 ss ; MORDASINI-ROHNER, p. 29 ss ; STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N 20-22 ; LIENHARD, pp. 17 et 23 ss.

⁷⁷² Se distingue de la notion de fardeau de la preuve (« Beweislast ») qui constitue une règle de répartition.

⁷⁷³ « L’incombance des parties de prouver les faits sur lesquels elles fondent leur prétention [...] sous peine d’échec de la procédure, repose sur l’idée que le tribunal n’est pas omniscient sauf en droit – *jura novit curia* – et qu’on ne peut exiger de lui qu’il le soit. Mais cette idée trouve sa limite dans ce qui appartient au monde des évidences, qu’elles soient manifestes pour tout un chacun [...] ou que le tribunal sache déjà officiellement ce qui est allégué ». CR CPC-SCHWEIZER, art. 151 N 1. Cf. plus récemment concernant les faits notoirement connus : TF, 4A_122/2021, du 14.09.2021.

⁷⁷⁴ TF, 4A_455/2021, du 26.01.2022 et les réf. cit.

⁷⁷⁵ AEBI-MÜLLER, p. 187.

⁷⁷⁶ AEBI-MÜLLER, p. 188.

- L'art. 279 al. 1 (**en cas de convention**) : « Le tribunal ratifie la convention sur les effets du divorce **après s'être assuré que les époux l'ont conclue après mûre réflexion et de leur plein gré**, qu'elle est claire et complète et qu'elle n'est pas manifestement inéquitable; les dispositions relatives à la prévoyance professionnelle sont réservées » ;
- L'art. 153 al. 2 (administration des preuves d'office) : le juge peut les administrer d'office lorsqu'il existe des **motifs sérieux de douter de la véracité d'un fait non contesté**. En outre, il convient de noter que les dispositions du CPC relatives aux différents moyens de preuve prévoient, dans chaque cas, que le tribunal peut également rechercher ces preuves d'office (autre ex. : l'art. 181 al. 1 relatif à l'inspection d'office). Cela étant, il convient de retenir, pour chacun de ces cas, que le tribunal doit veiller à ne pas intervenir d'office en faveur d'une partie qui n'a pas fait une présentation satisfaisante des faits. De même, il convient d'évoquer l'application de l'art. 223 al. 2 (**défaut de réponse**) en lien avec l'art. 153 al. 2 : la faculté de juge d'administrer des preuves d'office en cas de doute sérieux peut également s'appliquer à des allégations non contestées simplement parce que le défendeur n'a pas déposé de réponse puisque, dans ce cas, la cause ne sera pas en état d'être jugée (« spruchreif »). Dès lors et comme le souligne TAPPY, « le tribunal a la faculté d'administrer des preuves d'office sans que ce soit une obligation (« Kann-Vorschrift »), mais il ne devra pas non plus tomber dans l'arbitraire en rendant lettre morte l'art. 223 al. 2, 1^{re} phrase, ou en n'ayant jamais de doutes sur des allégués non contestés »⁷⁷⁷ ;
- L'art. 183 al. 1 (expertise ordonnée d'office) : d'après cette disposition et selon la jurisprudence du TF, une expertise ordonnée d'office lorsque s'applique la maxime des débats doit surtout être envisagée lorsque le **juge ne dispose pas de connaissances techniques suffisantes pour juger une situation que les parties croyaient pouvoir laisser à son appréciation** (un témoignage écrit qui n'est en principe pas un mode de preuve admissible, peut en tout cas être écarté par appréciation anticipée)⁷⁷⁸ ;
- L'art. 164 (refus injustifié) qui permet au juge de **tenir compte du refus de collaborer** d'une partie et ce, **sans motif valable, lors de l'appréciation des preuves** ;
- L'art. 192 (déposition des parties) en vertu duquel le tribunal **peut d'office**, sous menace de sanctions pénales, **contraindre les parties à faire une déposition**. Dans ce cadre, les parties sont exhortées à répondre conformément à la vérité (sous peine de faire une fausse déclaration au sens de l'art. 306 CP).

⁷⁷⁷ CR CPC-TAPPY, art. 223 N 10 s.

⁷⁷⁸ TF, 5A_723/2017, du 17.12.2018, RSPC 2019 156. Cf. également N 639 ss.

d. Jurisprudence récente

(i) *Délimitation et exigences générales relatives à la maxime des débats*

703 Délimitation avec la question de recevabilité : de manière générale, la **question de la recevabilité** ne doit pas être confondue avec celle de savoir si l'action est matériellement fondée ou, autrement dit, de savoir si la partie à qui incombe le fardeau de la preuve a bien allégué les éléments factuels nécessaires et s'il a pu en apporter la preuve. Les questions relatives au fardeau de la preuve, au fardeau de l'allégation, de la contestation et au fardeau de la motivation suffisante des faits allégués relèvent de l'**examen de fond de la demande** de sorte que le tribunal ne saurait en tirer des exigences quant à la forme du mémoire et donc à l'irrecevabilité formelle de la demande⁷⁷⁹. Cet arrêt illustre ainsi le cas dans lequel le juge, en confondant les exigences relatives à la recevabilité de la demande et celles concernant la demande au fond, a sanctionné le défaut d'allégation concrète et suffisante incombant au demandeur par une décision d'irrecevabilité, plutôt que par le rejet de la demande. Accessoirement, et outre cette confusion, le TF rappelle le fait que le juge doit *in casu* donner l'occasion au demandeur, grâce à l'art. 56 CPC, de pallier les éventuelles lacunes relatives à ses allégations. A noter encore que depuis peu, **même lorsque le procès au fond est régi par la maxime des débats, l'établissement des faits nécessaires pour juger des conditions de recevabilité est soumis à la maxime inquisitoire simple** ; fort de ce constat, le tribunal doit admettre les faits et moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations, au sens de l'art. 229 al. 3 CPC⁷⁸⁰.

704 Fardeau de l'allégation/cadre du procès/« non-appartenance » des allégations : dans le cadre d'une procédure gouvernée par la **maxime des débats**, peu importe qui allègue les faits : le juge pourra en tenir compte dès l'instant où ils font partie du **cadre du procès**. Cela étant, « [l]a partie qui supporte les fardeaux de l'allégation objective et de la preuve d'un fait supporte l'échec de l'allégation, respectivement de la preuve de ce fait. Cette partie a donc toujours intérêt à alléguer elle-même tous les faits justifiant sa prétention, ainsi qu'à indiquer au juge les moyens propres à les établir [...]. Autrement dit, elle ne devrait pas compter sur le fait que sa partie adverse le fasse à sa place. **Si toutefois, celle-ci le fait, les allégués font alors partie du cadre du procès sur lequel le juge doit se baser pour rendre son jugement** »⁷⁸¹. De ce récent arrêt il convient de retenir deux choses : d'une part, celle de **ne pas compter sur les allégations de la partie adverse lorsque l'on supporte les fardeaux de l'allégations objective et de la preuve**, d'autre part, qu'il n'y a pas à proprement parler «

⁷⁷⁹ ATF 144 III 54, consid. 4.1.1.

⁷⁸⁰ TF, 4A_165/2021 du 18.01.2022 et note de BASTONS-BULLETTI *in* CPC Online, Newsletter 2022-N4.

⁷⁸¹ ATF 143 III 1, consid. 4.1. Voir aussi : TF, 4A_566/2015 du 8.02.2015 ; TF, 4A_559/2016 du 18.01.2017, consid. 3.1. Cf. plus récemment : TF, 4A_611/2020 du 12.07.2021, consid. 3 ; TF, 4A_556/2020, 27.09.2021, consid. 5 ; TF 4A_260/2021, 02.12.2021 (le juge peut se baser sur tous les faits allégués pour statuer et ce, sans égard à la personne de l'alléguant, pour autant que les faits fassent partie du cadre du procès).

d'appartenance » ou de « privilège », pour celui qui allègue, d'être le seul à pouvoir bénéficier des conclusions qui pourront être tirées de l'allégation de ces faits⁷⁸².

Fait négatif: le fardeau de l'allégation **d'un fait négatif** est moins exigeant lorsque le fait positif allégué par la partie adverse l'est de façon vague et que le fait négatif résulte indirectement d'autres allégations⁷⁸³.

Fait non contesté/cas clair : **c'est en principe la maxime des débats qui s'applique dans les procédures de protection des cas clairs** (art. 257 CPC). Dans ce cadre, le TF a notamment estimé s'agissant d'une procédure d'expulsion, que si le fermier ne conteste pas la notification de la formule officielle relative à la résiliation de son contrat de bail, celle-ci devient un **fait non contesté** qui n'est pas litigieux au sens de l'art. 257 al. 1 let. a CPC. Ainsi, bien que la cour cantonale genevoise ait retenu que ne sont pas notoires des pièces déposées dans une procédure parallèle entre les mêmes parties – *in casu* la copie de la formule officielle de résiliation du bail empêchant de considérer le cas comme clair – le TF en a toutefois décidé autrement, notamment en vertu du principe de la maxime des débats⁷⁸⁴ :

Force est ainsi de constater que non seulement **les fermiers n'ont pas allégué le défaut de notification de la formule officielle** (fait dirimant), **mais qu'ils n'ont pas contesté, ni en première instance, ni en procédure d'appel, l'allégué du demandeur selon lequel il avait joint la formule officielle à chacun de ses courriers recommandés de résiliation. La maxime des débats étant applicable à la procédure de protection dans les cas clairs, ce fait non contesté est ainsi un fait prouvé.** [...]

Lorsque la cour cantonale considère que la formule officielle de résiliation aurait dû être produite par le bailleur à l'appui de sa requête en expulsion – pour qu'elle puisse examiner la question de la nullité de la résiliation – **elle méconnaît que la procédure de protection dans les cas clairs est soumise à la maxime des débats et que, faute de contestation de la notification de la formule officielle par les défendeurs, celle-ci est censée prouvée.** Lorsque les fermiers intimés font valoir devant le Tribunal fédéral que "peu importe qu'[ils] aient contesté ou non les faits puisque la procédure de protection dans les cas clairs requiert que le juge se prononce sur la base des pièces produites en sa possession", ils méconnaissent également les principes découlant de la maxime des débats et **confondent celle-ci avec la règle régissant les moyens de preuve généralement admissibles en procédure sommaire** (art. 254 al. 1 CPC) ».

A ce titre, BOHNET rappelle la théorie des normes selon laquelle les faits générateurs du droit doivent, sauf exception, être allégués et prouvés par le titulaire du droit, tandis que les faits extinctifs et dirimants doivent l'être par l'obligé du droit. Qu'en est-il lorsque le bailleur

⁷⁸² Cf. également concernant les **allégations implicites** (ce qui est manifestement compris dans d'autres allégués) : BOHNET, CPC annoté, art. 55 N 2 et art. 221 N 9 ; 4A_625/2015, consid. 4.1 ; 5P.445/2004, consid. 2.3.3 : « Zum einen müssen Indizien nicht behauptet werden. Zum anderen braucht kraft Bundesrechts weder behauptet noch bewiesen zu werden, was allbekannt ist oder schon nach der allgemeinen Lebenserfahrung einleuchtet. **Genauso wenig muss ausdrücklich behauptet werden, was offensichtlich in anderen, ausdrücklich vorgebrachten Parteibehauptungen enthalten ist** [...] . Dass keine Arbeitslosentaggelder mehr erhält, wer nicht persönliche Arbeitsbemühungen nachweist, ist in Anbetracht der wirtschaftlichen Lage der letzten Jahre allbekannt ». Voir aussi : TF, 4A_206/2007, RSPC 2008, p. 8.

⁷⁸³ BOHNET, CPC annoté, art. 55 N 4 ; TF, 4D_123/2008, RSPC 2009 137.

⁷⁸⁴ ATF 144 III 462, consid. 3 et 4 ; BOHNET, Cas clair, maxime des débats et faits (faussetment) dirimants (arrêt 4A_295/2017), Newsletter Bail.ch, juillet 2018.

allègue simplement avoir résilié le contrat de bail, sans préciser s'il l'a fait par formule officielle ? Selon le TF **l'allégation implicite du respect de la forme** (par la notification de la formule officielle) **suppose que le bailleur allègue avoir résilié le bail conformément à la loi**. Il appartenait donc au locataire de contester avoir reçu la notification de la formule officielle que le bailleur allègue implicitement lui avoir adressée. Faute d'une telle contestation, le fait n'avait pas à être prouvé. En effet, les fermiers se sont contentés d'invoquer l'absence de pièces permettant d'établir la créance du bailleur et donc de contester qu'il se soit agi d'un cas clair. Or comment reprocher l'absence de pièces relatives à un fait non contesté ? On pourrait éventuellement considérer que le simple fait d'invoquer l'absence desdites pièces revient à contester implicitement la validité formelle de la résiliation. Mais à l'inverse : invoquer simplement l'insuffisance des pièces produites pour que soit établi un cas clair, sans dire qu'une formule officielle devant être signifiée avec le congé manquerait, semble typiquement être un cas de **contestation globale insuffisante** au regard de l'art. 222 al. 2 CPC applicable par renvoi de l'art. 219 CPC. De même, une telle hypothèse est à bannir lorsque l'on sait que les fermiers ont formellement admis que les formules officielles avaient été annexées aux courriers au stade de l'appel⁷⁸⁵.

709 Renvoi à une expertise privée : le **renvoi à une expertise privée** dans le cadre d'une prétention en réduction du prix (art. 205 CO) ne suffit pas pour satisfaire aux exigences en matière de **fardeau de l'allégation**⁷⁸⁶.

710 Allègement du fardeau de l'allégation/faits notoires : il incombe au bailleur, conformément à l'art. 8 CC, d'alléguer et de prouver les conditions de l'art. 257d CO (faits générateurs de droit). Il appartient, en revanche, au locataire d'invoquer les faits dirimants ou destructeurs, en invoquant des objections ou des exceptions, comme l'extinction de sa dette ou la compensation avec une contre-créance (consid. 4.2.1). En l'occurrence la locataire **n'a soulevé aucun argument découlant du fait notoire que constituent les fermetures administratives des discothèques** (impossibilité d'utiliser les locaux ou fait qu'elle ne devait pas payer les loyers car les circonstances avaient changé). Au contraire, elle s'est acquittée des loyers litigieux après l'expiration du délai comminatoire pour ensuite contester devoir ces montants (consid. 4.3). C'est à tort que la cour cantonale a cru pouvoir tenir compte de ces faits destructeurs invoqués pour la première fois devant elle, au motif qu'il ne s'agirait que d'une nouvelle argumentation juridique fondée sur des faits notoires. La défenderesse **devait invoquer ces motifs de défense devant le tribunal de première instance, sous peine de forclusion (art. 317 al. 1 CPC)**⁷⁸⁷. Toujours concernant l'application de l'art. 55 CPC en lien avec la question des faits notoires connus du tribunal : selon la pratique du TF, **les règlements**

⁷⁸⁵ ATF 144 III 462, consid. 3.3.2 et 4 ; BOHNET, Cas clair, maxime des débats et faits (faussement) dirimants (arrêt 4A_295/2017), Newsletter Bail.ch, juillet 2018.

⁷⁸⁶ TF, 4A_445/2019, du 18.02.2020. Voir également RSPC 4/2020, p. 300 ss.

⁷⁸⁷ TF, 4A_376/2021, du 7.01.2021, consid. 4.2 et 4.3. De même : l'exception d'inexécution, dans la mesure où elle repose sur des allégations de fait, ne peut être prise en compte par le tribunal que si les faits sur lesquels elle repose ont été valablement introduits dans la procédure. TF, 4A_566/2020, du 27.09.2021, consid. 5.2.2. Concernant le « timing » : les faits qui fondent l'exception doivent donc être présentés avant la clôture de la phase d'allégation ou sinon ce seront les conditions de l'art. 229 al. 1 CPC qui s'appliqueront. Cf. TF, 4A_262/2021, du 30.09.2021, RSPC 1/2022, p. 61.

d'organisations privées n'ont pas la qualité de normes juridiques, même lorsqu'ils sont très détaillés et exhaustifs, comme par exemple la norme SIA 118. **Si une partie se réfère à cette norme, elle doit affirmer et prouver qu'elle est devenue partie intégrante du contrat.** Si tel est le cas, il n'est pas nécessaire qu'elle renvoie à cette norme pour qu'elle soit prise en compte dans le cadre du procès, puisque les **faits évidents et notoires pour le tribunal ainsi que les principes d'expérience généralement reconnus n'ont pas besoin d'être prouvés** (art. 151 CPC). Il suffit dans ce cas d'invoquer le contrat d'entreprise dans son ensemble (dont la norme SIA 118 faisait partie intégrante)⁷⁸⁸.

Allégation et justification/droit matériel : la répartition de la charge de la preuve dépend de la qualification de la norme matérielle comme **établissant un droit** (« rechtsbegründend »), **entravant un droit** (« rechtshindernd ») ou **anéantissant un droit** (« rechtsvernichtend »). La personne qui invoque un droit doit prouver tous les faits qui, selon la norme invoquée, **établissent son droit subjectif** (« fait générateur »), alors que la personne qui invoque une norme qui entrave ou annule un droit doit prouver tous les faits qui, selon la norme invoquée, **empêchent le droit subjectif de naître** (« fait dirimant ») ou **le réduit à néant** (« fait destructeur »). Dans le cadre de l'application de la maxime des débats, les parties ont le fardeau de l'allégation et la charge de la preuve s'agissant des faits dont elles tirent ses prétentions. En admettant que le fardeau de l'allégation soit (1) satisfait et (2) probant, mais que la partie adverse conteste les allégations formulées, ladite partie aura alors une charge de justification (« Substanziierungslast ») qui ira au-delà de la charge de l'allégation initialement attendue. Ainsi, en cas de contestation, il revient à celui qui allègue un rapport successoral de démontrer l'existence d'une donation mixte⁷⁸⁹.

711

Motivation/comportement procédural de la partie adverse : les exigences respectives résultent d'une part **des éléments constitutifs de la norme invoquée** et d'autre part du **comportement procédural de la partie adverse**. Les allégations factuelles doivent être formulées de manière si concrète qu'un démenti étayé est possible ou que des contre-preuves peuvent être présentées. Si la partie adverse conteste l'argument concluant de la partie à laquelle incombe la charge de la preuve, cette dernière peut être contrainte d'exposer les faits juridiquement pertinents non seulement dans les grandes lignes, mais de manière si complète et claire qu'il est possible d'en tirer des preuves⁷⁹⁰.

712

Contestation détaillée : une contestation détaillée, respectivement étayée (« qualifiziertes », « begründetes ») peut être requise sur des actes ou des perceptions propres à la partie qui conteste. Cela suppose une **disparité d'informations entre les parties**, en ce sens que la partie ayant le fardeau de l'allégation est plus éloignée des faits pertinents que la partie

713

⁷⁸⁸ TF, 4A_455/2021, du 26.01.2022, consid. 5.2.

⁷⁸⁹ TF, 5A_323/2019, du 24.04.2020, consid. 3.3 et 3.4 ; cf. ég. RSPC 5/2020, p. 405 ss. Cf. également N 673 ss.

⁷⁹⁰ ATF 127 III 365, 368, consid. 2b. Voir aussi ATF 127 III 365, 368 : Si le défendeur conteste l'existence d'un préjudice qui n'est initialement allégué qu'en termes généraux, le demandeur doit présenter les faits concrets individuels qui constituent la base de la qualification d'une perte d'actifs comme préjudice juridiquement pertinent.

adverse et que l'on **peut raisonnablement attendre de celle-ci qu'elle fournisse des informations supplémentaires sur le déroulement des événements**. Cela étant, il incombe aux plaignants en tant que principaux obligés dans le cadre de tous les avenants au contrat⁷⁹¹, d'assurer et de contrôler que les travaux ont été effectués conformément aux obligations contractuelles. Il semble donc irréaliste que ces derniers ne puissent pas savoir comment et par qui les compléments de contrat avaient finalement été traités (proximité des faits – auraient dû désigner leurs sous-traitants)⁷⁹².

714 Influence du degré de précision des allégations sur celui des contestations : les allégations de fait doivent être formulées de façon suffisamment concrète pour que la contre-preuve puissent être présentée⁷⁹³. « Die Anforderungen an eine substanziierte Bestreitung sind dabei tiefer als die Anforderungen an die Substanziierung einer Behauptung [...]. Der Grad der Substanziierung einer Behauptung beeinflusst den erforderlichen Grad an Substanziierung einer Bestreitung [...] »⁷⁹⁴.

715 Concrétisation de la contestation : en ce qui concerne la **charge de la motivation des allégués**, les exigences de contenu et de précision des allégués dépendent du **droit matériel** et de la **façon dont la partie adverse s'est déterminée en procédure**. Cela étant, une partie peut renvoyer à une pièce, (par ex. une facture), pour autant que le renvoi **désigne spécifiquement la pièce** et permette de comprendre clairement quelle partie de celle-ci est considérée comme alléguée⁷⁹⁵. Pour ce qui est de la **charge de la motivation de la contestation**, le TF relève que, dans certaines circonstances exceptionnelles, il est possible d'exiger de la partie qui conteste un allégué qu'elle **concrétise sa contestation** (charge de la motivation de la contestation), de façon à ce que le demandeur puisse savoir quels allégués sont contestés et faire administrer la preuve dont le fardeau lui incombe. Les exigences de contestation **dépendent du degré de motivation des allégués contestés**⁷⁹⁶.

⁷⁹¹ En l'occurrence un contrat de livraison ainsi que la fourniture d'un produit « D. » pour des tests et des essais précliniques entre A. (plaignant), entreprise ayant pour objet la production industrielle et la distribution de dispositifs médicaux et B. (défenderesse), société engagée dans le développement, la fabrication et la vente de produits dans le domaine de la technique médicale. TF, 4A_251/2020, du 29.09.2020, état de faits.

⁷⁹² TF, 4A_251/2020, du 29.09.2020, consid. 3.7 et RSPC 3/2021, p. 203 ss.

⁷⁹³ TF, 4A_268/2015 du 24.01.2015, consid. 2.2. ; 4A_264/2015 du 10.08.2015, consid. 4.2.2. ; 4A_539/2014 du 7.05.2015, consid. 3.4. ; 4A_614/2014 du 2.04.2015, consid. 6.3.2. ; 4A_197/2014, RSPC 2015 114, consid. 7.3.2. ; 4A_7/2012, RSPC 2012 387 ; 4A_210/2009, consid. 3.2. ; ATF 136 III 322, consid. 3.4.2. ; ATF 127 III 365 consid. 2.b. ; JdT 2001 I 390.

⁷⁹⁴ TF, 4A_299/2015, du 2.02.2016, consid. 2.3, non publié in : ATF 142 III 84.

⁷⁹⁵ Comme cela est détaillé plus loin (cf. [ii]), cette exigence n'est réalisée que lorsque la pièce en question est **explicite** (« selbsterklärend ») et qu'elle contient les informations nécessaires.

⁷⁹⁶ ATF 144 III 519. Reprise partielle du commentaire de SCHÜRCH, in : La charge de la motivation de l'allégation et de la motivation de la contestation, LawInside, 6 décembre 2018. Voir aussi : TF, 4A_443/2017, du 30.04.2018, RSPC 2018 330 : « La contestation du défendeur doit permettre au demandeur de connaître les faits qu'il doit motiver plus avant et quels allégués doivent finalement être prouvés. En revanche, le défendeur n'est pas tenu d'indiquer la raison pour laquelle il considère que le fait contesté n'est pas vrai (consid. 4.1). Quant au défendeur, il peut contester les faits en indiquant les ignorer (*Bestreiten mit Nichtwissen*) lorsque ceux-ci ne concernent pas ses propres actes ou ses propres perceptions. Suffisance d'une contestation selon laquelle les prestations n'ont pas été entièrement exécutées et n'étaient pas entièrement justifiées (consid. 4.2) ».

Allégué reconnu ou admis/contestation précise et motivée : S'agissant du fardeau de la contestation : lorsque le demandeur a présenté un allégué et l'a suffisamment motivé, en l'occurrence son dommage, le défendeur doit le **contester de manière précise et motivée**. À défaut, l'allégué du demandeur est censé non contesté (ou reconnu ou admis), avec pour conséquence qu'il n'a pas à être prouvé⁷⁹⁷.

Allégations/pièces manquantes : le devoir du juge **d'aviser les parties en cas de pièces manquantes en procédure de divorce** se limite aux pièces qui sont nécessaires à la preuve de faits allégués, c'est-à-dire à corriger des offres de preuve insuffisantes. Les allégués doivent être distingués des offres de preuve⁷⁹⁸.

Allégations/moyens de preuve : l'ATF 141 III 433 avait jugé **qu'une expertise privée ne constituait pas une preuve, mais qu'elle a la qualité de simple allégation** d'une partie. Cette jurisprudence avait été critiquée par une partie de la doctrine, notamment par TREZZINI et BOHNET⁷⁹⁹. A ce titre, le Conseil fédéral dans son Message relatif à la modification du code de procédure civile suisse du 26 février 2020, propose de modifier cette approche afin **que les expertises privées soient considérées comme des titres et constituent ainsi un moyen de preuve admissible selon l'art. 168 al. 1 let. b CPC** (cf. également l'art. 177 CPC)⁸⁰⁰. Dans son arrêt du 7 décembre 2020, le TF reprend néanmoins cette jurisprudence, tout en reconnaissant les **difficultés pratiques** qu'elle peut entraîner, notamment dans les litiges relatifs aux indemnités journalières (attestations/certificats médicaux comme simple allégation des parties). Il n'examine donc pas si un revirement de jurisprudence est justifié, dans la mesure où les deux parties se prévalaient de cette jurisprudence sans la remettre en cause. Toutefois, le fait qu'il mentionne les critiques à l'égard de cette jurisprudence et admette les difficultés liées à cette dernière, nous font toutefois espérer un futur revirement en la matière⁸⁰¹.

(ii) *Spécificités relatives au devoir de « substantification »*

Renvoi global aux pièces : ce sont les **normes de droit fédéral** qui déterminent l'**étendue** du devoir de motivation de l'état de fait, soit quels sont les faits qui doivent être allégués et motivés⁸⁰². Mais quelle que soit cette étendue, un **renvoi global aux pièces déposées** ne

⁷⁹⁷ TF, 4A_126/2019 du 17.02.2020, et commentaire de Nussbaumer : Le fardeau de la motivation de la contestation, LawInside, 7 mars 2020.

⁷⁹⁸ TF, 5A_18/2018, du 16.03.2018, RSPC 2018 297.

⁷⁹⁹ TREZZINI F./BOHNET F., L'expertise privée selon l'ATF 141 III 433. Une preuve imparfaite issue d'un concept imparfait, RDS 136 I (2017), p. 367. Voir également : TF, 4A_9/2018, du 31.10.2018, RSPC 2019 20 et 133, ainsi que note de HARTMANN p. 142.

⁸⁰⁰ Message CPC 2020, FF 2020 p. 2660 et 2698.

⁸⁰¹ TF, 4A_247/2020, du 7.12.2020 et commentaire de HIRSCH C., L'expertise privée : encore une simple allégation, LawInside, 29 décembre 2020.

⁸⁰² TF, 4A_22/2015, du 9.06.2015, consid. 6.2.2, RSPC 2015, p. 499 ; TF, 4A_692/2015, du 1.03.2017, consid. 6.1.1, non publié à l'ATF 143 II 206.

suffit en principe pas pour fonder les allégués. Ce constat vaut d'ailleurs également en procédure de conciliation⁸⁰³. Il conviendra de détailler individuellement les allégations de façon à pouvoir les rattacher aux moyens de preuve administrés en parallèle⁸⁰⁴. En tout état de cause, il conviendra de prendre en considération le **degré minimal de motivation exigé** des parties, et le **degré variable de précision exigé** d'une partie en fonction de la précision des prétentions formulées par la partie adverse⁸⁰⁵ :

719 « Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden ; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss (vgl. Art. 222 Abs. 2 ZPO). **Der Grad der Substanziierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substanziierung einer Bestreitung ; je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet.** Je detaillierter mithin ein Parteivortrag ist, desto höher sind die Anforderungen an eine substanziierte Bestreitung. Diese sind zwar tiefer als die Anforderungen an die Substanziierung einer Behauptung ; pauschale Bestreitungen reichen indessen nicht aus. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird [...]. Eine hinreichende Bestreitung lässt die behauptungsbelastete Partei erkennen, welche ihrer Behauptungen sie weiter zu substanziiieren und welche Behauptungen sie schliesslich zu beweisen hat [...]. **Dagegen ist die beweisbefreite Partei grundsätzlich nicht gehalten, darzutun, weshalb eine bestrittene Behauptung unrichtig sei.**

Auch ein Bestreiten mit Nichtwissen ist zulässig, jedenfalls soweit die fraglichen Geschehnisse nicht Gegenstand eigener Handlungen oder Wahrnehmungen der bestreitenden Partei bilden ».

720 Distinction entre substantification et allégation/dommage patrimonial : lorsque le demandeur prétend avoir subi un dommage patrimonial consécutif à des paiements effectués de manière illicite parce qu'ils étaient destinés à des personnes non autorisées (tiers non autorisés ou au défendeur lui-même), il n'a **pas besoin d'affirmer quoi que ce soit de plus. Ces**

⁸⁰³ Si l'autorité de conciliation décide de rendre une décision selon l'art. 212 CPC, elle agit comme une juridiction de 1^{re} instance, or la procédure décisionnelle de l'art. 212 CPC obéit, sous réserve de l'art. 247 al. 2, à la **maxime des débats**. Cela étant, la recourante (n'ayant pas pris part à l'audience de conciliation alors qu'elle savait que dite autorité risquait de rendre une décision) ne pouvait réfuter les allégations de la requérante en se limitant à un renvoi à une écriture, déposée dans une autre procédure de conciliation, qu'elle n'a pas daigné produire (contestation insuffisante) ; ATF 147 III 440, consid. 3.3, 5, 6 ; RSPC 2021 435 et note de DIETSCHY-MARTENET.

⁸⁰⁴ Concernant les **conditions permettant de considérer qu'une facture a été suffisamment alléguée** (càd suffisamment détaillée et explicite) : TF, 4A_164/2021, du 21.12.2021, consid. 3. Cf. également : TF, 4A_552/2015, du 25.05.2016, consid. 2.6 ; TF, 4A_724/2016, du 19.07.2017 ; TF, 4A_261/2017, du 30.10.2017, consid. 4.3. La jurisprudence nuance exceptionnellement ce propos, pour certains cas de renvois autorisés aux pièces : TF, 4A_443/2017, du 30.04.2018, consid. 2.2.2 et TF, 4A_281/2017, du 22.01.2018 (RSPC 2018 173) : exigence de substantification est suffisamment respectée par le renvoi à une pièce dont les passages pertinents sont faciles à retrouver et dont les points essentiels ont été allégués.

⁸⁰⁵ TF, 4A_443/2017, du 30.04.2018, consid. 4.1 et 4.3. Cf. également (concernant la mention spécifique des moyens de preuve et l'insuffisance d'un renvoi global à des annexes) : BOHNET, CPC annoté, art. 55 N 2 et art. 221 N 9 ; ATF 141 III 549, consid. 3.1. ; TF, 4A_264/2015, consid. 4.2.2. ; 4A_317/2014, consid. 2.2. ; 4A_197/2014, RSPC 2015 114 ; 4A_309/2013, consid. 3.4., SJ 2014 I 197. Exceptions au rejet des allégations globales : TF, 4A_146/2015, consid. 5.1 ; 4A_651/2015, consid. 4.3 ; 4A_566/2015, consid. 4.5.

explications constituent un exposé concluant des faits. C'est alors au tour du défendeur de motiver sa contestation⁸⁰⁶.

Devoir de retenue (avocat) : l'exigence de l'allégation et de la contestation (« Behauptung und Bestreitung ») sert à **délimiter l'objet de la preuve**, car en principe seules les allégations contestées doivent être prouvées, et crée d'autre part les conditions pour une administration appropriée des preuves et le processus de subsomption dans la détermination du droit. L'obligation de « substantifier » se situe en amont de la procédure probatoire et doit en quelque sorte la rendre possible. La procédure probatoire ne doit pas servir à remplacer des allégations manquantes. **Il précise en outre que ces règles s'appliquent également à la procédure simplifiée.** L'obligation de faire en sorte que les parties complètent, par des questions appropriées, les allégations insuffisantes et désignent les moyens de preuve (art. 247 al. 1 CPC) vise essentiellement à **permettre aux parties inexpérimentées en matière de procédure de mener le procès de manière autonome. La recourante, représentée par un avocat, ne peut rien en déduire.** Même si le tribunal devait établir les faits d'office (art. 247 al. 2 CPC), il devrait en principe s'imposer la **même retenue que dans une procédure ordinaire lorsque les parties sont représentées par un avocat**⁸⁰⁷.

721

Renvoi aux factures/dommage total : « **substantification** » également **insuffisante** lorsque, à l'appui de ses prétentions en dommages-intérêts, le demandeur **se contente de se référer à des factures** qui, toutefois, ne fournissent aucune information quant aux travaux effectués et au coût des différents travaux. S'il allègue un **dommage total**, le TF considère qu'il doit décrire les postes individuels de dommages qui explique le montant du dommage total. Il doit également expliquer **en quoi le dommage de la chose est irréparable et dans quelle mesure les coûts de réparation dépassent la valeur de son bien.** Selon le TF, cette information est une condition préalable à la subsomption des allégations sous la notion de perte totale⁸⁰⁸.

722

Conditions relatives au contenu des allégués et à leur précision/facture : lorsque le demandeur allègue dans sa demande (voire dans sa réplique) le montant total d'une facture (ou d'un compte) et qu'il renvoie pour le détail à la pièce produite, il convient d'examiner (1) « si la partie adverse et le tribunal obtiennent ainsi les **informations qui leur sont nécessaires, au point que l'exigence de la reprise du détail de la facture dans l'allégué n'aurait pas de sens** » (consid. 4.2.1), ou (2) « si le renvoi est insuffisant parce que les informations figurant dans la pièce produite ne sont **pas claires et complètes** ou **que ces informations doivent encore y être recherchées** » (consid. 4.2.1). En d'autres termes, l'accès à ces informations doit être **aisé et aucune marge d'interprétation ne doit subsister.** Le TF précise encore que « l'accès aisé n'est assuré que lorsque la pièce en question est **explicite (selbsterklärend)** et qu'elle **contient les informations nécessaires.** Si tel n'est pas le cas, le renvoi ne peut être considéré comme suffisant que si la pièce produite est **concrétisée et commentée dans l'allégué lui-même** de telle manière que les informations deviennent compréhensibles sans

723

⁸⁰⁶ TF, 4A_36/2021, du 1.11.2021, consid. 5.1.3 (et 5.1.1. concernant la définition générale du fardeau de la motivation).

⁸⁰⁷ TF, 4A_64/2021, du 9.09.2021, consid. 4.2.3 et 4.2.4 ; cf. également : RSPC 1/2022, p. 79 ss.

⁸⁰⁸ ATF 108 II 337, 342.

difficulté, sans avoir à être interprétées ou recherchées ». Comme le souligne BOHNET, le demandeur ne pourra en général pas se contenter d'un simple renvoi à une pièce ou du moins, s'il estime qu'un tel renvoi est suffisant (respectivement explicite), ce sera au défendeur d'être « attentif à la question de savoir s'il peut se contenter d'une contestation générique (faute d'allégation détaillée) ou s'il doit procéder à une contestation détaillée (compte tenu d'une allégation détaillée par le renvoi à la pièce, comme le retient l'ATF 144 III 519) »⁸⁰⁹.

724 **Affirmation forfaitaire : *Idem* dans le cas d'une **affirmation forfaitaire selon laquelle des milliers d'heures de travail, du matériel et des prestations de tiers ont été fournis en l'espace de 14 mois, avec un simple renvoi à des centaines de pièces** : une allégation aussi globale et dénuée de preuves ne suffit pas pour fonder une créance de plusieurs millions de francs⁸¹⁰. Là encore et comme le rappelle BOHNET : si le défendeur ne conteste pas les postes et que le renvoi est jugé suffisant, les faits contenus dans la facture seront considérés comme admis⁸¹¹.**

725 **Substantification de la contestation : « lorsque le demandeur allègue dans ses écritures un montant dû en produisant une facture ou un compte détaillés, **qui contient les informations nécessaires de manière explicite**, on peut exiger du défendeur qu'il indique précisément les positions de la facture ou les articles du compte qu'il conteste, à défaut de quoi la facture ou le compte est censé admis et n'aura donc pas à être prouvé ». Dans cet arrêt, la banque (partie défenderesse) avait bien contesté être responsable du dommage allégué par le demandeur, mais **sans remettre en cause son calcul du dommage** (respectivement la méthode de calcul choisie), **ni les deux dates alléguées et prises en considération par celui-ci**, ce qui lui incombait pourtant de faire. Le TF a dès lors admis que, « faute de contestation, le dommage ainsi allégué était censé admis et n'avait pas à être prouvé (art. 150 al. 1 CPC). Il s'ensuit que le demandeur n'avait pas à motiver son dommage selon une autre méthode de calcul ou en prenant en considération d'autres dates, ni à alléguer des éléments de fait qui ressortaient de l'administration des preuves, comme la recourante le soutient »⁸¹².**

726 **Contestation en bloc (mémoire prolix) : **insuffisance d'une contestation en bloc de certains allégués de la réponse lorsque celle-ci est jugée recevable en la forme**. La demanderesse avait réclamé, devant le Tribunal civil, le renvoi du mémoire de réponse qu'elle tenait**

⁸⁰⁹ TF, 4A_535/2018, du 3.06.2019, consid. 4.2.1 et note de BOHNET in : RSPC 5/2019, p. 394. Voir aussi : TF, 4A_164/2021, du 21.12.2021, consid. 3 (concernant les **conditions permettant de considérer qu'une facture a été suffisamment alléguée**) ; ATF 144 III 519 précité, ainsi que RSPC 2019 11 et note de DROESE p. 18 : cas où le défendeur peut être tenu d'explicitier sa contestation d'un allégué (afin que le demandeur sache ce qui est contesté ou non et donc ce sur quoi amener des moyens de preuve), sous peine de voir les éléments en question retenus comme implicitement admis. Cf. ég. BOHNET, Allégations et contestations, p. 350.

⁸¹⁰ TF, 4A_280/2019, du 14.10.2019 et RSPC 1/2020, p. 22 ss.

⁸¹¹ Note de BOHNET in : RSPC 1/2020, p. 23 s.

⁸¹² TF, 4A_126/2019, du 17.02.2020 et RSPC 4/2020, p. 302 ss. Cf. également BOHNET, Allégations et contestations, p. 350. Concernant le fait que seuls doivent être prouvées des allégations contestées, cf. : ATF 144 III 541 (TF, 5A_113/2018, du 12.09.2018, RSPC 2019 177 dont seul le consid. 8 a été reproduits aux ATF, et non les consid. 4 à 6 relatifs aux questions probatoires). Concernant la nécessité de présenter des allégués détaillées sur des opérations spécifiques de placement prétendument contraires aux obligations du gestionnaire et le dommage en résultant : ATF 144 III 155, JdT 2018 II 287.

pour prolix et inconvenant. L'application de l'art. 132 CPC n'avait pourtant pas été retenue par ledit tribunal et la demanderesse n'avait ensuite pas tenté de recours séparé contre la décision de refus du Président. La Cour d'appel ne s'est donc pas prononcée sur la recevabilité du mémoire. **Ce mémoire s'étendait sur 125 pages et contenait 456 allégués de fait.** La demanderesse a déclaré contester en bloc l'ensemble des allégués du défendeur et n'a pris position que sur certains d'entre eux. A l'instar du Tribunal civil, la Cour d'appel a jugé que divers allégués n'avaient pas été contestés de manière suffisante et a donc considéré ces faits comme établis. Or ce raisonnement est conforme à l'art. 150 al. 1 CPC (ainsi que l'art. 55 CPC) selon lequel la preuve ne porte que sur les faits pertinents et contestés. Cette solution est logique, bien que peu satisfaisante au vu des faits. On peut toutefois comprendre ce qui a conduit le Président du Tribunal cantonal à ne pas renvoyer ce mémoire au sens de l'art. 132 CPC.

(iii) *Prise en considération des preuves excédentaires dans une procédure soumise à la maxime des débats*

Le juge peut-il prendre en considération des « preuves excédentaires » (« überschüssende Beweisergebnisse ») dans une procédure soumise à la maxime des débats et si oui, à quelles conditions ? Cet arrêt du TF concerne une demande en dommages-intérêts et en réparation du tort moral d'une veuve suite au décès de son mari sur un chantier, causé par l'utilisation (par le dessous) d'une meuleuse d'angle qui lui est tombée sur la tête. S'agissant de l'état de fait, la demanderesse alléguait qu'il n'y avait pas de « petite meuleuse d'angle » sur le chantier, la taille de l'outil ayant en partie joué un rôle quant au fait qu'il lui soit tombé dessus. L'employeur n'a pas formellement contesté cette allégation, se limitant à affirmer que le matériel adéquat pour faire les travaux en question était à disposition sur le chantier. Il s'agissait donc jusque-là d'un **fait non contesté**. Durant la procédure probatoire pourtant, un témoin et collaborateur de l'employeur a notamment déclaré qu'il y avait bien une petite meuleuse d'angle à disposition sur le chantier. Au surplus, un expert mandaté a par la suite évalué qu'il aurait fallu utiliser une petite meuleuse d'angle et effectuer les travaux depuis le dessus et pas par-dessous comme l'avait malheureusement fait l'employé. Sur cette base, le tribunal cantonal a finalement considéré que les conditions d'une responsabilité au sens des art. 55 et 41 CO n'étaient en l'espèce pas remplies, décision contre laquelle la demanderesse a fait recours. Selon cette dernière, c'est à tort que le tribunal a supposé que le travailleur disposait des outils appropriés et plus spécifiquement d'une petite et non d'une grande meuleuse d'angle au moment de l'accident, comme elle l'avait allégué dès le début. En retenant cet argument qui n'avait pourtant pas été explicitement contesté par la partie adverse, le tribunal aurait donc violé la maxime des débats, de même que les restrictions concernant l'admission des nova. Pour le TF, la question était donc de savoir si des faits non allégués, mais ressortant implicitement de la procédure probatoire et mettant en doute la véracité des faits allégués et non contestés par la partie adverse, pouvaient être retenus par le juge dans le cadre d'une

procédure soumise à la maxime des débats et le cas échéant, à quelles conditions et dans quel délai⁸¹³.

728 En théorie on peut envisager différents moyens pour le juge d'intervenir afin de compléter les lacunes des parties dans le cadre d'une procédure soumise à la maxime des débats (art. 56, 247 al. 1, 153 al. 2, 229 al. 1 let. a et b CPC). En l'espèce, l'employeur n'avait pas **expressément contesté l'allégation de la demanderesse selon laquelle il n'y avait qu'une grande meuleuse d'angle à disposition**, et s'était contenté de dire dans une **affirmation très générale** que le **matériel « adéquat » était disponible** sur le chantier le jour de l'accident. Le principe voudrait donc que l'on ne puisse pas utiliser ce fait non allégué ressortant de l'administration des preuves comme fondement au jugement. De plus, l'hypothèse de l'art. 229 al. 1 CPC n'a pas été invoquée dans le cas d'espèce pour justifier l'extension de la procédure probatoire à cette question. Peut-on toutefois considérer qu'il s'agit d'un fait implicitement allégué, ou sous un autre angle, d'une affirmation propre à insinuer le doute dans l'esprit du juge et ainsi enclencher le mécanisme de l'art. 153 al. 2 CPC ?

729 Selon MARKUS et HUBER-LEHMANN, la **prise en considération des preuves excédentaires relatives à des faits non allégués est possible**, pour autant que ce nouveau fait se situe **dans le cadre des allégations formulées**. Toujours d'après ces auteurs, il serait contraire à l'intérêt d'établir la vérité matérielle que d'ignorer des faits prouvés et juridiquement pertinents, justifiant ainsi une restriction de la maxime des débats⁸¹⁴ :

730 « *Überschiessende Beweisergebnisse über nicht behauptete Tatsachen (z.B. aufgrund von Zeugenaussagen oder anlässlich eines Gutachtens) dürfen berücksichtigt werden, sofern die bewiesene Tatsache im Rahmen des bereits Behaupteten liegt. Es würde dem Interesse an der materiellen Wahrheitsfindung zuwiderlaufen, wenn das Gericht bewiesene (rechtserhebliche) Tatsachen unberücksichtigt lassen müsste, die in einem qualifizierten Kontext zum bereits Behaupteten stehen. Besteht ein solcher Bezug zu bereits vorgebrachten Tatsachenbehauptungen, ist eine Einschränkung der Verhandlungsmaxime v.a. insofern gerechtfertigt, als in diesen Fällen auf substantiiertes Vorbringen verzichtet werden kann ».*

731 Nous sommes partagés quant à cette affirmation. En effet, la recherche de la vérité matérielle est-elle véritablement un objectif à atteindre dans le cadre d'une procédure soumise à la maxime des débats ? Pas à notre sens. Nous partageons pourtant l'avis selon lequel il reste pertinent de savoir si cette preuve excédentaire est à mettre **dans** ou **hors** du cadre des allégations de fait précédemment formulées par les parties, de façon à savoir si elle permettra d'apporter une précision ou de combler une lacune dans l'établissement des faits, ou si à l'inverse elle aboutira à un changement ou à un élargissement de l'objet du litige. Cette frontière reste cependant très théorique⁸¹⁵ :

732

⁸¹³ TF, 4A_375/2016, du 8.02.2017, Etat de fait.

⁸¹⁴ MARKUS/HUBER-LEHMANN, *Zivilprozessuale Grundsätze der Sachverhaltsermittlung – Substantiierung und richterliche Fragepflicht*, RJB 154/2018, p. 276 s.

⁸¹⁵ MARKUS/HUBER-LEHMANN, *Zivilprozessuale Grundsätze der Sachverhaltsermittlung – Substantiierung und richterliche Fragepflicht*, RJB 154/2018, p. 277. (Mise en gras ajoutée).

« Wo die Grenze zwischen Beweisergebnissen zu ziehen ist, die sich « innerhalb » von bereits vorgebrachten Tatsachenbehauptungen bewegen, und solchen, die auf « ausserhalb » von aufgestellten Tatsachenbehauptungen beruhen, bleibt freilich unklar. Das überschüssende Beweisergebnis darf aber auf keinen Fall dazu führen, dass der nach einer natürlichen Betrachtungsweise massgebende normative Lebenssachverhalt, der den Streitgegenstand bestimmt, überschritten wird. **Der Streitgegenstand darf mit anderen Worten durch das überschüssende Beweisergebnis weder geändert noch erweitert werden ; die Dispositionsmaxime setzt die absolute Grenze für bereits Behauptetes, wobei eine Klageänderung im technischen Sinne vorbehalten bleibt.** Vorauszusetzen ist zudem, dass beiden Parteien rechtliches Gehör gewährt wird und sie die Möglichkeit haben, dem überschüssenden Beweisergebnis mit neuen Behauptungen und Beweisofferten entgegenzutreten ».

Si l'on reprend l'argumentation de MARKUS et HUBER-LEHMANN, l'administration d'une preuve excédentaire serait donc envisageable sans avoir besoin d'introduire formellement le fait nouveau dans le procès au sens de l'art. 229 al. 1 CPC, pour autant que :

- **le fait en question se trouve dans le cadre de ce qui a déjà été allégué** (allégation implicite), de sorte que sa prise en considération n'aboutisse pas à un élargissement ou à une modification de l'objet du litige (violation de la maxime de disposition) ;
- une fois le fait admis, **que le droit d'être entendu des parties soit garanti de façon à réparer ou du moins à pallier la restriction à la maxime des débats.**

Nous sommes également d'avis que de telles conditions ne vont pas à l'encontre des principes de la maxime des débats et de la maxime de disposition. De la maxime des débats d'abord, car le fait retenu, bien qu'implicite, découle des allégations des parties, et que la possibilité est offerte aux parties de se positionner ultérieurement sur ce fait, de façon à faire respecter leur droit d'être entendu (contre-preuve, modification de la demande, etc.). De la maxime de disposition ensuite, car l'obligation du juge de se limiter à la prise en compte de faits implicites ne sortant pas du champ des allégations des parties l'empêche de sortir du cadre de leurs conclusions. Pourtant, si l'on admet une telle hypothèse, quelle différence reste-t-il entre la maxime des débats et la maxime inquisitoire sociale, notamment lorsque la partie n'est pas assistée d'un avocat ? En effet, comme le rappelle un arrêt du tribunal cantonal des Grisons de 2017 dans une procédure soumise à la maxime des débats : les expertises, témoignages et déclarations des parties n'ont pas pour fonction de corriger les omissions procédurales des parties (« die Abklärungen durch den Sachverständigen dürfen jedoch nicht dazu dienen, prozessuale Versäumnisse der Parteien nachträglich zu korrigieren. [...] Gerade bei hochtechnischen Fragestellungen ist oft keine der Parteien in der Lage, vor dem Beweisverfahren die zutreffenden Behauptungen aufzustellen »⁸¹⁶).

Selon nous la distinction, aussi mince soit-elle, consisterait en deux points : **la base légale et la justification par le juge**. En effet, contrairement aux cas où s'applique la maxime inquisitoire sociale ou illimitée, le juge devra justifier l'administration d'office des preuves relatives à des faits non contestés (ou établis mais non invoqués à l'appui des conclusions) qu'il

⁸¹⁶ ZK1 16 138, du 23 janvier 2017 (Chambre civile du Tribunal cantonal des Grisons), c. 5b.aa.

prévoit de mener, comme restant dans le cadre des allégations, dès lors qu'une telle intervention fait exception à la maxime des débats. Le juge ne pourra donc pas administrer d'office les preuves sur la base de faits non contestés pour la simple raison **qu'il a** des motifs sérieux de doute, mais **devra exprimer cette incertitude** dans sa décision avant d'administrer des preuves supplémentaires. C'est en tout cas ce qui est reproché par le TF au tribunal inférieur dans l'arrêt précité⁸¹⁷.

736 En effet, le TF a finalement considéré que l'allégation de l'employeur selon laquelle le matériel adéquat était à disposition sur le chantier n'était qu'une **affirmation générale et pas une contestation du fait** qu'il n'y existait pas de petite meuleuse d'angle. Qu'au surplus, l'existence d'une petite meuleuse d'angle n'était pas l'objet de la procédure probatoire et qu'il n'y avait en outre pas de place pour une constatation contredisant les allégations correspondantes des parties. Que, fort de ce constat, il n'appartenait toutefois pas au TF de décider si l'on pouvait tenir compte de cette preuve excédentaire (« Wie es sich vorliegend mit dem Verhandlungsgrundsatz resp. dessen Durchbrechung verhält, braucht nicht abschliessend beantwortet zu werden. Denn zu prüfen ist hier lediglich, ob die Berufung der Beschwerdeführer aussichtslos erscheint »⁸¹⁸). Sans trancher la question, les juges de Mon-Repos relèvent toutefois l'intention du Tribunal cantonal d'appliquer la maxime des débats de manière moins rigoureuse. A ce titre, ils admettent également que l'admission d'office du fait implicite relatif à la taille de la meuleuse aurait pu être justifiée par la cour cantonale en vertu de l'art. 153 al. 2 CPC, qu'il considère applicable à chaque fois qu'il a un doute sérieux sur un fait non contesté (les faits pertinents et contestés faisant toujours l'objet d'une procédure probatoire). Mais qu'en l'absence de parallèle entre l'initiative prise par le tribunal et ladite disposition légale il était impossible de se prononcer sur une telle question⁸¹⁹ :

737 « Es stellt sich hier die Frage, wie konsequent der Verhandlungsgrundsatz umzusetzen ist resp. inwiefern das **Prinzip der formellen Wahrheit eine Durchbrechung zugunsten der materiellen Wahrheit erfährt** [...]. Indem die Vorinstanz vorbringt, **sie müsse sich nicht zulasten der materiellen Wahrheit dumm stellen, vertritt sie eine Relativierung des Verhandlungsgrundsatzes**. Die gesetzliche Grundlage dafür findet sich in Art. 153 Abs. 2 ZPO, wonach das Gericht von Amtes wegen Beweis erheben kann, wenn es an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel hat ». (consid. 5.3.3)

« Wie es sich vorliegend mit dem Verhandlungsgrundsatz resp. dessen Durchbrechung verhält, braucht nicht abschliessend beantwortet zu werden. Denn zu prüfen ist hier lediglich, ob die Berufung der Beschwerdeführer aussichtslos erscheint. Wird der Verhandlungsgrundsatz nicht durchbrochen, sind die Rügen der Beschwerdeführer berechtigt [...]. Grundlage für eine Durchbrechung der Verhandlungsmaxime könnte Art. 153 Abs. 2 ZPO sein. Ob

⁸¹⁷ TF, 4A_375/2016, du 8.02.2017, consid. 5.3.3 : « Indem die Vorinstanz vorbringt, sie müsse sich nicht zulasten der materiellen Wahrheit dumm stellen, vertritt sie eine Relativierung des Verhandlungsgrundsatzes. Die gesetzliche Grundlage dafür findet sich in Art. 153 Abs. 2 ZPO, wonach das Gericht von Amtes wegen Beweis erheben kann, wenn es an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel hat. **Die kantonalen Instanzen beriefen sich allerdings nicht auf diese Bestimmung und entsprechend unterblieb auch eine Prüfung, ob sie im konkreten Fall Anwendung findet** ».

⁸¹⁸ TF, 4A_375/2016, du 8.02.2017, consid. 5.3.4.

⁸¹⁹ TF, 4A_375/2016, du 8.02.2017, consid. 5.3.3 et 5.3.4.

diese Norm Anwendung findet, wurde im kantonalen Verfahren bislang nicht geprüft. Sollte die Vorinstanz dies bejahen, müsste sie anschliessend hinsichtlich der fraglichen Tatsache eine Beweisabnahme von Amtes wegen vornehmen, was bisher unterblieben ist ». (consid. 5.3.4).

Pour terminer, il convient selon nous de relever l'importance de bien définir si un fait ressortant soit des allégations des parties, soit de la procédure probatoire, est dans ou hors du cadre des allégations des parties. En effet, si le juge choisit de retenir qu'il s'agit d'un **fait implicitement allégué**, alors les parties auront failli à leur **devoir de motivation** (« Substanziierungspflicht »), condition *sine qua non* à la mise en œuvre de la maxime des débats. Tandis que si l'on retient finalement qu'il ne s'agissait **pas d'un fait implicitement allégué**, c'est dans ce cas le juge qui aura outrepassé ses compétences ainsi que le cadre de **la maxime des débats** en investigant sur un fait « externe » au contenu des allégations des parties. On peut même envisager une violation de la maxime de disposition si, en se basant sur ce fait excédentaire, le juge sortait des conclusions des parties au moment de rendre son jugement. Cette délimitation aura donc des conséquences importantes sur l'éventuelle responsabilité des parties ou du juge.

(iv) *Atténuations du fardeau de la motivation : fixation du dommage (art. 42 CO) et question du montant global*

Fardeau de la motivation et atténuation du degré de la preuve/exception de l'art. 42 CO : cas de résiliation du contrat de travail par l'employeur. A la suite de la résiliation de son contrat, le travailleur X avait ouvert une action tendant à être indemnisé pour les jours de vacances non pris ainsi que pour le travail accompli durant des jours fériés et jours de congés. En vertu de l'art. 8 CC, le TF rappelle que « c'est au travailleur qui l'invoque de prouver non seulement l'existence d'une obligation de l'employeur de lui accorder des vacances, mais encore la naissance de cette obligation en raison de la durée des rapports de travail »⁸²⁰. A l'inverse, c'est à l'employeur qui s'en prévaut de démontrer que le travailleur a pris des vacances. En appliquant l'art. 42 al. 2 CO par analogie, le juge fédéral admet toutefois une **réduction des exigences en matière de preuve lorsqu'une preuve stricte ne peut être établie ou ne peut être imposée en raison de la nature de l'affaire**. Le critère sous-jacent étant que la réalisation du droit ne doit pas se heurter à des exigences trop sévères ou inégales en matière de degré de la preuve⁸²¹. Après appréciation des preuves, le TF arrive effectivement à la conclusion que le nombre de jours de vacances déjà pris par l'employé ne pouvait pas être établi avec exactitude. Il retient donc le critère de la « haute vraisemblance » voire du « caractère crédible » d'un fait comme suffisant⁸²².

⁸²⁰ JdT 2003 I 606, consid. 2a.

⁸²¹ JdT 2003 I 606, consid. 2b. aa. Sur le critère des « exigences exagérées » voir aussi : ATF 114 II 289 ; ATF 112 II 172 ; TF, 4A_588/2011, RSPC 2012 388 ; TF, 4A 155/2014, consid. 7.3 et 7.4.

⁸²² ATF 128 III 271, consid. 2. Bb : «Es bestehe eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Kläger tatsächlich die ihm zustehenden Ferien nicht lückenlos bezogen habe».

Allégations suffisamment précises/art. 42 CO : il revient au tribunal de se prononcer d'office concernant l'estimation du dommage, même si la disposition en question n'a pas été invoquée par la partie concernée (consid. 3). En effet, à la suite de la faillite d'une société anonyme Y, deux sociétés V et W s'étaient fait céder des prétentions contre les membres du conseil d'administration de la faillie. Ces deux sociétés ont par la suite ouvert une action en réparation du dommage dû à un retard dans le dépôt de bilan de ladite société. Dans cette affaire, le Tribunal est arrivé à la conclusion que le **dommage qui résulte d'un tel retard est déterminé** « en comparant le montant du patrimoine de la société au moment de l'ouverture effective de la faillite avec celui qui existait au moment où la faillite aurait dû être prononcée », la valeur d'exploitation n'étant à ce stade plus décisive⁸²³. Le juge fédéral revient ensuite sur la décision de la Cour cantonale qui reprochait aux recourantes d'avoir présenté des allégations insuffisamment précises, empêchant une contestation et une offre de preuve correspondante de la partie adverse (« *Eine Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR hat somit im Rahmen richterlicher Rechtsanwendung von Amtes wegen zu erfolgen, ungeachtet der Frage, ob und zu welcher Schadensposition sich ein Geschädigter darauf beruft* »)⁸²⁴.

741 Allégation d'un montant global : selon l'art. 368 al. 1 *in fine* et al. 2, 2^e phr. (droits du maître en cas d'exécution défectueuse de l'ouvrage), et l'art. 42 al. 1 CO c'est au maître de l'ouvrage qu'incombe ce fardeau de prouver le dommage. Le TF se réfère ensuite aux fardeaux de l'allégation objectif et subjectif pour préciser les obligations du maître d'ouvrage⁸²⁵ : « Le maître supporte également le fardeau de l'allégation objectif, qui découle de la règle sur le fardeau de la preuve, dans les procès soumis à la maxime des débats (ATF 142 III 462, consid. 4.3.). Cette désignation, par le droit matériel, de la partie qui supporte ces fardeaux, exerce indirectement une influence sur le fardeau de l'allégation subjectif et sur le fardeau de l'administration des preuves, lesquels relèvent du droit de la procédure ».

742 En l'espèce, la procédure d'action en dommages-intérêts était soumise à la maxime des débats (art. 57 CPC/NE). Par conséquent, c'était aux parties d'alléguer les faits et d'offrir les moyens de preuve sans que le juge ne puisse ni suppléer ni suggérer des faits qu'une partie n'aurait pas allégués spontanément (art. 57 al. 1 CPC/NE). Le TF tempère ce principe en rappelant que les exigences éventuellement excessives quant à la forme ou/et au contenu de l'allégation sont limitées par la notion de « Substanziierungspflicht » déduite du droit matériel par la jurisprudence. Ainsi « **la motivation des faits est suffisante si le contenu de l'allégation de chacun des faits pertinents permet au juge, non seulement d'appliquer le droit fédéral, mais encore d'administrer les preuves nécessaires pour élucider ce fait** »⁸²⁶. Cette atténuation ne va toutefois pas jusqu'à admettre l'allégation d'un montant global (« De

⁸²³ JdT 2011 II 537, consid. 3.2.

⁸²⁴ ATF 136 III 322, consid. 3.4.4 et 3.4.5. Voir aussi l'ATF 138 III 241 relatif à une limitation du devoir de motivation dans le cadre d'un contrat d'assurance : « le bénéficiaire n'a pas à détailler la réalisation du cas de garantie plus que ne l'exige le texte de la clause » (consid. 3.5).

⁸²⁵ TF, 4A_514/2016 du 6.04.2017, consid. 3.4.1.

⁸²⁶ TF, 4A_514/2016 du 6.04.2017, consid. 3.4.2 (Mise en gras ajoutée) ; ATF 127 III 365 consid. 2b ; ATF 123 III 183 consid. 3e ; ATF 108 II 337, consid. 2 et les arrêts cités ; TF, 4A_566/2015 du 8.02.2016, consid. 4.2.2.

fait, comme la réfection ne peut pas être raisonnablement exigée, le maître de l'ouvrage doit être replacé dans la situation qui serait la sienne s'il n'avait pas conclu le contrat d'architecte global. La demanderesse devait donc alléguer ou tout au moins prouver les postes de son dommage négatif »⁸²⁷. Sauf à admettre que les conditions de l'art. 42 al. 2 CO sont admises, la partie au procès ne peut donc pas se contenter d'alléguer le montant global de son dommage et demander au juge d'ordonner une expertise.

Allègement en matière de LEg : l'allègement du fardeau de la preuve instauré par l'art. 6 de cette loi, ne s'applique pas à l'embauche. La preuve d'une discrimination à l'embauche étant toutefois excessivement difficile à rapporter, le juge devra le plus souvent se satisfaire d'une **vraisemblance prépondérante**⁸²⁸.

743

(v) *Devoir de renseigner dans le cadre d'une procédure en modification du jugement de divorce soumise à la maxime des débats (art. 277 al. 2 CPC) et questions relatives aux contributions d'entretien*

Dans l'ATF 143 III 113, la question se pose de savoir s'il existe **un devoir de renseigner dans le cadre d'une requête en modification du jugement de divorce** et si oui, sur quelle base. Le TF examine successivement un devoir de renseignement fondé sur le droit matériel (art. 170 CC et art. 2 CC : devoir de collaborer fondé sur la bonne foi et la solidarité entre ex-époux)⁸²⁹ et un autre fondé sur le droit procédural (art. 158 CPC : requalification de l'acte du requérant en requête de preuve à futur)⁸³⁰. Il conclut au rejet de ces deux moyens⁸³¹. Il semble toutefois qu'il existe une possibilité pour le juge de **requérir d'office la production de documents** et ce, même dans le cadre d'une procédure de modification du jugement de divorce. En effet, contrairement à la formulation de prime abord trompeuse de l'art. 277 CPC, les al. 1 et 3 font de la maxime des débats l'exception, et de la maxime inquisitoire la règle. C'est

744

⁸²⁷ TF, 4A_514/2016 du 6.04.2017, consid. 3.4.3 (Mise en gras ajoutée).

⁸²⁸ TF, 8C_821/2016 du 26.01.2018, consid. 3, SJ 2018 I 392.

⁸²⁹ En premier instance, l'autorité a admis la requête de l'époux tendant à condamner son ex-épouse – dont il soupçonne une modification de la situation financière – à fournir des renseignements complets sur son revenu. L'autorité admet ladite requête sur la base du principe de la bonne foi, considérant que les ex-époux étaient liés par une relation particulière fondée sur la solidarité après le divorce qui justifie la remise d'informations (art. 2 CC). ATF 143 III 113, consid. 4.3.

⁸³⁰ En deuxième instance, le Tribunal rejette le recours de l'ex-épouse mais cette fois en requalifiant l'acte du requérant de requête de preuve à futur, ce dernier ayant rendu vraisemblable un état de fait susceptible d'être prouvé à l'aide des preuves requises (art. 158 CPC). ATF 143 III 113, consid. 4.4.

⁸³¹ Concernant l'existence d'un devoir de renseigner fondé sur le droit matériel (art. 2 et 170 CC), le TF tranche par la négative. Certes, le devoir de renseigner peut perdurer après que le prononcé sur le principe du divorce ait été rendu. Toutefois, l'objet de la requête n'est pas, à proprement parler, l'entretien après divorce (relation entre ex-époux), mais la modification de l'entretien (relation créancier-débiteur). Or une telle modification se fonde sur un changement de situation financière et pas sur l'existence d'une « solidarité entre ex-époux ». S'agissant de la requalification en requête de preuve à futur (art. 158 CPC), le TF rappelle qu'une telle requête est soumise aux mêmes exigences qu'une réquisition de preuve formulée pendant le procès. Ainsi, elle doit être formulée de manière suffisamment claire et désigner précisément l'écrit visé en décrivant son type et son contenu lorsqu'il s'agit d'une requête de titre (art. 221 al. 1 let. e CPC). En l'espèce, la requête a été jugée invalide au motif qu'elle était formulée en terme généraux et ne désignait aucun moyen de preuve concret susceptible d'être administré par le tribunal. ATF 143 III 113, consid. 4.3 et 4.4.

ce qui ressort de l'énoncée de l'art. 277 al. 2 CPC, applicable « dans le reste de la procédure », ainsi que de l'art. 160 CPC (obligation de collaborer).

745 L'obligation de collaborer est expressément prévue à l'art. 160 CPC. La conséquence d'un refus de collaborer sans motif valable sera, selon l'art. 164 CPC, que le tribunal **pourra tenir compte de ce refus au moment de l'appréciation des preuves**. Il s'agira donc d'une incombance procédurale qui, dans le meilleur des cas, aboutira à un indice de véracité en faveur de la partie ayant requis la production du titre. La jurisprudence parle de « **tenir des faits non établis pour avérés**, au détriment de la partie qui se refuse à collaborer »⁸³². L'on peut ainsi partir de l'idée que ce constat pourra s'étendre aux **allégations contestées et non prouvées** par la partie silencieuse/récalcitrante, si la preuve offerte était pertinente et aurait dû découler uniquement d'une pièce dont la production avait été vainement exigée de cette dernière. A noter encore que cette règle s'applique lorsque l'objectif de la partie consiste à **faire obstacle à la manifestation de la vérité** (justifiant une sanction pénale), mais aussi **indépendamment de l'établissement de sa mauvaise foi/d'un motif injustifié** poussant la partie récalcitrante à refuser de collaborer. Néanmoins, l'art. 164 ne doit pas être appliqué lorsque le refus de collaborer porte sur une **preuve dont l'apport demeure possible** avec la collaboration d'une autre partie à la procédure ou d'un tiers et ne doit pas être confondu avec une **collaboration viciée**⁸³³.

746 L'art. 277 al. 2 CPC (en lien avec l'art. 284 al. 3 CPC) vient toutefois pallier un tel problème en prévoyant une atténuation au principe de la maxime des débats en ce qui concerne la procédure de modification du jugement de divorce. Lorsque cela s'avère nécessaire, le juge doit donc requérir des parties les documents manquants pour pouvoir statuer sur les conséquences patrimoniales du divorce. Ainsi, le juge ordonne la production de tous les documents dont il a besoin pour statuer sur les conclusions des parties, même en l'absence de réquisition de leur part. En assouplissant le régime de la maxime des débats, cette disposition permet donc de faire aboutir les réquisitions de preuve insuffisamment motivées, sans toutefois autoriser le tribunal à établir les faits d'office⁸³⁴.

747 Selon BOHNET et HÄNNI, l'art. 277 al. 2 CPC ne peut s'appliquer à l'hypothèse en question, dans la mesure où il s'agit d'une requête de preuve à futur, soumise à la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC) et pour laquelle l'art. 277 al. 2 CPC ne s'applique donc pas. Si l'on retient toutefois que la requête de preuve à futur est une **requalification par le tribunal de deuxième instance** de l'acte introduit par le requérant⁸³⁵, on peut se demander s'il ne serait

⁸³² CACI VD, 12.5.2015, HC/2015/319, consid. 4.2.1.

⁸³³ CR CPC-JEANDIN, art. 164 N 4, 7, 9, 12 ; PC CPC-NUSSBAUMER, art. 164 N 4 et *passim*.

⁸³⁴ BK ZPO II-SPYCHER, art. 277 N 21 ; SUTTER-SOMM/GUT, in : Sutter-Somm et al., ZPO Komm., art. 277 N 13 ; BOHNET, CPra-Matrimonial, art. 277 N 6 ; BOHNET/HÄNNI, Devoir de renseigner dans le cadre d'une procédure en modification du jugement de divorce ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_295/2016, Newsletter DroitMatrimonial.ch mai 2017, p. 3. Voir aussi : TF, 5A_751/2014, du 28.05.2015, consid. 2.3.

⁸³⁵ « Am 6. Oktober 2015 beantragte B.A. beim Familiengericht Baden, A.A. aufzufordern, « umfassend Auskunft über ihre Einkommen (inklusive Renten) ab dem 1. Januar 2014 bis heute zu erteilen ». ATF 143 III 113, B. (Sachverhalt).

pas possible de finalement retenir l'application possible de cet article. En dehors de l'hypothèse particulière d'une requête de preuve à futur, c'est en tout cas ce que semble retenir le Message du Conseil fédéral ainsi qu'une partie de la doctrine⁸³⁶. Selon TAPPY, l'art. 277 al. 2 CPC vise tout particulièrement les questions soumises à la maxime des débats au sens de l'al. 1, « par exemple pour établir ou actualiser les revenus à prendre en compte pour la fixation d'une éventuelle contribution d'entretien après divorce (art. 125 ss CC) »⁸³⁷.

En matière de **fixation des contributions d'entretien**, il appartient au **créancier de prouver la capacité économique du débiteur**. Ce devoir d'allégation et de motivation sera toutefois relativisé dans le cas où certaines informations relatives à la capacité contributive du débiteur ne sont accessibles qu'à ce dernier. Il n'en va pas de même pour la **modification de la contribution d'entretien**, pour laquelle il reviendra au **débiteur de justifier ce changement**, sauf s'il s'agit d'une action tendant à une augmentation d'une contribution d'entretien. Dans ce cas, il incombera au créancier-demandeur d'établir un changement justifiant cette augmentation⁸³⁸.

Enfin, un arrêt récent a traité la question de **savoir si un tribunal peut fixer le montant de l'entretien de l'épouse en tenant compte des informations obtenues par la maxime inquisitoire applicable à l'entretien de l'enfant**. Selon l'argument invoqué par la recourante, les maximes d'office et inquisitoire ne s'appliquent que pour fixer l'entretien de l'enfant (art. 296 al. 1 et 3 CPC) et non celui de l'épouse. De ce fait, l'art. 317 CPC excluerait que le Tribunal cantonal tienne compte des éléments fournis par l'époux au cours de la procédure d'appel. Le TF rappelle toutefois que **l'entretien de l'enfant et de l'épouse sont interdépendants**. Cette interdépendance est d'autant plus prégnante que l'entretien de l'épouse a été déterminé d'après une méthode en deux étapes, qui consiste à confronter le revenu total des époux, respectivement des parents, aux besoins de tous les membres de la famille, besoins qui seront ensuite couverts selon une clé de répartition des ressources disponibles (le recours à cette méthode a d'ailleurs été validée par le TF dans cet arrêt). Ce faisant, **les connaissances acquises en vertu de la maxime inquisitoire absolue applicable pour fixer l'entretien de l'enfant sont ainsi également pertinentes pour déterminer l'entretien de l'épouse**. Fort de ce constat, le TF arrive à la conclusion que le Tribunal cantonal n'est pas tombé dans

⁸³⁶ Message CPC 2006, p. 6969 : « 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 ». Voir aussi : CR CPC-TAPPY, art. 277 N 9 ; SUTTER-SOMM/GUT, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 277 N 12.

⁸³⁷ CR CPC-TAPPY, art. 277 N 9.

⁸³⁸ TF, 5A_96/2016 du 18.11.2016, consid. 3.1.

l'arbitraire en fixant l'entretien de l'épouse eu égard aux connaissances acquises en vertu de la maxime inquisitoire applicable pour déterminer l'entretien de l'enfant⁸³⁹.

(vi) *Fardeau de l'allégation et de la contestation : mise en cause de la responsabilité de l'avocat dans la perte d'un procès*

750 **Procès contre un avocat à la suite de la perte d'un procès en responsabilité médicale. Manquements de l'avocat (absence de critique d'une expertise concernant le lien de causalité) allégués à satisfaction par le demandeur, de même qu'un calcul, non contesté devant le premier juge par le recourant (« Behauptungs- und Substanziierungslast »; art. 55 al. 1 CPC)⁸⁴⁰ :** un patient est victime d'une attaque cérébrale lors d'un examen médical dans un hôpital en 2003. Les médecins de l'hôpital s'en rendent compte trop tard, c'est pourquoi le traitement nécessaire n'est pas initié à temps. Depuis lors, le patient est partiellement paralysé et très gravement handicapé. Un procès intenté contre l'hôpital en 2006 par l'avocat du patient de l'époque a été rejeté par toutes les instances judiciaires, la dernière en date étant le TF en 2013. Dans le cadre de la procédure engagée à l'époque contre l'hôpital, le tribunal de première instance a obtenu une expertise médicale. Les experts ont conclu que le patient aurait été gravement handicapé **même si l'attaque avait été traitée à temps**. Par conséquent, ils ont supposé que le traitement tardif de l'accident vasculaire cérébral n'était pas la cause des affections du plaignant. **L'avocat représentant le patient dans le procès contre l'hôpital a ensuite manqué le délai pour poser des questions supplémentaires aux experts.** Après que le TF a confirmé le rejet de la demande en 2013, le patient (accompagné d'un nouveau mandataire) a engagé **une action en justice contre son ancien avocat** devant un tribunal différent de celui qui avait évalué la demande contre l'hôpital, en faisant valoir que la procédure de l'époque se serait terminée en sa faveur s'il avait soumis en temps utile les questions supplémentaires à l'expertise qu'il avait l'intention de poser et, au surplus, en signalant notamment aux experts la notion de causalité erronée et prise en compte dans leur rapport.

751 Le présent arrêt a donc la particularité de cumuler deux questions hypothétiques, à savoir (1) l'état de santé du patient se serait-il amélioré s'il avait été traité correctement ? (2) le premier procès aurait-il eu une issue plus favorable pour la victime si le procès avait été mené correctement ? La question de la **responsabilité médicale** constitue la base du procès en **responsabilité civile de l'avocat**. Le tribunal régional de Berne a partagé l'avis du lésé et accepté la plainte contre son ancien avocat ; ensuite tant la Cour suprême du canton de Berne que le TF ont rejeté l'appel, respectivement le recours contre cette décision.

752

⁸³⁹ TF, 5A_800/2019, du 9.02.2021 [publication ATF prévue] et commentaire de TURRINI E., Contribution d'entretien conjugal : précisions et clarifications, LawInside, 1 mai 2021.

⁸⁴⁰ TF, 4A_605/2019, du 27.05.2020 ; RSPC 1/2021, p. 1 ss. Voir aussi la publication de Schadenanwalte, Nach 17-jähriger Leidensdauer: schadenanwalte gewinnt komplexen Haftpflichtfall vor Bundesgericht, <https://www.schaden-anwalte.ch/2020/11/04/nach-17-jaehriger-leidensdauer-schadenanwalte-gewinnt-komplexen-haftpflichtfall-vor-bundesgericht/> (05.09.2021).

Dans ce cadre, le TF s'est largement exprimé dans le cadre du fardeau de l'allégation et de la substantification et de manière générale sur les obligations découlant de l'art. 55 al. 1 CPC en rappelant que :

- conformément à l'art. 55 al. 1 CPC, les parties doivent présenter au tribunal les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et indiquer les preuves. Un exposé des faits ne doit **pas nécessairement contenir tous les détails**. Il suffit que les faits rattachés aux normes soutenant la prétention soient **affirmés dans leurs traits essentiels ou leurs contours d'une manière correspondant aux usages de la vie**. Un tel exposé complet des faits est qualifié de **probant**, car, à supposer qu'il soit vrai, il permet de **conclure à la conséquence juridique recherchée** (consid. 4.1) ;
- le fardeau de l'allégation et de la justification (« Behauptungs- und Substanziierungslast ») **n'oblige pas la partie qui en a la charge à réfuter à l'avance toutes les objections possibles de la partie adverse**. Ce n'est que dans la mesure où la partie adverse conteste les faits concluants présentés par la partie ayant la charge de l'allégation qu'une charge de « substantification » allant au-delà du fardeau de l'allégation s'applique. Dans ce cas, les conclusions ne doivent pas seulement être présentées dans les grandes lignes, mais aussi **décomposées en faits individuels de manière si complète et claire que des preuves peuvent être acceptées ou des contre-preuves présentées** (consid. 4.1.1) ;
- la contestation doit être **suffisamment précise pour déterminer quelles sont les allégations individuelles du demandeur qui sont contestées**; elle doit également être **suffisamment précise quant à son objet** pour que la partie adverse sache quelle allégation factuelle individuelle elle doit prouver (cf. art. 222 al. 2 CPC). Le **degré de motivation/justification d'une affirmation influe donc sur celui ensuite requis pour sa dénégation** ; plus des faits individuels détaillés sont allégués parmi un ensemble de faits, plus la partie adverse devra expliquer concrètement lesquels elle conteste. En bref, est requis : **une déclaration claire selon laquelle la véracité d'une affirmation spécifique et concrète de l'adversaire est remise en question. Une contestation suffisante permet à la partie à laquelle incombe l'allégation d'identifier celles de ses allégations qu'elle doit étayer davantage et celles qu'elle doit finalement prouver** (consid. 4.1.2).

A la question de **savoir si l'expertise réalisée dans le cadre de la procédure en responsabilité médicale était defectueuse** (en ce qui concerne la causalité), le TF répond par l'affirmative. Il constate en effet que l'expertise ne répondait qu'à la question de savoir quelle aurait été la probabilité que le lésé, ne subisse qu'une atteinte légère, voire aucune, s'il avait été traité correctement. Elle se limite en outre à analyser la probabilité d'un « **bon résultat** » en l'absence de manquement (consid. 3.1). Or, la **causalité** entre le manquement aux obligations (erreur médicale) et le dommage ne doit être admise que s'il est établi que le lésé se serait retrouvé dans un « **meilleur** » **état de santé** (et pas seulement bon ; consid. 5.6). En ne se prononçant pas sur cette hypothèse, **l'expertise n'a donc pas répondu à la question**

pertinente en l'espèce pour établir la causalité, raison pour laquelle le Tribunal fédéral a estimé qu'elle était lacunaire (consid. 5.6.3)⁸⁴¹.

754 Le TF a ensuite examiné **si, en appliquant la notion correcte de causalité, l'hôpital aurait été tenu de verser des dommages-intérêts à la victime** dans le procès initial en raison de l'absence de traitement. Le droit à des dommages-intérêts se calcule en fonction la différence entre les coûts résultant de l'état de santé effectif de la victime et les coûts hypothétiques qui auraient été occasionnés selon toute vraisemblance après un traitement approprié. Il s'agissait donc de comparer l'état de santé effectif du lésé (sans traitement) avec l'état de santé hypothétique (après traitement) (consid. 5.6). Dans ce cadre, le TF a considéré que **l'appréciation de l'instance précédente**, selon laquelle l'état de santé du lésé aurait, **selon toute vraisemblance, été meilleur avec le traitement** plutôt que sans n'était **en tout cas pas arbitraire** (consid. 7.2). En appliquant la notion correcte de causalité, l'hôpital aurait donc été tenu de verser des dommages-intérêts au lésé dans le procès initial⁸⁴².

755 Finalement, sur la question de savoir si la perte du procès en responsabilité médicale était due à une violation de ses obligations par l'ancien avocat de la victime (cf. consid. 5.7 et consid. 5.9) : le TF a estimé que **l'ancien avocat aurait dû veiller, en posant les questions complémentaires, à ce que l'expert réponde aux questions juridiquement pertinentes**, c'est-à-dire savoir si un traitement correct aurait été susceptible de (1) ne pas, (2) presque pas provoquer des troubles, ou de (3) provoquer des troubles plus légers. Mais **ayant omis de le faire, les objections du nouvel avocat contre la notion de causalité à la base de l'expertise n'ont pas pu être suivies dans le procès en responsabilité médicale**. Dans cette mesure, le Tribunal fédéral a admis **l'existence d'une violation causale des obligations de l'ancien avocat**, raison pour laquelle celui-ci a été tenu pour responsable envers son ancien client⁸⁴³.

756 ROBERTO et ZBINDEN évoquent, concernant cet arrêt, la difficulté ici cumulée de trancher des événements hypothétiques particulièrement incertains, propres aux questions de responsabilité médicale et de responsabilité des avocats. Dans les procès en responsabilité médicale, il s'agit d'évaluer la probabilité que l'état de santé du patient se serait amélioré avec un traitement médical; dans les procès en responsabilité des avocats, il s'agit d'évaluer comment les tribunaux auraient tranché l'affaire lors du premier procès si l'avocat n'avait pas manqué à son devoir de diligence. Dans un cas comme dans l'autre, **aucune certitude n'est possible, raison pour laquelle la répartition de la charge de la preuve, le degré de preuve et l'allègement de la preuve sont importants et ont une influence déterminante sur l'issue du procès**⁸⁴⁴.

757 Un autre **procès en responsabilité contre l'avocat faute pour celui-ci d'avoir allégué de manière suffisante et d'avoir proposé les preuves adéquates** a également fait l'objet d'un

⁸⁴¹ TF, 4A_605/2019, du 27.05.2020 et note de ROBERTO/ZBINDEN in : PJA 6/2021 p. 828 s.

⁸⁴² TF, 4A_605/2019, du 27.05.2020 et note de ROBERTO/ZBINDEN in : PJA 6/2021 p. 829.

⁸⁴³ TF, 4A_605/2019, du 27.05.2020, consid. 4.2.

⁸⁴⁴ TF, 4A_605/2019, du 27.05.2020, note de ROBERTO/ZBINDEN in : PJA 6/2021 p. 831.

arrêt en 2019⁸⁴⁵. L'acheteur d'un véhicule d'occasion en leasing était représenté par un avocat dans une procédure judiciaire visant à établir son droit de propriété. Cette affaire a été perdue au motif que l'acheteur n'avait pas prêté l'attention attendue de lui lors de l'achat du véhicule d'occasion. A la suite de cet échec, l'acheteur s'est ensuite retourné contre son avocat, lui reprochant d'avoir **plaidé de manière négligente**, en omettant notamment de présenter certaines conclusions étayées par des preuves. Il avait en particulier omis de demander un rapport judiciaire sur la conformité au marché du prix d'achat, de contester les déclarations relatives à l'absence de la mention « changement de propriétaire interdit » et de contester/questionner la fiabilité du vendeur du véhicule et de sa bonne foi. Cela étant, l'acheteur a exigé près de 200'000 fr. de son ancien représentant légal. Les deux tribunaux cantonaux ont rejeté sa demande aux motifs que la **violation du devoir de diligence de l'avocat n'avait pas été suffisamment étayée** et qu'il n'y avait **pas de lien de causalité entre une éventuelle violation du devoir de diligence et la perte de l'affaire**. Le TF a notamment rappelé qu'en tant que mandataire, l'avocat a un **devoir de diligence et de loyauté**. Il doit indemniser son client pour tout **dommage causé par son exécution négligente ou infidèle du mandat**. Toutefois, il n'est **pas responsable du succès de son travail**. L'avocat **ne porte pas la responsabilité des risques spécifiques liés à la formation et à l'application d'un avis juridique en tant que tel**. Il exerce une activité qui comporte des risques, lesquels doivent également être pris en compte au moment d'analyser son éventuelle responsabilité. Il n'est pas responsable de toute mesure ou omission qui, rétrospectivement, a causé ou aurait évité le dommage. **Le risque de litige reste à la charge du client**⁸⁴⁶.

En ce qui concerne le degré de diligence de l'avocat, la loi renvoie aux dispositions relatives au droit du travail. Bien que le mandataire ne soit pas tenu à la même diligence raisonnable (moins stricte) qu'un employé, il est responsable selon les mêmes règles. L'exigence de diligence est donc fondée sur les **compétences, l'expertise** et les **caractéristiques du mandataire**, qui étaient connues ou aurait dû être connues par son mandant. Les circonstances du cas d'espèce doivent toujours être prises en compte. Il va de soi que la distinction entre une action justifiable et injustifiable est souvent difficile à définir (et que l'on est toujours plus clairvoyant après coup, lorsqu'il s'agit de dire quelle est la meilleure manière de procéder). Néanmoins, un manquement de l'avocat à ses obligations dans le cadre de la conduite d'une affaire entraîne sa responsabilité s'il faut retenir que **l'issue de la procédure aurait été meilleure pour le client si l'avocat avait agi consciencieusement**. Il convient donc d'examiner comment le procès initial se serait déroulé sans la violation du devoir de diligence par l'avocat. **Le client doit donc mener une sorte de procès fictif** et prouver que le procès initial se serait révélé plus favorable pour lui s'il avait mené le procès avec diligence⁸⁴⁷.

En l'occurrence, l'acheteur faisait valoir le fait que son représentant légal avait violé son « Substanzierungspflicht » à son désavantage. L'acheteur devait donc démontrer par des

⁸⁴⁵ TF, 4A_659/2018, du 15.07.2019 ; RSPC 6/2019, p. 485 ss.

⁸⁴⁶ TF, 4A_659/2018, du 15.07.2019 ; RSPC 6/2019, p. 485 ss. Voir aussi : Ius.focus, November 2019 Heft 11.

⁸⁴⁷ TF, 4A_659/2018, du 15.07.2019 ; RSPC 6/2019, p. 485 ss. Voir aussi : Ius.focus, November 2019 Heft 11.

allégations concrètes ce que son représentant légal aurait dû faire à l'époque. Ce n'est qu'à cette condition que son ancien représentant légal pouvait faire un démenti motivé. Toutefois, en l'absence d'allégations concrètes, le TF a jugé qu'il n'était pas possible d'examiner comment l'affaire perdue aurait tourné, sans cette prétendue violation de l'obligation d'étayer de manière suffisantes ses allégations. Le pourvoi a donc été donc rejeté⁸⁴⁸.

760 Selon SCHNEUWLY, il semble douteux que le client doive réellement prouver que l'affaire perdue se serait terminée victorieusement ou que le dommage ne se serait pas produit si l'avocat avait satisfait à la charge de la preuve. **Une telle causalité hypothétique n'est probablement pas un fait à prouver, mais une question de droit**⁸⁴⁹. DROESE rappelle pour sa part que de telles décisions traitant de la responsabilité de l'avocat sont **relativement rares**, et plus rares encore les cas dans lesquels cette responsabilité découle directement de prétendus défauts de fond. Il rappelle en outre que dans une procédure engagée contre l'avocat, il faut **démontrer en détail ce qu'il a omis de présenter** (c'est-à-dire de faire des allégations et d'offrir des preuves) en violation de son devoir, de même que l'existence d'**un lien de causalité (hypothétique) entre cette omission et la perte de l'affaire**. Cela revient à démontrer qu'il existe (au moins) **une probabilité élevée que le tribunal aurait décidé différemment sur la base d'allégations plus étayées**. Il s'agit selon ses mots d'un programme exigeant (« anspruchsvolles Programm »), qui demande bien plus que de simplement faire admettre le manque de justification dans les allégations. Toujours selon DROESE, le tribunal devrait en principe supposer que c'est en raison des faits de l'affaire (vécus par la partie) et non de leur présentation dans le procès (en principe rédigés par l'avocat) que des aspects potentiellement pertinents sur le plan juridique n'ont pas été mentionnés ou étayés. Partant de ce constat, la partie devrait (seulement) avoir à démontrer – dans le cadre d'une procédure en responsabilité – en quoi et pourquoi c'est en fait le contraire qui est vrai⁸⁵⁰ :

761 « Dass es nicht angeht, aus allfälligen, vom Gericht identifizierten Lücken im Tatsachenvortrag bzw. Beweisangebot unmittelbar auf handwerkliche Fehler des Rechtsvertreters zu schliessen, leuchtet ein, **denn für solche Unterlassungen mag es Gründe geben [...], die das Gericht nicht kennt und namentlich unter dem Verhandlungsgrundsatz (Art. 55 Abs. 1 ZPO) auch nicht kennen muss** – von der mangelhaften Instruktion durch die Klientschaft bis zur Vermeidung von Bumerang-Effekten. Anders gewendet: Grundsätzlich muss ein Gericht davon ausgehen, es liege am (von der Partei erlebten) Sachverhalt und nicht an dessen (allenfalls von einer Anwältin verfassten) Darstellung im Prozess, wenn potenziell rechtserhebliche Aspekte unerwähnt oder unbelegt bleiben. **Im Rahmen des Haftungsprozesses wäre dann durch die Partei zu zeigen, dass und weshalb es sich umgekehrt verhält (ein Unterschied, den freilich nicht alle Urteile hinreichend deutlich machen, wenn sie im Zusammenhang mit Lücken und Ungenauigkeiten in der Sachdarstellung ominös von der «anwaltschaftlich beratenen» Partei sprechen)**. Den entsprechenden Darlegungs- und Substanziierungsobliegenheiten kann die Haftungsklägerin namentlich dort leicht

⁸⁴⁸ TF, 4A_659/2018, du 15.07.2019 ; RSPC 6/2019, p. 485 ss. Dans le même sens: «Richtig ist, dass eine Partei einzig das Tatsachenfundament und die diesbezüglichen Beweismittel darlegen muss. Wenn die Klägerin dem Beklagten [d. h. ihrem ehemaligen Anwalt] vorwirft, er habe genau dies unterlassen, **so ist ihr zu entgegen, dass auch sie es unterlässt, konkret anzugeben, was der Beklagte hätte vorbringen müssen**», OGer ZH LB180041, 13.11.2018, consid. 2.9. (Mise en gras ajoutée).

⁸⁴⁹ Note de SCHNEUWLY in : Ius.focus, November 2019 Heft 11, Haftung des Prozessanwalts.

⁸⁵⁰ RSPC 6/2019, p. 485 ss, note de DROESE, p. 490 et 491.

nachkommen, wo nicht eine diffuse Frage wie die Substanziierung, sondern ein handfesteres Thema wie die Erhebung der Verjährungseinrede zur Diskussion steht. Kurz, und um die im Titel gestellte Frage zu beantworten: **Die Substanziierung frisst ihre eigenen Kinder nicht**».

La leçon à tirer de cette décision est, d'après DROESE, que le demandeur de dommages-intérêts doit mener un **procès fictif** en démontrant ce qui aurait dû être correctement plaidé lors du premier procès et comment cela aurait affecté le résultat du procès. Cette présentation ultérieure ne se réfère toutefois pas à l'objet du premier procès en tant que tel, mais au jugement rendu par le tribunal qui s'en occupe spécifiquement, dans la mesure où le TF a précisé dans son arrêt que la procédure en responsabilité de l'avocat ne peut pas servir à contrôler la justesse des considérations du tribunal de commerce comme une cour d'appel. Dans cette perspective, il est donc important de distinguer **l'objet de la procédure initiale de celui de la procédure de responsabilité**.

762

e. Exemples de violation de l'art. 55 CPC

Prenant en considération la jurisprudence précédemment citée, sont des cas de **violation de l'art. 55 CPC** et plus précisément de la charge de l'allégation, de la contestation ou de la motivation suffisante des faits allégués :

763

- **L'admission d'une demande dont la motivation quant aux faits était insuffisante compte tenu de la norme de droit matériel sur laquelle elle se fondait.** Viole ainsi le principe de l'allégation de l'art. 55 CPC et le devoir de motivation suffisante des faits allégués le tribunal qui statue sur une telle demande. *A contrario*, il en ira de même pour le tribunal qui rejette, pour motivation insuffisante, une demande pourtant suffisamment motivée conformément à la règle de droit fédéral⁸⁵¹ ;
- **L'exigence disproportionnée au devoir de motivation posée par le tribunal**, qui impose par exemple des allégations plus détaillées que ce qui est normalement attendu en vertu de la disposition applicable en l'espèce⁸⁵² ;
- **Le tribunal qui spécule sur les conséquences juridiques des faits autres que ceux régulièrement établis dans le procès ou encore sur l'issue de la cause, si la partie avait choisi de procéder différemment**⁸⁵³. Cela étant, les exceptions ne peuvent être

⁸⁵¹ TF, 5A_397/201 du 23.11.2016, consid. 6.1.

⁸⁵² TF, 4A_588/2011 du 3.05.2012, consid. 2.2.1 ; TF, 4A_539/2014 du 7.05.2015, consid. 3.4. En effet, le TF considère qu'il n'est pas attendu des parties qu'elles aillent dans les moindres détails concernant les éléments contenus dans leurs moyens de preuve : TF, 4A_195/2014 du 27.11.2014, consid. 7.3.3, non publié à l'ATF 140 III 602, RSPC 2015 p. 114, note de Rétormaz.

⁸⁵³ BOHNET, CPC annoté, art. 55 N 2 ; TF, 4A_142/2014, consid. 5, sic ! 2015 49. Ne rentre pas dans cette catégorie, les faits non contestés qui ont été avancés, non pas par celui qui en tirait un droit, mais par son adversaire (TF, 5A_672/2012, RSPC 2013 312, consid. 6.2).

prises en compte d'office ; il s'agit d'un droit subjectif du débiteur qu'il peut utiliser dans sa défense⁸⁵⁴ ;

- Dans le cas où il est impossible de proposer une preuve directe (par ex : établissement de la causalité hypothétique dans un cas de responsabilité par omission), le fardeau de la motivation est soumis à des exigences moins élevés. Ainsi, on admet que les faits sont suffisamment allégués lorsque les lacunes peuvent être comblées via l'administration des preuves. En ce sens, viole l'art. 8 CC de même que le « Substanziierungslast » **le tribunal qui estime qu'une partie n'a pas respecté cette incombance alors qu'elle a allégué de façon suffisamment concrète tous les scénarios possibles au soutien de sa prétention**⁸⁵⁵ ;

Le juge qui pallie les carences d'une partie **en attirant l'attention de cette dernière sur des faits qu'elle n'a pas allégués, en l'aidant à mieux défendre sa cause, ou encore en lui suggérant des arguments**⁸⁵⁶ ; Dans le cas d'une intervention **en faveur des deux parties**, celle-ci ne sera en principe pas contestée dans la mesure où elle sera réciproquement à leur avantage. On peut toutefois imaginer que ce ne soit pas le cas. Ainsi, un juge un peu inquisiteur qui enquêterait sur les acquêts des époux – bien que ce thème n'ait pas été invoqué dans le cadre de la procédure – et en ordonnerait le partage en faveur de l'autre, n'agirait finalement au bénéfice que de l'une des parties. Dans un tel cas il y aurait alors également violation de la maxime des débats au sens de l'art. 227 al. 1 CPC.

764 *A contrario*, ne viole pas la maxime des débats :

- La partie qui affirme (dans sa demande en 1^{re} instance), qu'un bien immobilier a été sous-évalué et qui **demande une expertise sur ce point, sans toutefois chiffrer de manière précise la valeur dudit bien**. Il n'est en effet pas contraire au devoir de motivation des parties de s'en remettre à une telle expertise dans la mesure où l'expérience de la vie démontre que la valeur d'un bien immobilier dans lequel une partie habite depuis longtemps dépend de nombreux critères⁸⁵⁷ ;
- **Le juge qui retient des faits non contestés qui ont été allégués par la partie adverse de celle qui en tire un droit**⁸⁵⁸ ;

⁸⁵⁴ TF, 4A_235/2018 du 24.09.2018, consid. 4.3.

⁸⁵⁵ TF, 4A_588/2011 du 3.05.2012, consid. 2.2.4, RSPC 2012, p. 388. Voir aussi : ATF 108 II 337 : Une allégation satisfait aux exigences du droit fédéral si les faits sont suffisamment détaillés pour permettre au juge de la rattacher aux dispositions du droit fédéral, c'est-à-dire pour permettre le jugement de la demande légale autour de laquelle tourne le litige. Dès lors, si une juridiction cantonale rejette à tort une prétention au motif que le demandeur ne l'a pas suffisamment motivée, elle viole le droit fédéral matériel car elle **prive la partie du droit d'action auquel elle a droit**.

⁸⁵⁶ ATF 142 III 462, consid. 4.3, SJ 2016 I 429 ; TF, 4A_217/2017 du 4.08.2017, consid. 3.4.1.

⁸⁵⁷ TF, 5A_346/2015, du 27.01.2017.

⁸⁵⁸ 5A_672/2012, du 3.04.2013, consid. 2.1.2, RSPC 2016 p. 135.

- Le juge qui vérifie les conditions de l'attribution du logement (art. 121 CC), sans nécessairement mener d'office des recherches plus approfondies, lorsque ladite attribution n'implique pas la présence d'enfants⁸⁵⁹ ;
- Le tribunal qui, sans sortir du cadre des faits, administre d'office des preuves sur de tels allégués, en vertu des art. 181 al. 1 ou 192 al. 1 CPC ou vérifie d'office de tels faits non contestés lorsque les conditions de l'art. 153 al. 2 sont réalisées⁸⁶⁰ ;
- Dans le cadre de prestations d'architecte et de construction, la demande indiquant les montants résultant des activités mensuelles et du taux horaire de l'architecte, sans fournir tous les détails des rapports d'activités avant de connaître les points de contestation du défendeur ; respectivement la contestation du défendeur selon laquelle les prestations n'ont pas été entièrement exécutées et n'étaient pas entièrement justifiées, sans forcément indiquer la raison pour laquelle il considère que le fait contesté n'est pas vrai. En effet, **la contestation doit seulement permettre au demandeur de connaître les faits qu'il doit motiver plus en détails ainsi que les allégués qui doivent finalement être prouvés**⁸⁶¹.

Enfin, la question se pose parfois de **savoir si des faits prouvés mais non allégués peuvent être pris en compte** en vertu du « Behauptungslast » de l'art. 55 CPC. Une telle prise en considération semble **en principe admissible** dans les cas où les faits prouvés non allégués **s'inscrivent dans le cadre de ce qui a été allégué**⁸⁶². Le juge n'est toutefois pas autorisé à retenir lesdits faits lorsque l'on s'écarte de l'hypothèse susmentionnée, bien que ces faits (prouvés mais pas allégués) aient pu être pertinents si les parties les avaient invoqués⁸⁶³. Un critère pertinent en l'espèce pourrait être celui de **l'intention présumée** ou de la **volonté réelle des parties**. Pourquoi prouver un fait que l'on ne veut pas alléguer ? S'agit-il d'une simple négligence ? S'agit-il d'une preuve produite à l'appui d'un fait pertinent et allégué, qui s'est avéré « accidentellement pertinent » dans le cadre d'un autre fait pertinent mais volontairement omis ? Dans la première hypothèse mentionnée, ledit fait devrait en principe être pris en compte. Dans la seconde, il conviendra de ne pas en tenir compte. En pratique, cette question se pose souvent lorsqu'une expertise constate des éléments pertinents mais qui n'avaient pas été allégués. Sous l'ancien droit, le cas était suffisamment plausible pour que l'art. 4 CPC/VD 1966⁸⁶⁴ ait consacré une exception à l'exigence d'allégation. Cependant, en

765

⁸⁵⁹ SUTTER-SOMM/GUT, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 277 N 18 s. ; CR CPC-TAPPY, art. 277 N 20 s. ; BOHNET, CPra Droit matrimonial, art. 114 CC N 26.

⁸⁶⁰ TF, 4A_146/2015, du 19.08.2015, consid. 4.3.

⁸⁶¹ TF, 4A_443/2017, du 30.04.2018, consid. 4.1. et 4.2, RSPC 2018, p. 380 ss.

⁸⁶² A l'inverse, cette prise en compte ne sont pas admissibles les faits prouvés non allégués, lorsque la conséquence juridique ainsi démontrée est couverte par les prétentions invoquées. En effet, cela reviendrait à admettre d'office des faits susceptibles de fonder des conclusions, ce qui – avec le principe *iura novit curia* et des vases communicants, en cas de prétentions simplement à une somme – réduit à presque rien la maxime des débats.

⁸⁶³ ATF 142 III 462, consid. 4.3. SJ 2016 I 429 ; TF, 4A_195/2014 du 27.11.2014, consid. 7.3, non publié à l'ATF 140 III 602 ; CACI 18 mai 2016/284.

⁸⁶⁴ « Le juge ne peut fonder son jugement sur d'autres faits que ceux qui ont été allégués dans l'instance et qui ont été soit admis par les parties, soit établis au cours de l'instruction selon les formes légales ».

l'absence d'une telle exception dans le CPC actuel, il semble que le juge ne puisse pas tenir compte de tels faits, sauf si les parties les introduisent après coup dans le cadre de l'art. 229 al. 2 CPC.

2. Interpellation par le tribunal

a. Définition générale⁸⁶⁵

⁷⁶⁶ L'interpellation par le tribunal est, comme la qualifie HALDY, un **assouplissement à la maxime des débats et ses conséquences rigoureuses**. Elle tire son principe de l'art. 29 Cst. féd. et plus spécifiquement du droit d'être entendu, du droit à un traitement équitable ainsi que de l'accès à la justice⁸⁶⁶. Cette notion d'assouplissement à la maxime des débats doit, selon nous, aussi être comprise comme une **exception légale au devoir de neutralité absolue du juge**, destinée à aider une partie à respecter correctement les incombances résultant de ladite maxime. En effet, dans la mesure où le juge ne pourra finalement tenir compte du fait ou de la preuve manquante que si la partie interpellée complète ses allégations et ses offres de preuve d'une façon conforme à l'art. 229 CPC, la maxime des débats reste strictement respectée et ne subit en ce sens aucune violation⁸⁶⁷. Selon AEBI-MÜLLER elle découle aussi, dans une certaine mesure, **du principe de bonne foi**, en vertu duquel le tribunal doit s'enquérir des allégations incomplètes (cf. N 698, 2^e tiret). Cela étant, l'art. 56 CPC contribue de manière substantielle à la **recherche de la vérité**, appliqué en cas de présentation lacunaire des faits, de justification insuffisante (« Substanziierung »), mais n'est en aucun cas destiné à compenser les négligences procédurales des parties (cf. N 801)⁸⁶⁸. Les trois objectifs sous-jacents à ce devoir d'interpellation, sont d'ailleurs résumés dans un arrêt St-Gallois relatif au devoir d'interroger du juge, en lien avec des allégations peu claires d'un époux (procédure de divorce) après la première audition⁸⁶⁹ :

⁷⁶⁷ « Man kann zwar auch von Parteien, die nicht anwaltlich vertreten sind, verlangen, dass sie sich einen klaren Willen bilden, aber nicht erwarten, dass sie diesen immer richtig ausdrücken. Eine gerichtliche Aufklärung hat deshalb **dreifache Bedeutung** – sie dient der **Klarstellung**, der **Verständigung** und der **Transformation** [...]. Es geht also

⁸⁶⁵ Cf. N 570 ss (terme dans les trois langues et notion de « Kann-Vorschrift »), N 573 (manquement manifeste) ; N 680 (indication précise des lacunes manifestes, principe de bonne foi, efficacité dans la résolution du litige), N 780 (interpellation accrue en procédure simplifiée).

⁸⁶⁶ CR CPC-HALDY, art. 56 N 2 ; CHK-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 56 N 2 ; MORDASINI-ROHNER, p. 27 s. ; M. SARBACH, p. 37 ; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 56 N 1 ss ; PC CPC-CHABLOZ, art. 56 N 1 ss ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 56 N 1 ss ; BOHNET, CPC annoté, art. 56 N 1 ; 5A_712/2010, consid. 3.1.4., RSPC 2011 261 ; 4P.180/2005, RSPC 2006 20 ; 5A_462/2013.

⁸⁶⁷ A ce sujet voir aussi GAFNER, pp. 56-72 concernant le devoir d'interpellation sous l'égide des codes de procédure civile cantonaux. Selon lui l'interpellation des parties était à la fois un **acte d'instruction judiciaire** (« Instruktionsmittel », pp. 56-65) ; un **moyen de preuve** (« Beweismittel », pp. 65-72) et une **source de connaissance** (« Erkenntnisquelle », pp. 65-72).

⁸⁶⁸ AEBI-MÜLLER, p. 191 s.

⁸⁶⁹ KG St. Gallen du 27 avril 2004, in: FamPra 2004, p. 947 ss.

darum, **herausfinden, was eine Partei tatsächlich verlangt, ihr zu zeigen, welche rechtlichen Folgen das haben kann**, und ihr zu **helfen, das Vorbringen aus der Laiensphäre so in die Rechtssprache zu übersetzen**, dass es ihrem Willen wirklich entspricht».

Le but de l'interpellation est donc que la partie au procès ne soit pas privée de ses droits en raison de ressources financières limitées ou de sa méconnaissance du droit. A ce titre, elle ne doit pas être confondue avec ce que OBERHAMMER, WILDHABER BOHNET et R. SARBACH qualifient de « **Verbot von Überraschungsentscheidung** », soit l'interpellation que le tribunal doit respecter avant d'appliquer d'office une solution juridique à laquelle les parties ne pouvaient pas s'attendre (art. 57 CPC)⁸⁷⁰.

La réalisation de ce but ne doit pas porter atteinte au **principe d'impartialité du juge**. Le tribunal – bien qu'il soit en quelque sorte obligé de rompre avec l'application stricte du principe d'égalité en intervenant pour signaler une lacune à une partie – doit limiter son interpellation en fonction de **critères strictes et préétablis, aptes à éloigner tout risque de partialité**⁸⁷¹.

Comme introduit *supra* (N 698, 2^e tiret et N 702, 1^{er} tiret) et selon la définition de R. SARBACH, le devoir d'interpellation se caractérise par le fait qu'il n'intervient qu'en cas de **lacune claire au sein des allégations des parties** (« klare Mängel der Parteivorbringen »), respectivement en procédure simplifiée en cas **d'indications insuffisantes** (« ungenügenden Angaben »). Il touche donc les **problèmes relatifs au contenu de la demande**. Sa fonction est **d'empêcher que la maladresse d'une partie ne lui cause la perte de son droit**. En tant qu'élément matériel de la conduite du procès, sa ligne il tend donc à **rechercher de la vérité matérielle**. En ce sens, elle est une atténuation de la maxime des débats et de la maxime de disposition. R. SARBACH affine encore sa définition en proposant deux conditions pour identifier la devoir d'interpellation, à savoir la pertinence, respectivement le **caractère décisif des prétentions** et leur **insuffisance caractéristique**⁸⁷² :

« Erstens muss eine Partei ein entscheidungswesentliches *Vorbringen* rechtzeitig vorgetragen haben. Als *Vorbringen* gelten Rechtsbegehren und prozessuale Anträge, insbesondere Beweisanträge, aber auch Behauptungen von Tatsachen. Zweitens muss dieses *Vorbringen in bestimmter Weise mangelhaft* sein, nämlich unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig. Diese Mangelhaftigkeit muss eindeutig bestehen ».

Toujours selon R. SARBACH, peut être qualifiée de manifestation incomplète l'allégation qui comporte une **lacune claire et perceptible**, qui sera **importante dans le cadre de**

⁸⁷⁰ KUKO ZPO-OBERHAMMER, art. 56 N 4 ; R. SARBACH, pp. 3 et 149 ss ; WILDHABER BOHNET, Le devoir d'interpellation du tribunal en procédure civile suisse, in : Jusletter 23 septembre 2013, Rz. 28. Voir aussi : ATF 130 III 35, consid. 5 ; ATF 126 I 19, consid. 2 ; ATF 124 I 49, consid. 3 ; ATF 123 I 63, consid. 2 ; ATF 125 Ia 94, consid. 1 ; TF, 5A_795/2009, consid. 3.1 ; 4A_42/2007, consid. 7.1 ; 4P.260/2000, consid. 6.

⁸⁷¹ BOHNET, CPC annoté, art. 56 N 2 ; TF, 4A_444/2013 du 5.02.2014, consid. 6.3.3, RSPC 2014 p. 314 ; 4A_78/2014 ; 4A_80/2014, consid. 3.3, RSPC 2015 7 ; 4A_375/2015, consid. 7.1, RSPC 2016 p. 230 ; 5A_818/2014 consid. 4.2, RSPC 2015 p. 522, TF, 4A_375/2015 du 26.01.2016, consid. 7.1, non publié à l'ATF 142 III 102 ; TF, 4A_628/2016 du 20.12.2016, consid. 4.2.3 ; TF, 5A_75/2018 du 18.12.2018, consid. 2.3.

⁸⁷² R. SARBACH, p. 248, N 785 ; LIENHARD, p. 23 ss. Voir aussi : AEBI-MÜLLER, p. 194 ; FELLMANN, p. 292.

l'évaluation du litige et du jugement (« wenn es eine eindeutig erkennbare Lücke aufweist, die für die formell- oder materiellrechtliche Beurteilung des Streitgegenstands von Bedeutung ist »). Tel est le cas lorsqu'un élément décisif fait défaut dans les prétentions des parties. Cela étant, plus cet élément sera spécifique, plus la lacune sera identifiable⁸⁷³.

773 LIENHARD et MORDASINI-ROHNER apportent également certains éléments de compréhension s'agissant de la notion de **caractère manifestement incomplet** (« offensichtlich unvollständig »), par opposition à celle de **manque de clarté, de précision, ou de caractère contradictoire** (« unklar, unbestimmt, widersprüchlich »). S'appuyant sur une jurisprudence du TF de 2014, les deux auteurs considèrent que le caractère incomplet des prétentions renvoie aux **éléments constitutifs** ou « Tatbestandselementen », tandis que le manque de « substantification » (motivation suffisante des faits allégués) renvoie aux **éléments de fait individuels/particuliers** ou « Einzeltatsachen »⁸⁷⁴.

774 LIENHARD et MORDASINI-ROHNER rappellent également l'existence d'un **devoir de retenue du juge** s'agissant du caractère incomplet des prétentions (« offensichtlich »). Cette retenue est le fruit d'un compromis trouvé face à l'éparpillement des voix relatif à la teneur de l'art. 56 CPC (lors de la procédure de consultation de l'AP CPC⁸⁷⁵). Tandis qu'une faible majorité (11) plaidaient en faveur d'une limitation élargie de la maxime des débats en faveur de l'interpellation du juge en cas de prétentions incomplètes, d'autres (5) préféraient une application prudente du devoir d'interpellation (« zurückhaltend »), tandis qu'un dernier groupe (4) souhaitaient au contraire la suppression complète de la notion de « unvollständigkeit »⁸⁷⁶.

775 LIENHARD et MORDASINI-ROHNER nous apportent finalement quelques éclairages quant à la question de l'étendue de l'art. 56 CPC par rapport à l'art. 247 al. 1 CPC (cf. N 570 ss et N 702, 1^{er} tiret). Selon toute logique, l'art. 56 CPC se place en dessous du principe d'interpellation renforcée. Le but de l'art. 56 CPC (empêcher la perte de son droit par une partie en raison de sa maladresse ou de son ignorance) semble toutefois plaider en faveur d'une application sans retenue de l'interpellation en cas de prétentions incomplètes ou autre. LIENHARD et MORDASINI-ROHNER arrivent toutefois à la conclusion qu'il convient d'écarter l'interprétation téléologique de ladite disposition pour mieux retenir l'interprétation systématique et littérale et ainsi, mettre en œuvre une gradation progressive de l'aide du juge durant le procès, telle qu'elle ressort expressément de la lecture du CPC. A ce titre, le devoir d'interpellation et ses limites sont concrétisés par deux principes : celui de la **diligence des parties** durant le

⁸⁷³ R. SARBACH, p. 247 s. ; LIENHARD, p. 25 s.

⁸⁷⁴ TF, 5A_658/2014, consid. 6.3.1 ; LIENHARD/MORDASINI-ROHNER, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime, AJP 2015 p. 1636 s.

⁸⁷⁵ Classement des réponses à la procédure de consultation Avant-projet relatif à une loi fédérale sur la procédure civile suisse (PCS), p. 180.

⁸⁷⁶ LIENHARD/MORDASINI-ROHNER, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime, AJP 2015 p. 1636.

procès (« Prozessorgfalt ») ainsi que celui de **l'impartialité du juge** (« Richterliche Unparteilichkeit ») sur lequel nous reviendrons ultérieurement⁸⁷⁷.

La notion d'**actes ou de déclarations peu claires, contradictoires, imprécises ou manifestement incomplètes** vaut également en ce qui concerne les **offres de preuve**. L'interpellation ne s'applique cependant pas lorsqu'une partie **ne propose aucune preuve** pour un fait essentiel à la résolution du procès. Il en va de même de la partie qui **délègue au tribunal la responsabilité des offres de preuves** en produisant certaines pièces et en offrant de produire d'autres pièces si le tribunal l'estime nécessaire. En effet, cette manière de procéder revient à obliger le tribunal à apprécier les premières preuves afin de définir s'il doit en recueillir d'autres. Or, l'appréciation des preuves ne peut pas faire l'objet d'une interpellation puisqu'elle contrevient au devoir de neutralité et d'égalité entre les parties⁸⁷⁸.

En ce qui concerne sa nature, la jurisprudence rappelle que **l'interpellation par le tribunal n'est pas un moyen de preuve, mais un principe de procédure** visant à compléter ou clarifier les actes de parties⁸⁷⁹. Sa portée dépendra des **circonstances concrètes** (difficulté de la cause, niveau de formation des parties, niveau de formation de leurs mandataires, etc.). Mais quelles que soient les circonstances, la doctrine majoritaire s'accorde à considérer que l'interpellation concerne avant tout les **personnes sans mandataire professionnel et dépourvues de connaissances juridiques**⁸⁸⁰. Partant, le juge devra faire preuve de retenue face à la ou les parties assistées d'un avocat. Pour celles non représentées il y a encore une distinction à faire entre un manquement dû à leur **ignorance juridique** et celui dû à leur **négligence**⁸⁸¹. Il s'agit par exemple d'une simple ignorance lorsque l'inaction d'une partie découle de son incompréhension de la procédure (« Das Gericht muss einen Laien, welcher eine Auflage offenkundig falsch verstanden und darum nicht befolgt hat, auf seinen Irrtum hinweisen »⁸⁸²). Même constat en procédure sommaire : le juge ne doit pas nécessairement conduire

⁸⁷⁷ LIENHARD/MORDASINI-ROHNER, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime, AJP 2015 p. 1636 s. Concernant la diligence, respectivement la bonne volonté des parties, voir aussi : KUKO ZPO-OBERHAMMER, art. 56 N 5.

⁸⁷⁸ MORDASINI-ROHNER, p. 29 s. ; SUTTER-SOMM/GRIEDER, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 56, n° 12 ; BOHNET, CPC annoté, art. 56 N 6 ; TF, 4A_444/2013 du 5 février 2014, consid. 6.3.5., RSPC 2014 p. 314 ; WILDHABER BOHNET, Le devoir d'interpellation du tribunal en procédure civile suisse, in : Jusletter 23 septembre 2013, Rz. 32 ss. Voir aussi : HABERBECK, Genereller Ausschluss der allgemeinen gerichtlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO, wenn eine Partei überhaupt kein Beweismittel offeriert ? PCEF 31/2013 p. 177 ss.

⁸⁷⁹ BOHNET, CPC annoté, art. 56 N 3 ; TF, 4A_489/2014, consid. 3.3. *A contrario* bien que daté (avant procédure civile fédérale unifiée) : GAFNER, pp. 65-72.

⁸⁸⁰ Néanmoins, selon l'opinion de I. MEIER, cette obligation existe également lorsqu'une partie est représentée par un avocat. En effet, même un avocat peut échouer à étayer suffisamment une allégation malgré une procédure minutieuse, d'autant plus qu'il existe d'énormes incertitudes quant à la portée de l'obligation d'alléguer. I. MEIER, p. 394. Voir aussi : FELLMANN, p. 292.

⁸⁸¹ CR CPC-HALDY, art. 56 N 3 ; SUTTER-SOMM/GRIEDER, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 56 N 38 ; BSK ZPO-GEHRI, art. 56 N 10 ; BOHNET, CPC annoté, art. 56 N 4 ; TF, 4D_57/2013, RSPC 2014 144 ; 4A_375/2015, consid. 7.1 ; 4C.143/2002 ; 4P.84/2003 ; 4P.229/1999 ; DOLGE, in : Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, 14. Juni 2016, 400 16 43, CAN 2017 N 4, p. 15. *Contra* : R. SARBACH, p. 247 s., N 784 : « Die gerichtliche Fragepflicht berechtigt die Partei, deren Vorbringen mangelhaft ist, sei dies die Klägerin oder die Beklagte, sei es ein juristischer Laie ode reine anwaltlich vertretene Partei ».

⁸⁸² OGer ZH, II. Zivilkammer, Urteil PS 180246, 21.1.2019, ZR 118/2019, 29.

d'audience. Il devra en revanche s'assurer que les explications écrites sont compréhensibles pour le profane⁸⁸³.

778 Enfin, la question s'est posée de savoir si l'art. 56 CPC faisait référence à un **devoir**, une **incombance**, ou à un **droit du juge**. Bien que non spécifié dans les textes français et italien, la version allemande du texte, au même titre que le Message du Conseil fédéral lèvent le doute en confirmant qu'il s'agit bien d'un **devoir du juge dont le contenu dépendra du type de procédure**⁸⁸⁴. D'autres auteurs restent malgré tout plus nuancés selon les circonstances, en considérant que le juge est en principe soumis à un devoir d'interpeller (« Fragepflicht »), devoir qui se transforme en **droit lorsque ce dernier est face à des parties accompagnées d'un mandataire** (« Fragerecht »)⁸⁸⁵.

779 Le recours à l'interpellation, qui part du constat qu'il existe une **inégalité de base entre parties assistées et non assistées**, respecte selon nous la *ratio legis* de l'art. 56 CPC visant à garantir un procès impartial et équitable. Mais qu'en est-il des **parties mal assistées** ? Le principe d'égalité doit-il à tout prix être nuancé lorsqu'une des parties dispose d'un conseil juridique ? Autrement dit, la question est de savoir si l'art. 56 CPC vise à atteindre une **égalité de moyen** ou si une **égalité de résultat** serait préférable. A l'inverse, les parties déjà représentées pourraient, en cas d'interpellation, reprocher au tribunal de trop s'immiscer dans leurs affaires ou de contrarier ce qui n'était en fait qu'une **stratégie de leur avocat et pas une négligence**. Une analyse au cas par cas, bien que plus adaptée, n'est donc pas sans risque pour le juge et pour les parties⁸⁸⁶. A cela s'ajoute le Message du Conseil fédéral relatif au CPC qui précise ne **pas vouloir laisser trop de liberté au juge**, notamment dans les procédures où s'applique la maxime des débats. Pour ce type de procédure (interpellation en procédure ordinaire), le juge n'interviendra donc qu'en cas de « **manquement manifeste des parties** »⁸⁸⁷ alors que pour la procédure simplifiée (art. 247 al. 1 CPC), le tribunal leur viendra en aide par des **questions adéquates « afin que les allégations utiles soient faites et que les moyens de preuve correspondants soient précisément énumérés »**⁸⁸⁸. Selon nous, il paraît étrange de faire une distinction, s'agissant du devoir d'interpellation du juge, entre le manquement manifeste d'une partie ou celui de son représentant. D'une part, car le manquement de ce dernier est par extension celui de la partie qu'il représente ; du moins c'est elle qui en subit les conséquences et en cela le manquement « lui appartient » tout autant, si

⁸⁸³ OGer ZH, II. Zivilkammer, Urteil LF 190001, 30.1.2019, ZR 119/2019, 91.

⁸⁸⁴ Message CPC 2006, p. 6890 ; Message CPC 2006 en allemand, BBI 2006 7275 ; Message CPC 2006 en italien, FF 2006 6646. Voir aussi : R. SARBACH, p. 247 N 784.

⁸⁸⁵ WILDHABER BOHNET, le devoir d'interpellation du tribunal en procédure civile suisse, in : Jusletter du 23 septembre 2013, Rz. 69 ; BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast, p. 70 s. ; KUKO ZPO-OBERHAMMER, art. 56 N 5 ; SUTTER-SOMM/GRIEDER, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 56 N 40.

⁸⁸⁶ Critiques du point de vue selon lequel le juge n'a en principe pas à suppléer au défaut de diligence de l'avocat : HAUCK, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 247 N 27. Point de vue selon lequel la partie mal assistée ne doit pas être désavantagée par rapport à celle qui procède seule : CR CPC-TAPPY, art. 244 N 15 et 18 ; WILDHABER BOHNET, le devoir d'interpellation du tribunal en procédure civile suisse, in : Jusletter du 23 septembre 2013, Rz. 69 ; M. SARBACH, Zivilprozessrecht im Wandel, p. 139.

⁸⁸⁷ Message CPC 2006, p. 6890.

⁸⁸⁸ Message CPC 2006, p. 6956. Voir aussi : CR CPC-HALDY, art. 56 N 2 s.

ce n'est plus. D'autres part, car nous voyons mal les circonstances dans lesquelles ce qui apparaît aux yeux du juge comme étant une erreur manifeste du conseil juridique pourrait en réalité être une (bonne) stratégie. De même ce ne sont pas les opportunités de mise en cause de la responsabilité de l'avocat en cas de manquements manifestes à ses obligations qui contrebalanceront facilement cette différence de traitement (cf. N 750 ss).

Comme l'évoque le Message du Conseil fédéral de 2006, la portée de l'interpellation varie de façon significative selon que l'on se réfère à l'art. 56 CPC (interpellation simple) ou à l'art. 247 al. 1 CPC (interpellation renforcée). Prévue dans le cadre d'une procédure simplifiée, **l'interpellation accrue** intervient afin que le tribunal s'assure de l'exhaustivité de l'état de fait et des offres de preuve amenées au procès lorsqu'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes à ce propos. L'interpellation renforcée est également réduite, en cas de **représentation par un mandataire, aux omissions particulièrement flagrantes**. Au même titre que l'art. 56 CPC, elle est exclue en cas de **négligence**. Depuis, le Message du Conseil fédéral de 2020 a toutefois précisé – dans le cadre de la modification de l'art. 295 CPC – que « la procédure simplifiée et les allègements qu'elle implique – en particulier le devoir d'interpellation accru visé à l'art. 247, al. 1, CPC – vaudra à l'avenir **pour toutes les procédures indépendantes concernant les enfants** y compris leurs demandes d'aliments; **cette solution relativise les effets de l'application de maximes différentes** »⁸⁸⁹.

Concernant l'interpellation simple, DIETSCHY considère à juste titre qu'en l'absence de rectification par les parties le juge n'aura pas à corriger leurs manquements, sa tâche se limitant à les y rendre attentifs. Selon cette dernière, il est possible de distinguer les deux types d'interpellation de la manière suivante : l'art. 56 CPC ne vise que les **actes peu clairs, contradictoires ou manifestement lacunaires**, tandis que dans l'hypothèse de l'art. 247 al. 1 CPC, le tribunal doit **s'assurer du caractère complet du dossier, peu importe que l'omission soit manifeste ou que les allégués soient clairs et précis**. Selon HOHL mais aussi LIENHARD et MORDASINI-ROHNER, « le juge doit contribuer à **l'élimination de défauts précis** » dans le cadre de l'art. 56 CPC, alors qu'il « doit intervenir déjà en cas d'insuffisance de l'état de fait et des moyens de preuve et poser des questions » en ce qui concerne l'art. 247 al. 1 CPC (« Allgemeine Mangelhaftigkeit »). Enfin, le texte allemand utilise le terme de « **richterliche Fragepflicht** » pour l'interpellation de l'art. 56 CPC, tandis qu'il se réfère au « **ausgedehnte, verstärkte oder erweiterte Fragepflicht** » pour celle visée à l'art. 247 al. 1 CPC⁸⁹⁰.

Au surplus, LIENHARD et MORDASINI-ROHNER précisent encore que le juge doit **formuler ses questions de manière ouverte** de sorte que la partie ne puisse pas se rendre compte de ce qu'elle doit alléguer pour gagner le procès, mais plutôt de ce qu'elle doit effectivement faire.

⁸⁸⁹ Message CPC 2020, p. 2675.

⁸⁹⁰ DIETSCHY, Le devoir d'interpellation du tribunal et la maxime inquisitoire sous l'empire du Code de procédure civile suisse, RSPC 1/1011, p. 82 ss ; STAHELIN/BACHOFNER, p. 139 s., N 20 ss ; HOHL, Tome II, p. 216, N 1161 ; LIENHARD/MORDASINI-ROHNER, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime, AJP 2015 p. 1639 ; WILDHABER BOHNET, Le devoir d'interpellation du tribunal en procédure civile suisse, in : Jusletter 23 septembre 2013, Rz. 15 ss.

En pratique, cette exigence serait réalisée par l'utilisation de « **W-Fragen** » (Qui, quoi, comment, ...) ⁸⁹¹.

783 En prenant en compte ces différents paramètres concernant l'interpellation accrue, il pourrait être opportun de considérer, pour les parties assistées d'un avocat, que ce type d'interpellation s'arrête, dans le pire des cas, aux hypothèses pour lesquelles la responsabilité de l'avocat serait vraisemblablement engagée. Un tel critère, bien que largement théorique, garantirait une absence de rupture dans l'assistance fournie aux parties potentiellement mal représentées, sans aboutir à un résultat inéquitable pour la partie adverse. Dans les faits, cela conduirait certainement à une application bien plus étendue du devoir d'interpellation accru que celle mise en œuvre actuellement.

784 M. SARBACH différencie encore le devoir d'interpellation en deux notions : le « Fragepflicht » relatif aux **aspects factuels de l'interpellation** (présentation de l'état de fait), et le « Aufklärungspflicht » relatif à ses **aspects juridiques** (requête, appréciation juridique, exceptions ouvertes, etc.). Comme son nom l'indique, la première subdivision renvoie au devoir de clarifier les faits tandis que la seconde désigne le devoir d'informer, de rendre attentives les parties quant à leurs droits. M. SARBACH nuance toutefois cette distinction qu'il ne considère pas entièrement satisfaisante et aboutie, raison pour laquelle elle n'est, dans les faits, pas suivie par la doctrine majoritaire ⁸⁹².

785 MORDASINI-ROHNER, M. SARBACH et SPOHR attribuent une triple fonction au devoir d'interpellation (cf. ég. arrêt cantonal cité en N 767 s.). La première, considérée comme la plus fondamentale est la **fonction de clarification** (« Klarstellungsfunktion »). L'interpellation par le tribunal a ainsi pour but premier d'éclaircir les allégations, demandes, exceptions et offres de preuves formulées par les parties à chaque fois que le juge n'est pas sûr de ce qu'elles souhaitent alléguer. Cette fonction ne lui permet pas d'intervenir si la partie n'a pas réagi à la suite de son interpellation, mais seulement de lui donner les moyens de formuler ses prétentions de manière univoque et sans erreur. Cela suppose également pour le juge de clarifier des prétentions préexistantes, bien que mal formulées par les parties, sans jamais extrapoler ou présupposer sans certitude ce que les parties auraient voulu dire ⁸⁹³.

786 La deuxième est la **fonction de transformation** (« Transformationsfunktion »). Celle-ci vise à traduire les souhaits des « profanes » en prétentions juridiques compréhensibles et recevables d'un point de vue procédural. C'est en tout cas ce qu'il ressort des propos de SARBACH et SPOHR, repris en substance par MORDASINI-ROHNER ⁸⁹⁴ :

« Durch die Transformationsfunktion werde den Parteien im Rahmen des von ihnen untechnisch Ausgedrückten geholfen, ihrer prozessualen Dispositionsverantwortung nachzukommen ».

787

⁸⁹¹ LIENHARD/MORDASINI-ROHNER, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime, AJP 2015 p. 1640.

⁸⁹² M. SARBACH, p. 44 ss.

⁸⁹³ MORDASINI-ROHNER, p. 30 s. ; M. SARBACH, p. 55 s. ; LIU, p. 244 ss ; SPOHR, p. 56 ss ; WILDHABER BOHNET, Le devoir d'interpellation du tribunal en procédure civile suisse, in : Jusletter 23 septembre 2013, Rz. 22 ss.

⁸⁹⁴ MORDASINI-ROHNER, p. 30. Voir aussi : M. SARBACH, p. 56 ; SPOHR, pp. 141 ss et 136 ss.

Ainsi, cette fonction ne vise qu'à reprendre, dans une formulation procédurale correcte les inexactitudes ou contresens des parties de façon à rendre leurs propos juridiquement compréhensibles. Pour M. SARBACH, elle pallie deux difficultés majeures : les **divergences entre le langage juridique et le langage usuel** (« Alltags- und Rechtssprache ») ainsi que **l'expression de la volonté des parties en une demande recevable**. Dans les deux hypothèses, une certaine connaissance du domaine juridique est nécessairement requise⁸⁹⁵. *A contrario*, elle ne vise **aucune modification substantielle**, même si parfois la limite peu sembler floue. Ainsi la question se pose de savoir dans quel cas le juge doit-il travailler à une modification de la demande des parties, conformément à cette fonction de modification découlant du devoir d'interpellation ? M. SARBACH nous donne un élément de réponse en proposant l'exemple de la prescription⁸⁹⁶ :

« Unter dem Titel Transformationsfunktion wird daher vor allem diskutiert, in welchen Fällen das Gericht verpflichtet sein soll, auf eine Antragsänderung hinzuwirken. Welche diesbezüglichen Folgerungen aus der Transformationsfunktion zu ziehen sind, wird unterschiedlich beurteilt. Als Beispiel mag der umstrittene Fall des Hinweises auf die Verjährungseinrede dienen : Einigkeit herrscht zwar darüber, dass die Verjährungseinrede nicht unter ausdrücklicher Bezeichnung als „Verjährung“ erhoben werden muss, **strittig ist jedoch, ob die Transformationshilfe nur einsetzen soll, wenn sich die Partei sinngemäss auf die Verjährung berufen hat oder auch dann, wenn eine Partei ihre dahin gehende prozessuale Möglichkeit nicht einmal erahnt (weshalb der Richter vorerst feststellen müsste, ob ein solcher Wille vorhanden sei)** ».

L'action du juge est donc soumise à l'analyse préalable et incontournable de la **volonté des parties**. Toute intervention du juge, la plus minime soit-elle, devra donc remplir ce double prérequis : analyse de la volonté des parties et du sens de leurs allégations, et ensuite seulement, transformation des allégations maladroites dans le « langage juridique », sans procéder à aucune modification relative à leur substance ou à leur étendue.

En troisième position vient la **fonction de compréhension générale et de finalisation** (« Verständigungs- und Vervollständigungsfunktion »)⁸⁹⁷. L'objectif de compréhension générale vise à informer les parties de « l'état de l'opinion » du tribunal concernant les aspects factuels et juridiques du litige et de leur donner l'occasion d'y réagir de façon adéquate. Le juge doit, autant que faire se peut, renseigner les parties sur les aspects qui auront un **impact significatif sur l'issue du procès**, de façon à ce qu'ils s'orientent de façon éclairée vers les faits et normes pertinentes. Pour cela, le juge fournira les indications nécessaires et veillera à avoir une « influence réciproque » en ce qui concerne l'établissement des faits et l'application du droit. SPOHR explique à juste titre en quoi les fonctions de clarification et de transformation sont intrinsèquement liées à celle de compréhension et de finalisation. Elle est une étape préliminaire sans quoi la concrétisation des deux autres fonctions n'est pas possible⁸⁹⁸. En complément de ce propos et comme mentionné précédemment, OBERHAMMER considère

⁸⁹⁵ MORDASINI-ROHNER, p. 31 ; M. SARBACH, p. 56 s. ; LIU, p. 247 ; SPOHR, p. 136 ss ; WILDHABER BOHNET, Le devoir d'interpellation du tribunal en procédure civile suisse, in : Jusletter 23 septembre 2013, Rz. 25 ss.

⁸⁹⁶ M. SARBACH, p. 56.

⁸⁹⁷ A ce sujet, voir également GAFNER, pp. 65-72.

⁸⁹⁸ MORDASINI-ROHNER, p. 31 s. ; M. SARBACH, p. 57 s. ; LIU, p. 251 ss ; SPOHR, p. 136 ss.

qu'un juge actif est un **complément essentiel** pour les parties. Il s'agit selon lui de consacrer, dans la politique juridique, cette constatation selon laquelle **le juge qui pose des questions a plus de chances de parvenir à une compréhension des faits de l'affaire que s'il reste silencieux**. D'un autre côté, les parties auront, grâce aux indications du tribunal, une meilleure compréhension, de la direction dans laquelle doivent aller leurs conclusions. En l'absence d'indication et en « naviguant complètement à vue », les parties submergeraient le tribunal de toutes sortes d'éléments superflus dans l'espoir de taper dans le mille. Si, en revanche, le juge divulgue le processus de formation de son opinion – ce qui est également utile, notamment en vue d'une conclusion transactionnelle – les parties reconnaissent ce qui est important, et le processus gagne considérablement en efficacité et la probabilité de parvenir à une décision est ainsi accrue⁸⁹⁹.

790 D'autres fonctions moins évidentes mais tout de même en lien avec le devoir d'interpellation sont avancées par la doctrine allemande. WILDHABER BOHNET, SEELIG et NOWAK parlent par exemple d'une **fonction d'accélération du procès**. Selon MORDASINI-ROHNER, une telle fonction peut s'avérer ambivalente puisqu'elle suppose d'une part que le juge transmette le plus tôt possible ses remarques aux parties et d'autre part, que les demandes d'éclaircissements n'aboutissent pas dans les faits à un allongement plutôt qu'à une accélération du procès. SEELIG et NOWAK associent également le devoir d'interpellation à l'**idée d'égalité des chances** ou égalité des armes, à l'**établissement de la vérité matérielle** ainsi qu'au **devoir de diligence du tribunal**. Autant de fonctions qui sont à mettre en lien avec l'absence de connaissances juridiques des parties⁹⁰⁰.

791 Concernant finalement l'**interpellation en cours de deuxième instance** : l'art. 132 CPC peut en principe s'appliquer en deuxième instance, en cas de vices formels. Or la rectification de ces imperfections peut, d'après TAPPY, conduire à une **reformulation des conclusions du premier acte**. Selon lui, ladite disposition permettrait par exemple d'impartir un délai à l'appelant/au recourant ayant agi dans une autre langue que celle imposée (art. 129 CPC), afin qu'il corrige ce vice en reformulant ses conclusions dans la bonne langue (ce, pour autant qu'elles correspondent toujours à celles initialement rédigées), ou encore de **clarifier/préciser des conclusions incompréhensibles au sens de l'art. 132 al. 2 CPC**. Une telle demande de rectification fixée par le tribunal pourrait en outre résulter d'une **interpellation au sens de l'art. 56 CPC**, dans la mesure où il s'agit d'une disposition générale visant les actes et déclarations des parties dans leur globalité et qu'aucune disposition spéciale ne prévoit de règle différente à ce sujet (art. 197 ss)⁹⁰¹. A l'inverse TAPPY rappelle – en ce qui concerne l'art. 63 CPC (litispandance en cas d'incompétence du tribunal ou de fausse procédure) – qu'il ne vise que les actes introductifs d'instance et ne peut dès lors pas être transposé au cas

⁸⁹⁹ KUKO ZPO-OBERHAMMER, art. 56 N 1.

⁹⁰⁰ MORDASINI-ROHNER, p. 32 ; M. SARBACH, p. 58 s. ; SEELIG, p. 96 ss ; NOWAK, p. 9 ss ; WILDHABER BOHNET, Le devoir d'interpellation du tribunal en procédure civile suisse, Jusletter 23 septembre 2013, Rz. 30 ss.

⁹⁰¹ Question laissée ouverte par le TF, tandis que la doctrine tend à admettre cette hypothèse : TAPPY, Conclusions et voirs de recours, N 72, BSK ZPO-GEHRI, art. 56 N 4, BK ZPO-HURNI, art. 56 N 6.

où l'appelant/le recourant s'est trompé de voie de droit ou s'est adressé à la mauvaise autorité de deuxième instance. Cela est d'autant plus regrettable que la solution légale actuelle prévoit en principe toujours que l'incompétence est sanctionnée par l'irrecevabilité. TAPPY plaide dès lors en faveur d'une « révision législative introduisant des cas où l'acte mal adressé devra simplement être transmis à la bonne autorité »⁹⁰², ce qui nous semble effectivement être une option à privilégier.

b. Jurisprudence récente

(i) *En général*

Partie assistée d'un avocat : le TF rappelle de manière univoque que le devoir d'interpellation du juge concerne avant tout les **personnes non assistées et dépourvues de connaissances juridiques**. Son application dépendra **des circonstances du cas concret** (niveau de formation, difficulté du litige, niveau de formation des parties, etc.). « Tel n'est pas le cas d'une étude d'avocats agissant par son organe, lui-même décrit comme un avocat expérimenté », objet de l'arrêt du TF, 4D_57/2013⁹⁰³.

792

Interpellation/allégations insuffisantes : l'art. 277 al. 2 CPC n'entraîne aucun devoir d'interpellation du juge lorsqu'une partie n'a pas allégué avec suffisamment de précision un élément de fait. L'art. 277 al. 2 CPC a spécifiquement traité à la production de documents manquants. En ce sens, elle se limite aux pièces nécessaires à la preuve d'une allégation, soit à la correction d'une offre de preuve insuffisante⁹⁰⁴.

793

Devoir d'interpellation accru (délimitation) : le **devoir d'interpellation accru** applicable, en sus de la maxime des débats en procédure simplifiée, le juge doit amener les parties, par des questions appropriées, à compléter les allégations insuffisantes et à désigner les moyens de preuve y-relatifs. *A contrario*, **cela n'implique pas que ce dernier doive se plonger dans les dossiers pour tenter d'y trouver des faits**, la maxime inquisitoire sociale n'étant par définition pas applicable⁹⁰⁵.

794

Interpellation/exigences formelles : l'art. 221 al. 1 CPC ne précise pas strictement et de manière générale quelle forme particulière doivent revêtir les allégations de fait et les offres de preuve. Les exigences de forme d'une demande dépendent au contraire des circonstances, de l'ampleur et de la complexité du cas d'espèce. **Si le demandeur ne satisfait pas à ces**

795

⁹⁰² Dans l'intervalle, la jurisprudence tente de « limiter les dégâts » en admettant dans certains cas (TF, 5A_221/2018, du 4.6.2018, c. 3.3.1), la conversion d'un appel irrecevable en recours *stricto sensu* ; TAPPY, Conclusions et voies de recours, N 71 à 73 ; CR CPC-JEANDIN, Intro. art. 308-334 N 7a.

⁹⁰³ SJ 2014 I p. 228 ; TF, 4A_444/2013, consid. 6.3.3.

⁹⁰⁴ TF, 5A_751/2014 du 28.05.2015, consid. 2.3.

⁹⁰⁵ TF, 4D_57/2013 du 2.12.2013, consid. 3.2 et 3.3, RSPC 2014 p. 144, SJ 2012 I p. 225 ; TF 5A_211/2017 du 24.07.2017, consid. 3.1.3.2, RSPC 2017, p. 538, note de TREZZINI.

exigences, le juge doit lui donner l'occasion d'y remédier (art. 56 et 132 al. 2 CPC) et seulement par la suite prononcer le cas échéant une décision d'irrecevabilité⁹⁰⁶.

796 **Délai après l'interpellation** : lorsque le tribunal fixe à la défenderesse un délai pour clarifier ou compléter sa réponse (art. 56 CPC), le temps limite pour exercer l'action reconventionnelle ne s'en trouve pas reporté⁹⁰⁷.

797 **Interpellation/Interdiction de « favoritisme »** : dans les cas où le juge exerce son devoir d'interpellation, ce dernier doit faire en sorte de ne pas rompre avec le **principe de l'égalité des parties** en favorisant un plaideur. Le but n'étant en aucun cas de réparer les manquements des parties, mais d'aboutir à des allégations complètes et claires⁹⁰⁸. On voit toutefois bien en quoi cette règle est bancale dans la mesure où le principe même de l'interpellation rompt avec l'égalité de traitement. L'idée est donc qu'il rompe exceptionnellement avec l'égalité stricte de traitement entre parties, afin qu'une partie ne perde pas son droit en raison de son inexpérience.

798 **Interpellation hors du cadre des allégations/impartialité du juge** : L'intervention du tribunal dépendra avant toute chose des **circonstances concrètes** (difficulté de la cause, niveau de formation des parties et de leurs représentants, etc.). En ce sens, l'objectif principal est de ne pas contrevenir au **principe d'impartialité et de neutralité du juge** en favorisant une partie ou en rompant le principe d'égalité. Ainsi, il existe des situations dans lesquelles le TF arrive à la conclusion que le juge n'a pas à attirer d'office l'attention du demandeur⁹⁰⁹. Il ressort donc de la jurisprudence que le critère essentiel pour envisager et justifier l'interpellation des parties par le juge est **l'existence d'allégations qui, bien que peu claires, contradictoires ou incomplètes, donnent une base factuelle au juge lui permettant de se prononcer sur lesdites lacunes**. Le juge ne peut dès lors que compléter, clarifier ou préciser des **actes et des déclarations préexistants**, respectivement **préétablis par les parties**. De fait, le juge ne peut jamais interpellé les parties sur un point qui ne découle pas, même indirectement, de leurs allégations. Il peut par contre, selon les circonstances du cas d'espèce et son appréciation du litige, **rebondir sur des faits ou des allégations formulés de manière floue, incomplète, ou développés à l'appui d'autres conclusions**. Il peut donc s'interroger (sauf extrapolation) sur ce qui est apporté au procès, mais ne peut en aucun cas investiguer sur des points qui ne résultent que de sa propre réflexion⁹¹⁰.

⁹⁰⁶ ATF 144 III 54, et commentaire de SCHÜRCH in : Un fait = un allégué et preuves à l'appui, est-ce une exigence ?, LawInside, 14 janvier 2018.

⁹⁰⁷ ATF 146 III 413 et commentaire NUSSBAUMER in : L'effet de l'interpellation du tribunal sur la recevabilité d'une demande reconventionnelle, LawInside, 15 octobre 2020.

⁹⁰⁸ TF, 4A_78/2014 et 4A_80/2014, consid. 3.3.3. ; RSPC 1/2015 p. 7 ss ; 4A_444/2013, consid. 6.3.3 ; 4D_57/2013, consid. 3.2 ; 5A_115/2012, consid. 4.5.2.

⁹⁰⁹ TF, 4P.180/2005, RSPC 2006 p. 20 ; TF, 5A_75/2018 du 18.12.2018, consid. 2.3, note F. BASTONS BULLETTI in : CPC Online (newsletter du 21.02.2019).

⁹¹⁰ TF, 4A_145/2016, 19 juillet 2016, consid. 4. Voir aussi : JdT 2012 III p. 123 qui exclut – en cas de désistement même partiel de la seule partie qui fait opposition à la proposition de jugement et qui, après délivrance de l'autorisation de procéder, a saisi le tribunal compétent – d'interpeller la partie adverse pour que celle-ci prenne des conclusions

Partie déjà avisée : même pour le profane, les limites à l'interpellation posées par le juge fédéral sont multiples. Il n'y a par exemple pas lieu pour le tribunal d'interpeller une partie lorsque cette dernière a **déjà été avisée du caractère lacunaire de sa motivation** par la partie adverse et que cette omission est à mettre sur le compte de sa **propre négligence**⁹¹¹.

799

Limites aux buts de l'interpellation : l'interpellation ne joue en principe aucun rôle lorsqu'une partie **n'offre aucun moyen de preuve** pour une allégation déterminante dans l'issue du procès. Ainsi, la recourante qui n'a jamais prétendu être au bénéfice d'une cession de créance qui lui aurait conférée la qualité pour agir, ne peut reprocher au Tribunal de ne pas l'avoir interpellée à ce propos, pour qu'elle puisse produire plus de pièces démontrant sa légitimation⁹¹². Le devoir d'interpellation n'est donc **pas destiné à introduire dans le procès des éléments de fait qui n'ont pas été allégués ni de rechercher les conséquences juridiques d'affirmations qui ne renvoient à aucune conclusion**⁹¹³.

800

Citation tardive : le devoir d'interpellation n'a pas été violé par le juge qui considère que l'inobservation du délai de citation est guérie, respectivement ratifiée lorsque l'intéressé se présente à l'audience malgré une citation tardive et y prend part sans réserve. En agissant de la sorte, le plaideur ne peut pas se prévaloir du devoir d'interpellation, puisqu'il **ne peut servir à réparer des négligences procédurales**. Selon BASTONS BULLETTI il s'agit toutefois d'une solution sévère dans la mesure où, d'une part, il s'agissait d'une **partie non représentée**, et où, d'autre part, elle n'avait pas simplement comparu sans rien dire, mais **avait relevé le délai de citation trop bref**. Son erreur aura été de ne pas avoir allégué formellement le fait que ce délai aurait été insuffisant pour se préparer et d'avoir répondu par la négative lorsque la question lui a été posée de savoir si elle avait des objections à formuler quant au déroulement de la procédure. Cela étant, le tribunal **aurait dû lui demander de préciser le sens de sa remarque, de façon à déterminer s'il s'agissait d'une prétention qu'elle souhaitait faire valoir** et ce d'autant plus que le **vice de citation lui était imputable**⁹¹⁴. Nous partageons donc l'avis de BASTONS BULLETTI sur ce point, d'autant plus qu'il s'agissait simplement de **reporter l'audience ou de laisser un délai supplémentaire au plaideur pour compléter sa détermination**, donc à notre sens pas une mesure susceptible de générer une inégalité de traitement entre les parties, ou un rallongement excessif et injustifié de la procédure.

801

Appréciation de la force probante d'un moyen de preuve/« issue plus favorable » : **l'appréciation de la force probante d'un moyen de preuve n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 56 CPC**, et ne peut dès lors pas être invoquée comme non-interpellation

802

reconventionnelles susceptibles d'y faire échec (désistement jugé comme immédiatement opérant pour la partie adverse comme pour le juge).

⁹¹¹ DOLGE, in : Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, 14. Juni 2016, 400 16 43, CAN 2017 N 4, p. 15 ; TF, 4A_57/2014, consid. 1.3.3 ; 4A_635/2009, consid. 2.2 ; 4A_169/2011, consid. 5.4.

⁹¹² TF, 4A_145/2016, consid. 4.2 ; 4A_444/2013, consid. 6.3.3 in : sic ! 6/2014, p. 367.

⁹¹³ TF, 5A_618/2015 du 3.03.2016, consid. 6.6. Concernant l'absence de motivation : TF, 5A_488/2015 du 21.08.2015, consid. 3.2.2 ; TF, 4A_258/2015 du 21.10.2015, consid. 2.4.1. Concernant les conclusions insuffisantes : TF, 5A_855/2012 du 13.02.2013, consid. 5, RSPC 2013 p. 257.

⁹¹⁴ TF, 5A_75/2018 du 18.12.2018, consid. 2.3, note BASTONS BULLETTI in : CPC Online (newsletter du 21.02.2019).

fautive. C'est ce dont il est question dans l'arrêt 5A_380/2016, qui traite d'un contrat d'entreprise conclu entre un particulier B. et une Sàrl, portant notamment sur la fourniture et la pose de fenêtres destinées à un nouveau complexe immobilier. B ayant refusé la livraison desdites fenêtres au motif qu'elles ne correspondaient pas aux plans soumis et approuvés, la société ouvre action contre ce dernier. A titre de preuve, elle produit notamment une attestation confirmant que la production des fenêtres avait été achevée conformément à la commande passée ainsi qu'aux plans fournis pour l'immeuble en question. Cette attestation n'ayant pas été retenue par le Tribunal cantonal, la société (non représentée dans ce litige) recourt contre ce refus en alléguant que l'autorité cantonale « aurait dû l'interpeller et lui impartir un délai afin qu'elle fournisse des éclaircissements, produise une copie de meilleure qualité, voire l'original de la pièce et/ou une traduction de celle-ci » conformément aux articles 56 et 132 CPC⁹¹⁵. Face à cette argumentation le TF rappelle qu'une partie n'est légitimée à soulever le grief de violation de l'art. 56 CPC que si elle rend vraisemblable que « l'exercice correct du devoir d'interpellation du juge aurait mené à une **issue du procès plus favorable pour elle** » (renvoi à la notion d'intérêt à recourir)⁹¹⁶, ce que n'a pas su démontrer la Sàrl. Il ajoute au demeurant que le devoir d'interpellation du juge ne saurait porter sur une question qui relève de l'appréciation de la force probante d'un moyen de preuve et exclut le fait que l'art. 132 CPC relatif aux vices de forme et aux actes abusifs ait vocation à s'appliquer dans cette hypothèse⁹¹⁷.

803 **Issue plus favorable** : Toujours concernant l'obligation de **rendre vraisemblable que l'exercice correct de l'interpellation aurait mené à une issue plus favorable de la procédure en sa faveur** : la partie à qui incombe cette charge doit mettre en exergue les conséquences liées à l'omission de l'interpellation par le juge⁹¹⁸ :

804 «Zur Erhebung der Rüge einer Verletzung von Art. 56 ZPO ist eine Partei nur legitimiert, wenn sie glaubhaft machen kann, dass die korrekte Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht **zu einem für sie günstigen Ausgang des Verfahrens geführt hätte**. Dabei muss sie aufzeigen, welche Reaktion sie auf die (unterbliebene) Frage gegeben hätte. Ohne einen entsprechenden Nachweis fehlt es ihr an einem Rechtsschutzinteresse ».

805 **Conclusions ambiguës** : une conclusion tendant au paiement de « 158'000.– Euros, soit 195'333 fr. 90 » est ambiguë et justifie une interpellation pour la faire préciser⁹¹⁹.

(ii) *Devoir de retenue du juge et non-interpellation fautive*

806

⁹¹⁵ TF, 5A_380/2016, du 15.09.2016, consid. 5.

⁹¹⁶ TF, 5A_380/2016, 15.09.2016, consid. 5.1. ; TF, 4A_78/2014, 23.09.2014, consid. 3.3.1 ; TF, 5A_205/2015, 22.10.2015, consid. 2 et les références citées. Voir aussi : AR GVP 27/2015 Nr. 3655, consid. 2.5.

⁹¹⁷ TF, 5A_380/2016, 15.09.2016, consid. 5.2. ; 4A_444/2013, 5.02.2014, consid. 6.3.3.

⁹¹⁸ TF, 4A_78/2014, 23.09.2014, consid. 3.3.1, RSPC 2015 p. 7 ss (mise en gras ajoutée). Voir aussi : TF, 5A_380/2016 du 15.09.2016, consid. 5.1.

⁹¹⁹ TF, 4A_265/2017, 13.02.2018, RSPC 2018 178 et note de BOHNET p. 179. Voir aussi : CPC Online, Newsletter du 3.05.2018.

Devoir de retenue/action en paiement non chiffrée : que des **actes ou déclarations soient peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets** ne sont pas les seules conditions qui doivent être réunies pour justifier l'interpellation du juge. L'arrêt du TF, 4A_235/2016 interroge par exemple le juge fédéral sur la question du devoir d'interpellation dans l'hypothèse d'une **action en paiement non chiffrée**. A la suite du rejet de l'argumentation de la recourante pour faire reconnaître l'application de l'art. 85 CPC à ses conclusions (action en paiement non chiffrée), cette dernière invoque subsidiairement l'application des art. 227 (modification de la demande) et 56 CPC, afin que soit admise la non-interpellation fautive de la cour inférieure ainsi que le renvoi devant cette instance de manière à compléter ses conclusions. A la question de savoir si la cause doit être renvoyée devant la cour cantonale pour que celle-ci donne la possibilité à l'appelant de chiffrer son appel en cause, le Tribunal répond « que le chiffrage après coup des conclusions, qui doivent l'être d'emblée sous peine d'irrecevabilité de l'action, ne constitue pas une modification des conclusions, lesquelles ne sont ni augmentées ni réduites »⁹²⁰ et rejette l'application de l'art. 227 CPC pour ce type d'hypothèses. Concernant l'art. 56 CPC, le juge fédéral réaffirme en outre le **devoir de retenue** du juge lorsque le plaideur est assisté d'un avocat et ce, **nonobstant le fait que la pratique cantonale a évolué depuis la formulation de ses conclusions**⁹²¹ :

« Dans des cas similaires à la présente affaire, le Tribunal fédéral a jugé que les conclusions non chiffrées de l'appelant, représenté par un avocat, ne pouvaient être tenues pour manifestement incomplètes au sens de l'art. 56 CPC, comme le seraient, dans l'hypothèse envisagée à l'art. 85 al. 2 CPC, des conclusions qui demeuraient non chiffrées, après l'administration des preuves ou la fourniture des informations requises [...]. Contrairement à ce qu'ils prétendent, les intimés **ne sauraient non plus tirer aucun droit à compléter les conclusions du fait que les conclusions de la demande d'appel en cause auraient été formulées selon la pratique cantonale de l'époque**, avant le prononcé de l'ATF 142 III 102. En effet, l'absence de jurisprudence fédérale rendue sur la base du CPC et les différentes opinions exprimées par la doctrine sur ce point devaient rendre les appelants, **assistés d'un avocat, conscients de la possibilité que leurs conclusions soient insuffisantes** ».

807

Devoir de retenue/formalisme excessif/déni de justice (?) : la jurisprudence analyse également les limites du devoir d'interpellation sous l'angle du **formalisme excessif** : la non-interpellation par le juge peut-elle, dans certains cas, constituer un **déni de justice** au sens de l'art. 29 Cst. féd. ? Dans l'ATF 113 Ia 84, le TF traite d'une décision de séquestre sur les biens de R. domicilié à Rome, en faveur de dame R. pour une créance alimentaire. Suite au rejet de son action en revendication en première instance, puis à l'irrecevabilité de son pourvoi en nullité prononcée par le Tribunal cantonal, dame R. forme un recours de droit public devant le TF. Cette dernière y **conteste le refus du Tribunal cantonal de convertir son pourvoi en nullité irrecevable en appel recevable, décision qu'elle considère entachée**

808

⁹²⁰ TF, 4A_235/2016, 7.03.2017, consid. 2.4. Voir aussi, concernant une action non-chiffrée pour laquelle l'application de l'art. 85 CPC a été admise : JdT III p. 230, consid. 3.ab.

⁹²¹ TF, 4A_235/2016, 7.03.2017, consid. 2.4. (Mise en gras ajoutée). Voir aussi : ATF 142 III 102 et les arrêts cités ; TF, 4A_164/2016, 18.10.2016, consid. 3.4 ; TF, 4A_375/2015 du 26.01.2016, consid. 7.1, non publié à l'ATF 142 III 102.

de formalisme excessif. Concernant l'imprécision de son recours, dame R. estime en effet que le Tribunal ne doit s'abstenir d'interpeller la recourante sur la voie de droit envisagée que si celle-ci, « assistée d'un avocat, s'exprime avec netteté et désigne expressément la voie de recours qu'elle a choisie »⁹²², ce qu'elle estime ne pas être son cas en l'espèce. Sur ce point le TF retient toutefois trois arguments pour balayer son affirmation : celui, déjà admis, de la prise en compte dans son jugement de la **présence ou non d'un mandataire**⁹²³ ; celui du respect de la **volonté explicitement formulée** par la recourante, réaffirmant ainsi la primauté de la maxime des débats sur le devoir d'interpellation⁹²⁴ ; enfin, celui de la **pondération entre l'intérêt des parties à corriger ce vice de procédure et celui de la longueur de la procédure**, respectivement de l'utilité des opérations à réitérer⁹²⁵ :

809 « De manière générale, le Tribunal fédéral n'a donné la qualification de formalisme excessif qu'à des exigences injustifiées où la sanction d'irrecevabilité appliquée à des irrégularités qui pouvaient être aisément corrigées, sans que cette correction entraînât des longueurs ou des opérations superflues ».

810 Devoir de retenue/disproportion de la demande : bien que l'argument du « devoir de retenue » semble suffire à justifier la non-interpellation des parties par le juge, le TF entérine ici son refus d'admettre ledit recours en s'appuyant sur le **caractère disproportionné de la modification demandée** par la recourante, rejetant aussi bien le devoir (art. 56 CPC) que la nécessité d'interpeller les parties (art. 29 al. 1 Cst. féd., formalisme excessif)⁹²⁶.

811 Faits non allégués découlant des preuves produites : l'autorité cantonale ne fait pas non plus preuve de formalisme excessif lorsqu'elle **ne tient pas compte de faits non allégués découlant de pièces produites**. Les allégations de la recourante, en l'espèce une étude d'avocats, ne contenaient aucune référence au contenu des décomptes des notes d'honoraires produits, si ce n'est les montants réclamés. Il ne s'agit donc pas d'allégations topiques un peu trop générales que le juge pourrait être amené à faire préciser, à plus forte raison lorsque le recourant agit par son organe lui-même décrit comme un **avocat expérimenté**⁹²⁷.

812 Interpellation accrue/absence de représentation : à l'inverse, le tribunal doit faire preuve d'une plus grande flexibilité s'agissant de **parties non représentées** par un mandataire

⁹²² ATF 113 Ia 84, consid. 3.c.

⁹²³ « Ce n'est pas sans pertinence que la jurisprudence valaisanne attribue de l'importance au fait que l'acte vicié émane d'un avocat, et non de la partie elle-même. L'avocat est non seulement le représentant de la partie, mais encore le collaborateur de la justice [...]. Le juge est en droit d'admettre qu'il agit en pleine connaissance de cause : l'avocat est présumé capable, en raison de sa formation particulière, de représenter utilement la partie [...]; il se justifie dès lors de se montrer plus rigoureux en présence de ses procédés qu'en présence des procédés d'un plaideur ignorant du droit ». ATF 113 Ia 84, consid. 3.d. Voir aussi : AR GVP 27/2015 Nr. 3655, consid. 2.5 à propos du devoir d'interpellation d'une personne non représentée (Existe-t'il un devoir du juge de conseiller à une partie de se faire représenter ?).

⁹²⁴ « Lorsque, se trompant sur les voies de recours ouvertes, un plaideur attaque un jugement non définitif par un pourvoi en nullité, il exprime clairement la volonté de soumettre au Tribunal cantonal les griefs limitativement énumérés à l'art. 285 CPC, ou certains d'entre eux, auxquels il croit être réduit. L'autorité de seconde instance ne peut certes pas modifier cette volonté : elle doit s'en tenir aux moyens soulevés ». ATF 113 Ia 84, consid. 3.c.

⁹²⁵ ATF 113 Ia 84, consid. 3.c.

⁹²⁶ ATF 113 Ia 84, consid. 3.c.

⁹²⁷ TF, 4D_57/2013 du 2.12.2013, consid. 3.3. et 3.4., SJ 2014 I p. 225.

professionnel, notamment **dans des procédures de droit matrimonial** (procédure sommaire) gouvernée par la maxime inquisitoire sociale. Dans un tel cas, nonobstant le fait qu'elle considère la modification d'une demande de divorce en requête commune en séparation inadmissible, la cour d'appel **se doit d'examiner s'il ne faut pas interpréter les conclusions de la demanderesse comme un retrait de sa demande en divorce**, envisageable au stade de l'appel, et donc de **l'interpeller à ce sujet afin de clarifier la situation**⁹²⁸. Il s'agira *in casu*, d'une application de l'interpellation accrue au sens de l'art. 277 al. 2 CPC.

(iii) *Limite temporelle à l'interpellation par le juge*

Afin d'éviter certaines redondances, nous renvoyons ici aux développements relatifs aux arrêts : ATF 140 III 312, 144 III 67 et TF, 4A_50/2021, du 6 septembre 2021 (cf. *infra* N 1067 ss), traitant des conditions d'admission des nova avant les premières plaidoiries. Dans ces arrêts, le TF s'appuie notamment sur la **maxime éventuelle** et le **principe de prévisibilité** pour souligner le fait que – s'il était possible de présenter des faits de manière illimitée lors des débats d'instruction postérieurs à un double échange d'écriture – les parties ne pourraient jamais savoir à l'avance à quel moment la phase de l'allégation serait close. Pour cette raison, il arrive à la conclusion que les faits et moyens de preuve nouveaux doivent être présentés **avant** les premières plaidoiries des parties⁹²⁹.

Réagissant à la décision rendue dans le cadre de l'ATF 140 III 312⁹³⁰, TAPPY admet qu'une telle solution soit sans doute salutaire, notamment en ce qui concerne d'éventuelles manœuvres dilatoires ; il y voit malgré tout **certain inconvénients relatifs à la mise en œuvre de l'art. 56 CPC**. En effet, le devoir d'interpellation ne permet pas au juge de déroger à la maxime des débats. Par conséquent, les clarifications et compléments nécessaires à la clarté du procès devront s'inscrire dans les possibilités offertes par le CPC d'introduire librement des faits et moyens de preuves nouveaux. C'est ce que prévoient les art. 226 et 229 CPC au stade des débats d'instruction ou dans le cadre des premières plaidoiries. Sur ce dernier point TAPPY relève, selon nous à juste titre, qu'une interpellation par le tribunal serait **vraisemblablement fermée dans le cas où un deuxième échange d'écriture aurait déjà été ordonné**. Mais comme on ne peut guère exiger du juge qu'il anticipe les éventuelles lacunes des actes des parties lorsqu'il a ordonné le dépôt par celles-ci de répliques et dupliques encore à venir, TAPPY arrive donc à la conclusion que la **création d'une exception prétorienne permettant l'interpellation par le juge après la clôture normale des allégations et offres de preuve** serait probablement la meilleure option pour que l'art. 56 CPC ne devienne pas lettre morte dans ce cas de figure⁹³¹. Selon nous, il s'agit vraisemblablement d'une hypothèse que, ni le législateur, ni le TF n'avaient envisagée. Pour cette raison, il est également de notre avis

⁹²⁸ TF, 5A_538/2011 du 5.06.2012, consid. 5.1, RSPC 2012, p. 478.

⁹²⁹ ATF 140 III 312, consid. 6.3.2.3 ; ATF 144 III 67, consid. 2.1 ; TF, 4A_50/2021, du 6.09.2021, consid. 2.3.3.3.

⁹³⁰ Ensuite confirmé et précisé par les deux arrêts précités, notamment s'agissant de la limite temporelle (avant les premières plaidoiries).

⁹³¹ JdT 2016 II, p. 259 ss ; TAPPY, Note sur le « droit à une deuxième chance » et la clôture de l'allégation.

qu'une exception prétorienne serait nécessaire dans les cas où les restrictions de l'art. 229 CPC rendent ponctuellement l'interpellation du juge inopérante. Elle **pourrait d'ailleurs s'appuyer sur le texte de l'art. 56 CPC** lui-même, qui vise les actes des parties sans exclure les écritures faisant partie d'un deuxième échange selon les art. 225 et 229 al. 2 CPC, tout en précisant expressément que le juge doit donner le cas échéant auxdites parties l'occasion de les compléter.

(iv) *Distinction entre maxime inquisitoire sociale et devoir d'interpellation accrue*

815 En plus de l'art. 56 CPC, le TF s'est également prononcé sur la maxime inquisitoire sociale en droit du bail et sa proximité avec le devoir d'interpellation accru ou renforcé de l'art. 247 al. 1 CPC. C'est le cas de l'ATF 141 III 569 relatif à une action en diminution du loyer. Dans cette procédure soumise à la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 let. a CPC), le juge doit établir les faits d'office. Il ne se livre toutefois à aucune investigation de sa propre initiative. Les parties doivent d'abord recueillir elles-mêmes les éléments du procès, de sorte que le juge ne leur viendra en aide que par des questions adéquates, afin que les allégations nécessaires et les moyens de preuve correspondants soient précisément énumérés. Bien que le TF ne le précise pas dans cet arrêt, la maxime inquisitoire sociale se distingue du devoir d'interpellation accru en donnant la **possibilité au juge de se fonder sur tous les faits pertinents et établis, même si les parties ne les ont pas invoqués**⁹³². Le TF rappelle en outre le but de cet article qui est de corriger les **disparités entre plaideurs**, par une protection accrue de la partie pénalisée en raison de son inexpérience. Comme pour la procédure ordinaire, l'interpellation par le tribunal **vaut donc avant tout pour les personnes non assistées et juridiquement inexpérimentées** et peut dans certains cas profiter aux deux parties⁹³³. Ainsi le « soutien » apporté par le juge dans l'hypothèse de l'art. 247 al. 2 CPC s'estompe naturellement au profit de l'assistance juridique fournie par l'avocat directement désigné par les parties. Ces dernières doivent en toutes circonstances renseigner le juge sur les faits de la cause ainsi que sur les moyens de preuve propres à établir ceux-ci. De son côté, le juge les rend attentives à leur devoir de coopérer à la constatation des faits et à l'administration des preuves. Il ne les interrogera qu'en cas de doute sur le caractère complet de leurs allégués et offres de preuve.

816 Il est à retenir de cet arrêt le fait que, même lorsqu'elles sont soumises au régime de la maxime inquisitoire sociale, les parties et leurs mandataires **ne doivent pas se reposer**

⁹³² ATF 141 III 569 ; ATF 107 II 233, consid. 2b. ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 23 ; BOHNET, Procédure civile, p. 213 s., N 815 ss.

⁹³³ Message CPC 2006, FF 2006 6841 et 6956 : « La doctrine et la jurisprudence parlent de « maxime inquisitoire sociale » : 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) ». (Mise en gras ajoutée). Voir aussi : TF, 4C.211/2004, du 7.09.2004, consid. 2.1 ; 4A_397/2011, du 15.08.2011, consid. 4.4 ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 24 ; RSPC 2006 134 et note de BOHNET.

aveuglement sur le juge lorsque s'applique l'art. 247 CPC. Ainsi, la poursuite de la procédure à la suite d'une interpellation renforcée du tribunal ne doit pas être comprise comme un **blanc-seing** ou une **garantie de validité sur le fond des allégués et des preuves administrées**. Elle signifie seulement qu'il n'y a pas de motifs objectifs d'éprouver des doutes quant au caractère clair et complets des allégués et offres de preuve, **ce qui ne préjuge en rien de la conviction du juge**. En conclusion, sans motif objectif de doute, le juge n'a pas à signaler à la recourante que ses offres de preuve, en soi complètes, étaient insuffisantes pour fonder son point de vue et entraîner la reconnaissance de son droit⁹³⁴. Il s'agit-là de deux aspects distincts du procès (allégation de faits et administration de preuves complètes et suffisantes/principe *iura novit curia* et pouvoir d'appréciation du juge).

Maxime inquisitoire/demande d'assistance judiciaire/devoir de collaborer : demande d'assistance judiciaire dans le cadre d'une procédure en modification de jugement de divorce (procédure sommaire). A la suite du rejet de sa demande en raison de sa motivation insuffisante, le recourant conteste cette décision estimant d'une part, qu'il appartenait au premier juge de l'interpeller afin qu'il complète son dossier et d'autre part, qu'il n'avait aucune obligation de produire l'ensemble des documents permettant de juger le fond de la cause dès le dépôt de sa demande, conformément aux art. 284 al. 3 et 290 CPC. Statuant sur ce recours, le TF rappelle que la maxime inquisitoire, bien qu'applicable à la procédure portant sur l'octroi de l'assistance judiciaire, **reste limitée par le devoir de collaborer des parties**. Ainsi l'autorité saisie « n'a pas à faire de recherches approfondies pour établir les faits ni à instruire d'office tous les moyens de preuves produits. Elle **ne doit instruire la cause de manière approfondie que sur les points où des incertitudes et des imprécisions demeurent**, peu importe à cet égard que celles-ci aient été mises en évidence par les parties ou qu'elle les ait elle-même constatées »⁹³⁵. Le TF retient enfin que c'est à tort que le recourant assimile les conditions de la requête en modification du jugement de divorce à celles applicables à la requête d'assistance judiciaire. Ainsi, même si le recourant pouvait s'appuyer sur l'art. 290 CPC et introduire sa requête en modification du jugement de divorce sans la motiver, il devait se conformer à l'art. 119 al. 2 CPC en ce qui concerne sa demande d'assistance judiciaire. Il lui incombait donc, de justifier de sa fortune et de ses revenus et d'exposer l'affaire et les moyens de preuve qu'il entendait invoquer⁹³⁶.

817

⁹³⁴ ATF 141 III 569, consid. 2.3.2. Voir aussi : SJ 2014 I, p. 225 ss ; MORDASINI-ROHNER/LIENHARD, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime, in : AJP 2015 p. 1638 ss.

⁹³⁵ TF, 5A_380/2015, du 1.07.2015, consid. 3.2.2. Voir aussi : TF, 5A_65/2009, du 25.02.2009, consid. 4.3 ; 5A_810/2011, du 7.02.2012, consid. 3.2.2 ; 4A_645/2012, du 19.03.2013, consid. 3.3 ; 4A_114/2013, du 20.07.2013, consid. 4.3.1.

⁹³⁶ TF, 5A_380/2015, du 1.07.2015, consid. 3.2.3. Voir aussi : SJ 2012 I p. 443, consid. 3.2.3 qui conclut à l'interpellation par le juge lorsque l'acte n'est que partiellement vicié : « s'il faut certes que le demandeur procède selon les règles du type de procédure applicable au litige (ordinaire, simplifiée ou sommaire) sous peine d'irrecevabilité de la demande, le tribunal devrait néanmoins préalablement attirer l'attention de la partie sur ce point et lui fixer un délai pour procéder conformément aux règles de la procédure applicable à la cause (art. 56 et 132 al. 1 CPC) lorsque l'acte n'est que partiellement vicié [...] ».

c. Conclusion

818 Véritable garantie de procédure, le devoir d'interpellation ajoute une **dimension sociale au procès civil**, en s'assurant que le justiciable ne soit jamais complètement livré à lui-même, y compris pour les matières qui n'entrent pas dans le champ d'application de la maxime inquisitoire. Ce principe est toutefois largement encadré par la jurisprudence du TF qui rappelle, dans nombres de ses décisions, que le juge est au service de la justice et non des parties. Comme l'analyse WILDHABER BOHNET, la mise en œuvre du devoir d'interpellation **ne doit pas conduire à une « déresponsabilisation des citoyens, ni vider de leur substance les maximes des débats et de disposition »**. Le juge aura donc à user de son **bon sens** pour évaluer aussi bien les circonstances personnelles, financières et intellectuelles des parties que les conditions purement juridiques, afin de garder une vision globale et neutre des dossiers qu'il aura à traiter. C'est également ce bon sens qui devra autant que possible encourager le plaideur à alléguer les faits et produire les preuves seul, sans jamais vraiment compter sur une interpellation du tribunal. En tout état de cause, le choix du recours ou non à l'interpellation ne devra verser ni dans la complaisance et le « favoritisme », ni dans l'arbitraire ou le formalisme excessif. Néanmoins et comme le soulignent OBERHAMMER/WEBER, un **juge actif** est un **complément indispensable** aux parties principalement chargées de la clarification des faits, également et surtout dans le cadre de la maxime des débats – point de vue qui a notre préférence⁹³⁷ :

819 «Bei diesem international zu beobachtenden Trend zur materiellen Prozessleitung [...] geht es nicht (oder zumindest nicht primär) um sozialpolitische Zielsetzungen und schon gar nicht um eine Ideologie des «starken Staats», sondern vielmehr um die rechtspolitische Umsetzung der schlichten Einsicht, dass die Richterin, die Fragen stellt, eher zu einem Verständnis des Sachverhalts gelangen wird als eine bloss schweigend zusehende «umpire», und dass die Parteien umgekehrt aufgrund von entsprechenden Hinweisen des Gerichts viel eher verstehen werden, in welche Richtung sie Vorbringen zu erstatten haben [...]; bleibt das notorische «Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt» [...] den Parteien verborgen, so werden sie das Gericht in der Hoffnung, «das Richtige zu treffen» mit allerlei Überflüssigem überhäufen; legt der Richter dagegen den Prozess seiner Meinungsbildung offen – was ja nicht zuletzt auch mit Blick auf einen Vergleichschluss von Nutzen ist – so erkennen die Parteien, worauf es ankommt, und der Prozess gewinnt wesentlich an Effizienz, d.h. die Wahrscheinlichkeit, dass der Entscheid richtig ist, steigt, während der dafür eingesetzte Aufwand tendenziell sinkt [...]».

3. Maxime inquisitoire

a. Maxime inquisitoire en général et obligations/incombances de collaborer

821 La maxime inquisitoire est définie de manière générale à l'art. 55 al. 2 CPC, qui réserve les cas dans lesquels l'établissement des faits et l'administration des preuves seront engagés

820

⁹³⁷ KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 56 N 1.

d'office, contrairement au principe de la maxime des débats. La maxime inquisitoire transfère donc de manière exceptionnelle (et plus ou moins partielle) la **responsabilité de rechercher les faits et les preuves** des parties au juge⁹³⁸. Conformément à la définition donnée par HÜRNI, la maxime inquisitoire revêt donc deux aspects. Un **aspect restrictif** qui consiste à « confisquer » aux parties une partie de leur autonomie dans le cadre de leurs relations de droit privé, en raison d'un intérêt public ou de l'intérêt d'un tiers. Et un **aspect social** visant à rétablir un certain équilibre dans des domaines sensibles sur lesquels les parties sont dans un rapport inégalitaire. Par nature, la maxime inquisitoire a donc une fonction de protection de la partie faible et/ou simplement novice. Selon le contexte dans lequel elle s'applique (art. 247 al. 2, 255, 277 al. 3 et 296 al. 1 CPC), elle permet de limiter les risques d'une perte de droit consécutive à l'application stricte de la maxime des débats et restaure ainsi une certaine **égalité des armes**. Enfin, comme pour la maxime des débats, la maxime inquisitoire présente des liens étroits avec la notion de vérité et de conviction du juge. En tant qu'exception au régime habituel en procédure civile (maxime des débats), elle tendra à l'établissement de la vérité matérielle⁹³⁹.

Sans aller dans les spécificités propres à chacune des différentes maximes inquisitoires prévues dans le CPC, celles-ci présentent, en toutes circonstances les caractéristiques suivantes⁹⁴⁰ :

- La première est que le juge a l'**obligation de constater** (la partie reste tenue de recueillir les éléments du procès), **voire d'examiner et de rechercher les faits d'office**. Il n'est donc pas lié par les faits allégués et les offres de preuve et en ce sens, peut parfois **tenir compte de faits non allégués**⁹⁴¹ ;
- Si l'on se place maintenant sous l'angle des parties, ces dernières doivent, même dans le cadre de la maxime inquisitoire (limitée ou illimitée), **collaborer et participer activement à l'établissement des faits et l'administration des preuves**. Dans la mesure où ce sont elles qui connaissent le mieux la matière du procès ainsi que le cœur du litige, il apparaît logique qu'elles aient ce devoir de collaboration active, ne serait-ce que pour faciliter le travail du juge ainsi que la célérité du procès. Par conséquent, elles ne pourront pas reprocher au juge de ne pas avoir établi certains faits ou administré certains

⁹³⁸ CHK-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 55 N 12 s.

⁹³⁹ BK ZPO I-HÜRNI, art. 55 N 50-53 ; CR CPC-HALDY, art. 55 N 7 ss ; MORDASINI-ROHNER, N 365 ss ; BSK ZPO-GEHRI, art. 55 N 16 ; BOHNET, La procédure civile en schémas, p. 99. A noter encore que l'examen d'office des conditions de recevabilité selon l'art. 60 CPC se distingue de la maxime inquisitoire pure et/ou sociale : le juge doit déterminer si ces conditions sont réunies sur la base des éléments fournis par les parties, mais il ne doit *a contrario* pas rechercher d'office des faits en faveur de la recevabilité ou de l'irrecevabilité (TF, 4A_229/2017, du 7.12.2017 et RSPC 2018 86).

⁹⁴⁰ De manière générale, cf. : KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 55 N 14 ss ; PC CPC-CHABLOZ, art. 55 N 26 ss ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 55 N 101 ss ; BOHNET, Procédure civile, N 841 ss.

⁹⁴¹ ATF 128 III 411 ; ATF 107 II 233

moyens de preuves pour lesquels leur contribution eut été requise, voire indispensable⁹⁴².

- 823 Cette dernière remarque nous amène directement au point suivant, à savoir : l'intensité de l'intervention d'office par le tribunal dans le cadre de la maxime inquisitoire. A l'inverse de la procédure pénale, la procédure civile ne confère pas au juge d'outils d'investigation équivalents à ceux des art. 139 ss CPP pour établir les faits d'office. Elle contient toutefois certaines règles visant à « encourager la collaboration des parties à la procédure ». Le premier réside dans l'art. 160 al. 1 CPC qui soumet les parties à une **obligation générale de collaborer à l'administration des preuves** (cf. N 744 s.), conformément au contenu des let. a, b et c. Cette collaboration est d'ailleurs attendue des parties aussi bien sous le régime de la maxime des débats, par exemple si le juge ordonne la production d'une pièce requise en main de la partie adverse, que lorsqu'il ordonne sa production d'office. Le Message du Conseil fédéral opère toutefois une distinction entre « devoir au sens strict » passible de sanctions voire de contraintes directes au sens de l'art. 167 CPC (refus injustifié) pour les tiers à la procédure, et « charge procédurale » incombant aux parties et n'étant passible d'aucune peine ou contrainte. En effet dans ce cas, le refus de collaborer sera seulement pris en compte, au détriment de la partie récalcitrante, lors de l'appréciation des preuves⁹⁴³.
- 824 Dans la première hypothèse, les sanctions en cas de refus injustifié de collaborer peuvent aller d'une **amende d'ordre à l'exécution forcée** (art. 167 al. 1 CPC), tandis que dans la seconde hypothèse, la **sanction sera uniquement procédurale** (art. 164 CPC). Dans certains cas toutefois, cette sanction procédurale pourra aboutir, en l'absence de pièces fournies par la partie pour cause de négligence ou de mauvaise foi patente, à ce que **son existence soit admise par le juge**, voire même à ce que la **partie soit contrainte de fournir lesdites pièces sous menace de la peine de l'art. 292 CP**⁹⁴⁴. De même, le droit de refus ne s'applique jamais, pour les tiers comme pour les parties, lorsqu'il est question du devoir de collaborer à l'établissement de la filiation au sens de l'art. 296 al. 2 CPC qui, dans cette hypothèse, peut être accompagné de la menace d'une sanction pénale selon l'art. 292 CP⁹⁴⁵.
- 825 Enfin, l'art. 153 CPC confie **l'administration des preuves d'office** au tribunal, soit « lorsque les faits doivent être établis d'office », soit « lorsqu'il existe des motifs sérieux de douter

⁹⁴² BK ZPO I-HÜRNI, art. 55 N 54-58 ; MORDASINI-ROHNER, N 367 et 466 s. ; BSK ZPO-GEHRI, art. 55 N 17 ; SUTTER-SOMM/SCHRANK, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 55 N 61.

⁹⁴³ Message CPC 2006, p. 6855 ss : « 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 collaboration à l'établissement de la filiation (art. 291) : elle peut – à condition d'être sans danger pour la santé – être obtenue par contrainte ».

⁹⁴⁴ BK ZPO I-RÜETSCHI, art. 167 N 5 : « Mithin kann die unberechtigte Verweigerung der Mitwirkung unter Umständen gar zur Annahme des Bestehens (bzw. der Wahrheit) der zu beweisenden Tatsache führen ». Voir aussi KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER, art. 167 N 4 ; BSK ZPO-SCHMID, art. 167 N 3a ; TF, 4A_611/2011 du 3.01.2012 (résiliation anticipée du contrat de travail/mesures provisionnelles d'exécution anticipée/injonction tendant à faire respecter une obligation de faire).

⁹⁴⁵ TF, 5A_745/2014, du 16.03.2015, consid. 2.4. et 3.5. ; et 5A_384/2015, du 16.11.2015, consid. 3.2.

de la véracité d'un fait non contesté ». La première hypothèse vise directement les cas d'application de la maxime inquisitoire, tandis que la seconde vise simultanément la maxime inquisitoire (procédures simplifiée et sommaire) ainsi que la maxime des débats (procédure ordinaire) dans les cas où le principe de la vérité formelle qui lie le tribunal auraient des conséquences indésirables sur le procès (faits non contestés mais néanmoins non crédibles). Bien que l'art. 153 CPC fasse supporter l'administration des preuves au tribunal, le Conseil fédéral ne semble pas admettre de responsabilité exclusive dans ce domaine, préférant parler de **co-responsabilité** (« Mit-Verantwortung ») entre les parties et le juge⁹⁴⁶.

Ainsi, bien que l'application de la maxime inquisitoire consiste à « contrebalancer les charges », de manière plus ou moins étendue, qui incombent normalement aux parties sous le régime de la maxime des débats, le législateur et surtout le juge n'en restent pas moins exigeants envers les parties, qu'ils invitent à rester alertes et impliquées durant toutes les étapes du procès. Les différents degrés d'intervention du juge sont par ailleurs donnés aux art. 247 al. 2, 255, 272, 277 al. 3 CPC d'une part, et à l'art. 296 CPC d'autre part, par le choix des termes « Feststellung » et « Erforschung » (qui sera en principe bientôt identique dans la version en français)⁹⁴⁷. **La notion d'établissement des faits** fait ainsi référence à la maxime inquisitoire sociale tandis que **la notion de recherche des faits** renvoie à la maxime inquisitoire illimitée (cf. N 828 ss et 841 ss). De même, cette intensité varie entre le devoir d'interpellation accru et la maxime inquisitoire sociale. En bref, on peut synthétiser les différents niveaux d'intervention du juge du plus ténu au plus « invasif »⁹⁴⁸ :

- maxime des débats « pure » ;
- maxime des débats nuancée par l'interpellation simple de l'art. 56 CPC ;
- maxime des débats nuancée par l'art. 153 al. 2 CPC (administration des preuves d'office en cas de doute) ;
- maxime des débats nuancée par le devoir d'interpellation accru de l'art. 247 al. 1 CPC ;
- maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2, 255, 277 al. 3 CPC) ;
- maxime inquisitoire illimitée (art. 296 al. 1 CPC).

Dans la partie suivante, nous nous concentrerons sur les critères distinctifs entre la maxime inquisitoire sociale et la maxime inquisitoire illimitée, d'abord sous un angle général, puis sous l'angle plus restreint de la répartition des fardeaux (de la preuve, de l'allégation et de la motivation) entre la partie et le Tribunal selon que s'applique l'une ou l'autre des maximes.

⁹⁴⁶ Message CPC 2006, p. 6923; BBl 2006 7313.

⁹⁴⁷ Message CPC 2020, p. 2673 s.; P-CPC 2020, p. 2700.

⁹⁴⁸ BK ZPO I-HÜRNI, art. 55 N 30-61 ; MORDASINI-ROHNER, p. 131 ss ; SUTTER-SOMM, p. 89 s., N 327 ss.

b. Définitions spécifiques : maxime inquisitoire sociale et maxime inquisitoire illimitée

(i) *Maxime inquisitoire sociale*

828 Dans cette partie nous tenterons de donner la définition la plus précise possible de la maxime inquisitoire sociale, par opposition au **devoir d'interpellation accru** et à la **maxime inquisitoire illimitée**, mais aussi par rapport à ses différentes variantes (notamment entre l'art. 247 al. 2 et art. 255 CPC). Toutefois, la plus grande rigueur ne permet pas toujours de venir à bout de toutes les **ambiguïtés** résultant de la proximité, parfois l'enchevêtrement, de ces notions. Pour cette raison, nous commencerons par exposer les travaux parlementaires relatifs à l'art. 247 CPC, qui, à titre d'exemple, peuvent expliquer les **zones d'ombre** qui gravitent autour de la maxime inquisitoire sociale.

829 En se référant aux travaux parlementaires relatifs à l'art. 247 CPC, on constate que les opinions étaient très divergentes, de sorte que la solution trouvée est le fruit d'un compromis entre chacune des propositions faites. En résumé, le Conseil fédéral avait dans l'idée d'appliquer la maxime inquisitoire sociale à tous les litiges soumis à la procédure simplifiée, estimant que son application était « indissociable d'une **procédure qui se veut accessible à tous** »⁹⁴⁹. Pour des raisons de politique juridique, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats souhaitait toutefois **maintenir la maxime des débats** comme principe en procédure simplifiée. Elle a donc proposé, dans le cadre des art. 243 ss CPC, que la maxime des débats soit **tempérée par un devoir d'interpellation accru** à l'art. 247 al. 1 et soumise à l'exception de la **maxime inquisitoire** à l'al. 2, pour certains domaines particuliers⁹⁵⁰. Enfin, une minorité de la commission du Conseil national avait également émis l'**idée d'introduire la maxime d'office** en procédure simplifiée dans certains domaines juridiques où une partie est réputée faible, en plus des cas de prétentions concernant les enfants en droit de la famille⁹⁵¹.

830 Après d'importants remaniements effectués dans le cadre de l'élimination des divergences avec le Conseil national et la Chambre haute, un consensus s'est finalement formé autour de la proposition de la Commission à savoir : l'application d'un devoir d'interpellation accru en complément de la maxime des débats (al. 1) et de la maxime inquisitoire sociale (al. 2), à titre d'exception et limitée à une liste de domaines spécifiques, sans adjonction de la maxime d'office⁹⁵².

⁹⁴⁹ Message CPC 2006, p. 6956.

⁹⁵⁰ BO 2007 CE 533.

⁹⁵¹ BO 2008 CN 967 : « Abs. 4. In den Angelegenheiten von Artikel 239 Absatz 2 Buchstaben a bis c sowie in den arbeitsrechtlichen Streitigkeiten gemäss Artikel 336a OR sowie Artikel 337c Absatz 3 OR entscheidet das Gericht ohne Bindung an die Parteianträge ». L'art. 239 fait en réalité référence à l'actuel art. 243 CPC. Voir aussi : BOHNET, Ecritures, maximes de procédure et débats dans le procès civil social, p. 46, n° 43 ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 2 ss ; M. SARBACH, Zivilprozessrecht im Wandel, p. 141 s.

⁹⁵² BO 2007 CE 533 ; BO 2008 CN 967 s. ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 2 s. ; BOHNET, Ecritures, maximes de procédure et débats dans le procès civil social, p. 50, N 56.

Ce bref aperçu des négociations parlementaires autour de la maxime inquisitoire sociale de l'art. 247 al. 2 CPC traduit selon nous une **volonté du législateur d'accompagner les parties et de pallier leurs connaissances limitées du droit, tout en respectant le principe de l'autonomie et de l'initiative des parties propre au procès civil (maxime des débats)**. Ce compromis, bien qu'il serve de trait d'union entre la maxime inquisitoire illimitée et la maxime des débats, porte donc en son sein des objectifs ambivalents rendant sa mise en œuvre périlleuse pour le tribunal et pour la partie concernée. Vu les différences pratiques peu marquées entre la procédure soumise à la maxime inquisitoire sociale et la procédure soumise à la maxime des débats combinée à une devoir d'interpellation accru, nous partageons l'avis de BOHNET et JEANNIN qui considèrent que l'ensemble des causes jugées en procédure simplifiée auraient dû être soumises à la maxime inquisitoire sociale, tel que le proposait initialement le Conseil fédéral. Il en a toutefois été décidé autrement, de sorte que le juge est finalement soumis à deux régimes différents en fonction des affaires qu'il a à traiter. Lorsque la maxime inquisitoire sociale est applicable (al. 2), ce dernier **tient notamment compte des faits non allégués** par les parties, mais **qui résultent de l'administration des preuves**, ce qui n'est pas le cas des procédures gouvernées par la maxime des débats et le devoir d'interpellation renforcé (al. 1). Il bénéficie aussi du régime de certaines dispositions uniquement applicables à la maxime inquisitoire, à savoir : la possibilité d'administrer les preuves d'office au sens de l'art. 153 al. 1 CPC et d'admettre les nova présentés par les parties jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC)⁹⁵³.

831

Comme énoncé précédemment, la maxime inquisitoire sociale est également prévue aux art. 255, 272, 277 al. 3 CPC. Elle s'applique donc respectivement à certaines affaires en procédure simplifiée, à certains cas de procédure sommaire (faillite, concordat, juridiction gracieuse, mesures protectrices de l'union conjugale et à certaines hypothèses relatives à la procédure de divorce n'intégrant pas les enfants). Elle est résumée dans l'ATF 125 III 231, qui l'analyse sous l'angle de l'art. 274d al. 3 aCO (procédure relative aux baux d'habitations et locaux commerciaux)⁹⁵⁴ :

832

« La maxime inquisitoire qui se fonde sur des considérations socio-politiques tend à protéger la partie la plus faible économiquement, à établir l'égalité entre les parties et à accélérer la procédure. Celles-ci ne sont toutefois pas dispensées de collaborer activement à la constatation des faits pertinents et d'indiquer au besoin les preuves à apporter. **Même dans la maxime inquisitoire, elles répondent de l'établissement des faits** (Brönnimann, op. cit., p. 347). L'art. 274d al. 3 CO n'impose donc pas une interprétation large de la maxime inquisitoire. Cela résulte déjà de la **réserve expresse selon laquelle les parties sont tenues de produire toutes les pièces pertinentes**. Le tribunal a pour seule obligation d'interpeller les parties et de leur signaler qu'elles doivent coopérer à la constatation des faits ainsi qu'à l'administration des preuves. Il est aussi tenu de s'assurer que leurs allégations et leurs offres de preuve sont complètes si des doutes sérieux existent sur ce point (cf. ATF 107 II 233 c. 2c p. 236, JdT 1981 I 285, spéc. 286, rés.). Le juge doit simplement inviter les parties à indiquer et à produire leurs moyens de preuve ; son rôle ne va pas au-delà. Lorsque, contrairement

833

⁹⁵³ BOHNET/JEANNIN, pp. 230 et 240 ; BOHNET, *Ecritures, maximes de procédure et débats dans le procès civil social*, p. 46, N 43 ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 2 s. Pour des précisions plus récentes concernant l'admission des nova : TF, 4A_50/2021, du 6.09.2021.

⁹⁵⁴ ATF 125 III 231, JdT 2000 I p. 194, consid. 4a

à ce qu'on serait en droit d'attendre d'elle, une partie refuse de collaborer à l'administration des preuves, celle-ci peut être close (Brönnimann, op. cit., p. 357). **La maxime inquisitoriale applicable suivant l'art. 274d al. 3 CO aux litiges en matière de bail à loyer n'oblige pas le tribunal à étendre à volonté la procédure probatoire et à administrer toutes les preuves possibles** (cf. HOHL, op. cit., pp. 51 s.) ».

834 Bien que proche de l'interpellation accrue et de la maxime inquisitoire illimitée, la maxime inquisitoire sociale présente toutefois certaines spécificités quant à ces buts et à son application. Selon BOHNET et JEANNIN, ses buts sont triples : il s'agit premièrement de **fournir une assistance étatique pour la partie faible** ou, pour reprendre la formulation du Conseil fédéral « compenser un rapport de forces inégal entre les parties »⁹⁵⁵. Deuxièmement, de **permettre aux parties d'agir personnellement** sans avoir à faire nécessairement appel à un avocat. Troisièmement, de permettre d'**accélérer la procédure** malgré l'absence de mandataire professionnel⁹⁵⁶. Concernant sa mise en œuvre, la maxime inquisitoire sociale présente les caractéristiques suivantes⁹⁵⁷ :

- Sa première spécificité est qu'elle entraîne une **co-responsabilité entre le tribunal et la partie** en ce qui concerne l'établissement des faits (« Erstellung des Sachverhalts »). La partie reste en effet tenue de présenter les faits, ainsi que ses allégations et offres de preuve, elle est également tenue de collaborer activement aux mesures prises par le juge dans le but d'éclaircir ou de compléter les faits litigieux⁹⁵⁸. De son côté le juge est partiellement tenu par les actes des parties, dans la mesure où il peut choisir de se fonder sur tous les faits pertinents et établis, même si la partie a choisi de ne pas les invoquer directement à l'appui de ses allégations. En bref, le juge doit **constater les faits**, ce qui ne signifie toutefois pas qu'il doit les rechercher, sauf s'ils sont vraisemblablement incomplets ou qu'il éprouve des doutes⁹⁵⁹ ;
- Sa deuxième caractéristique résulte de son rapport singulier avec la notion de vérité matérielle. En effet, le juge doit agir dans un **certain cadre** lorsqu'il souhaite supplanter la partie afin d'établir les faits et rechercher les preuves d'office, contrairement à la maxime inquisitoire de l'art. 296 al. 1 CPC pour laquelle la recherche des faits n'est pas

⁹⁵⁵ Message CPC 2006, p. 6956. Voir aussi : TF 5A_875/2015, du 22.04.2016, consid. 3.2.2 ; TF, 5A_645/2016, du 18.05.2017, consid. 3.2.3. Concernant l'obligation des parties de soumettre les preuves disponibles malgré la maxime inquisitoire : ATF 128 III 411, consid. 3.2.1 ; TF, 5A_298/2015, 30.09.2015, consid. 2.1.2, RSPC 2016 p. 135. Concernant le fait qu'il n'appartient pas au tribunal de conseiller les parties sur le plan procédural : ATF 137 III 617, consid. 5.2, JdT 2014 II 187 ; TF, 5A_2/2013, 6.03.2013, consid. 4.2 ; TF, 5A_608/2014, 16.12.2014, consid. 4.2.1 ; TF, 5A_251/2016, 15.08.2016, consid. 2.3.1.

⁹⁵⁶ BOHNET/JEANNIN : La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, ZSR/RDS vol. 134 (2015) I Livre 3, p. 230 ; CHK-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 55 N 15 ; ASPRIEN STÖCKLIN, p. 23 s. ; BRÖNNIMANN, p. 96 ss ; M. SARBACH, Zivilprozessrecht im Wandel, p. 148 ss.

⁹⁵⁷ De manière générale, cf. ; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 55 N 16 ss ; PC-CPC-CHABLOZ, art. 55 N 28 ss ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 55 N 102 ss et art. 247 N 10 ss ; BOHNET, Procédure civile, N 846 ss.

⁹⁵⁸ Concernant l'appréciation en défaveur de la partie qui viole son devoir de renseigner : arrêt du 24.06.2011, consid. 2.2 ; TF, 5A_562/2011, du 21.02.2012, consid. 7.5.

⁹⁵⁹ TF, 5A_354/2016, du 22.11.2016, consid. 4.1. ; ATF 136 III 74, consid. 3.1 ; ATF 125 III 231, consid. 4a ; ATF 107 II 233, consid. 2c ; ATF 141 III 569, consid. 2.3.2.

ou peu encadrée. Le critère pour l'intervention du juge dans le cadre de cette maxime semble être celui de **l'exhaustivité des allégations et moyens de preuve de la partie**, par opposition au champ d'application de la maxime des débats, limitée aux seuls cas de doute sur le caractère complet des allégations et offres de preuve au sens de l'art. 153 al. 2 CPC⁹⁶⁰ ;

- La maxime inquisitoire sociale prévoit **certaines hypothèses dans lesquelles le juge intervient d'office** durant le procès : de la même manière que pour le devoir d'interpellation accru, le juge peut interroger les parties pour s'assurer que leurs allégués de faits et leurs offres de preuve sont complets, notamment s'il a des motifs objectifs d'en douter. Le juge intervient donc, en donnant l'occasion aux parties de clarifier et compléter les actes ou déclarations « peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets ». La maxime inquisitoire sociale va toutefois au-delà de la simple interpellation dans la mesure où elle **autorise le juge à se fonder sur tous les faits pertinents et établis, même si les parties ne les ont pas invoqués**. Son investigation peut donc être occasionnellement étendue en fonction des circonstances du cas d'espèce et du comportement des parties⁹⁶¹ ;
- La maxime inquisitoire sociale doit être **tempérée** (devoir de retenue) **à chaque fois que la partie est assistée d'un mandataire professionnel** (cela ne vaut d'ailleurs pas seulement pour les avocats, mais aussi dans les cas visés par l'art. 68 al. 2 let. b ss CPC)⁹⁶². Dans les cas, plus simple où la partie n'est pas assistée d'un mandataire, le tribunal procède sans retenue, pour autant qu'il s'agisse de réparer les inexactitudes, ambiguïtés et indications incomplètes. Dans ce cadre, la maxime inquisitoire sociale ne semble **pas distinguer entre demandeur et défendeur** et profite ainsi aux deux protagonistes, bien que la plupart des hypothèses visées par l'art. 247 al. 2 CPC soit théoriquement prévues pour pallier les inégalités entre elles. On peut toutefois supposer, comme le souligne BOHNET, qu'en pratique le juge interviendra avec une plus grande retenue en présence d'une partie réputée forte, le critère théorique étant celui du **besoin concret de soutien de la partie au vu de ses facultés effectives** et non pas celui, parfois trop réducteur, du statut social⁹⁶³ ;

⁹⁶⁰ CR CPC-HALDY, art. 55 N 7 ss ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 23 ; M. SARBACH, Zivilprozessrecht im Wandel, p. 134 ss ; Message CPC 2006, p. 6956.

⁹⁶¹ ATF 125 III 231, consid. 4a. ; TF, 4A_214/2007, du 12.11.2007, consid. 5.

⁹⁶² ATF 141 III 569, consid. 2.3.1, RSPC 2016 96 ; TF, 4A_519/2010, du 11.11.2010, RSPC 2011 97 ; TF, 4C.185/2003, du 14.10.2003, consid. 4.1 ; 4C.143/2002, du 31.03.2003, consid. 3. ; 4C.395/2005, du 1.03.2006, RSPC 2006 355. A noter que dans l'arrêt non publié 4A_522/2008 relatif à l'art. 343 aCO, le juge fédéral avait estimé que, bien que le juge ne puisse pas ordonner d'office de mesures d'instruction en présence de parties assistées, il avait toutefois l'obligation d'interpeller les parties en cas de lacunes évidentes, nuanciant ainsi **l'automatisme d'un traitement différencié lié à la présence d'un avocat**. Cette hypothèse n'est plus valable selon le CPC actuel, car cela reviendrait à rendre applicable l'art. 247 al. 1 CPC (et non l'al. 2) dans les affaires visées par l'art. 243 al. 2 CPC sans appui dans le texte légal. Cette nuance est néanmoins intéressante.

⁹⁶³ CR CPC-TAPPY, art. 247 N 24 ; RSPC 2006 p. 134, note de BOHNET ; BOHNET/JEANNIN : La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, ZSR/RDS vol. 134 (2015) I Livre 3, p. 232.

- L'application de la procédure simplifiée et, par extension, celle de la maxime inquisitoire sociale sont **exclues par l'art. 243 al. 3 CPC pour les litiges soumis devant une instance cantonale unique** (art. 5 à 8 CPC) **ou un tribunal de commerce** (art. 6 CPC). Les buts sous-jacents de cette règle sont, pour l'art. 5 CPC, d'éliminer du champ de la maxime inquisitoire sociale les hypothèses pour lesquelles il n'existe pas de besoins particuliers de la part de l'une des parties (propriété intellectuelle, concurrence, etc.) ; pour l'art. 6 CPC, d'assurer la mise en œuvre unifiée du droit matériel sur tout le territoire⁹⁶⁴ ; et pour l'art. 8 CPC, d'offrir une procédure rapide pour les parties qui en émettent le souhait et dont la valeur litigieuse du litige est de 100'000 fr. au moins. Sur ce dernier point, BOHNET et JEANNIN estiment que la prorogation de l'art. 8 CPC est également possible dans les litiges soumis à la maxime inquisitoire et ce pour deux raisons : elle n'entrave pas l'application uniforme du CPC et elle découle d'un choix des parties⁹⁶⁵. Il est vrai que le but de rapidité et la limitation des voies de recours vont plutôt dans le sens d'une telle interprétation⁹⁶⁶. On peut toutefois se demander si l'expression de la volonté commune des parties, justifiant le recours à l'art. 8 CPC, n'est pas plutôt exprimé par la maxime des débats que celle de la maxime inquisitoire. On peut en outre supposer – pour des litiges d'une valeur litigieuse supérieure ou égale à 100'000 fr. et pour lesquelles les parties demandent d'elles-mêmes une prorogation de for – qu'il s'agit pour la plupart de parties représentées ou du moins bien renseignées quant à leurs options procédurales. Or la maxime inquisitoire sociale vise la protection de parties réputées faibles et s'applique avec retenue aux parties représentées par un mandataire professionnel. Enfin, on peut s'interroger quant à la pertinence de rajouter une exception à une autre exception, alors que le texte légal est, dans ce cas, plutôt clair pour les parties comme pour le juge ;
- Concernant « la charge » relative à l'établissement des faits, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, **la maxime inquisitoire sociale ne permet pas d'étendre à bien plaire l'administration des preuves et d'exiger toutes les mesures probatoires concevables**⁹⁶⁷. De plus (et cela va sans dire), **le juge civil sera beaucoup plus restreint que le juge pénal en ce qui concerne les moyens mis à sa disposition pour mener sa propre enquête** et dépendra en grande partie des informations données par les parties⁹⁶⁸ ;

⁹⁶⁴ En effet, les tribunaux de commerce au sens de l'art. 6 CPC existent seulement dans quatre cantons (Argovie, Zurich, St Gall et Berne) et sont compétents pour les litiges « commerciaux » en tant qu'instance unique. Voir aussi : ATF 139 III 457, consid. 4.4.3.3 ss.

⁹⁶⁵ BOHNET/JEANNIN : La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, ZSR/RDS vol. 134 (2015) I Livre 3, p. 235 ; M. SARBACH, Zivilprozessrecht im Wandel, p. 134 ss.

⁹⁶⁶ CR CPC-HALDY, art. 55 N 9 ; Message CPC 2006, p. 6984.

⁹⁶⁷ BK ZPO II-KILLIAS, art. 247 CPC N 3 ; WILDHABER BOHNET, Le devoir d'interpellation du tribunal en procédure civile suisse, in : Jusletter 23 septembre 2013, Rz. 10, note 22 et les références citées.

⁹⁶⁸ WILDHABER BOHNET, Le devoir d'interpellation du tribunal en procédure civile suisse, in : Jusletter 23 septembre 2013, Rz. 10 ; BOHNET/JEANNIN : La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, ZSR/RDS vol. 134 (2015) I Livre 3, p. 245 ; ASPRIION STÖCKLIN, p. 16.

- **Le fardeau de la preuve s'applique conformément à l'art. 8 CC**, nonobstant le fait que le juge doit établir les faits d'office. C'est donc à la partie de déduire ses droits de l'état de fait et de supporter les conséquences résultant d'une absence de preuves⁹⁶⁹.

Au regard de la jurisprudence, la définition de la maxime inquisitoire sociale ne varie pas selon que l'on se situe dans un litige visé par l'art. 247 al. 2, l'art. 255, l'art. 272 ou l'art. 277 CPC. Leurs spécificités s'expriment seulement en fonction de la procédure et de leur domaine d'application. Concernant leur **but** et leur **champ d'application**, l'art. 247 al. 2 CPC vise à protéger de manière accrue la **partie réputée faible**, à favoriser le règlement plus **rapide** du litige et à anticiper les **disparités fréquentes** entre les parties dans le type d'affaires qui la concerne. L'art. 247 al. 2 CPC renvoie à la liste exhaustive donnée par l'art. 243 al. 2 CPC (loi fédérale sur l'égalité, violences, menaces, harcèlement au sens de l'art. 28b CC baux à loyer, etc.) ainsi qu'aux litiges de baux et de contrat de travail dont la valeur litigieuse ne dépasse pas les 30 000 francs. En procédure sommaire, les art. 255, 272 et 277 al. 3 CPC visent une **plus grande célérité** dans la résolution du litige, entraînant une plus grande prise en charge et initiative de la part du juge dans l'avancement du procès. L'art. 255 CPC traite des affaires gracieuses ainsi que les litiges en matière de faillite et de concordat, tandis que l'art. 272 et 277 al. 3 CPC concernent les procédures spéciales en droit matrimonial et procédures de divorce⁹⁷⁰.

Sans être un « premier choix », la maxime inquisitoire sociale est donc le fruit d'un consensus visant avant tout à **protéger une partie réputée faible**, tout en l'obligeant à participer activement au procès. Vu sa connaissance privilégiée du litige, il est en effet dans son intérêt de contribuer, autant que faire se peut, à l'établissement des faits ainsi qu'à l'administration des preuves. Attention donc à ne pas se faire piéger par le terme de « maxime inquisitoire » qui, au vu de la jurisprudence, semble relativement trompeur pour les parties. En effet, le TF semble avoir à cœur, malgré le « statut privilégié » des parties, l'implication de ces dernières à la procédure et sollicitées durant le procès. Ainsi, il revient aux parties de faire les **démarches centrales et évidentes** pour établir les faits et administrer les preuves, *a fortiori* si ces actes sont à leur avantage et appuient leurs motivations et demandes. *A contrario*, le juge n'est pas obligé d'éplucher tous les actes des parties pour établir s'il y trouve des choses en leur faveur. De même, si les parties ne procèdent à aucun changement à la suite d'une interpellation du juge au sens de l'art. 247 al. 2 CPC ; si cette inaction résulte d'un manque de

⁹⁶⁹ BOHNET/JEANNIN, La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, ZSR/RDS vol. 134 (2015) I Livre 3, p. 245 ; ATF 139 III 7 ; ATF 139 III 13.

⁹⁷⁰ BK ZPO II-KILLIAS, art. 247 N 23 ss ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 16 ss, art. 272 N 3 s., art. 277 N 3 ss ; BSK ZPO-MAZAN, art. 247 N 3 s., art. 255 N 2 ss ; BK ZPO II-GÜNGERICH, art. 255 N 2 ss ; CR CPC-BOHNET, art. 255 CPC N 3 ss ; BK ZPO II-SPYCHER, art. 272 N 3 ss, art. 277 N 27 ss ; BSK ZPO-SIEHR/BÄHLER, art. 272 N 1, art. 277 N 3 ; M. SARBACH, Zivilprozessrecht im Wandel, p. 142 ss.

diligence, il faut considérer que lesdites parties renoncent implicitement à l'aide judiciaire qui leur a été offerte⁹⁷¹.

837 En conclusion, bien que la maxime inquisitoire sociale établisse une responsabilité conjointe des parties et du juge quant à l'établissement des faits, il est important qu'en cas de doute, les parties agissent en pratique comme si elles étaient soumises au régime d'un devoir d'interpellation accru, voire simple, **sans s'attendre à recevoir un soutien automatique et appuyé de la part du juge.**

838 A ce titre, nous relèverons encore le point de vue de M. SARBACH s'agissant de la **nécessité de disposer d'une maxime inquisitoire sociale**. Ce dernier rappelle que la raison d'être de cette règle est avant tout de **limiter le risque qu'une partie subisse la perte de son droit en raison de sa « conduite insuffisante sur le plan procédural »** (« prozessual ungenügendes Verhalten »), risque qui est *a contrario* présent pour les litiges soumis à une maxime des débats « pure », et notamment pour les non-juristes. Selon M. SARBACH, ce raisonnement est toutefois erroné dans la mesure où il résulterait d'une mauvaise compréhension de la maxime des débats et de son champ d'application, ou plus exactement d'une définition devenue désuète sous le nouveau CPC. Dès lors, il apparaît selon lui caricatural et inexact d'opposer la maxime inquisitoire sociale à une « asoziale Verhandlungsmaxime »⁹⁷² :

839 « Woher sollte der (imaginäre) « Durchschnittsbürger (geschweige denn, man verzeihe den Ausdruck, der Unterdurchschnittsbürger) » wissen, bis zu welchem Zeitpunkt er was vorbringen oder bestreiten muss und vor allem : wie detailliert ? Oder wäre ihm zuzumuten, nicht nur die Bedeutung von Fremdwörtern wie « Substanziierungslast » zu entschlüsseln, sondern auch noch selbst zu erforschen, wie weit deren Anforderungen gehen ? Die Pärömie « da mihi facta, dabo tibi ius » könnte zwar glauben machen, Erstellung des Sachverhalts und Rechtsanwendung liessen sich sauber voneinander trennen. [...] Die soeben gestellte Fragen sind nicht nur leicht rhetorisch gefärbt, sondern stehen zudem im Konjunktiv : Ein solches Monster « Verhandlungsmaxime » existiert nicht einmal in doktrinär überspannten Abhandlungen oder anderen Gruselgeschichten. [...] **Die « soziale Untersuchungsmaxime » ist auch nicht sozialer als die Verhandlungsmaxime es wäre, anders gesagt : Sie verdankt ihr Dasein einer Verkenning der Verhandlungsmaxime ».**

840 Fort de ce constat, M. SARBACH arrive à la conclusion que la version actuelle de la maxime des débats, ponctuellement nuancée par le devoir d'interpellation du juge, a rendu obsolète la maxime inquisitoire sociale dans un système juridique qui ne connaît pas de représentation obligatoire par un avocat. M. SARBACH agrmente son propos en parlant du devoir d'interpellation comme de la « Magna Carta du procès civil » ou encore de « l'huile indispensable au fonctionnement de la machine qu'est la maxime des débats ». Plus prosaïquement, il

⁹⁷¹ ATF 141 III 569, consid. 2.3.1 ; RSPC 2016 96 ; TF, 4A_476/2015, du 11.01.2016, RSPC 2016 482190 ; à propos de l'ancien art. 274d al. 3 CO : ATF 136 III 74, consid. 3.1 ; ATF 125 III 231 consid. 4a ; voir aussi : TF, 4A_32/2007, 16.05.2007 ; à propos de l'art. 343 al. 4 aCO : ATF 107 II 233, consid. 2c. Voir aussi : LIENHARD/MORDASINI-ROHNER, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime, AJP 2015, p. 1641.

⁹⁷² M. SARBACH, Zivilprozessrecht im Wandel, pp. 152 s. et 154.

conclut à l'abrogation de la maxime inquisitoire sociale, pour autant qu'elle se fasse au profit d'une maxime des débats générale qui, grâce à la mise en œuvre d'un devoir d'interpellation global en faveur des citoyens (qu'ils soient employés, clients ou bien bailleurs), ne les décourage pas de faire valoir leur droit de manière autonome⁹⁷³. Que l'on adhère ou pas à ce point de vue, il est indéniable que les notions de maxime inquisitoire sociale et de devoir d'interpellation se chevauchent parfois trop pour être comprises et appliquées efficacement.

(ii) *Maxime inquisitoire illimitée*

Toutes les procédures applicables aux enfants dans les affaires de droit de la famille sont soumises à la maxime inquisitoire illimitée, soit l'ensemble des dispositions du Titre 7 de la partie 2 du CPC, mais aussi dans les procès matrimoniaux du Titre 6 impliquant des enfants mineurs ainsi qu'en deuxième instance. Cette maxime inquisitoriale a pour objet d'établir les faits d'office et d'administrer toutes les mesures probatoires nécessaires, peu importe que les faits aient été allégués ou non, admis ou encore contestés. « L'établissement des faits d'office » en tant que tel ne doit pas être sous-estimé puisque, contrairement à la maxime inquisitoire simple, il oblige le tribunal à rechercher (« erforschen ») et à prendre en considération toutes les circonstances propres à mener à une décision qui réponde au mieux à la nécessité de **garantir le bien de l'enfant**⁹⁷⁴. A ce titre, le projet CPC (2020) propose une unification terminologique dans les trois langues de l'art. 296 al. 1 CPC en remplaçant le verbe « établir » par « examiner » (« erforschen » ; « esaminare »). Il ne s'agit en soi que d'une correction rédactionnelle sans incidence de fond, mais qui a néanmoins le mérite de la clarté⁹⁷⁵. Le but de cette maxime est donc de sauvegarder les intérêts de l'enfant. Accessoirement, elle profite aussi au débiteur de la prestation alimentaire en préservant son droit au minimum vital. Enfin, cette maxime est associée à la maxime d'office (art. 296 al. 3 CPC) prévoyant que le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties⁹⁷⁶.

Quant à la question de **l'enfant majeur**, le Message CPC 2020 s'est prononcé à contresens de la jurisprudence du TF rendue jusqu'ici⁹⁷⁷ :

⁹⁷³ M. SARBACH, *Zivilprozessrecht im Wandel*, p. 154.

⁹⁷⁴ De manière générale, cf. CHK-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 55 N 16 ; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 55 N 16 ss ; PC CPC-CHABLOZ, art. 55 N 33 ss ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 55 N 102 ss ; BOHNET, *Procédure civile*, N 841 ss ; ATF 142 III 153, consid. 5.1.1.

⁹⁷⁵ Message CPC 2020, p. 2676 ; PC CPC-DIETSCHY-MARTENET, art. 296 N 5 ; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 296 N 12.

⁹⁷⁶ SUTTER-SOMM, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, p. 95, N 358 s. et p. 345, N 1277 ss ; CR CPC-JEANDIN, art. 296 N 2 ss ; BK ZPO II-SPYCHER, art. 296 N 2 ss ; BERNASCONI, *Commentario CPC*, art. 296 N 1 ss ; MORDASINI-ROHNER, *Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime in Familienrechtlichen Verfahren*, in : *recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, 2014, p. 22 s. ; DE PORET BORTOLASO, *SJ 2016 II*, p. 164 s.

⁹⁷⁷ Le TF a d'abord laissé la **question ouverte** (TF, 5A_811/2014, 29 janvier 2015, consid. 5.1), puis a ensuite déclaré que **l'art. 296 n'était pas applicable aux demandes d'aliments d'enfants majeurs** (TF, 5A_524/2017, 9.10.2017, consid. 3.1 et réf. cit.), tandis qu'une partie de la doctrine estimait *a contrario* que la **situation de faiblesse de l'enfant ne disparaissait pas du seul fait de son accession à la majorité** (BASTONS BULLETTI, *CPC Online*, Newsletter du 20.3.2019 ; HEINZMANN, *CPC Online*, Newsletter du 18.1.2018 ; MEIER, 51 ; MORDASINI-ROHNER, 25), opinion

843 « Cette règle [de l'art. 296 CPC] ne vaut que pour les procédures applicables aux enfants au sens étroit, c'est-à-dire aux actions intentées par des mineurs. Le droit en vigueur ne contient cependant **pas de règle claire pour les actions introduites par les enfants majeurs et en particulier pour les demandes d'aliments de l'enfant majeur**. La question de la procédure applicable aux demandes d'aliments d'enfants majeurs n'a pas encore été tranchée définitivement, bien que le Tribunal fédéral ait manifesté dans un *obiter dictum*, sans peser les arguments, une **tendance allant dans le sens de l'application de la procédure ordinaire** dans le cas où les enfants sont majeurs et contre l'application de la maxime inquisitoire illimitée et de la maxime d'office. [...] la solution consistant à soumettre toutes les actions indépendantes concernant les enfants, mêmes majeurs, à la procédure simplifiée n'est pas seulement plus rapide et plus accessible à tout un chacun, mais elle permet aussi de mieux tenir compte des spécificités du cas d'espèce et des intérêts de l'enfant parce que la procédure est orale et donc flexible. [...] L'art. 295 CPC est reformulé à cette fin: **la procédure simplifiée s'appliquera à l'avenir à toutes les procédures indépendantes, et expressément à celles qui concernent les enfants et leurs demandes d'aliments. Cette disposition vaudra également pour les questions concernant les enfants majeurs**, même si le texte de loi ne l'exprime plus aussi explicitement que le texte de l'avant-projet.

La nouvelle règle vaudra non seulement pour les **demandes d'aliments, mais aussi pour l'action en contestation ou en reconnaissance de paternité, y compris l'action en paternité et l'action en annulation de l'adoption de l'enfant, indépendamment de l'âge des enfants** (et de la valeur litigieuse).

844 Le projet de modification du CPC (2020) prévoit en outre de soumettre **l'ensemble des actions indépendantes concernant les enfants (même majeurs) à l'art. 295 CPC**⁹⁷⁸. Il s'agit, pour reprendre les termes du Conseil fédéral, d'une procédure à la fois **plus simple et plus rapide**, qui permet également de **mieux prendre en considération les spécificités du cas d'espèce et (le plus important) de l'intérêt de l'enfant**, en vertu de sa forme orale, plus flexible. Cela étant la maxime inquisitoire illimitée, de même que la maxime d'office seront étendue à toutes les actions indépendantes concernant les enfants (mineurs ou majeurs), afin de mieux les accompagner dans cette lourde charge qu'est celle d'une action civile, d'autant plus à cet âge. Comme le relève toutefois à juste titre DIETSCHY-MARTENET, il est regrettable que le choix d'étendre l'application de l'art. 295 CPC aux affaires concernant les enfants majeurs ne ressorte pas clairement du texte légal proposé⁹⁷⁹.

845 Bien que la procédure reste initialement le fait des parties à qui revient en premier lieu l'opportunité d'établir les faits litigieux, le juge est en toutes circonstances tenu de rechercher les faits et d'administrer les preuves. Il doit entreprendre toutes les mesures nécessaires et appropriées pour aboutir à une décision qui préservera les intérêts de l'enfant⁹⁸⁰.

846

finaleme nt suivie par le Message CPC 2020, p. 2674. (Mise en gras ajoutée). Voir également PC CPC-DIETSCHY-MARTENET, art. 296 N 3 et 295 N 4.

⁹⁷⁸ Seraient notamment visées les actions alimentaires fondées sur les art. 276 ss et 328 ss CC. Cf. PC CPC-DIETSCHY-MARTENET, art. 295 N 5 et Message CPC 2020, p. 2674.

⁹⁷⁹ PC CPC-DIETSCHY-MARTENET, art. 295 N 5 et Message CPC 2020, p. 2674-2676. Cf. également KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 295 N 3.

⁹⁸⁰ SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, p. 95, N 358 s. et p. 345, N 1277 ss ; CR CPC-JEANDIN, art. 296, N 2 ss ; BK ZPO II-SPYCHER, art. 296 N 2 ss ; SCHWEIGHAUSER, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 296 N 11.

Les parties sont appelées à **collaborer au mieux à l'établissement des faits et à l'administration des preuves**. Leur inaction n'empêchera toutefois pas le tribunal d'agir pour investiguer sur les faits ou obtenir les moyens de preuve qui lui semble pertinents pour pouvoir statuer sur la cause. En ce sens, les parties sont notamment obligées de se prêter aux examens nécessaires à l'établissement de la filiation et y collaborer, conformément à l'art. 296 al. 2 CPC (analyse du profil ADN, examens gynécologiques et morphologiques, expertise, etc.). La seule restriction à ce devoir de collaboration étant la mise en danger de leur santé⁹⁸¹.

Comme le prévoit l'art. 168 al. 2 CPC, « les dispositions régissant le sort des enfants dans les procédures relevant du droit de la famille sont réservées ». Le juge dispose donc d'une liberté des moyens de preuve (« Freibeweis ») dans le cadre de son investigation. Enfin, tout comme pour la maxime inquisitoire sociale, la maxime inquisitoire illimitée ne soumet pas les faits et moyens de preuve nouveaux aux restrictions ordinaires de l'art. 229 al. 1 et 2 CPC. Ainsi en première instance, le tribunal doit en principe les admettre jusqu'au stade des délibérations selon l'art. 229 al. 3 CPC, peu importe qu'il s'agisse de vrais ou de faux nova⁹⁸².

847

Pour ce qui est du régime des nova en appel, le TF a jugé dans l'ATF 144 III 349 (consid. 4.2.1) que **lorsque le procès est soumis à la maxime inquisitoire illimitée, il convient de considérer que l'application stricte de l'art. 317 al. 1 CPC n'est pas justifiée**. Le juge d'appel doit en effet rechercher lui-même les faits d'office « et peut donc, pour ce faire, ordonner d'office l'administration de tous les moyens de preuve propres et nécessaires à établir les faits pertinents pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant [...]. Dans cette mesure, il y a lieu d'admettre que, lorsque la procédure est soumise à la maxime inquisitoire illimitée, les parties peuvent présenter des nova en appel même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies »⁹⁸³. Cela ne vaut toutefois pas en procédure de recours *stricto sensu* (cf. N 875).

848

Par comparaison, la maxime inquisitoire illimitée se distingue de la maxime inquisitoire sociale à plusieurs égards :

849

- **L'intensité de son obligation de collaboration** : dans le cadre de la maxime inquisitoire illimitée, les parties ont un devoir quasi-absolu de collaborer (sauf mise en danger de leur santé). De même, le juge doit rechercher les faits et moyens de preuve pertinents, peu importe le niveau d'implication des parties dans

⁹⁸¹ SCHWEIGHAUSER, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 296 N 10 ss ; BK ZPO II-SPYCHER, art. 296 N 3 ; CR CPC-JEANDIN, art. 296 N 2 ss ; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 296 N 6 ss ; BERNASCONI, Commentario CPC, art. 296 N 7 ss.

⁹⁸² BERNASCONI, Commentario CPC, art. 296 N 5 s.

⁹⁸³ ATF 144 III 349, consid. 4.2.1. Voir également : MORDASINI-ROHNER, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime in Familienrechtlichen Verfahren, in : recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 2014, p. 22 s. ; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 296 N 4 ; CR CPC-JEANDIN, art. 296, N 4 s. ; BK ZPO II-SPYCHER, art. 296 N 8. *A contrario* cette règle ne vaut pas pour les affaires soumises à la maxime inquisitoire sociale (ATF 141 III 569).

l'établissement des faits et sans égard au fait qu'il ait des doutes sur le caractère complet des allégations des parties (à cet égard, on peut également évoquer la possibilité d'ordonner, même sans soupçons particuliers, des enquêtes « de routine » auprès d'organisme de protection de l'enfance comme cela se fait/se faisait dans certains cantons pour tous les divorces concernant des enfants). Le juge a en effet l'obligation d'établir la vérité matérielle et n'est donc pas limité par lesdites allégations. Par conséquent, c'est au juge et plus à la partie que revient le fardeau de la preuve dans le cadre de la maxime inquisitoire illimitée⁹⁸⁴ ;

- **Les modalités de son obligation de collaborer** : la maxime inquisitoire illimitée n'est pas soumise au *numerus clausus* des moyens de preuve prévu par l'art. 168 CPC et laisse la liberté au juge de définir les preuves qu'il souhaite utiliser, notamment en ce qui concerne les modalités de l'audition des enfants. Au surplus, cette maxime déroge à la maxime éventuelle en admettant des faits et moyens de preuve nouveaux en dehors du régime de l'art. 229 al. 1 CPC⁹⁸⁵. Selon AEBI-MÜLLER, le tribunal **peut et doit faire preuve de plus de « créativité » lorsqu'il s'applique la maxime inquisitoire illimitée, afin d'aller au fond de la vérité matérielle** et d'agir également de manière totalement indépendante par rapport aux demandes et aux soumissions des parties⁹⁸⁶ ;
- **Sa mise en œuvre inchangée en présence ou non d'un mandataire professionnel** : l'intensité de l'investigation menée dans le cadre d'une procédure soumise à la maxime inquisitoire n'est en effet pas atténuée par la présence d'un mandataire professionnel (pas de devoir de retenue)⁹⁸⁷.

c. Maximes inquisitoires et répartition des fardeaux de la preuve, de l'allégation et de la motivation

⁸⁵⁰ La maxime des débats fait supporter aux parties le fardeau de l'allégation, le fardeau de la motivation ainsi que celui de la preuve, à quelques atténuations près (interpellation, faits notoires, etc.), les parties seront donc, sauf exception, considérées comme responsables des lacunes liées à leur demande, à leur motivation ou à leur administration de preuves. Dans ce cas de figure, la participation, respectivement l'interpellation du juge est donc éventuelle et supplétive puisqu'intrinsèquement liée à une insuffisance des parties.

⁹⁸⁴ DIETSCHY, Le déroulement de la procédure simplifiée, pp. 173-192, N 41 s. ; STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N 32 ; MORDASINI-ROHNER, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime in Familienrechtlichen Verfahren, in : recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 2014, p. 22 s. ; CR CPC-JEANDIN, art. 296 N 7 s.

⁹⁸⁵ CR CPC-JEANDIN, art. 296 N 4 ; MORDASINI-ROHNER, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime in Familienrechtlichen Verfahren, in : recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 2014, p. 22 s. ; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 296 N 3 s. ; SCHWEIGHAUSER, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 296 N 14 et 21.

⁹⁸⁶ AEBI-MÜLLER, p. 189.

⁹⁸⁷ Message CPC 2006, p. 6956 ; DIETSCHY, Le déroulement de la procédure simplifiée, pp. 173-192 N 42 ; BSK ZPO-MAZAN, art. 247 N 19.

Concernant la maxime inquisitoire sociale, notre opinion est de considérer que le fardeau est du côté des parties, bien que partiellement partagé en ce qui concerne l'établissement des faits et que l'intensité de ce fardeau variera en fonction de la situation des parties et des circonstances du cas d'espèce. En effet, le juge n'a plus seulement un rôle occasionnel, mais participe, parallèlement aux parties, à la constatation des faits. Son action n'est pas requise à la suite d'une insuffisance des parties, mais justifiée par le type même de procédure et d'affaire auquel il se retrouve confronté (litiges relevant de la LEg, litige en matière de faillite et concordat ou relevant de la juridiction gracieuse, etc.). Comme exposé *supra*, cette idée de responsabilité partagée ou « Mitverantwortung » est explicitement formulée par le Conseil fédéral dans son Message relatif au CPC (art. 151 CPC : administration des preuves d'office)⁹⁸⁸ :

851

« Im Zivilprozess tragen grundsätzlich die Parteien die Verantwortung für die Sammlung des Prozessstoffes : Sie bringen die Tatsachenbehauptungen vor und bezeichnen die entsprechenden Beweismittel (Verhandlungsmaxime ; Art 53 Abs. 1). Zudem kann sich das Gericht grundsätzlich mit der formellen Wahrheit begnügen : Was die Parteien übereinstimmend behaupten, ist für das Gericht bindend und schliesst eine Beweisführung aus. Zu diesen Grundsätzen gibt es jedoch Ausnahmen :

852

Zum einen trägt das Gericht bei Verfahren, in denen der Untersuchungsgrundsatz gilt, eine **(Mit-)Verantwortung für die Erstellung des Sachverhaltes** (Abs. 1). Das ist insbesondere der Fall im vereinfachten Verfahren (Art. 243), im Verfahren vor dem Konkurs- und Nachlassgericht sowie bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Art. 251). Hier ist das Gericht für die Beweiserhebung nicht an die Parteianträge gebunden. Trotz Untersuchungsmaxime müssen die Parteien jedoch mitwirken (Art. 157 Abs. 1) : Sie haben die erforderlichen Beweismittel zu bezeichnen – **allenfalls unter Mithilfe des Gerichts** ».

Si l'on se fie à cet extrait du Message du Conseil fédéral, il va de soi que cette co-responsabilité parties-tribunal s'étend aussi bien à l'établissement des faits litigieux qu'à l'administration des preuves comme composantes du « Sammlung des Prozessstoffes ». Dans un premier temps, la partie allègue les faits litigieux. Dans un second temps, elle désigne les moyens de preuve qu'elle souhaite faire valoir et qui vont dans le sens des faits qu'elle allègue. De son côté, le juge n'est pas lié par la direction donnée par la partie et peut choisir de retenir ou non certains des moyens de preuves présentés par les parties. Les parties conservent donc le fardeau de la motivation, sans que le juge ne soit toutefois limité par cette argumentation. Pour reprendre la formulation du Conseil fédéral : sous la maxime inquisitoire, tous les fardeaux (allégation, preuve, motivation) deviennent en quelques sortes des « charges procédurales » qui ne sont certes pas contraignantes pour le juge, mais qui peuvent néanmoins être retenues contre les parties si elles ne s'en acquittent pas⁹⁸⁹.

853

Cette forme atténuée de réciprocité des obligations est également présente en ce qui concerne la maxime inquisitoire illimitée, bien qu'elle penche cette fois davantage en faveur d'une responsabilité du juge. En effet, bien qu'il revienne en premier lieu aux parties d'introduire

854

⁹⁸⁸ BBI 2006 p. 7313. Voir aussi : BK ZPO I-HÜRNI, art. 55 N 62 ss ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 28 s. ; BK ZPO II-KILLIAS, art. 247 N 33 ss.

⁹⁸⁹ Message CPC 2006 en allemand, BBI 2006 p. 7313 ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 29.

l'instance et de soumettre les faits déterminants et les offres de preuve, le juge a simultanément le devoir d'éclaircir les faits et de prendre d'office en considération tous les éléments qui lui semblent importants et pertinents pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant qui fait l'objet des procédures soumises à l'art. 296 CPC⁹⁹⁰.

855 Dans la mesure où l'on peut supposer que les parties agissent dans leur propre intérêt, elles ne sauraient être dispensées de collaborer activement à la procédure et d'étayer leurs propres thèses. Toutefois, dans l'intérêt distinct de l'enfant, le juge devra établir les faits d'office et administrer toutes les mesures probatoires nécessaires peu importe que les faits en question aient été allégués, admis ou contestés.

856 En ce sens on peut considérer que le juge a une véritable responsabilité dans l'établissement des faits et preuves (« *Behauptung- und Substanziierungslast* »), dont il pourra être tenu responsable par la suite. Pour ce qui est des parties, bien qu'ils restent tenus d'établir les faits et les moyens de preuve, il ne semble pas y avoir de conséquences procédurales directes liées à leur inaction (sauf s'agissant de la question spécifique des examens nécessaires à l'établissement de la filiation au sens de l'art. 296 al. 2 CPC), dès lors que le juge est habilité à établir les faits d'office et à administrer toute mesure probatoire nécessaire à cet effet, **peu importe que les faits soient allégués ou non, admis ou contestés**⁹⁹¹. De même, bien qu'elles doivent formuler des conclusions, le juge ne sera pas lié par ces dernières et fixera l'objet du litige en fonction des faits et moyens de preuve qui auront été établis et administrés, aussi bien par les parties que par ses soins. En effet, toujours dans l'optique de sauvegarder les intérêts de l'enfant, l'art. 296 al. 3 CPC instaure la maxime d'office en complément de la maxime inquisitoire au sens strict⁹⁹².

857 En conclusion, on peut donc estimer que le juge est, en sus des obligations concomitantes des parties, tenu de s'assurer de l'allégation, de la motivation et de l'administration suffisante des moyens de preuve dans toutes les procédures applicables aux enfants dans les affaires de droit de la famille. Dans une moindre mesure, cette affirmation est également vraie en ce qui concerne la maxime inquisitoire sociale⁹⁹³. Pour ce qui est des parties, celles-ci sont, selon nous, soumises à un « fardeau allégé » de l'allégation, de la motivation et de la preuve, non pas parce qu'elles seraient exemptées de ces devoirs (ce qui n'est pas le cas), mais parce que

⁹⁹⁰ CR CPC-JEANDIN, art. 295 N 2 ss ; MORDASINI-ROHNER, N 449 ss ; SCHWEIGHAUSER, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 296 N 10 ss.

⁹⁹¹ Message CPC 2006, p. 6973 ; ATF 128 III 411, consid. 3.1.1.

⁹⁹² Message CPC 2006, p. 6973 ; CR CPC-JEANDIN, art. 295 N 3 ss ; art. 296 N 2 ss ; STAHELIN/BACHOFNER, §. 21 N 84 ss.

⁹⁹³ ATF 137 III 614. Voir version non publiée : TF, 5A_317/2011, du 22.11.2011, consid. 8 : « Dans un dernier grief, le recourant prétend que sa fille serait en échec scolaire et que « ce point n'a pas pu être élucidé malgré une requête dans ce sens figurant dans [s]a réponse à l'appel ». Il y voit une mauvaise application de l'art. 317 let. b CPC. Contrairement à ce qu'il soutient, le recourant s'est contenté, dans sa réponse à l'appel, à inviter l'autorité cantonale à examiner si les conditions de l'octroi d'une contribution d'entretien en faveur de sa fille majeure étaient réalisées, sans donner la moindre précision sur la condition qui ferait défaut à cet égard. Le recourant n'a ainsi pas satisfait au devoir de collaboration qui lui incombait dans l'établissement des faits, dans une procédure soumise à la maxime inquisitoire (art. art. 276 al. 1 2^{ème} phr. et 272 CPC ; cf. ATF 128 III 411 consid. 3.2.1). La cour cantonale n'est donc pas tombée dans l'arbitraire en n'instruisant pas ces points ».

les conséquences de leur inaction auront des **répercussions moindres sur le déroulement du procès**, dans la mesure où le juge investiguera d'office et en parallèle afin d'établir la vérité matérielle. Le manque d'implication des parties pourra toutefois avoir des conséquences dommageables – pour ces dernières – en vertu de l'art. 296 al. 2 CPC, ainsi que sur l'issue du procès, dès lors qu'il sera presque entièrement basé sur les investigations du juge et pas sur leurs connaissances spécifiques du litige.

d. Jurisprudence récente

(i) *En général*

Maxime inquisitoire sociale/investigation interdite : bien que l'application de la maxime inquisitoire sociale soit destinée à protéger la partie faible au contrat et à garantir l'égalité entre les parties durant le procès, **le juge ne doit pas se livrer à des investigations de sa propre initiative**⁹⁹⁴. Il appartient aux parties de **renseigner le juge** sur les faits pertinents et de lui **indiquer les moyens de preuves** y-relatifs. Pour sa part, le juge doit les **informer de leur devoir de collaborer** et **peut les interroger** pour s'assurer, en cas de doute, du caractère complet de leurs allégués de faits et de leurs offres de preuve⁹⁹⁵. La maxime inquisitoire sociale **n'a pas pour but d'étendre à volonté la procédure probatoire et d'administrer tous les moyens de preuve possibles**⁹⁹⁶.

858

Opportunité d'administrer d'office vs. obligation : le juge n'a pas à rechercher ni à administrer des moyens de preuve non proposés par les parties. Le fait qu'il soit fondé à requérir d'office un extrait du registre des poursuites pendantes contre le débiteur qui recourt contre le prononcé de sa faillite **ne signifie pas non plus qu'il soit tenu de le faire**⁹⁹⁷.

859

Assistance insuffisante de la partie non représentée (art. 247 al. 2 CPC) : du juge qui n'a pas pris en compte une contestation du locataire concernant le décompte du chauffage, car il la considérait « trop vague »⁹⁹⁸ ; qui n'a pas éclairci une situation pourtant confuse en ce qui

860

⁹⁹⁴ ATF 125 III 231, consid 4a ; TF, 4A_702/2016, du 23.03.2017, consid. 3.1.

⁹⁹⁵ ATF 136 III 74, consid. 3.1 ; ATF 107 II 233, consid. 2c ; TF, 4A_397/2013, du 11.02.2014, consid. 4.4. Concernant le devoir de retenue du juge qui fouille dans les dossiers afin d'y trouver des moyens de preuve : ATF 1411 III 569, consid. 2.3.2 ; TF, 4A_491/2014, du 30.03.2015, consid. 2.6.1.

⁹⁹⁶ ATF 141 III 569, consid. 2.3.2 ; ATF 125 III 231, consid. 4a ; TF, 4A_491/2014, du 30.03.2015, consid. 2.6.1 ; TF 4A_476/2015, du 11.02.2016, consid. 3, RSPC 2016 p. 190.

⁹⁹⁷ TF, 5A_300/2016, du 14.10.2016, consid. 5.1.

⁹⁹⁸ TF, 4P.187/2004, 28 juin 2005, RSPC 2005 375 : « la juridiction cantonale s'est posée (sic) la question de savoir si le poste « électricité chauffage » par 219 373 fr. devait être retenu ou non; elle l'a finalement admis parce que la locataire ne l'avait « pas (...) spécifiquement contesté ». En raisonnant ainsi, la Chambre d'appel a méconnu son obligation restreinte d'interpeller les parties sur les allégations et offres de preuves incomplètes, comme l'art. 274d al. 3 CO lui en faisait l'obligation dans les limites étroites de la maxime inquisitoire prévue par le droit du bail (ATF 125 III 231, consid. 4a p. 238). Ceci l'a conduite à apprécier arbitrairement la réalité et l'incidence du poste « électricité chauffage » sur les frais accessoires légalement et réglementairement admissibles. », étaient contestés et, partant,

concerne l'établissement des comptes sociaux⁹⁹⁹ ; qui refuse, sans motivation, d'ordonner une expertise et d'entendre des témoins proposés à l'appui d'une créance invoquée en compensation de loyers en retard¹⁰⁰⁰.

861 Interpellation quant aux conclusions (confusion avec le principe de disposition) : il convient de ne pas confondre l'intervention du juge en vertu des principes applicables aux art. 247 al. 1 et al. 2 CPC avec le principe de disposition qui ne connaît aucune atténuation en procédure simplifiée. Ainsi, le juge outrepassera ses compétences en interpellant une partie sur le caractère irrecevable de ses conclusions (conclusions constatatoires ou non chiffrées ne respectant pas les conditions des art. 84 s. CPC), voire même en lui octroyant un délai supplémentaire en vertu de l'art. 132 CPC, non applicable aux conclusions incomplètes, de surcroît si cette partie est assistée¹⁰⁰¹. En effet, comme le rappelle BOHNET, « la maxime inquisitoire sociale ne fait pas du juge l'avocat des parties »¹⁰⁰².

862 Maxime inquisitoire sociale/répartition du fardeau de la preuve : la mise en œuvre de la **maxime inquisitoire sociale ne doit pas aboutir à une modification de la répartition du fardeau de la preuve**. Cela étant, le juge est libre dans sa manière d'apprécier les preuves et peut éventuellement renoncer à un moyen de preuve pas appréciation anticipée des preuves¹⁰⁰³.

863 Maxime inquisitoire sociale/devoir de retenue : le juge n'a pas à interpellier le justiciable assisté d'un avocat en l'informant que les preuves administrées par ce dernier n'emportent pas sa conviction et qu'il serait nécessaire d'en produire d'autres. En tout état de cause, **il convient de ne pas confondre la lacune dans les pièces produites, avec la pertinence de ces dernières**¹⁰⁰⁴.

864 Incurie/négligence/désinvolture : l'opportunité offerte aux parties d'introduire des nova jusqu'aux délibérations ne doit toutefois pas servir à pallier **l'incurie, la négligence ou la**

administrer la preuve dont le fardeau lui incombait ». Voir aussi : BOHNET, CPra Droit du bail à loyer et à ferme, art. 247 N 35 ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 23 ; HAUCK, in : Sutter-Somm et al., ZPO Komm., art. 247 N 33 s.

⁹⁹⁹ TF, 4C.52/2006, du 31.05.2006, consid. 3.2. Cf. ég. : BOHNET, CPra Droit du bail à loyer et à ferme, art. 247 N 35.

¹⁰⁰⁰ TF, 4C.212/2006, du 28.09.2006, RSPC 2007 14. Cf. ég. : BOHNET, CPra Droit du bail à loyer et à ferme, art. 247 N 35.

¹⁰⁰¹ TF, 4A_618/2017, du 11.01.2018, consid. 4.3.1 ss. Voir aussi : CR CPC-TAPPY, art. 247 N 24 qui relève que dans d'autres cas, le TF n'a pas exclu l'interpellation du juge sur des conclusions imparfaites (cf. notamment TF, 4A_328/2012, du 21.08.2012, consid. 2.1.2 ; 4A_375/2015, du 26.01.2016, consid. 7.1 non publié sur ce point à l'ATF 142 III 102 ; 4A_265/2017, 13.02.2018, consid. 6, RSPC 2018 178, note de BOHNET).

¹⁰⁰² BOHNET, CPra Droit du bail à loyer et à ferme, art. 247 N 33.

¹⁰⁰³ TF, 4A_505/2012, du 6.12.2012, consid. 4 ; TF, 5A_470/2016, du 13.12.2016, consid. 4.1.1 ; TF, 5A_645/2016, du 18.05.2017, consid. 3.2.1. Concernant l'interdiction de modifier la répartition du fardeau de la preuve : TF, 4C.441/2006, du 23.03.2007, consid. 4.3.1.

¹⁰⁰⁴ TF, 4A_705/2014, du 8.05.2015, consid. 3.3 ; TF, 5A_300/2016, du 14.10.2016, consid. 5.1, RSPC 2017 p. 77 ; ATF 141 III 569, consid. 3.1. Concernant le devoir de retenue du juge en présence d'un mandataire professionnel : TF, 4A_261/2014, du 14.01.2015, consid. 5, RSPC 2015 p. 213 ; concernant le droit à un conseil d'office dans une procédure soumise à la maxime inquisitoire sociale ou la maxime d'office : TF, 4A_331/2021, du 7.09.2021, consid. 4.

désinvolture des plaideurs qui créent le désordre dans l’instruction en agissant sans égard aux ordonnances du juge sans respecter les phases successives de la procédure¹⁰⁰⁵.

Contestation de la résiliation du bail (protection contre les congés/cas clair) : en procédure sommaire, c’est la maxime des débats qui s’applique. Or, l’intimée a contesté les résiliations. Dans la procédure simplifiée prévue pour la protection contre les congés en droit du bail, les faits doivent être établis d’office dans le cadre de la maxime inquisitoire sociale (art. 243 al. 2 let. c en relation avec l’art. 247 al. 2 let. a CPC). **Afin que l’objectif poursuivi par le législateur à travers ces dispositions ne soit pas contourné par le biais de la protection juridique dans les cas clairs, celle-ci ne doit être accordée que s’il n’existe aucun doute quant à l’exhaustivité de l’exposé des faits et que le licenciement apparaît clairement justifié sur la base de ces derniers**¹⁰⁰⁶.

Violation de la maxime inquisitoire illimitée/situation préoccupante pour l’enfant : lorsque, « compte tenu du conflit opposant les parties, des allégations du père et des craintes manifestées par le Service du Tuteur général, l’autorité précédente ne pouvait se prononcer sur le droit de garde, le droit de visite ainsi que les autres mesures de protection de l’enfant **sans procéder préalablement à une expertise psychiatrique de l’intimée, voire des deux parents**. En refusant d’ordonner une telle mesure en raison d’une motivation lacunaire du recourant, elle a enfreint les devoirs que lui impose la maxime inquisitoire »¹⁰⁰⁷. De même, le juge qui constate qu’un parent n’a plus exercé son droit de visite depuis un certain temps se doit d’en élucider d’office la raison et de supprimer ce droit de visite, si ledit comportement lèse l’enfant, sous peine de violer l’art. 296 CPC¹⁰⁰⁸. Un tel constat s’applique, au vu du dossier, chaque fois que la situation d’un enfant apparaît préoccupante et que l’examen approfondi des faits, voire l’administration de nouvelles preuves semblent indispensables pour évaluer la situation ainsi que les intérêts de l’enfant (expertise psychiatrique, etc.)¹⁰⁰⁹.

Enfin, toujours selon la jurisprudence du TF :

- ne viole pas la maxime inquisitoire sociale le tribunal qui après avoir invité à plusieurs reprises le bailleur, assisté d’un avocat, à fournir les décomptes et pièces justificatives relatifs aux frais accessoires, ordonne le remboursement aux locataires des acomptes versés faute de preuve desdits frais¹⁰¹⁰ ;
- ne viole pas non plus la maxime inquisitoire l’autorité judiciaire supérieure qui ne requiert pas d’office un extrait du registre des poursuites pendantes contre le débiteur qui

¹⁰⁰⁵ ATF 142 III 402, consid. 2.1 ; ATF 139 III 457, consid. 4.4.3.2 ; TF, 4A_252/2011, du 22.08.2011, consid. 2.1, RSPC 2011 p. 458.

¹⁰⁰⁶ TF, 4A_7/2012, du 3.04.2012, consid. 2.5, RSPC 2012, p. 387. Voir aussi : ATF 142 III 515, consid. 2.2.4 ; TF, 4A_265/2013, du 8.07.2013, consid. 6 ; TF, 4A_184/2015, consid. 4.2.2, du 11.08.2015, non publié à l’ATF 141 III 262 ; TF, 4A_440/2016, du 24.10.2016, consid. 5.2.2.

¹⁰⁰⁷ TF, 5C.257/2004, du 9.03.2005, consid. 2.3. Voir aussi : BOHNET, CPra Droit matrimonial, art. 272, N 11.

¹⁰⁰⁸ TF, 5C.51/2005, du 2.09.2005, consid. 3.3.1.

¹⁰⁰⁹ BOHNET, CPra Droit matrimonial, art. 272 N 12.

¹⁰¹⁰ TF, 4A_556/2014, du 11.02.2015, consid. 2

recours contre le prononcé de sa faillite. Le TF a en effet jugé que bien que fondée à requérir un tel acte, elle n'était toutefois pas tenue de le faire¹⁰¹¹. De même le juge de la mainlevée qui applique la procédure sommaire n'est pas tenu de rechercher d'office le contenu du droit étranger. Cela ne dispense en revanche pas le poursuivant d'établir ce droit, dans la mesure où l'on peut raisonnablement l'attendre de lui. S'il ne le fait pas, la mainlevée devra être refusée, sans qu'il y ait lieu d'appliquer plutôt supplétivement le droit suisse selon l'art. 16 al. 2 LDIP¹⁰¹² ;

- viole la maxime inquisitoire sociale le tribunal qui **omet de vérifier d'office la légitimation des défendeurs non représentés par un avocat** qui avaient soutenu ne pas être légitimés à défendre dans une action en contestation de hausse de loyer, bien qu'ils aient acquis la propriété de l'immeuble loué, en raison d'un droit de jouissance réservé à l'ancien propriétaire et à sa femme¹⁰¹³.

(ii) *Quid de l'admission des nova en procédure d'appel et de recours*

868 Comme nous l'évoquions précédemment, la question de l'admission des faits et des moyens de preuve nouveaux en procédure d'appel fait l'objet de nombreux débats. En effet, l'art. 229 al. 3 CPC dispose que n'importe quels faits et moyens de preuve nouveaux peuvent être introduits jusqu'aux délibérations dans les causes pour lesquelles le juge doit établir les faits d'office et ce, nonobstant le fait que la partie ait tardé à les faire valoir¹⁰¹⁴. Au stade de l'appel, c'est l'art. 317 al. 1 CPC qui fait foi, en prévoyant que les nova seront admis s'ils sont invoqués ou produits sans retard et s'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise¹⁰¹⁵. Dans ce contexte, la question s'est posée de savoir si l'art. 229 al. 3 CPC pouvait s'appliquer par analogie à la procédure d'appel puisque, selon le Message relatif au CPC, la maxime de procédure qui régit le procès en première instance continue de s'appliquer en seconde instance. Selon ce raisonnement, la maxime inquisitoire limitée prévue dans certains cas de procédure sommaire ou simplifiée devrait aussi s'appliquer en appel, ce d'autant plus

¹⁰¹¹ TF, 5A_175/2015, du 5.06.2015, consid. 5, SJ 2016 I p. 101 ; TF, 5A_300/2016, 14.10.2016, consid. 5.1, RSPC 2017 p. 77.

¹⁰¹² ATF 140 III 456, consid. 2.4.

¹⁰¹³ TF, 4A_1/2014, du 26.03.2014, consid. 2.4. Voir ég. à ce sujet le résumé de BOHNET/DROESE, Präjudizienbuch, art. 247 N 3.

¹⁰¹⁴ A noter également que le TF a récemment tranché – s'agissant de l'art. 229 al. 3 – que même lorsque le procès au fond est régi par la maxime des débats, l'établissement des faits nécessaires pour juger des **conditions de recevabilité** est soumis à la maxime inquisitoire simple ; cela étant, le tribunal doit admettre les faits et moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations au sens de l'art. 229 al. 3 CPC (TF, 4A_165/2021 du 18.01.2022).

¹⁰¹⁵ A ce sujet, voir notamment : TF, 5A_294/2021, du 7.12.2021 (Les faits et moyens de preuve nouveaux doivent être pris en compte dans la procédure des MPUC, y compris au stade de la procédure d'appel devant l'instance cantonale supérieure, lorsqu'ils peuvent être admis en application des art. 229 ou 317 CPC. Peu importe que la procédure de divorce ou qu'une procédure en modification MPUC ait été introduite en parallèle) ; TF, 5A_882/2017, du 1.02.2018 et RSPC 2018 218 ; TF, 4A_419/2018, du 10.09.2018, RSPC 2019 75.

que le Conseil fédéral n'exclut explicitement les nova que dans l'hypothèse du recours au sens strict de l'art. 324 CPC¹⁰¹⁶ :

« 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** [...]. » *Art. 314 CPC*

« 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. [...] **L'irrecevabilité de faits et de moyens de preuve nouveaux vaut également pour les procédures qui sont soumises à la maxime inquisitoire** ». *Art. 324 CPC*

Fort de ce constat, de nombreux auteurs estimaient que l'art. 229 al. 3 CPC permettait d'invoquer des faits et moyens de preuves nouveaux jusqu'aux délibérations dans le cadre d'un appel dirigé contre une décision dans une cause visée par l'art. 247 al. 2 CPC¹⁰¹⁷. Dans ce contexte, TAPPY considérait toutefois qu'une telle opinion méconnaissait les modifications apportées devant le Parlement à la question des faits et moyens de preuve nouveaux en appel. Certes, la maxime de procédure applicable en première instance s'applique à la deuxième instance cantonale, mais **la question des nova est traitée indépendamment de la maxime applicable, que ce soit pour l'appel ou le recours stricto sensu**. Selon cette analyse, l'introduction de faits et moyens de preuve nouveaux devrait donc être admise de manière restrictive dans le cadre de la procédure d'appel, selon les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC, et exclue pour le recours au sens strict en vertu de l'art. 326 al. 1 CPC. Les débats du Conseil national attestent d'ailleurs de la volonté de la majorité parlementaire de ne pas admettre d'exception dans les affaires de droit de la famille non soumises à la maxime d'office¹⁰¹⁸.

La jurisprudence du TF semblait largement pencher en faveur de l'opinion de TAPPY, excluant l'application par analogie de l'art. 229 al. 3 CPC dès lors que l'art. 317 al. 1 CPC régit spécifiquement la question des faits et moyens de preuve nouveaux en procédure d'appel. C'était notamment le cas de l'ATF 138 III 625 ; constat qui vaut aussi bien pour la maxime inquisitoire de l'art. 247 al. 2 CPC que celles aux art. 272 et 277 al. 3 CPC¹⁰¹⁹ :

¹⁰¹⁶ Message CPC 2006, pp. 6982 et 6986.

¹⁰¹⁷ HOFMANN/LÜSCHER, 1^{re} édition, p. 197, REETZ/HILBER, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 317 N 14 ; SHK ZPO, MATHIS, art. 317 N 3.

¹⁰¹⁸ « Wir sind hier wieder einmal klar der Ansicht, dass die sozial Schwächeren geschützt werden sollen, das heisst, dass man mit der Berufung auch neue Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge stellen kann und soll. Weshalb ? Sehr oft ist es so, dass jemand mit einem Verfahren konfrontiert ist und erst nach Erhalt des erstinstanzlichen Urteils realisiert, was nun geschehen ist. Dann sucht er oder sie einen Anwalt oder eine Anwältin auf. Das ist die Realität, und es geht nicht an, dass wir mit einer gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung praktisch den Rechtsschutz für diejenigen, die ihn am meisten nötig haben, derart einschränken. **Ich möchte darauf hinweisen, dass wir im Rahmen der Revision des Scheidungsrechtes das Noverrecht für das Berufungsverfahren im ZGB festgehalten haben, und zwar für alle Bereiche, wo nicht die Officialmaxime gilt, das heisst in Bezug auf güterrechtliche Fragen und in Bezug auf die Fragen des Frauenunterhaltes** ». (Mise en gras ajoutée). BO 2008 CN p. 1633, Anita Thanei ; Voir aussi : BO 2008 CN 1634, Daniel Vischer ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 31 s. ; JdT 2010 III, p. 138 s.

¹⁰¹⁹ ATF 138 III 625, consid. 2.2 ; JdT 2011 III p. 43, consid. 2. Voir ég. à ce sujet le résumé de BOHNET/DROESE, Präjudizienbuch, art. 317 N 15.

« Une majorité semble donc se dessiner en faveur d'une application analogique. Il faut cependant constater que l'opinion de ces auteurs est souvent peu motivée ou repose sur le Message du Conseil fédéral, tandis que l'avis minoritaire procède d'un examen plus approfondi. [...] On ne discerne aucune trace d'une volonté du législateur de faire une exception pour les cas où le juge établit les faits d'office. Il faut en tout cas constater que le texte adopté ne contient plus le renvoi à la règle de l'art. 229 al. 3 CPC qui figurait dans le projet du Conseil fédéral et on doit supposer que le nouveau texte a été examiné avec soin puisqu'il a fait l'objet d'une discussion nourrie en séance plénière du Conseil national. Si on lit l'art. 317 al. 1 CPC, on comprend qu'il régit de manière complète et autonome la possibilité pour les parties d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux. **Il résulte clairement de la systématique de la loi que l'art. 229 al. 3 CPC ne s'applique qu'à la procédure de première instance. L'art. 317 CPC concerne la procédure d'appel et ne contient aucun renvoi, ni aucune règle spéciale pour la procédure simplifiée ou pour les cas où le juge établit les faits d'office. Qu'un renvoi ait été prévu dans le projet du Conseil fédéral et qu'il ait été éliminé lors des travaux parlementaires incite plutôt à penser que le législateur n'en a pas voulu.** »

873 Plus récemment dans l'arrêt 5D_16/2016, le juge fédéral arrivait à la même conclusion excluant cette fois les faits et moyens de preuve nouveaux au stade du recours *stricto sensu*, même en cas de maxime inquisitoire (art. 326 al. 1 CPC). Dans cet arrêt traitant de la fixation des frais selon la valeur litigieuse, le TF précisait qu'il ne s'agissait pas d'une question de disproportion relative au montant des frais, mais d'une **question de prévisibilité du droit** (« Verbot von Überraschungsentscheidung ») et, indirectement, de **l'opportunité offerte ou non au recourant de se positionner et de développer ses arguments pour éventuellement contester ce montant**. Conformément aux art. 317 al. 1 et 326 al. 1 CPC, cette opportunité était donc limitée en procédure d'appel et exclue en procédure de recours dès lors qu'elle supposait l'admission de faits et de moyens de preuve nouveaux. Mais qu'en est-il lorsque l'instance de recours fonde sa décision sur des arguments juridiques qui n'ont pas été traités devant la juridiction inférieure ? On peut en effet se demander s'il s'agit dans ce cas d'une violation du droit d'être entendu consécutive à l'omission par le juge de son devoir d'interpellation, voire d'une violation de la maxime inquisitoire et de la possibilité élargie qu'elle offre à la partie de présenter des faits et moyens de preuves nouveaux jusqu'aux délibérations dans le cadre de l'art. 229 al. 3 CPC.

874 A ce jour, le TF a toutefois partiellement revu sa position en ce qui concerne **l'admission des nova en procédure d'appel**. Dans un tel cas, le TF fait désormais une distinction selon que la maxime inquisitoire limitée s'applique ou non. Dans l'hypothèse où il s'agit d'une procédure soumise à **la maxime inquisitoire illimitée** (notamment dans le cadre de litiges touchant les enfants ; art. 296 CPC), **les nova peuvent être présentés sans restriction jusqu'aux délibérations** (ATF 144 III 349, c. 4.2)¹⁰²⁰. Dans les autres cas, notamment en procédure

¹⁰²⁰ Selon la « toilette » du CPC actuellement soumis aux Chambres fédérales (FF 2020 2693), un nouvel art. 317 al. 1^{bis} devrait bientôt prescrire l'admissibilité des nova en appel jusqu'aux délibérations chaque fois que l'instance d'appel doit examiner les faits d'office ; cf. également KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER, art. 317 N 8 s. Cf. également avant-projet mis en consultation le 2 mars 2018. Sur la notion de délibérations (« Urteilsberatung »), cf. OGer ZH, ZR 2015 n° 76, consid. 2.

Cette jurisprudence ne vaut pas pour les affaires soumises à la maxime inquisitoire sociale, cf. ATF 141 III 569, à moins que la non prise en compte des faits nouveaux en question découle d'une violation du droit par le juge de première

simplifiée, c'est la réglementation stricte de l'art. 317 qui continuera de s'appliquer. Une application analogue de l'art. 229 al. 3 est donc dans ce cas – **et contrairement à l'opinion majoritaire de la doctrine – exclue** (ATF 138 III 625, c. 2.1). Ainsi, la différenciation entre les procédures soumises à la maxime inquisitoire limitée et illimitée subsistera également à l'avenir. Néanmoins, le TF a également jugé que les conclusions recevables en appel (art. 317) ne peuvent être renvoyées à la procédure de modification¹⁰²¹. Dans ce cadre, BRUNNER et VISCHER se demandent si, contrairement à l'art. 317 al. 1, une exclusion générale des nova s'applique dans les procédures de cas clairs, comme le suggère un arrêt de 2012¹⁰²². Selon eux, une telle réduction téléologique serait trop poussée, même si elle peut aller à l'encontre d'une décision rapide¹⁰²³.

En cas de **recours *stricto sensu*** (art. 319 ss CPC) le **principe est celui de l'exclusion des nova, même pour les procédures soumises à la maxime inquisitoire illimitée**¹⁰²⁴. Ce n'est qu'exceptionnellement que des nova peuvent être invoqués dans le recours prévu à l'art. 326 al. 2 CPC sur la base de dispositions spéciales de la loi, comme le rappellent BRUNNER et VISCHER (par exemple, l'art. 174 al. 1 et al. 2 LP concernant la faillite; l'art. 278 al. 3 LP concernant l'opposition à la saisie¹⁰²⁵, etc.). Les nova peuvent également être soulevés dans la mesure où la décision de la juridiction inférieure le justifie¹⁰²⁶. Cela s'applique, par

875

instance qui aurait dû les retenir d'office. Cf. également BOHNET, Maxime inquisitoire illimité et novas en appel (arrêt 5A_788/2017), Newsletter Droitmatrimonial.ch, octobre 2018. Voir également pour complément : TF, 5A_698/2017, du 7.03.2018 (consid. 6, non publié à l'ATF 144 III 88), confirmé par TF, 5A_113/2018, du 12.09.2018, consid. 4.2.1.2: « Un fait est nouveau au sens de l'art. 317 al. 1 CPC, notamment, non seulement lorsqu'il est présenté à l'appui de l'invocation d'une thèse en fait tout à fait nouvelle, **mais aussi lorsque la partie qui veut l'introduire motive ainsi, ou allègue de manière motivée, un allégué déjà présenté en première instance** ». (Mise en gras ajoutée).

¹⁰²¹ ATF 143 III 42, consid. 5.4 concernant la protection matrimoniale : si des faits nouveaux peuvent encore être invoqués dans un appel, ils doivent l'être et être traités par l'autorité d'appel. *A contrario* la partie concernée ne doit pas être renvoyée à agir en modification des mesures protectrices ordonnées (voir aussi : TF, 5A_42/2019, du 18.02.2019). KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER, art. 317 N 8 s.

¹⁰²² TF, 4A_420/2012, du 7.11.2012, consid. 5 *in fine* : « A supposer que, comme en l'espèce, la partie demanderesse parvienne à se procurer des preuves supplémentaires après un jugement défavorable tel que celui du 23 février 2012, il lui est loisible d'introduire, si elle s'y croit fondée, une nouvelle requête devant le même juge; en revanche, elle ne doit pas être autorisée à poursuivre en appel une voie qui ne lui était pas ouverte en première instance. En conséquence, les pièces que la demanderesse a introduites devant la Cour de justice, indûment acceptées par cette autorité, ne peuvent pas être prises en considération dans l'examen du recours en matière civile ». Voir aussi : AppGer BS, ZB.2018, consid. 2.3.

¹⁰²³ KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER, art. 317 N 9.

¹⁰²⁴ KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER, art. 326 N 3; STAEHELIN/BACHOFNER, § 26 N 45. Voir aussi SOGO/NAEGELI, art. 229 N 21. **En l'état actuel de la loi, cette différence est difficile à justifier.** En effet, si l'art. 296 CPC justifie l'admissibilité de nova en appel dans une mesure non réservée par l'art. 317 CPC, pourquoi n'en irait-il pas de même en recours *stricto sensu* dans une mesure non réservée par l'art. 226 CPC ? Les cas sont rares, mais concevables ; p. ex. lorsqu'est seulement en jeu une pension d'un enfant presque majeur ou une contribution extraordinaire de moins de 10'000 fr. selon l'art. 286 al. 3 CC. Pour plaider en faveur de la solution des auteurs cités ci-dessus, on peut relever qu'**en 2020 le CF proposait d'adapter l'art. 317, mais pas l'art. 326 CPC...**

¹⁰²⁵ ATF 145 III 324, consid. 6.6.4, en particulier également les faux nova.

¹⁰²⁶ ATF 139 III 466, consid. 3.4 ; 145 III 422, c. 5.2 ; OGer ZH, RT180229, consid. 2.

exemple, en cas de violation du droit d'être entendu ou de violation du devoir judiciaire de poser des questions^{1027, 1028}.

(iii) *Etendue du « devoir de rechercher » du juge soumis à la maxime inquisitoire sociale*

876 Fardeaux de la motivation et de l'allégation/devoir de rechercher : dans le cadre de la maxime inquisitoire sociale prévue à l'art. 247 al. 2 CPC, « le tribunal ne vient en aide aux parties que par des questions adéquates afin que les allégations nécessaires et les moyens de preuve correspondants soient précisément énumérés »¹⁰²⁹. Les parties doivent donc recueillir elles-mêmes les éléments de fait et preuves nécessaires à la résolution du litige tandis que le juge, qui ne peut se livrer « à aucune investigation de sa propre initiative », ne sera tenu que par son obligation d'interpeller les parties par des questions adéquates.

877 Devoir de retenue/procédure probatoire : le tribunal ne doit questionner les parties que pour **s'assurer que leurs allégués et leurs offres de preuve sont complets s'il a des raisons d'en douter. Son rôle ne va toutefois pas au-delà** et c'est sous cet angle qu'il faut comprendre le devoir d'investigation du juge évoqué par la jurisprudence. Des **nuances** sont toutefois admises **en cas de représentation** des parties par un avocat ; dans ce cas le tribunal « peut et doit faire preuve de retenue, comme dans un procès soumis à la procédure ordinaire »¹⁰³⁰ :

878 « **Il n'appartient en effet pas au juge de fouiller le dossier pour tenter d'y trouver des moyens de preuve en faveur d'une partie.** Si, contrairement à ce qu'on est en droit d'attendre d'elle, une partie ne collabore pas à l'administration des preuves, celle-ci peut être close. **La maxime inquisitoire simple ne doit pas servir à étendre ad libitum la procédure probatoire et à administrer toutes les preuves possibles** ».

879 Maxime inquisitoire sociale/devoir de retenue/faits implicites : l'intimée, qui a été représentée devant l'instance précédente par des avocats de son service juridique, est soumise à **la charge de l'allégation complète et stricte de la procédure civile** (car n'étant pas considérée comme une partie faible). Le grief de la violation de l'art. 247 al. 2 CPC n'est donc pas recevable. Toutefois, il n'est **pas interdit au tribunal, en vertu de ladite maxime, de fonder sa décision sur des faits qui n'ont certes pas été allégués par les parties, mais qui sont parvenus à sa connaissance au cours de la procédure.** Ces faits peuvent – comme dans le cas présent - résulter par exemple des moyens de preuve invoqués¹⁰³¹. Le TF arrive à la même

¹⁰²⁷ OGer ZH, RB190028, consid. II; OGer ZH, ZR 2019 n° 61, p. 270 ss.

¹⁰²⁸ KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER, art. 326 N 3.

¹⁰²⁹ ATF 141 III 569. Cf. également : ATF 139 III 13, consid. 3.2.

¹⁰³⁰ TF, 4A_476/2015, du 11.01.2016, consid. 3 et références citées ; récemment confirmé par TF, 4A_292/2021, du 31.08.2021 (Lorsque les parties sont représentées par un avocat, il leur incombe d'exposer les faits pertinents de manière détaillée, même en vertu de la maxime inquisitoire sociale) ; ATF 141 III 569, consid. 2.3 ; ATF 125 III 231, consid. 4.a.

¹⁰³¹ TF, 4A_388/2021, du 14.12.2021, consid. 5.1.

conclusion en ce qui concerne l'application de la maxime inquisitoire sociale de l'art. 255 CPC en procédure de faillite dans l'arrêt 5A_300/2016.

Procédure de faillite/conviction du juge : la partie doit recueillir elle-même les éléments de fait et de preuve relatifs à son litige de sorte qu'il n'y a pas de violation de la maxime inquisitoire sociale si le juge n'avertit pas la partie assistée d'un avocat que les preuves administrées n'emportent pas sa conviction et qu'il conviendrait d'en produire d'autres. En l'espèce, le TF a donc considéré que la Cour cantonale pouvait requérir d'office un extrait des poursuites en cours contre la recourante mais n'était pas obligée de le faire en vertu de l'art. 255 CPC¹⁰³² :

« La recourante était en effet libre de le déposer à l'échéance du délai de recours et aurait dû percevoir l'importance de produire un extrait des poursuites actualisé à cette date puisqu'elle soutient s'être acquittée de plusieurs dettes dans l'intervalle. [...] Pour les mêmes motifs, l'autorité précédente n'avait pas à interpellier la recourante pour qu'elle actualise ou complète les estimation, attestation et bilan produits à l'appui du recours ».

Nuance : l'arrêt 5A_681/2016 vient vaguement nuancer le constat précédent en exigeant que, « lorsqu'une pièce est **de nature à influencer sur la décision** à intervenir, l'autorité donne la possibilité au recourant de se prononcer sur celle-ci, en particulier d'expliquer les raisons pour lesquelles les créances ressortant de l'extrait ont donné lieu aux poursuites »¹⁰³³. Pour le reste, le juge est fondé à requérir d'office un extrait du registre des poursuites pendantes sans y être contraint.

Selon nous, cet arrêt cristallise les **difficultés et incompréhensions propres à la maxime inquisitoire sociale et les risques qu'elle peut faire courir aux parties**. Une violation de son devoir de diligence par l'avocat, combinée au choix du juge de ne pas requérir d'office un extrait des poursuites à jour et voilà que la partie se retrouve face à une décision de rejet de son recours. Les intérêts à protéger sont double :

- ceux de la partie faible qui ne l'est normalement plus, dès l'instant où elle est assistée d'un mandataire professionnel. Mais doit-on admettre cette affirmation peu importe le degré de diligence/négligence de l'avocat ?
- ceux du juge qui ne peut pas, à la fois se voir reprocher d'intervenir à tort lorsque l'omission de l'avocat n'est en fait qu'une stratégie, et être en même temps tenu responsable des lacunes des parties dans l'établissement et l'administration des faits.

A nos yeux, cette décision vise à protéger le juge afin qu'il ne se retrouve pas à chaque fois responsable de trop ou de ne pas assez agir en fonction des décisions prises les parties dans la gestion de leur procès. C'est en ce sens que le TF prend le parti d'affirmer, compte tenu de la jurisprudence précédente en matière de poursuite, que le juge **peut mais ne doit pas**

¹⁰³² TF, 5A_300/2016 ; du 14.10.2016, BISchK 2017, p. 82. D'autres arrêts arrivent à la même conclusion : TF, 5A_681/2016, du 24.11.2016, consid. 3.1.3 ; TF, 5A_354/2016, du 22.11.2016, consid. 4.1. Voir aussi : ATF 141 III 569, consid. 2.3.1. et 2.3.2. ; TF, 4A_211/2015, 8.12.2015, consid. 3.3 ; 4A_705/2014, du 8.05.2015, consid. 3.3.

¹⁰³³ TF, 5A_681/2016, du 24.11.2016, consid. 3.1.3. (Mise en gras ajoutée).

nécessairement recueillir d'office un extrait de poursuite lorsque la maxime inquisitoire s'applique. L'admission par le TF de ce choix laissé au juge d'agir ou non d'office rappelle donc que **l'automatisme de son action ne doit jamais être admise**. Cela étant, elle expose un peu plus les parties qui n'auront jamais la pleine certitude de pouvoir se reposer sur cette « maxime inquisitoire intermédiaire » dans certaines hypothèses prédéfinies, sachant qu'aucune condition strictement établie ne permet de faire aisément la distinction entre le « peut » et le « doit »¹⁰³⁴.

884 Lacunes dans les pièces produites vs. pertinence des pièces produites : le juge doit informer les parties de leur devoir de coopérer à la constatation des faits et à l'administration des preuves. Au surplus, il doit les interroger pour s'assurer que leurs allégués de fait et leurs offres de preuves sont complets s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. C'est le devoir de rechercher qui lui incombe en cas de **lacunes des parties** observées dans le cadre d'une procédure soumise à la maxime inquisitoire sociale. Ce devoir ne va pas plus loin et **ne lui permet en aucun cas d'étendre à volonté la procédure probatoire** et d'administrer tous les moyens de preuve possibles. A l'inverse des lacunes, le juge n'est **pas tenu de garantir la pertinence des faits et moyens de preuve présentés par les parties**, encore moins lorsqu'elles sont assistées d'un mandataire professionnel¹⁰³⁵ :

885 « Le tribunal n'avait pas, à réception des éléments comparatifs fournis par la bailleresse, à lui signaler que ses offres de preuves étaient **impropres à établir le fait allégué** – les loyers usuels – et l'inviter à fournir de nouvelles informations adéquates. Puisque le tribunal ne doit interroger la partie pour s'assurer que ses allégués de fait et ses offres de preuves sont complets que s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point, cela ne signifie pas qu'il doive lui signaler que ses offres de preuves en soi complètes sont insuffisantes pour fonder son point de vue et entraîner la reconnaissance de son droit. **Il ne faut en effet pas confondre la lacune dans les pièces produites et la pertinence de celles-ci. De surcroît, comme la bailleresse était représentée par un avocat, le tribunal devait s'imposer une certaine retenue, comme ne procédure ordinaire, ainsi que l'a voulu le législateur** ».

886 Violation de l'art. 247 al. 2 CPC : le tribunal de première instance qui n'aura pas instruit la cause conformément à la maxime inquisitoire sociale et notamment qui n'aura pas administré de preuves sur tous les faits pertinents sans s'assurer, par l'interpellation des parties, que leurs allégués de fait et leurs offres de preuve étaient complets alors qu'il avait des motifs objectifs d'éprouver des doutes à ce sujet, viole l'art. 247 al. 2 CPC (respectivement les art. 255, 272 et 277 al. 3 CPC) de sorte que l'instance d'appel pourra procéder aux investigations nécessaires et compléter l'état de fait (violation du droit au sens de l'art. 310 let. b CPC). A ce titre, la maxime inquisitoire sociale **ne libère pas le recourant de la charge de motiver son appel de manière explicite et ainsi justifier sa demande de procéder à de nouvelles investigations**. Si ce dernier se contente toutefois de renvoyer le juge aux moyens soulevés en première instance, l'instance d'appel pourra soit rejeter sa requête de réouverture de la procédure

¹⁰³⁴ TF, 5A_681/2016, du 24.11.2016, consid. 3.1.3.

¹⁰³⁵ ATF 141 III 569, consid. 3.1. (Mise en gras ajoutée). Voir aussi : TF, 4A_198/2014, du 17.07.2014 et ATF 139 III 13.

probatoire et d'administration des preuves, soit refuser une mesure probatoire en procédant par appréciation anticipée des preuves¹⁰³⁶.

Constatation des faits et interprétation juridique : le devoir de rechercher du juge concerne l'établissement de faits et l'administration des moyens de preuve. Comme nous l'avons vu, il concerne le « matériel » du procès et en ce sens, est limité par la maxime inquisitoire sociale. Il en est autrement en ce qui concerne l'**interprétation juridique** de ces faits par le juge. Ainsi, le TF peut, dans le cadre d'une action en constatation de la nullité d'une hausse de loyer fondée sur l'art. 269d al. 2 CO (art. 243 al. 2 let. b et 247 al. 2 let. a CPC), rejeter la demande au fond lorsque le recourant conclut devant lui à l'irrecevabilité de la demande fautive de légitimation passive. Dans son raisonnement, le TF relève notamment l'absence d'avocat aux côtés des recourants en première instance¹⁰³⁷. Comme le rappelle DIETSCHY-MARTENET, la légitimation active concerne **la titularité de la prétention déduite en justice** et par extension, le droit matériel. Son défaut entraîne le rejet de la demande tandis que le **défaut de capacité d'être partie** ou défendre entraînera l'irrecevabilité de la demande. Prenant en compte le fait que le TF a lui-même parfois confondu les notions de qualité pour agir et de légitimation, cette dernière estime que cette erreur conceptuelle de la partie ne devrait pas lui porter préjudice et ce, indépendamment de savoir si la partie était ou non assistée d'un mandataire professionnel¹⁰³⁸, avis que nous partageons.

DIETSCHY-MARTENET se pose également la **question de l'application de la maxime inquisitoire sociale à une action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité du congé**. Question que le Tribunal laisse ouverte dans l'ATF 139 III 457. Selon l'autrice, « lorsque les prétentions principales ou subsidiaires ne tendent pas à obtenir ni l'annulation du congé ni la prolongation du bail, elles sont exclues du champ d'application de l'art. 243 al. 2 let. c CPC, puisqu'elles ne se fondent pas sur l'une des dispositions du Chapitre III du Titre huitième du Code des obligations ». De plus, une telle action ne remplit pas le but premier de la maxime inquisitoire sociale à savoir la protection accrue de la partie réputée faible. Elle ne devrait en ce sens pas bénéficier du régime protecteur de celle-ci¹⁰³⁹.

(iv) *Maxime inquisitoire sociale et règles d'administration des preuves*

Procédure simplifiée/maxime inquisitoire sociale/règles d'administration des preuves : le courrier de la Présidente du Tribunal des baux adressé au Tribunal d'arrondissement – qui donne l'ordre à un tiers de collaborer à l'administration des preuves en produisant un titre déterminé (art. 160 al. 1 let. b CPC) – correspond à l'administration des preuves proprement dite (art. 155 CPC) et pas à une ordonnance de preuves complémentaire (art 154 CPC). Dans

¹⁰³⁶ ATF 138 III 374, consid. 4.3.2. et 4.4.2.

¹⁰³⁷ TF, 4A_1/2014, RSPC 4/2014.

¹⁰³⁸ TF, 4A_1/2014, RSPC 4/2014, Note DIETSCHY-MARTENET, p. 320 s.

¹⁰³⁹ TF, 4A_1/2014, RSPC 4/2014, Note DIETSCHY-MARTENET, p. 320 s. ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 16.

ce cadre, il convient de retenir, bien que la procédure de contestation de la résiliation du bail soit soumise à la procédure simplifiée et que la maxime inquisitoire sociale s'applique, que les **règles d'administration des preuves de la procédure ordinaire** sont applicables au sens de l'art. 219 CPC¹⁰⁴⁰.

890 Appréciation anticipée des preuves : dans la mesure où le tribunal peut déjà se forger son opinion sur la base des preuves administrées (appréciation anticipée), son refus d'administrer encore d'autres preuves requises ne viole ni le droit à la preuve, ni la maxime inquisitoire¹⁰⁴¹.

891 Maxime inquisitoire sociale/aveux judiciaires : dans une affaire de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC, arrêt 5A_298/2015) le TF se pose la question de savoir si un **aveu judiciaire** peut être retenu lorsque la maxime inquisitoire sociale est applicable. Jusque-là, la jurisprudence avait uniquement admis le fait – lorsque la maxime inquisitoire illimitée s'applique – que le juge n'est lié ni par les faits allégués, ni par les faits admis. Pour la maxime des débats, les faits avoués ne font pas l'objet de la procédure probatoire dès lors que seuls les faits contestés doivent être prouvés (sauf exception de l'art. 153 al. 2 CPC). Pour la maxime inquisitoire, la doctrine est plus partagée. Une partie de la doctrine considère que **le principe de l'aveu judiciaire ne vaut que pour la maxime des débats** et par conséquent, que le juge n'est pas lié par les aveux des parties lorsqu'il doit éclaircir les faits d'office en application de la maxime inquisitoire. D'autres auteurs estiment, en vertu de la maxime inquisitoire, que **les faits admis n'ont pas à être prouvés lorsque les parties peuvent disposer librement du litige** comme par exemple dans des contestations en droit du bail ou en droit du travail. Enfin, certains auteurs sont d'avis qu'il faut **distinguer entre maxime inquisitoire limitée et illimitée**. Le juge n'étant jamais tenu de retenir les faits avoués dans le cadre de la maxime inquisitoire illimitée, tandis que pour la maxime inquisitoire limitée (sociale) les aveux pourront faire office de preuves, pour autant que les parties puissent disposer librement du litige¹⁰⁴².

892 Face à ces différents avis doctrinaux, le TF tranche finalement en rappelant, pour la maxime inquisitoire illimitée, que le juge n'est pas lié par les faits allégués et/ou admis et concluant ensuite, *in casu*, qu'il « n'est pas arbitraire de se baser sur les allégations de fait des parties » lorsque, comme ici, « la maxime inquisitoire s'applique ». Le juge **ne précise pas, peut-être à dessein, qu'il s'agit ici de la maxime inquisitoire atténuée** de l'art. 272 CPC qui est visée et se limite à l'**analyse** de la solution retenue **sous l'angle de l'arbitraire**, conformément à la restriction de l'art. 98 LTF (motifs de recours limités ; mesures protectrices de l'union conjugale), ne prenant ainsi pas expressément position en faveur d'une des trois options présentées précédemment. Selon nous, il pourrait être risqué d'admettre systématiquement, pour la maxime inquisitoire limitée, que les aveux puissent faire office de preuve, pour autant que

¹⁰⁴⁰ TF, 4A_108/2017, du 30.05.2017, consid. 3.1. et 3.2 et commentaire de cet arrêt par CHABLOZ I., in : Zivilprozess und Vollstreckung national und international - Schnittstellen und Vergleiche, Markus/Hrubesch-Millauer/Rodriguez, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Berne 2018, pp. 439 ss.

¹⁰⁴¹ TF, 5A_813/2013, du 12.05.2014, consid. 4.3 ; TF, 5A_265/2015, du 22.09.2015, consid. 2.2.2 ; TF, 5A_470/2016, du 13.12.2016, consid. 4.1.2. Voir aussi : COLOMBINI, p. 853 s. et références citées.

¹⁰⁴² TF, 5A_298/2015, du 30.09.2015, consid. 2.1.2 et références citées.

les parties disposent librement du litige. Ou du moins, il convient de bien délimiter la notion de libre disposition des parties. Pour STAEHELIN et SUTTER, les faits avoués durant le procès par le défendeur, comme par exemple une chose abîmée ou un contrat non conclu, ne doivent plus être prouvés, mais considérés comme étant vrais. De même, le fait « d'omettre expressément » de contester une allégation constitue également un aveu, pour autant que le procès soit conduit par des « personnes qui connaissent le droit ». STAEHELIN et SUTTER donnent l'exemple général des litiges de droit du bail et de droit du travail. A l'inverse, ils excluent l'admission d'aveux qui concerneraient les motifs dans le cadre d'une procédure de divorce (« scheidungs -begründender, -freundlicher Tatsachen »). C'est également le raisonnement auquel aboutit le TF dans l'ATF 129 III 481 (consid. 3.3) à propos de l'indemnité équitable due à l'époux après la survenance d'un cas de prévoyance (art. 124 CC), ou encore dans l'arrêt 5A_111/2014 (consid. 3.3) concernant le partage des prestations de sortie en cas de divorce. Bien que nous adhérons sur le principe à cette vision, il convient toutefois de relever que de tels critères ne permettront *a priori* pas de protéger la partie, en l'occurrence faible puisque soumise à la maxime inquisitoire sociale, des cas où son mandataire professionnel omettrait de contester une allégation par simple négligence (par opposition à l'hypothèse « d'omission expresse » mentionnée *supra*)¹⁰⁴³.

Maxime inquisitoire et rétractation d'aveu : le principe de l'art. 150 CPC étant que la preuve a pour objet les faits pertinents et **contestés**, on peut estimer qu'une **rétractation d'aveu** revient à réaffirmer le caractère controversé de l'allégation visée, ou, à tout le moins, à **fortement émoûser sa force probante**. La maxime de procédure applicable jouera donc un rôle essentiel dans l'analyse de cette rétractation. En effet, si les faits avoués ne font pas l'objet d'une procédure probatoire dans les procès soumis à la maxime des débats, il n'en sera peut-être pas de même pour les faits avoués puis à nouveau contestés, dès lors qu'ils auront pu faire naître un **motif sérieux de doute** quant à la véracité de l'allégué en question au sens de l'art. 153 al. 2 CPC. La question se posera également de savoir jusqu'à quand ces doutes doivent-ils au plus tard se manifester pour être pris en compte (débats principaux au sens de l'art. 229 al. 1 et 2 CPC ?). Pour ce qui est des procédures soumises à la maxime inquisitoire sociale, nous sommes d'avis qu'une rétractation d'aveu ne constituerait qu'un argument supplémentaire en faveur d'une investigation du juge afin d'éclaircir les faits litigieux. Selon TAPPY, il ne faut pas considérer que cette question de la rétractation d'un aveu exprès (en l'espèce analysée sous l'angle de l'arrêt 4A_498/2019) est tranchée par ledit arrêt, en faveur d'une pleine liberté de révoquer une admission expresse jusqu'à la date limite déterminée par l'art. 229 al. 2 CPC, dans la mesure où cette problématique était jusque-là ignorée du législateur de 2008, alors qu'elle faisait l'objet de dispositions dans la plupart des CPC cantonaux. D'après lui, la question reste donc ouverte et pourrait éventuellement être tranchée en faveur de l'application analogique de l'art. 36 al. 3 PCF, voire de la nécessité de prouver ou rendre vraisemblable une erreur comme l'exigeaient la majorité des droits cantonaux. De même: « admettre librement la rétractation d'un aveu exprès serait d'ailleurs de

¹⁰⁴³ STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, § 11 N 25 ; § 14, N 10.

nature à compliquer considérablement l'application de la jurisprudence évoquée plus haut [ATF 144 III 519 et TF 4A_195/2014 et 4A_197/2014 du 27 novembre 2014] invitant le demandeur à ne « substantifier » certains éléments que dans une deuxième temps »¹⁰⁴⁴.

4. Maxime de disposition

a. Définition générale

⁸⁹⁴ L'art. 58 al. 1 CPC prévoit que le tribunal ne peut accorder à une partie ni plus ni autre chose que ce qu'elle a demandé (*ne eat iudex ultra et extra petita partium*) ni moins que ce qui est reconnu par la partie adverse. La maxime de disposition offre aux parties la **pleine maîtrise de l'objet du litige**, soit le pouvoir de déterminer si, quand, dans quelle étendue et jusqu'à quand elles veulent faire valoir une prétention comme demandeur, respectivement veulent la contester ou la reconnaître comme défendeur. Elle ne doit donc pas être confondue avec la maxime des débats qui traite exclusivement de la recherche des faits. La maxime de disposition n'est donc pas directement en lien avec les faits relevant du procès, mais constitue plutôt l'aspect procédural relié au **principe de l'autonomie privée**¹⁰⁴⁵.

⁸⁹⁵ Les deux conditions pour que le juge tranche conformément au principe de disposition sont, d'une part, **que les plaideurs aient pris des conclusions** et, d'autre part, **que ces conclusions divergent**. Le demandeur détermine librement l'étendue des prétentions qu'il invoque en justice tandis que le défendeur décide dans quelle mesure il veut se soumettre à l'action ou s'y opposer¹⁰⁴⁶.

⁸⁹⁶ Le contrôle par le juge du respect de la maxime de disposition s'effectue en deux temps. D'abord par la **détermination (pour les conclusions chiffrées) du montant global réclamé dans les conclusions**, ensuite par la **comparaison de ce montant avec le dispositif du jugement**. Le juge est tenu par le maximum du montant global réclamé sans toutefois être limité par chacun des postes constituant la demande. En principe, c'est donc le **contenu des conclusions** et non la motivation juridique qui détermine si le juge est resté dans le cadre de ce qui lui a été demandé. C'est pourquoi les conclusions doivent, autant que possible, être formulées de manière claire et précise, que ce soit pour **permettre à la partie adverse de se positionner**, que pour **permettre au juge de bien saisir l'étendue des prétentions des**

¹⁰⁴⁴ Note de TAPPY D. in : RSPC 5/2020, p. 459 (concernant l'arrêt 4A_498/2019, 3.02.2020) ; cf. également : CR CPC-TAPPY, art. 299 N 22.

¹⁰⁴⁵ JEANDIN/PEYROT, p. 5 s. ; CR CPC-HALDY, art. 58 N 1 ; WILLISEGGER, p. 248 ; BOHNET, La procédure civile en schémas, p. 99. Voir aussi : TF, 5A_749/2016, du 11.05.2017, consid. 4 ; ATF 141 III 596, consid. 1.4.5 ; ATF 134 III 151, consid. 3.2 ; TF, 4A_307/2011, du 16.12.2011, consid. 2.4, RSPC 2012 p. 293, note de BOHNET et DROESE ; TF, 4A_397/2016, du 30.11.2016, consid. 2.1. Pour des considérations générales, cf. CHK-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 58 N 5 ; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 58 N 1 ss ; PC CPC-CHABLOZ, art. 58 N 1-4 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 58 N 1 ss ; BOHNET, Procédure civile, N 825.

¹⁰⁴⁶ SUTTER-SOMM/SEILER, in : Sutter-Somm et al., ZPO Komm., art. 58 N 6 ; JEANDIN/PEYROT, p. 5 ; CR CPC-HALDY, art. 58 N 1 ; WILLISEGGER, p. 248.

parties. Le renvoi à l'exposé des motifs ne se fera que comme *ultima ratio*, dans les hypothèses où le juge ne pourra établir le contenu exact des conclusions chiffrées qu'au moyen d'une interprétation¹⁰⁴⁷.

Devant l'instance d'appel ou de recours le principe exprimé par l'adage *tantum devolutum quantum appellatum*, qui inspire la règle de l'art. 315 al. 1 *in fine* CPC est applicable. Cela étant, la juridiction de seconde instance **n'est habilitée à trancher un litige que dans la mesure où la partie usant de la voie de droit conteste la décision querellée**, sans aller au-delà. Au surplus, le principe de l'interdiction de la *reformatio in pejus* a pour effet que la partie usant d'une voie de droit ne s'expose **pas à une décision plus défavorable** que celle rendue en première instance, sauf application de l'art. 313 CPC. En effet, bien qu'il n'agisse pas *ultra petita*, le juge peut être amené, dans le cadre d'un appel joint, à réformer un jugement en défaveur du demandeur principal. Ainsi, sans être une exception à la *reformatio in pejus*, l'institution de **l'appel joint** (cf. N 899 p. 310 et N 892) expose la partie appelante au risque d'un jugement plus défavorable ou, plus exactement, à un jugement favorable à la partie adverse. L'interdiction n'est donc pas remise en cause lorsque l'instance d'appel est exceptionnellement saisie de deux litiges¹⁰⁴⁸.

Enfin, l'adage *nemo iudex sine actore* rappelle le principe de libre disposition des parties en ce qui concerne l'existence et la durée du procès. En effet, la partie demanderesse est à l'initiative du procès civil et **peut à ce titre décider de retirer son action, de conclure une transaction avec le défendeur, ou encore de déposer une plainte partielle** s'il s'avère que ses prétentions sont divisibles. Pour le défendeur, l'instance prendra également fin s'il décide de **reconnaître les prétentions du demandeur**. A titre de précision, il convient encore de distinguer entre la transaction, l'acquiescement et le désistement d'action qui ont les effets d'une décision entrée en force, de sorte que le procès ne pourra pas être recommencé (art. 241 al. 2 CPC), et le désistement d'instance (art. 65 CPC *a contrario*) qui permet de ré-introduire l'action pour autant qu'elle ait été portée devant un tribunal incompétent et qu'elle n'ait pas été notifiée au défendeur, ou que celui-ci en ait accepté le retrait¹⁰⁴⁹.

La maxime de disposition connaît différentes **exceptions**. La plus évidente est la **maxime d'office** qui prévoit que, dans certaines hypothèses prévues par la loi, le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 58 al. 2 CPC), mais elle n'est pas la seule atténuation à la maxime de disposition. A la question : « qui dispose de l'objet du litige ? », la réponse peut exceptionnellement être qu'un agent de l'Etat est autorisé à introduire une requête en lieu et

¹⁰⁴⁷ Sous réserve des cas d'action partielle au sens de l'art. 86 CPC : SUTTER-SOMM/SEILER, in : Sutter-Somm et al., ZPO Komm., art. 58 N 9 s. et 22 ; CR CPC-BOHNET, art. 86 N 10 ; JEANDIN/PEYROT, p. 6 ; CR CPC-HALDY, art. 58 N 2. Sur les postes du dommage : ATF 119 II 396, consid. 2 ; TF, 5A_924/2013, 20.05.2014, consid. 8.2. Sur l'interprétation de la motivation : TF, 4A_307/2011, du 16.12.2011, consid. 2.4, RSPC 2012 p. 293, note de BOHNET et DROESE ; TF, 4A_397/2016, du 30.11.2016, consid. 2.1.

¹⁰⁴⁸ JEANDIN/PEYROT, p. 6 ; SUTTER-SOMM/SEILER, in : Sutter-Somm et al., ZPO Komm., art. 58 N 3 et 15 ; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 58 N 2a-2b.

¹⁰⁴⁹ CHK-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 58 N 4 ; SUTTER-SOMM/SEILER, in : Sutter-Somm et al., ZPO Komm., art. 58 N 6 ss ; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 58 N 2 ; WILLISEGGER, p. 248. Voir aussi concernant la transaction judiciaire : TF, 4A_89/2016, du 8.07.2016, consid. 2.4.

place d'un particulier (cf. entre autres les art. 42 al. 2, 78, 106 et 134 al. 1 CC). A la question : « dans quelle mesure les parties disposent-elles de l'objet du litige ? », la loi prévoit, en plus de l'exception générale de l'art. 58 al. 2 CPC, des exceptions plus spécifiques en droit matériel et en droit procédural. Parmi ces différentes exceptions, il convient de faire la distinction entre différentes catégories :

1. **Les « vraies exceptions » permettant au juge d'aller au-delà des conclusions des parties. Ces exceptions peuvent résulter soit du CPC, soit du droit matériel.**

- Les **exceptions de droit matériel** comprennent notamment¹⁰⁵⁰ :
 - L'art. 133 CC qui, en lien avec l'art. 296 al. 3 CPC, permet au juge d'attribuer l'autorité parentale et de fixer les contributions d'entretien ainsi que les relations personnelles de l'enfant avec l'autre parent, conformément à l'intérêt de l'enfant et nonobstant les éventuelles requêtes des parents¹⁰⁵¹ ;
 - L'art. 273 al. 5 CO qui prévoit, après rejet d'une requête en annulabilité du congé introduite par le locataire, que le juge examine d'office si le bail peut être prolongé (nouvelle teneur selon les art. 253 ss CPC)¹⁰⁵² ;
 - L'art. 527 al. 3 CO qui ménage la possibilité au juge de prononcer la cessation de la vie en commun et de convertir le contrat d'entretien en rente viagère en lieu et place de son annulation. Le juge y procède d'office ou à la demande de l'une des parties¹⁰⁵³ ;
 - Les art. 170 et 173a al. 2 LP en lien avec l'art. 255 CPC et permettant au juge d'ordonner préalablement à la réquisition de faillite toutes les mesures conservatoires qu'il estime nécessaires dans l'intérêt du créancier ou encore d'ajourner d'office le jugement d'une faillite lorsqu'un concordat semble possible ;
 - L'art. 22 nLRCN établissant les principes applicables à la procédure en responsabilité civile en cas de dommage d'origine nucléaire, à savoir que le juge établit les faits d'office et qu'il n'est pas liés par les conclusions des parties.
- Parmi les **exceptions de droit procédural** on trouve notamment les cas dans lesquels¹⁰⁵⁴ :
 - Le juge statue d'office sur les accessoires du procès. Ainsi, le juge pourra par exemple fixer et répartir d'office les frais judiciaires sans être tenu par les conclusions des parties à ce sujet (art. 105 CPC). De même, le juge peut ordonner

¹⁰⁵⁰ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 96 N 38 ; WILLISEGGER, p. 249 s. ; GLASL, in : DIKE Komm-ZPO., art. 58 N 36.

¹⁰⁵¹ CR CC I-LEUBA/BASTONS BULLETTI, art. 133 N 7 et 11.

¹⁰⁵² TF, 4A_414/2009, du 9.12.2009, consid. 4 ; 4A_261/2014, du 14.01.2015, consid. 4.1 ; 4A_386/2014, du 11.11.2014, consid. 4.1.

¹⁰⁵³ ATF 79 II 169 ; JdT 1954 I 271.

¹⁰⁵⁴ KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 58 N 4 s. ; WILLISEGGER, p. 249 ; CR CPC-HALDY, art. 58 N 10 s.

d'office au requérant de mesures provisionnelles de fournir des sûretés (art. 265 al. 3 CPC) ;

- Le juge statue d'office sur le fond en première instance. C'est le cas notamment concernant la procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille qui consacre la maxime d'office en complément de la maxime inquisitoire pure (art. 296 al. 3 CPC). L'art. 281 CPC prévoit au surplus qu'en l'absence de convention et si le montant des avoirs et des rentes déterminant est fixé, le tribunal statue sur le partage de la prévoyance professionnelle. En raison de l'intérêt public à éviter qu'un époux se retrouve sans prévoyance professionnelle, la jurisprudence rendue sous l'ancien droit et inchangée au 1^{er} janvier 2011 prévoyait en effet **l'application de la maxime inquisitoire** et, dans une certaine mesure, de la maxime d'office aux **questions touchant la prévoyance professionnelle** conformément aux art. 122 ss CC¹⁰⁵⁵. Enfin, le juge (ou l'autorité de protection) pourra statuer d'office sur le fond en première instance dans certaines affaires gracieuses (curatelle, retrait de l'autorité parentale, mesures protectrices de l'union conjugale, privation de liberté à des fins d'assistance, etc.) ;
- Le juge déroge en deuxième instance à l'interdiction de la *reformatio in pejus*. Ainsi, l'art. 282 al. 2 CPC précise que lorsque le recours porte sur la contribution d'entretien allouée au conjoint, la juridiction de recours peut également réexaminer les contributions d'entretien allouées à l'enfant, même si elles ne font pas l'objet dudit recours. En ce sens, l'article susmentionné est une consécration, en deuxième instance, de la maxime d'office applicable au sort des enfants dans les affaires de droit de la famille (art. 296 al. 3 CPC). De ce fait, il déroge à la règle voulant que l'effet suspensif de l'appel n'intervienne que dans la mesure des conclusions prises et que la juridiction supérieure soit liée par les conclusions des parties.

2. Les autres situations proches qui se présentent en procédure civile comme en droit matériel, mais qui ne sont toutefois pas de véritables exceptions à la maxime de disposition.

- On dénombre plusieurs de ces situations pour lesquelles le **droit matériel** octroie un « droit d'agir » spécifique à une autorité, et notamment¹⁰⁵⁶ :

¹⁰⁵⁵ ATF 129 III 481, consid. 3.3. ; JdT 2003 I 760 ; TF, 5A_862/2012, du 30.05.2013, consid. 5.3.2, SJ 2014 I p. 76 ; TF, 5A_213/2009, 14.07.2009 ; TAPPY, CR CPC, art. 280 N 8 et art. 277, n° 22.

¹⁰⁵⁶ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 96 N 38 ; WILLISEGGER, p. 249 s. ; GLASL, in : DIKE Komm. ZPO, art. 58 N 36.

Voir aussi, concernant le degré de précision requis dans la formulation des conclusions en rapport avec une cessation de trouble (art. 679 et 684 CC) : ATF 102 Ia 96, consid. 2 : « Selon la doctrine, celui qui intente l'action en cessation de trouble fondée sur les rapports de voisinage (art. 679 et 684 CC) n'est pas tenu de définir les mesures concrètes à prendre en vue d'éliminer le trouble ; il peut s'en remettre au tribunal en formulant ses conclusions de manière toute

- L'art. 126 al. 2 CC par lequel le juge peut imposer un règlement définitif en capital plutôt qu'une rente à titre de contribution d'entretien lorsque des circonstances particulières le justifient¹⁰⁵⁷ ;
- Conformément à l'art. 172 CC (mesures judiciaires dans le cadre de l'union conjugale), le juge est saisi par une requête de l'un ou des deux époux. Il n'agit ni d'office ni à la requête d'un tiers. Toutefois, s'agissant de l'art. 178 al. 3 CC, le juge qui interdit à un des époux de disposer d'un immeuble en fait porter d'office la mention au registre foncier. Il s'agit donc d'une mesure de sûreté exceptionnelle pour laquelle le juge agit d'office (injonction directe au conservateur du registre foncier)¹⁰⁵⁸.
- **En droit procédural**, ces situations s'expriment notamment dans les cas suivants¹⁰⁵⁹ :
 - L'appel joint. Comme expliqué *supra*, la raison d'être de l'art. 313 CPC est d'empêcher que le « plaideur raisonnable », bien qu'ayant partiellement succombé en première instance, renonce à remettre en cause ledit jugement par souci d'apaisement, se retrouve par la suite pénalisé du fait que la partie adverse fasse appel de la décision et obtienne potentiellement gain de cause. Donnant la priorité à l'équité et à l'égalité des armes, l'appel joint fait donc passer au second plan le risque pour la partie appelante de voir sa situation empirer à la suite de son appel. Il s'agit en ce sens d'une entorse à l'interdiction de la *reformatio in pejus* dans la mesure où la partie qui fait appel doit finalement envisager d'être déboutée des fins de son propre appel tandis que son adversaire aurait gain de cause sur son appel joint¹⁰⁶⁰ ;
 - L'actio duplex et les conclusions reconventionnelles : là encore, il ne s'agit pas d'exceptions *stricto sensu* au principe de disposition. En effet ces deux moyens sont, au même titre que l'appel joint, un **type particulier de limitation au pouvoir de disposer de l'objet du litige par le demandeur**, dès lors qu'ils offrent des « options équivalentes » au défendeur. En ce qui concerne la **reconvention**, elle peut être définie comme « une action introduite par le défendeur contre le demandeur dans le procès pendant » et entraînant une forme particulière de cumul objectif d'actions. Conformément au principe d'économie de procédure, elle permet donc au défendeur de profiter du procès ouvert par son

générale. C'est au juge qu'incombe l'obligation, au besoin sur la base d'expertises, de déterminer les mesures à prendre dans le cas particulier ».

¹⁰⁵⁷ ATF 132 III 593 ; JdT 2007 I 125 ; note de S. SANDOZ.

¹⁰⁵⁸ CR CC I-CHAIX, art. 178 N 11 et art. 172 N 4.

¹⁰⁵⁹ KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 58 N 4 s. ; WILLISEGGER, p. 249 ; CR CPC-HALDY, art. 58 N 10 s.

¹⁰⁶⁰ Message CPC 2006, p. 6982 ; CR CPC-JEANDIN, Intro art. 308 à 334 N 18 et art. 313 N 1 ; CR CPC-SCHWEIZER, art. 334 N 18.

adversaire pour faire valoir contre lui ses propres prétentions¹⁰⁶¹. En cas d'action partielle ouverte par le demandeur, le défendeur pourra par exemple élargir l'objet du litige par une action en constatation de l'inexistence de l'ensemble des prétentions ; l'action reconventionnelle lui permet ainsi de contre-attaquer et d'élargir l'objet du litige¹⁰⁶². Pour ce qui est de l'*actio duplex*, il s'agit de conclusions propres que le défendeur peut parfois prendre « en cas d'action dont l'admission pourrait impliquer aussi des droits en sa faveur »¹⁰⁶³. Dans ces deux cas, le défendeur empiète donc, dans une certaine mesure, sur les conclusions du demandeur.

Dans certains rares cas, **la maxime éventuelle** peut également être une limite à la maxime de disposition. C'est en tout cas ce que retiennent SUTTER-SOMM et SEILER de la lecture des art. 227 et 230 CPC¹⁰⁶⁴. La **modification de la demande** est une question éminemment proche de la maxime de disposition dans la mesure où elle consacre un aspect de la liberté des parties de disposer de l'objet du litige, en l'occurrence en en modifiant son contenu. Mais en sus de la question du contenu (modifié) de la demande, ces dispositions restreignent également le pouvoir de disposer du demandeur pour réaliser un objectif concurrent à celui de l'art. 58 CPC : celui de la **célérité, de la sécurité et de l'efficacité de la procédure** en évitant l'admission de faits et/ou moyens de preuve nouveaux qui conduirait soit à changer de procédure soit à sortir du cadre des prétentions déjà formulées (lien de connexité). Quel est alors le lien avec la maxime éventuelle ?

La maxime éventuelle a deux objectifs : celui d'astreindre les parties à **rassembler tous leurs moyens d'attaque et de défense**, dans l'hypothèse où l'argumentation développée principalement ne serait pas retenue (« Haupt- und Eventualbegehren ») ; et celui de **concentrer leurs prétentions au moment de la demande, sans retenir à dessein certaines informations**, pour ensuite les présenter stratégiquement à un stade plus avancé de la procédure. Elle soumet donc le principe de disposition à deux règles supplémentaires : une première, relative au **contenu** des prétentions, soit à l'obligation pour les parties d'envisager toutes les éventualités dans la formulation de leurs allégations (« Eventualmaxime ») ; et une seconde, relative au **délai** ou, autrement dit, à l'interdiction d'une rétention d'information qui pourraient allonger inutilement la procédure (« Konzentrationsmaxime »)¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶¹ CR CPC-TAPPY, art. 224 N 3.

¹⁰⁶² Message CPC 2006, p. 6900. Pour des exemples, voir : WILLISEGGER, p. 249 s. ; BRÜCKNER/WEIBEL, die erbrechtlichen Klagen, p. 123, N 220. Voir également la jurisprudence sur ce thème: ATF 143 III 505; ATF 145 III 299 ; ATF 147 III 172 ; TF, 4A_395/2021, du 07.10.2021. A noter encore que le projet de « toilette » du CPC propose un **art. 224 al. 1bis let. b nCPC qui transposerait cette jurisprudence** (FF 2020 2699).

¹⁰⁶³ CR CPC-TAPPY, art. 222 N 17 ; LEUENBERGER, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm, art. 222, N 18.

¹⁰⁶⁴ « Die Eventualmaxime kann in seltenen Fällen beschränkend auf die Dispositionsmaxime wirken, indem eine Klageänderung nach der Verfahrenseinleitung nur noch unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist (vgl. Art. 227 und 230 ZPO) ». SUTTER-SOMM/SEILER, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 58 N 8.

¹⁰⁶⁵ KLINGER, p. 18 s., N 40 ss (définition) et p. 50 s., N 124 ss (modification de la demande) ; STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N 43 s. ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 132 s., N 4.38 ss.

C'est sous ce dernier aspect que les art. 227 et 230 CPC touchent à la maxime éventuelle. Ces derniers consacrent le « principe de mutabilité restreinte de la demande » en n'admettant qu'exceptionnellement et de manière restrictive sa modification. Or cet objectif de cristalliser autant que possible « les contours objectifs, subjectifs et temporels du litige »¹⁰⁶⁶ rejoint dans une certaine mesure ceux de concentration de la maxime éventuelle. Ainsi, le CPC ne consacre pas l'immutabilité du litige au stade des échanges d'écritures, en choisissant d'intégrer certaines exceptions quant à des prétentions nouvelles (art. 229 CPC). Cette flexibilité accordée aux parties permet d'éviter de tomber dans une procédure trop rigide ou trop lourde du fait de l'accumulation dans la demande de toutes les prétentions possibles, des plus évidentes aux plus farfelues. Les conditions restrictives des art. 227 et 230 CPC offrent toutefois une certaine clarté et protègent les parties contre des tactiques ou manœuvres dilatoires. En ce sens, nous approuvons le parallèle fait par SUTTER et SEILER entre la maxime éventuelle et les articles relatifs à la modification de la demande, bien qu'il ne s'agisse selon nous que d'un lien indirect¹⁰⁶⁷.

1. Problématique des « vases communicants » entre les conclusions en argent et exceptions jurisprudentielles en ce qui concerne les conclusions « causées »

- ⁹⁰³ En vertu de la maxime de disposition, le juge est tenu par les conclusions des parties. Toutefois, le TF considère, pour les demandes tendant à l'allocation de divers postes d'un dommage reposant sur une même cause, que le tribunal ne viole pas le principe de disposition lorsqu'il accorde plus pour un poste et moins pour un autre, pour autant qu'il ne dépasse pas le **montant total des conclusions**¹⁰⁶⁸. Ainsi, pour déterminer si le juge n'outrepasse pas le cadre des conclusions prises, il convient de se fonder sur le **montant global réclamé**¹⁰⁶⁹.
- ⁹⁰⁴ Les limites dans lesquelles ce type de **compensation** peut être opéré doivent être fixées de cas en cas, au vu des différentes prétentions formulées par le demandeur. Ainsi, le TF admet l'allocation d'une contribution d'entretien plus élevée que celle requise, eu égard à l'estimation du coût du droit d'habitation, également demandé mais non accordé par le juge. En effet, il se justifiait « d'allouer une contribution plus élevée à la recourante afin qu'elle puisse couvrir certaines charges auxquelles elle n'aurait pas eu à faire face si elle avait obtenu le droit d'habitation requis, à savoir en particulier la charge afférente au loyer »¹⁰⁷⁰. De même, une telle compensation est admissible lorsqu'il s'agit de déterminer le dommage lié à l'incapacité

¹⁰⁶⁶ CR CPC-SCHWEIZER, art. 227 N 1.

¹⁰⁶⁷ Message CPC 2006, p. 6948 concernant les art. 224 à 230 (Débats principaux) : « L'application de la maxime éventuelle à un stade si précoce – et le risque que les parties ne surchargent les écritures – a été critiqué en consultation (voir art. 215, al. 1 AP) » ; SUTTER-SOMM/SEILER, in : Sutter-Somm et al., ZPO Komm., art. 58 N 8 ; KLINGER, p. 50 s. N 124 ss ; LEUENBERGER/ÜFFER-TOBLER, p. 133, N 4.42.

¹⁰⁶⁸ TF, 4A_428/2018, du 29.08.2019, consid. 4.3 et commentaire de F. Bastons Bulletti in newsletter CPC Online 2019-N28 ; ATF 63 II 339 ; ATF 113 II 345, consid. 3 (non publié) ; JdT 1988 I 696.

¹⁰⁶⁹ ATF 119 II 396, consid. 2 ; TF, 5A_924/2013, du 20.05.2014, RSPC 2014 p. 419 ; TF, 5A_667/2015, du 1.02.2016, consid. 6.1, SJ 2016 I p. 419.

¹⁰⁷⁰ TF, 4A_428/2018, du 29.08.2019, consid. 4.3 et commentaire de F. Bastons Bulletti in newsletter CPC Online 2019-N28 ; TF, 5A_667/2015, du 1.02.2016 ; SJ 2016 I p. 419.

d'exercer une activité lucrative, dans la mesure où la distinction entre perte de gain passée et perte de gain future dépend alors d'une circonstance imprévisible au moment de l'introduction de l'action, à savoir la date du jugement¹⁰⁷¹. Le TF étend également l'application de cette jurisprudence à l'entretien après divorce¹⁰⁷².

En résumé, la jurisprudence considère donc que le juge n'outrepasse pas ses compétences lorsqu'il répartit différemment les montants réclamés par les parties dans leurs conclusions, pour autant :

- qu'il ne dépasse pas le **montant total réclamé** ;
- qu'il s'agisse de l'allocation de divers postes de dommage (tort moral, dommage matériel, etc.) reposant sur la **même cause**. En effet, il ne peut y avoir de « vases communicants » entre des conclusions pour lesquelles le refus ou la réduction de l'une ne peut-être compensé par l'augmentation de l'autre. De la sorte, le refus d'octroyer un droit d'habitation pourra être compensé par l'augmentation du montant des contributions d'entretien (cf. arrêt précité), tandis que le refus d'attribuer la garde d'un enfant ne pourra pas être contrebalancé par l'octroi de contributions plus élevées.

D'un point de vue pratique, la jurisprudence précise que l'objet du litige est délimité par le montant total « à moins que la partie demanderesse **n'ait qualifié ou limité les postes de son dommage dans les conclusions elles-mêmes** ». Il conviendra donc, pour les parties qui souhaitent avant tout bénéficier du montant total réclamé nonobstant les conclusions admises ou refusées, **de ne pas préciser dans leurs conclusions quels montants se rapportent à quelles prétentions, au risque de voir ses prétentions limitées au poste du dommage invoqué**¹⁰⁷³. Sont ainsi réservés les cas où chaque poste fait l'objet d'une conclusion spécifique ou « causée », qui lie alors le juge. Or – sauf dans le cas particulier d'une action partielle (« echte Teilklage », art. 86 CPC)¹⁰⁷⁴ – la division d'une prétention en postes distincts pose régulièrement problème, de même que la délimitation des conclusions, que ce soit en vertu de la fixation du *dies a quo* ou encore de la prise en compte d'intérêts prétendument réclamés ou compris dans les conclusions.

¹⁰⁷¹ ATF 119 II 396 ; SJ 1994 94.

¹⁰⁷² TF, 5A_310/2010, du 19.11.2010, consid. 6.4.3, FamPra.ch 2011 p. 448 ss ; TF, 5A_397/2015, du 23.11.2015, consid. 2.1.2. Concernant les mesures protectrices de l'union conjugale : TF, 5A_865/2015, du 26.04.2016, consid. 3.1. Cf. plus récemment : TF, 5A_112/2020, du 28.03.2022, consid. 2.2 et 2.3 et note BASTONS-BULLETTI in Newsletter CPC Online 2022-N10, concernant les contributions d'entretiens pour les enfants et le conjoint (interdépendance).

¹⁰⁷³ TF, 4A_54/2017, du 19.01.2018, consid. 6.1, HIRSCH C., Principe de disposition en procédure civile : Reformatio in pejus et postes du dommage, publié le 8 mai 2018, cdbf.ch/1003.

¹⁰⁷⁴ CR CPC-BOHNET, art. 86 N 4 ; JEANDIN/PEYROT, p. 105 s., N 287 ; MABILLARD, Grundsätze zur Formulierung der Rechtsbegehren, pp. 2 s. et 16. Voir aussi, s'agissant du cumul d'action comme autre concrétisation du principe de disposition : CR CPC-BOHNET, art. 90 N 2.

b. Jurisprudence récente

(i) Généralités

907 Prise de position tardive : la maxime de disposition est un prolongement de l'autonomie privée dans le cadre du procès civil. Il a pour conséquence principale que le juge intervient seulement à l'initiative des parties, qu'il est **lié par leurs conclusions** et que ces dernières peuvent mettre fin au procès en tout temps¹⁰⁷⁵. Néanmoins, lorsque le requérant se plaint de la violation de la maxime de disposition **seulement dans sa prise de position sur la réponse à l'appel**, cette invocation est considérée comme tardive, de sorte que l'Obergericht ne viole pas l'art. 29 al. 2 Cst. et n'applique pas de manière arbitraire les dispositions de procédure civile en n'entrant pas en matière sur cette question¹⁰⁷⁶.

908 Irrecevabilité vs. rejet d'une demande/jugement *ultra petita* : « La recourante ne [dispose] d'aucun intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision de première instance [lorsqu'elle a] obtenu entièrement gain de cause devant le premier juge ». Il faut de surcroît considérer que son comportement « est empreint de mauvaise foi », lorsqu'elle conclut, devant le premier juge, à l'irrecevabilité de la demande et qu'elle fait ensuite volte-face, au stade de la procédure d'appel, en concluant au rejet de l'action. Mais nonobstant l'attitude adoptée par la recourante, l'autorité cantonale, saisie d'une requête tendant à ce qu'elle prononce l'**irrecevabilité** de la demande faute de compétence *ratione loci*, ne peut pas, **en vertu de la maxime de disposition**, aller au-delà des conclusions prises par la recourante dans ladite requête (et en **rejetant** la demande)¹⁰⁷⁷.

909 Montant total réclamé : comme énoncé précédemment, le TF admet, lorsqu'une demande tend à l'allocation de divers postes de dommage reposant sur une même cause, que le tribunal n'est lié que par le **montant total réclamé**, si bien qu'il peut allouer davantage pour un des éléments spécifiques du dommage et moins pour un autre¹⁰⁷⁸. A moins que la partie demanderesse n'ait qualifié ou limité les postes de son dommage dans les conclusions elles-mêmes, l'objet du litige est délimité par le montant total qui est réclamé dans les conclusions, et le juge n'est lié que par ce montant total¹⁰⁷⁹.

910 Montant total réclamé/compensation entre les différents postes du dommage : le fait d'allouer une somme totale dépassant la conclusion « I » de la demande sans excéder le total des

¹⁰⁷⁵ ATF 141 III 596, consid. 1.4.5.

¹⁰⁷⁶ TF, 5A_7/2021, du 2.09.2021, consid. 2-2.3 ; RSPC 1/2022, p. 83 ss.

¹⁰⁷⁷ TF, 4A_470/2021, du 18.11.2021, consid. 4.3.

¹⁰⁷⁸ ATF 63 II 339, ATF 113 II 345, consid. 3 non publié et JdT 1988 I 696 ; ATF 119 II 396, consid. 2. ; TF, 5A_924/2013, du 20.05.2014, consid. 8.2 ; TF, 5A_667/2015, du 1.02.2016, consid. 6.1 ; TF, 5P.481/2006, du 19.02.2007, consid. 4. Même jurisprudence en ce qui concerne l'entretien après divorce : TF, 5A_397/2015, 23.11.2015, consid. 2.1.2 ; TF, 5A_310/2010, 19.11.2010, consid. 6.4.3.

¹⁰⁷⁹ TF, 4A_534/2018, du 17.01.2019 ; RSPC 4/2019, p. 309 ss. Par ailleurs, un changement en cours de procès de la monnaie réclamée correspond à une modification de l'objet du litige, exclue selon l'art. 99 LTF (TF, 4A_514/2013, du 25.04.2014, consid. 4). Cf. également TAPPY, conclusions et voies de recours, N 106 ss.

conclusions « I et II » prises ne viole pas l'art. 58 CPC, **même si le tribunal avait par ailleurs déclaré rejeter la conclusions « II »** parce que portant sur des créances non encore exigibles, dans la mesure où le juge a seulement ajouté à la conclusion I la part des prétentions de la conclusion II déjà échue. En effet, lorsque les prétentions résultant de deux conclusions ont le **même fondement** et qu'elles n'ont été **échelonnées qu'au motif que les intérêts commençaient à courir à des dates différentes** pour chaque tranche, le fait que la seconde ait été rejetée ne signifie pas que le juge ne puisse pas, compte tenu du montant total réclamé, allouer en sus du montant correspondant à la première conclusion, une partie du montant rattaché à la seconde¹⁰⁸⁰.

Choix de la devise/modification objet du litige : le juge ne peut accorder une créance dans la monnaie étrangère effectivement due, lorsque les conclusions de la demande portent sur une condamnation en francs suisses¹⁰⁸¹. Il est en effet indiscutable que le choix de la monnaie est un élément de première importance dans les contestations portant sur des sommes d'argent et qu'à ce titre, **un changement de monnaie dans le libellé des conclusions revient à une modification de l'objet du litige**¹⁰⁸².

Interpellation pour précision vs. correction du choix de la devise (et *quid* s'il s'agit de dommages-intérêts) : l'interpellation d'une partie au stade de l'audience d'instruction afin de préciser si elle réclame des euros ou des francs suisses (« Selon les conclusions alors articulées, la défenderesse devait être condamnée à payer < 158'500 euros, soit 195'333 fr. 80 > avec intérêts au taux de 5% par an dès le 31 juillet 2017 ») est possible et pleinement justifiée au sens des art. 55 al. 1 et 56 CPC, dès lors qu'il s'agit d'un **vice manifeste dans les déclarations de la partie** que le juge peut lui demander de clarifier¹⁰⁸³. L'arrêt 4A_265/2017 précise toutefois que, bien que le juge soit intervenu à juste titre pour faire préciser ses conclusions au demandeur en l'invitant à indiquer le montant qu'il réclamait (euros ou francs suisses), il ne pouvait ensuite pas corriger la monnaie demandée (à tort) par ce dernier sans violer la maxime de disposition. En effet, à la suite de l'interpellation du juge, la partie a précisé ne réclamer qu'un des deux montants, au lieu par exemple, de réclamer l'un à titre principal et l'autre à titre subsidiaire. Bien mal lui en a pris, puisque le montant réclamé était justement celui qui n'était pas dû. Ayant réalisé son erreur après l'ouverture des débats principaux et ne remplissant pas les conditions de l'art. 230 CPC, il lui était alors impossible de la réparer¹⁰⁸⁴. Pour sa part, le juge était lié par les conclusions de la demande (précisées *a posteriori*),

¹⁰⁸⁰ TF, 5A_249/2018, du 13.12.2018, RSPC 2019 128.

¹⁰⁸¹ ATF 134 III 151, consid. 2.2 et 2.4 ; ATF 137 III 158, consid. 3 ; TF, 4A_555/2014, du 12.03.2015, consid. 4.2 (droit cantonal) ; TF, 4A_391/2015, du 1.10.2015, consid. 3 ; TF, 4A_341/2016, du 10.02.2017, consid. 2 ; OLLIVIER/GEISSBÜHLER, La monnaie des conclusions dans les litiges bancaires, PJA 2017 p. 1439 ; SJ 2017 p. 385.

¹⁰⁸² TF, 4A_514/2013, du 25.04.2014 ; TF, 4D_62/2014, du 19.01.2015.

¹⁰⁸³ TF, 4A_265/2017, du 13.02.2018, consid. 6. Voir aussi : TF, 4A_341/2016 et 4A_343/2016, du 10.02.2017 (la maxime de disposition interdit d'allouer dans la devise due ce qui n'était réclamé qu'en francs) ; TF, 4A_618/2017, du 11.01.2018.

¹⁰⁸⁴ Le demandeur débouté **pourra en revanche recommencer le procès dans le bonne monnaie** (sauf dans le cas où la prescription est entretemps acquise), puisque l'action rejeté ne portait pas sur la prestation réellement due ; **Pautorité**

et ne pouvait corriger la monnaie demandée sans violer la maxime de disposition¹⁰⁸⁵. De même, cet arrêt ne permet pas de savoir précisément à quel titre les montants (158'500 €/195'333 fr. 80) étaient réclamés, mais il s'agissait apparemment de prestations contractuelles dont la monnaie résultait de la stipulation des parties. Quid s'il s'était agi de **dommages-intérêts** ? TAPPY soutient à ce titre (même en cas de dommages-intérêts contractuels selon l'art. 99 al. 3 CO) que l'art. 43 al. 1 CO permettrait de choisir d'office un « autre mode de réparation » que celui demandé (dérogation à la maxime de disposition) et ainsi, par exemple, d'allouer dans la monnaie due, ce qui était réclamé dans une autre. Nous partageons ce point de vue applicable à l'hypothèse spécifique de dommages-intérêts, pour laquelle le législateur – tout en donnant des directives – fait largement appel au pouvoir d'appréciation du juge en cette matière¹⁰⁸⁶. A noter finalement que selon une jurisprudence récente rendue en lien avec l'art. 84 CO (monnaie de paiement des obligations pécuniaires), c'est le **droit matériel** qui définit dans quelle monnaie est due l'obligation litigieuse, tandis que le **droit de procédure** décide si le juge peut convertir dans la «bonne monnaie» des conclusions libellées dans une monnaie erronée¹⁰⁸⁷.

913 Avis au débiteur/conversion de devises : vu la nature juridique de l'avis aux débiteurs (art. 132, 177 ou 291 CC), qui place le débirentier dans une situation comparable à celle d'une saisie, il doit en aller de même de **l'exigence de la conversion en francs suisses d'une créance stipulée en monnaie étrangère**, prévue à l'art. 67 al. 1 ch. 3 LP, qui trouve à s'appliquer par analogie. **En cas de conclusions en monnaie étrangère, l'appel doit être déclaré irrecevable**. En effet comme le souligne BOHNET, une requête d'avis au débiteur est une mesure d'exécution forcée privilégiée qui doit comprendre des conclusions en francs suisses, sous peine d'irrecevabilité. Cette condition de recevabilité spécifique, non énumérée à l'art. 58 al. 2 CPC découle des exigences de la pratique¹⁰⁸⁸.

914 Procédure de mainlevée/violation de la maxime de disposition : à l'instar des juridictions prud'homales, la question de savoir si le juge de mainlevée peut lever l'opposition pour un

de chose jugée ne sera dès lors pas un problème, car le premier procès ne porte pas sur le même objet du litige) ; TAPPY, conclusions et voies de recours, N 107.

¹⁰⁸⁵ TF, 4A_265/2017, du 13.02.2018, consid. 6. Voir aussi : TF, 4A_618/2017, du 11.01.2018, consid. 4.3 et 4.4 ; TF, 4A_391/2015, du 1.10.2015, consid. 3 ; TF, 4A_341/2016, du 10.02.2017, consid. 2.2, RSPC 2017 p. 321.

¹⁰⁸⁶ TAPPY, Conclusions et voies de recours, pp. 129 ss ; cf. ég. : CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 42 N 12 et *passim*.

¹⁰⁸⁷ TF, 4A_503/2021 du 25.04.2022 et la note de BOHNET F. in : RSPC 5/2022, p. 400, concernant la question de l'art. 43 al. 1 CO.

¹⁰⁸⁸ TF, 5A_158/2020, du 21.12.2020, RSPC 3/2021, pp. 206 ss et note de BOHNET, p. 208 ; cf. ég. : TAPPY D., D'une loi à l'autre : renvois et réserves entre le CPC et la LP, JdT 2022 II ... (à paraître), qui précise que si le résultat de l'arrêt lui semble correct, il n'en va pas de même du raisonnement : le TF avait en effet estimé que l'avis de créance (pension due en dollars selon jugement de divorce étranger) requis en vertu de l'art. 132 CC devant un juge vaudois, devait être converti en francs suisses, semble-t-il d'office, par application analogique de l'art. 67 al. 1 ch. 3 LP. Selon TAPPY, c'est plutôt parce que le débiteur du débirentier (l'employeur) devait lui-même des francs suisses, qu'il convenait de lui enjoindre d'effectuer les versements au créancier dans cette devise, pour s'acquitter de l'obligation d'entretien (présentation ne portant ni sur une somme d'argent ni sur des sûretés à fournir : LP entièrement inapplicable/exécution forcée et mesures destinées à sauvegarder les prétentions du créancier ne peuvent être demandées que sur la base d'une autre loi, en l'occurrence le CPC lorsqu'il s'agit de droit privé).

montant brut, sous déduction des cotisations sociales n'est à ce jour pas clairement résolue¹⁰⁸⁹. Le juge est donc lié par les conclusions des parties, aussi bien dans leur objet que dans leur quotité, en particulier lorsque le plaideur qualifie ou limite ses prétentions¹⁰⁹⁰. Toujours s'agissant du juge de mainlevée, la jurisprudence a retenu, au vu du **droit à la réplique des parties**, que les tribunaux sont tenus d'attendre dix jours avant de rendre leur décision, au sens d'une « règle empirique » (« Faustregel »). En ordonnant la mainlevée « dans la poursuite en vue de la fourniture de sûretés » sur la base d'un commandement de payer en vue d'un paiement en argent, le tribunal viole la maxime de disposition ainsi que le principe du droit d'être entendu¹⁰⁹¹. Viole également le droit d'être entendu de même que la maxime des débats le **juge qui s'écarte d'allégations incontestées sur la base de l'art. 153 al. 2 CPC, sans en informer les parties** de sorte que l'occasion ne leur est pas donnée de se prononcer sur leur exclusion ni d'administrer des moyens de preuve pour appuyer leur admission¹⁰⁹². En effet, les différences de régimes découlant de l'application des maximes de procédure et notamment des maximes d'office et inquisitoire, ne modifient en rien la portée du droit d'être entendu¹⁰⁹³.

(ii) *Appréciation juridique des faits, pouvoir de cognition du juge et prévisibilité de la solution juridique*

A partir de quand peut-on considérer que le juge statue *ultra petita* ?: le TF rappelle que la décision de la Cour d'appel qui constate le bien-fondé d'une prétention dans son principe alors que la partie demandait l'octroi d'un montant déterminé ne viole pas la maxime de disposition dès lors qu'elle n'accorde pas plus, mais moins que ce que réclamait l'intimé¹⁰⁹⁴. De manière générale, il n'y a pas de violation du principe *ne eat iudex ultra petita partium* quand le tribunal s'écarte partiellement ou entièrement de la motivation juridique des parties, pour autant qu'il demeure dans les limites de leurs conclusions¹⁰⁹⁵. Le juge peut octroyer moins que ce qui est réclamé et ce, même sans conclusions subsidiaires expresses formulées de la part des parties, pour autant que la mesure la moins invasive puisse trouver un fondement factuel dans les allégués¹⁰⁹⁶. De même, ne statue pas *ultra petita* le tribunal arbitral qui,

915

¹⁰⁸⁹ TF, 4C.319/1995, du 16.12.1995, consid. 2b/aa ; TF, 5P.364/2002, du 16.12.2002, consid. 2.11 ; TF, 5A_411/2009, du 13.10.2009, RSPC 2010 153.

¹⁰⁹⁰ ATF 134 III 151, consid. 3.2 ; ATF 111 II 358, consid. 1 ; ATF 110 II 113, consid. 4 ; TF, 4A_307/2011, du 16.12.2011, consid. 2.4 ; ATF 142 II 234, consid. 2.2.

¹⁰⁹¹ TF, 5A_42/2018, du 31.08.2018, RSPC 2018, p. 516.

¹⁰⁹² TF, 4A_375/2016, du 8.02.2017, consid. 5.3.3, RSPC 2017 p. 213.

¹⁰⁹³ TF, 5A_361/2016, du 7.12.2011, consid. 6.3.1 ; RSPC 2012 p. 196.

¹⁰⁹⁴ TF, 4P.296/2004, du 16.12.2011, consid. 4.

¹⁰⁹⁵ ATF 120 II 172, consid. 3a ; TF, 4A_307/2011, du 16.12.2011, consid. 2.4 ; TF, 4A_464/2009, du 15.02.2010, consid. 4.1 ; TF, 5A_247/2015, du 8.12.2015, consid. 4.5.

¹⁰⁹⁶ TF, 5A_348/2012, du 15.08.2012, consid. 6.2 : « Soweit der Dispositionsgrundsatz das Verfahren beherrscht, kann das Gericht allerdings ohne ausdrücklich gestellten Eventualantrag weniger zusprechen, als begehrt wird, wenn die Voraussetzungen für die vollumfängliche Gutheissung der Begehren nicht erfüllt sind (vgl. BGE 111 II 156 E. 4 S. 161 ; 115 II 6 E. 7 S. 15). Insoweit könnte im Begehren um Erlass eines Verbots auf drei Grundstücken der Erlass eines auf zwei Grundstücke beschränkten und damit weniger weit gehenden Verbots enthalten sein. **Der Antrag allein**

saisi d'une action négatoire qu'il estime infondée, constate l'existence du rapport juridique litigieux dans le dispositif de la sentence en lieu et place d'un rejet de cette action¹⁰⁹⁷. Ne viole pas non plus le principe *ne ultra petita partium* le tribunal qui se contente de condamner le défendeur à payer le montant requis par la partie adverse sans en ordonner l'exécution « trait pour trait », dès lors que la contre-prestation est devenue sans objet à la suite d'une faillite. Du reste, « la maxime de disposition ne doit [...] pas nécessairement s'appliquer en droit international commercial avec la même rigueur que dans une cause régie par le droit suisse – domaine dans lequel il n'est au demeurant pas totalement incongru d'envisager quelques assouplissements dans les cas de figure spéciaux évoqués par la doctrine »¹⁰⁹⁸.

916 Obligation d'entretien/appréciation du juge/dies a quo : concernant l'obligation d'entretien, le TF considère que le juge dispose d'une **large marge de manœuvre** dès lors que la loi ne prévoit pas de point de départ pour l'obligation de contribution. Ainsi, « il n'y a pas lieu de critiquer un arrêt qui fixe le début à un moment qui se situe entre le moment où la partie du jugement afférant au principe du divorce est entrée en force et celui du jugement relatif à la rente »¹⁰⁹⁹. Le TF avait statué de la même manière dans l'arrêt 4P.322/2005 du 27 mars 2006, où la cour cantonale neuchâteloise avait retenu un *dies a quo* partant 23 mois plus tôt que celui figurant dans les conclusions du demandeur pour le versement de son indemnité. En effet, dès lors que le montant finalement accordé au recourant restait inférieur de plus de 20 000 francs aux prétentions en capital qu'il avait présentées dans sa demande, le TF a estimé que le tribunal cantonal n'avait pas appliqué de manière arbitraire l'art. 56 al. 1 CPC/NE interdisant qu'il soit jugé *ultra petita*¹¹⁰⁰.

917 Détermination du montant de la perte de gain/appréciation du juge : même type de **compensation** opérée par le TF pour déterminer l'incapacité d'exercer une activité lucrative et les prestations y-relatives. Ainsi, dans l'ATF 119 II 396, la cour cantonale s'est vu octroyer un pouvoir d'appréciation assez large en ce qui concerne la détermination du montant des pertes de gain passée et future, dès lors qu'elles dépendent toutes deux d'une circonstance imprévisible au moment de l'introduction de l'action à savoir la date du jugement¹¹⁰¹.

918 Pour ces deux hypothèses, il est relativement aisé de comprendre en quoi l'incertitude relative à la « période litigieuse » peut influencer *a posteriori* sur le montant total des conclusions, sans

genügt jedoch nicht. Die Gründe, welche für das weniger weit gehende Verbot sprechen könnten, müssen behauptet und nachgewiesen oder unbestritten sein (vgl. BGE 109 II 120 E. 2b S. 122 ; 116 II 140 E. 4, nicht veröffentlicht) ».

¹⁰⁹⁷ ATF 120 II 172, consid. 3a.

¹⁰⁹⁸ TF, 4A_516/2020, du 8.04.2021, consid. 5.5 et les réf. citées aux consid. 5.3 et 5.4. Le TF précise en outre que « [I]es questions monétaires sont inévitables dans les litiges internationaux relatifs à des traités d'investissement et/ou des demandes de réparation, mais il manque, semble-t-il, des règles bien définies quant à la monnaie d'indemnisation (lorsque le traité est muet sur ce point). La tendance veut que le créancier ne supporte pas la dépréciation de la monnaie à compter de la violation contractuelle ou du fait illicite; cet élément peut dicter au demandeur le choix d'une certaine monnaie. Le juge ou l'arbitre dispose toutefois de latitude à cet égard lorsqu'il doit allouer une indemnité "adéquate" ».

¹⁰⁹⁹ TF, 5A_310/2010, du 19.11.2010, consid. 6.4.3, FamPra.ch 2011 448.

¹¹⁰⁰ TF, 4P.322/2005, du 27.03.2006, consid. 3.2.2 ; RSPC 2006, p. 253 et note de Hans Hegetschweiler.

¹¹⁰¹ ATF 119 II 396, consid. 2 ; Voir aussi : MABILLARD, Grundsätze zur Formulierung der Rechtsbegehren, p. 16; TF, 5A_924/2013, du 20.05.2014, consid. 8.2, RSPC 2014 p. 419.

pour autant en modifier la substance et aller à l'encontre de la volonté des parties. De même, on voit assez clairement le lien qu'il peut y avoir entre le refus d'octroyer un droit d'habitation et les répercussions que cela peut avoir sur la capacité financière du bénéficiaire des contributions d'entretien, justifiant ainsi leur révision à la hausse. Ce n'est toutefois pas toujours le cas (cf. *infra*).

Conclusions trop étendues/réduction du prix-rédhibition : alors que la maxime d'office fait exception à la maxime de disposition en permettant au juge de sortir du champ des **conclusions formulées par les parties**, le principe *iura novit curia* permet au juge de ne pas forcément s'en tenir aux **moyens de droit formulés par les parties**. Bien que la distinction semble claire en théorie, il arrive pourtant que le juge, lorsqu'il s'éloigne des moyens juridiques initialement envisagés par les parties, tende du même coup à s'éloigner du contenu de leurs conclusions. C'est notamment le cas dans l'arrêt du TF (rendu avant 2011) concernant une cause tessinoise, dans lequel le juge, en se fondant sur l'art. 368 al. 2 CO plutôt que sur son alinéa premier, a finalement conclu à la réduction du prix plutôt qu'à une rédhibition, bien qu'il s'agît de la conclusion principale du recourant¹¹⁰².

Le principe est donc que le juge **peut appliquer d'office une autre disposition de droit matériel pour allouer les conclusions du demandeur** et ce, sans avoir à attirer préalablement l'attention des parties sur l'existence de tel ou tel problème de droit. Toujours selon le TF, il n'a **pas non plus à aviser une partie du caractère décisif d'un élément de fait** sur lequel il s'apprête à fonder sa décision, **pour autant que celui-ci ait été allégué et prouvé selon les règles de procédure applicables**¹¹⁰³. Mais quelle est alors la limite exacte entre diminution et altération des conclusions ?

Dans l'hypothèse où le juge s'apprête à fonder sa décision sur une norme ou un principe juridique non évoqué dans la procédure antérieure et dont aucune des parties en présence ne s'est prévaluée et ne pouvait supputer la pertinence *in casu*, ce dernier doit faire respecter leur droit d'être entendues. Cela étant, il doit les informer, au moment où elles peuvent encore se déterminer, qu'il envisage la possibilité de retenir des règles auxquelles elles ne pouvaient pas penser. Autrement formulé, il s'agit du **critère de l'imprévisibilité du raisonnement adopté**. Il n'y a dans ce cas pas de restriction du principe *iura novit curia* : le juge continue d'appliquer le droit d'office et, *a contrario*, n'a pas le droit de s'abstenir d'appliquer une règle pertinente. Il doit seulement en faire part aux parties de manière à respecter leur droit d'être entendues.

Argumentation juridique inattendue/distinction entre conclusions et qualification/interprétation juridique : selon l'arrêt 4D_28/3013, le fait de retenir un fondement contractuel (la sous-traitance) à propos d'une prétention pour laquelle l'appelé en cause avait invoqué un fondement quasi-contractuel (la gestion d'affaires) **ne constitue pas une argumentation**

¹¹⁰² TF, 4C.147/2006, du 7.07.2007, consid. 4 ; RSPC 2007, p. 15 s. Voir aussi, concernant l'obligation du juge d'appliquer le droit d'office : ATF 92 II 305, consid. 5 ; MABILLARD, Grundsätze zur Formulierung der Rechtsbegehren, p. 6.

¹¹⁰³ ATF 130 III 35, consid. 5 ; ATF 126 I 97 consid. 2b ; ATF 126 I 19, consid. 2c ; ATF 108 Ia 293.

juridique inattendue de la part du juge. Le droit d'être entendu confère à toute personne la possibilité de s'exprimer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, notamment en **participent à l'administration des preuves et en se déterminant à leur propos**. Il ne s'étend ni à l'appréciation juridique des faits ni à l'argumentation juridique de manière générale. Le tribunal doit toutefois interpeller la partie visée « lorsqu'il envisage de fonder sa décision sur une règle ou un motif juridique qui n'a pas été évoqué au cours de la procédure, si aucune des parties ne s'en est prévalué ni ne pouvait en supputer la pertinence »¹¹⁰⁴. En l'espèce, le fondement contractuel ne différerait pas radicalement du fondement quasi-contractuel initialement retenu par le premier juge de sorte que la solution juridique envisagée n'était pas imprévisible. Une telle solution ne viole pas non plus la maxime de disposition. En effet, l'art. 58 al. 1 CPC impose au juge de ne fonder sa décision que sur les faits allégués et prouvés par les parties. *A contrario* et comme développé *supra*, le juge applique le droit d'office et peut fonder sa décision sur des règles de droit dont les parties ne se sont pas prévaluées, conformément à l'art. 57 CPC, sauf si les parties ont expressément limité le pouvoir de cognition en droit du juge dans leurs conclusions (cf. TF, 4A_684/2014)¹¹⁰⁵.

923 Enfin, dans un arrêt de droit des successions (réduction et nullité en matière successorale ; art. 519-522 CC) du 19 juin 2020, le TF a rappelé que **les conclusions des parties fixent les limitent dans lesquelles le tribunal de première instance peut appliquer le droit**. Le tribunal ne peut pas prendre en compte et apprécier des éléments extérieurs à l'objet du litige tel que déterminé par les conclusions, selon le principe *ne eat ultra petita partium*. **Le tribunal doit toutefois apprécier les prétentions d'une partie en tenant compte de tous les fondements juridiques envisageables**¹¹⁰⁶.

924 Respect du contenu des conclusions : une modification du jugement de première instance par la Cour d'appel remplaçant la **condamnation à conclure un bail** par une **condamnation à offrir la conclusion d'un bail** ne contrevient pas de façon arbitraire à l'art. 58 al. 1 CPC. Selon le TF, la décision attaquée accorde moins, mais pas autre chose que ce qui était requis par les demandereses¹¹⁰⁷.

925 Modification des conclusions : à l'inverse, le juge ne peut pas fixer librement le mode de partage d'une copropriété (art. 650 CC) et reste lié par les conclusions concordantes des parties à cet égard, même si les modalités en sont encore litigieuses (arrêt 5A_411/2013). Ainsi, le tribunal n'était pas autorisé à ordonner la vente aux enchères publiques des biens-fonds litigieux alors que les parties s'étaient préalablement entendues sur le rachat par la recourante de la part de son copropriétaire, seule restant en suspens la question des modalités de cette vente (soulte due et remboursement des frais bancaires)¹¹⁰⁸.

926

¹¹⁰⁴ ATF 115 Ia 94, consid. 1b. Voir aussi : ATF 131 V 9, consid. 5.4.1., ATF 126 II 497 2.2.

¹¹⁰⁵ TF, 4D_28/2013, du 23.10.2013, consid. 4 et 5.

¹¹⁰⁶ TF, 4A_696/2019, du 19.06.2020 ; RSPC 6/2020, p. 511 ss.

¹¹⁰⁷ TF, 4A_520/2013, du 17.02.2014, consid. 4, RSPC 2014 p. 321.

¹¹⁰⁸ TF, 4A_520/2013, consid. 4 et TF, 5A_411/2013, consid. 4.3.1 et note de JÉQUIER, RSPC 1/2015, p. 12.

Litiges de droit de la famille/modification de la répartition des contributions : la **contribution d'entretien due entre conjoints** est soumise à la maxime de disposition en vertu de l'art. 58 al. 1 CPC et de l'art. 163 et 176 al. 1 ch. 1 CC, tandis que la **contribution due aux enfants** est soumise à la maxime d'office en vertu de l'art. 296 al. 3 CPC et des art. 176 al. 3 et 276 ss CC. Cela étant les contributions d'entretien doivent être arrêtées de manière différenciée pour le conjoint et les enfants. Ainsi, le tribunal ne peut pas augmenter la contribution d'entretien due à l'épouse pour compenser le fait que la contribution allouée aux enfants est plus faible que celle qu'elle avait réclamée pour eux, à moins de violer la maxime de disposition qui lui est applicable¹¹⁰⁹. Il incombe donc à l'épouse de prendre en compte cet élément par le biais de **conclusions subsidiaires**, qui peuvent être prises et modifiées jusqu'aux délibérations¹¹¹⁰. Il est en revanche possible, lorsque le demandeur a pris des conclusions globales tendant au versement d'une contribution d'entretien pour toute la famille, de répartir la contribution due à l'époux et celle due aux enfants, dans les limites du montant global mentionné (principe des vases communicants lorsque la demande tend à l'allocation de divers postes d'un dommage)¹¹¹¹.

(iii) *Interprétation des conclusions des parties et critère du « sens véritable des conclusions »*

Dans l'arrêt 4D_62/2014, le TF s'est penché sur la question de la compréhension et de l'interprétation des conclusions des parties. Dans ses conclusions, l'intimé avait réclamé 25'000 fr. « à titre de réparation du dommage subi » et demandé la réserve de ses droits « pour le dommage matériel et moral futur ». Il a en outre fait mention, dans le corps de son écriture, d'une « indemnité de réparation morale [à fixer] en équité et selon les circonstances à 20'000 francs ». A titre liminaire, le TF rappelle les quatre choses suivantes : que la maxime de disposition s'applique à l'action civile exercée dans le procès pénal ; que le juge saisi d'une demande de dommages-intérêts n'est lié que par le montant total des conclusions présentées ; qu'il est toutefois lié par le fondement juridique que la partie demanderesse spécifie, le cas échéant, dans ses conclusions ; et qu'il est arbitraire d'allouer à cette partie une prestation qui lui est due à un autre titre¹¹¹². En l'espèce, le TF a retenu que l'intimé avait bien fait état de prétentions portant sur une indemnité de réparation morale dans le corps de son écriture et

927

¹¹⁰⁹ ATF 129 III 417, consid. 2.1.2 ; ATF 128 III 411, consid. 3.2.2 5. Cf. ég. le résumé de BOHNET/DROESE, Präjudizienbuch, art. 55 N 22 ; ATF 132 III 593, consid. 7 ; TF, 5A_132/2014, du 20.06.2014, consid. 3.1.3.

¹¹¹⁰ ATF 140 III 231, consid. 3.5. Voir aussi : BOHNET, Contributions d'entretien et maximes de procédure, Newsletter DroitMatrimonial.ch, été 2014 ; BOHNET, in : Bohnet/Dupont, Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant : procédure et mise en œuvre, p. 29 ss.

¹¹¹¹ CACI 15 décembre 2017/603. Concernant la question des vases communicants, cf. : TF, 4A_428/2018, du 29.08.2019, consid. 4.3 et note de BASTONS BULLETTI F. in: Newsletter CPC Online 2019-N 28, Cumul d'actions partielles et conclusions non spécifiées : les vases communiquent. Voir ég. RSPC 1/2020, p. 34 ss.

¹¹¹² « Das Gericht ist aber an den Gegenstand und Umfang des Begehrens gebunden, wenn der Kläger seine Ansprüche im Rechtsbegehren selbst qualifiziert oder beschränkt ». TF, 4A_307/2011, du 16.12.2011, consid. 2.4 *in fine* ; TF, 4A_464/2009, du 15.02.2010, consid. 4.1 et les références citées.

qu'au regard des circonstances¹¹¹³, « le Tribunal correctionnel pouvait sans arbitraire comprendre les conclusions de l'intimé en ce sens qu'elles tendaient non seulement à des dommages-intérêts, selon leur libellé, mais aussi à une indemnité pour tort moral »¹¹¹⁴. Toujours sur le même sujet, le TF a également précisé une jurisprudence en matière d'action partielle (4A_26/2017), que dans les dossiers de dommages corporels, une distinction des différentes prétentions en fonction des postes du dommage de la part du demandeur n'est pas nécessaire. Ainsi, en cas d'action fondée sur un dommage corporel, le juge peut, sans violer la maxime de disposition, allouer des dommages-intérêts ainsi qu'une indemnité pour tort moral indépendamment des montants articulés par le demandeur pour chacun des postes concernés¹¹¹⁵.

928 Le TF admet également que le juge puisse statuer sur la base du **sens véritable d'une requête**. Contrairement à l'arrêt précédent, il ne s'agit ici pas de définir la portée de l'interdiction de statuer *ultra petita*, mais plutôt de se demander à partir de quand l'on se trouve face à des conclusions correctement interprétées par le juge. C'est notamment le cas lorsque, à la lecture de la requête de mainlevée, « il apparaît que le requérant entendait manifestement obtenir la mainlevée de l'opposition frappant le commandement de payer dans une poursuite donnée et que la mention, dans les conclusions, d'une autre poursuite résulte d'une erreur de plume »¹¹¹⁶. Dans une telle hypothèse, les conclusions doivent être interprétées selon le **principe de la confiance, à la lumière de la motivation de l'acte**¹¹¹⁷. Dans des circonstances particulières (erreurs manifestes, étourderies, etc.) le juge peut donc faire preuve d'une certaine flexibilité sans pour autant violer le principe de disposition.

929 Le TF arrive à une conclusion similaire s'agissant « [du] recourant [qui] se plaint d'une violation du principe de disposition (art. 58 al. 1 CPC), en tant que l'autorité cantonale a partagé par moitié entre les parties le solde du montant [...] consigné sur un compte bancaire, alors que l'intimée, qui a pris des conclusions spécifiques pour chacune de ses prétentions, n'en a formulé aucune à ce titre. [...] En l'espèce, la Cour d'appel a constaté qu'en tête de ses conclusions reconventionnelles, l'épouse avait précisé que les postes énumérés dans celles-ci étaient réclamés "**au titre de règlement des dettes entre époux**". [...] En estimant que, par cette conclusion, l'épouse avait sollicité que l'entier de ce montant lui soit attribué, de sorte que le Tribunal n'était **pas sorti du cadre des conclusions prises par celle-ci** en lui allouant

¹¹¹³ Dans le cadre du procès pénal, le recourant était alors prévenu d'avoir tenté de tuer la partie adverse en le frappant avec une serpe et de lui avoir ainsi causé des blessures assez graves pour mettre sa vie en danger. TF, 4D_62/2014, du 19.01.2015, consid. 5.

¹¹¹⁴ TF, 4D_62/2014, du 19.01.2014, consid. 5.

¹¹¹⁵ ATF 143 III 254, venant préciser l'ATF 142 III 638. Voir aussi : FRANCEY F., L'action partielle lors d'une lésion corporelle, *LawInside*, 1 juillet 2017 ; GUYAZ A., Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_26/2017 du 24.05.2017, *Newsletter reassurances.ch* juillet 2017.

¹¹¹⁶ TF, 5A_527/2016, du 16.11.2016, consid. 3.2.2, RSPC 1/2017, p. 74. Cf. également TF, 8C_666/2012, du 5.03.2013, consid. 1.3 (les expressions maladroitement ou involontairement erronées dans les conclusions du recourant ne doivent pas le préteriter). Concernant l'interprétation des conclusions, cf. BOHNET, *Articulation et chiffrage*, N 16 ss et notamment N 19.

¹¹¹⁷ ATF 123 IV 125, consid. 1 ; ATF 105 II 149, consid. 2a ; TF, 4A_375/2012, du 20.11.2012, consid. 1.2 non publié in : ATF 139 III 24, et les références. Cf. également sur les règles concernant l'interprétation des conclusions : BOHNET, *Articulation et chiffrage des conclusions*, N 16 ss.

la moitié de cette somme, l'autorité cantonale n'a donc pas violé l'art. 58 CPC, étant rappelé que **le principe de disposition n'interdit pas au juge de déterminer le sens véritable des conclusions en les interprétant selon le principe de la confiance** »¹¹¹⁸.

Limite : le dispositif n'a pas besoin d'être rédigé de la même manière que les conclusions juridiques. Comme tous les actes de procédure, les conclusions doivent être interprétées **selon les règles de la bonne foi**, notamment à la lumière de la motivation qui les accompagne. Il en va de même pour l'interprétation du dispositif. En l'espèce, tant la demande juridique que le dispositif visaient à ce que les recourants soient tenus de remettre leur immeuble dans un état qui permette à l'intimé d'utiliser les trois places de parking extérieures qui lui sont réservées en vertu de la servitude. En d'autres termes, l'instance précédente n'a accordé au recourant ni plus ni moins que ce qu'il avait demandé. Les recourants jouent sur les mots lorsqu'ils prétendent le contraire¹¹¹⁹.

Réserve en cas de formalisme excessif : une action en revendication doit contenir des conclusions juridiques (art. 221 al. 1 let. b CPC). De même, une demande en justice doit être formulée de manière suffisamment précise pour qu'elle puisse être tranchée. **Le principe de disposition n'est toutefois pas un but en soi :** il doit d'une part et sous l'angle du respect du droit d'être entendu, informer la partie adverse de ce contre quoi elle doit se défendre. Il permet d'autre part au tribunal de savoir clairement ce qui constitue l'objet du litige. Les exigences à poser quant au contenu ainsi qu'à la précision de la demande découlent du droit matériel applicable. **Les exigences relatives à une requête juridique suffisante sont soumises à la réserve du formalisme excessif.** Il s'ensuit que **les conclusions doivent être interprétées à la lumière de l'exposé des motifs ; s'il ressort de l'exposé des motifs ce que le demandeur demande sur le fond, il convient de l'apprécier**¹¹²⁰.

Limite (conclusions directement exécutoires/renvoi aux motifs) : le juge peut, sans contrevenir au principe de disposition, rejeter une demande reconventionnelle visant elle-même au rejet de la demande principale¹¹²¹. Toujours en ce qui concerne l'interprétation des conclusions, le TF rappelle qu'il convient, pour déterminer si un tribunal a accordé plus ou autre chose que ce qu'une partie lui avait réclamé, de se fonder en premier lieu sur les conclusions prises, et de ne se référer aux motifs que si lesdites conclusions ne sont pas claires et qu'elles doivent être interprétées¹¹²². Le principe général en procédure civile est que les conclusions doivent être formulées de façon à être directement exécutoires si elles sont, par la suite, admises par un juge. Cela signifie, pour les actions en abstention, qu'elles doivent tendre à l'interdiction d'un comportement décrit de façon suffisamment claire et précise, c'est-à-dire sans que l'autorité compétente ait encore à résoudre des questions de fond relatives au

¹¹¹⁸ TF, 5A_728/2020, 5A_756/2020 du 12.01.2022, consid. 3 et 3.2. Plus récemment : TF, 4A_314/2021 du 27.10.2021, consid. 7.2.2.

¹¹¹⁹ TF, 5A_223/2021, du 7.12.2021, consid. 4.1.

¹¹²⁰ TF, 5A_539/2021 du 23.12.2021, consid. 4.1.3.

¹¹²¹ TF, 4A_80/2013, du 30.07.2013, consid. 6.2 (conclusions superflues).

¹¹²² TF, 4A_440/2014, du 27.11.2014, consid. 3.3 ; TF, 4A_307/2011, du 16.12.2011, consid. 2.4.

comportement prohibé¹¹²³. Si ce n'est pas le cas, le requérant supportera les conséquences relatives à l'insuffisance de ses conclusions¹¹²⁴.

5. Maxime d'office

a. Définition générale

(i) *Notion et fonction*

933 Il arrive que le tribunal ne soit pas lié par les conclusions prises par les parties dans le cadre d'un procès civil. Cela peut arriver tant en vertu du CPC que d'autres lois de droit matériel¹¹²⁵. Dans ces litiges mus par l'intérêt public ou plus spécifiquement par l'intérêt d'un enfant, le principe de la maxime d'office commande au juge d'aller au-delà des conclusions voire de statuer même en l'absence de telles conclusions, lorsque son appréciation juridique du litige l'impose¹¹²⁶.

934 Contrairement à la maxime des débats et à la maxime inquisitoire qui répondent à la question de savoir à qui incombera la tâche d'alléguer et d'apporter les preuves des faits pertinents (« Verantwortung für die Stoffversammlung »), la maxime de disposition et la maxime d'office règlent la question de la maîtrise de l'objet du litige (« die Herrschaft über den Streitgegenstand »). Comme le rappellent BOHNET et JEANNIN, « le respect de la maxime de disposition suppose que le tribunal demeure dans le cadre des conclusions prises par les parties. Il ne saurait attribuer à une partie plus ou autre chose que ce qu'elle a réclamé [...]. Lorsque s'applique la maxime d'office en revanche, l'objet du procès relève du tribunal, qui peut aller au-delà des conclusions des parties [...]. Cela suppose naturellement que le tribunal puisse établir les faits d'office. Cette maxime se combine dès lors avec la maxime inquisitoire pure alors que, dans les procès soumis à la maxime des débats et à la maxime inquisitoire sociale, la maxime de disposition est applicable »¹¹²⁷.

(ii) *Champ d'application et contenu normatif*

935

¹¹²³ ATF 131 III 70, consid. 3.3 ; ATF 97 II 92 ; ATF 78 II 289, consid. 3 ; TF, 4A_611/2011, du 3.01.2011, consid. 3.2 ; TF, 4C.47/2003, du 2.07.2003, consid. 3.1.

¹¹²⁴ ATF 142 III 587, consid. 5.3 et 5.4.

¹¹²⁵ BOHNET, La procédure civile en schémas, p. 99.

¹¹²⁶ CHK-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 58 N 7 ss ; BK ZPO I-HURNI, art. 58 N 57 ss ; SUTTER-SOMM/SEILER, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 58 N 25 ss ; CR CPC-HALDY, art. 58 N 10 s. ; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 58 N 7 ss ; PC CPC-CHABLOZ, art. 58 N 10 ss ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 58 N 35 ss. Commentario CPC-BERNASCONI, art. 296 N 10 s. ; BOHNET, Procédure civile, 830 ss.

¹¹²⁷ BOHNET/JEANNIN, A ne pas confondre : maxime inquisitoire et maxime d'office, arrêt 4A_36/2017, Newsletter Bail.ch avril 2017 ; BK ZPO I-HURNI, art. 58 N 59 ; SUTTER-SOMM/SEILER, in : Sutter-Somm et al., ZPO Komm., art. 58 N 25 ; STAHELIN/BACHOFNER, § 10 N 6 ss.

Le principe de la maxime d'office donné à l'art. 58 al. 2 CPC s'applique aux sûretés accordées avant d'ordonner des mesures provisionnelles (art. 265 al. 3 CPC), à la ratification des conventions en procédure de divorce (art. 279 et 280 al. 3 CPC), aux contributions d'entretien allouées aux enfants (art. 282 al. 2 CPC), aux procédures applicables aux enfants dans les affaires de droit de la famille (art. 296 al. 3 CPC), ainsi qu'à certaines hypothèses bien spécifiques de droit matériel (art. 106 CC, art. 9 al. 2 LPart, art. 10 al. 2 LCD). A noter encore, dans ce cadre, qu'il convient de distinguer selon qu'il s'agit **du fond** ou d'**accessoires** (dont font p. ex. partie les sûretés de l'art. 265 al. 3 CPC), mais aussi d'**autres accessoires procéduraux**, avec des différences entre frais judiciaires et dépens, avances de frais et sûretés en garantie des dépens, etc. Nous reviendrons sur ces distinctions (N 943 ss) et développerons ultérieurement chacune de ces hypothèses¹¹²⁸.

Toujours concernant son champ d'application, la maxime d'office continue de s'appliquer aussi bien dans les **procédures de première instance que de seconde instance**. Pour ce qui est des recours introduits devant le TF, l'art. 107 al. 1 LTF dispose toutefois que le TF « ne peut aller au-delà des conclusions des parties » et ne prévoit pas d'exception à ce principe (sauf éventuellement en matière de frais). **Devant le TF, c'est donc la maxime de disposition qui s'applique à tous les domaines** pour lesquels la maxime d'office prévalait au stade de la procédure cantonale. Enfin, l'application de la procédure sommaire dans les cas clairs est exclue lorsque l'affaire est soumise à la maxime d'office (art. 257 al. 2 CPC)¹¹²⁹.

S'agissant de son contenu normatif, la maxime d'office se définit avant tout par opposition à la maxime de disposition. **Les parties n'ont plus la maîtrise de l'objet du litige**, que ce soit quant à son contenu, à sa durée ou même quant à son existence, dès lors qu'elles ne sont plus en mesure d'initier ou de mettre un terme à la procédure dans certaines cas spécifiques. Il s'agit d'hypothèses pour lesquelles la loi confère à un agent de l'Etat la compétence d'ouvrir ou de poursuivre une action en lieu et place des parties (*ne procedat iudex sine actore*) en vertu d'un **intérêt prépondérant** à ce que le droit soit appliqué. L'Etat ou un de ses services devient alors une partie au procès, garante de sauvegarder un intérêt public prépondérant (causes absolues d'annulation d'un mariage, actes de concurrence déloyale, etc.) ou un intérêt privé non évoqué ou traité de manière insuffisante par les parties déjà en cause (protection des enfants dans les affaires de droit de la famille, etc.)¹¹³⁰.

Selon HURNI, la maxime d'office peut être résumée par les deux règles suivantes¹¹³¹ :

¹¹²⁸ CR CPC-HALDY, art. 58 N 10 s. ; BK ZPO I-HURNI, art. 58 N 57 ss ; WILLISEGGER, p. 250 ; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 58 N 4 s. et 7 ss.

¹¹²⁹ BK ZPO I-HURNI, art. 58 N 61 ; Message relatif à la LTF : FF 2001 p. 4142 ; ATF 137 III 617, consid. 4.5.2. Concernant les différents stades où s'applique la maxime d'office : OTTOMANN, p. 91 ss.

¹¹³⁰ KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 58 N 7, BK ZPO I-HURNI, art. 58 N 62 ; BSK ZPO-GEHRI, art. 58 N 26.

¹¹³¹ BK ZPO I-HURNI, art. 58 N 63 ss. Voir aussi: OTTOMANN concernant l'application de la maxime d'office à l'ouverture de la procédure (« Klageeinleitung »), en fonction de son contenu (« Inhalt der Klage »), en cas de retrait de l'action (« Rückzug der Klage »), en cas d'acquiescement (« Klageanerkennung »), ou d'accord (« Vergleich »), p. 91 ss.

- **Le juge n'est pas lié par les conclusions des parties.** Il est donc autorisé à prendre des mesures qui ne satisferont pas nécessairement lesdites conclusions ;
- **Les parties ne peuvent pas, du moins pas sans réserve, exiger du tribunal qu'il mette fin à la procédure par un succédané de jugement** (exclusion de l'acquiescement d'action et ratification obligatoire des transactions par le juge). En effet, dès lors qu'elles n'ont pas le dernier mot en ce qui concerne les conclusions, les parties ne pourront pas non plus « contrôler » l'issue du procès, quand bien-même elles s'entendraient sur une solution amiable, l'intérêt des tiers ou l'intérêt public restant la priorité pour les litiges soumis à cette maxime. En procédure de divorce par exemple, les parties ne peuvent ni transiger ni ratifier la convention sur les effets du divorce sans la ratification du juge. Elles peuvent cependant choisir de retirer leur action ou la transformer en demande de séparation de corps et ce, même en seconde instance¹¹³². De même, pour les actions en reconnaissance de paternité, le défendeur peut choisir de mettre fin à l'action justement par une reconnaissance devant le juge (mais aussi devant l'office d'état civil en cours de procès). Dans un cas comme dans l'autre, soit **l'intérêt à protéger dont l'Etat se tient garant n'existe plus** (reconnaissance établie), soit il **existe encore, mais dépend malgré tout de la volonté initiale des parties** (choix de la séparation de corps plutôt que le divorce pour des raisons successorales, des motifs religieux, etc.). En effet, une solution consensuelle aura généralement de meilleures chances de succès qu'une décision imposée par le tribunal ; en ce sens, le juge ne devra **pas s'écarter sans raison d'une convention** faisant l'objet d'un accord entre les parties. Cela vaut notamment en ce qui concerne le sort de l'enfant et plus spécifiquement l'attribution de l'autorité parentale, pour autant que cette réglementation ne mette pas en danger le bien de l'enfant. A noter encore, pour les mesures protectrices des enfants, que le pouvoir du juge matrimonial de statuer d'office est quand même subordonné à l'ouverture par une partie d'une procédure en divorce ou MPUC (autrement, des mesures d'office sont également possibles, mais relèvent de l'APAE)¹¹³³.

b. Champ d'application de la maxime d'office et jurisprudence récente

(i) *Procédure applicable aux enfants en droit de la famille*

⁹³⁹ Absence de conclusions : un des principaux domaines d'application de la maxime d'office est la **procédure applicable aux enfants en droit de la famille**. Pour ce genre d'hypothèses, elle s'applique indépendamment de savoir si ces préoccupations liées à l'enfant font l'objet d'une demande séparée (action en paternité selon l'art. 261 CC), ou encore si elles s'intègrent

¹¹³² OTTOMANN, p. 91 ss.

¹¹³³ ATF 143 III 361, consid. 7.3.

au sein d'une autre procédure (divorce selon art. 111 ss CC). Cette autonomie du juge face aux conclusions des parties s'étend même, selon la jurisprudence du TF aux situations dans lesquelles les parties n'auraient même pas pris de conclusions¹¹³⁴.

Types de mesures : l'objectif est de pallier le **besoin élargi de protection des enfants en procédure judiciaire**, en donnant au tribunal la compétence de juger des litiges impliquant les enfants tel que cela est prévu par le droit matériel, sans avoir à s'en tenir aux conclusions potentiellement contradictoires de parties. En pratique, la mise en œuvre de la maxime d'office peut s'exprimer de différentes manières et notamment : par une répartition de l'autorité parentale différente de celle qui a été requise ; par l'attribution de pensions alimentaires non réclamées, ou encore, si elles l'ont été, par l'attribution élargie de telles pensions par rapport à la requête initialement déposée. De même le juge est fondé à prendre les mesures provisionnelles jugées nécessaires pour préserver les intérêts de l'enfants, tout en n'excluant pas de manière définitive les conclusions des parties. L'application de la maxime d'office en procédure civile est donc intrinsèquement liée aux règles de droit matériel relatives au mode de règlement du divorce (art. 126 CC), aux restrictions du pouvoir de disposer de certains biens dans le cadre du mariage (art. 178 al. 3 CC), mais aussi aux mesures de protection au sens de l'art. 315a CC¹¹³⁵.

Entretien de l'enfant et MPUC : en sus des **procédures applicables aux enfants dans les affaires de droit de la famille** (art. 295 ss CPC), la maxime d'office s'applique également en matière de **contribution d'entretien pour les enfants** ainsi qu'aux **mesures protectrices de l'union conjugales**, en vertu de l'art. 282 al. 2 CPC. Nous avons aussi vu que, pour ces prétentions, l'interdiction de la *reformatio in pejus* ne s'applique pas¹¹³⁶.

Validité de l'introduction de l'instance vs. maxime d'office et conclusions suffisamment chiffrées : comme mentionné *supra*, la dernière conséquence de la maxime d'office est la **possibilité de contrevenir à l'interdiction de la *reformatio in pejus*, pour autant que cela se fasse une fois encore dans l'intérêt de l'enfant**^{1137/1138}. Pour autant, les parties restent libres de recourir, indépendamment du fait qu'elles puissent disposer ou non du droit litigieux. Cela suppose, entre autres, que la partie adresse en temps utile une requête recevable en la forme devant l'autorité de recours ou d'appel compétente et ce, même si la maxime d'office trouve application. Il est donc essentiel de bien dissocier la question de la validité de

¹¹³⁴ ATF 128 III 411, consid. 3.1, TF, 5A_898/2010, 3.06.2011, consid. 6.1 ; BK ZPO I-HURNI, art. 58 N 66 ; STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N 7 ; SUTTER-SOMM, Das Familienrechtliche Verfahren, p. 83 s. ; BOHNET, in : Bohnet/Dupont, Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant : procédure et mise en œuvre, p. 31 s.

¹¹³⁵ Message CPC 2006, p. 6975 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4.7 ; BSK ZPO-GEHRI, art. 58 N 19 ; BK ZPO I-HURNI, art. 58 N 67 ; SUTTER-SOMM, Das Familienrechtliche Verfahren, p. 83 s.

¹¹³⁶ TF, 5A_524/2017, du 9.10.2017, consid. 3, SJ 2018 p. 161. Voir aussi : CHK-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 296 N 1 ss ; BOHNET, in : Bohnet/Dupont, Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant : procédure et mise en œuvre, pp. 35 et 42.

¹¹³⁷ ATF 129 III 417, consid. 1.

¹¹³⁸ A noter que dans d'autres domaines du droit (OPGA, PA, etc.) l'autorité de recours doit préalablement informer l'intimé de la réformation du jugement à son désavantage, de sorte que ce dernier ait la possibilité de retirer son recours et ainsi maintenir le *status quo* : ATF 131 V 414, consid. 1 ; ATF 129 II 385, consid. 4.4.3 ; ATF 122 V 166, consid. 2a.

l'introduction de la procédure d'appel (conclusions admissibles), du fait que le juge puisse valablement s'écarter desdites conclusions (maxime d'office). C'est en ce sens que le juge fédéral a conclu, dans l'ATF 137 III 617 (consid. 4.5.4), à ce que l'appelant doit prendre des conclusions au fond indiquant quelles sont ses prétentions et cela de manière suffisamment chiffrée (validité de l'appel), même lorsqu'il s'agit de contributions d'entretien pour des enfants comme c'était le cas en l'espèce¹¹³⁹.

(ii) *Distinction/confusion entre maxime d'office et maxime inquisitoire*

943 **Distinction générale** : l'application de la maxime inquisitoire n'implique pas et ne doit pas être confondue avec celle de la maxime d'office. La maxime inquisitoire sociale découlant de l'art. 247 al. 2 CPC « prescrit au juge d'établir les faits d'office ». Ce dernier n'est toutefois **pas tenu d'instruire d'office le litige lorsqu'un plaideur renonce à expliquer sa position**; il doit en revanche **interroger les parties et les informer de leur devoir de collaborer à l'instruction et de fournir des preuves**. « Si des motifs objectifs le conduisent à soupçonner que les allégations et offres de preuves d'une partie sont lacunaires, [il doit l'inviter] à compléter ses moyens »¹¹⁴⁰. Dans ce cadre, le tribunal n'a toutefois pas à s'immiscer ou à inciter les parties à faire valoir des prétentions supplémentaires (principe de la maxime de disposition). Ce n'est que si la maxime d'office s'applique qu'il peut **allouer à une partie plus ou autre chose que ce qu'elle a fait valoir**.

944 **Faits notoires** : rejet de l'action tendant à faire reconnaître, d'une part que la variation de l'indice suisse des prix à la consommation est un **fait notoire** qu'il n'est pas nécessaire de prouver ou d'alléguer, et d'autre part que le tribunal des baux avait **violé l'art. 247 al. 2 CPC en omettant d'attirer l'attention des parties sur ce fait notoire** et sur son influence sur l'issue de la cause. S'agissant du fait notoire, le TF a rappelé la portée des art. 151 et 247 al. 2 let. a CPC, qui doit être appréciée en prenant aussi en considération l'art. 58 al. 1 CPC. Selon ce principe, il n'incombe pas au juge, mais exclusivement aux parties de décider si et dans quelle mesure elles entendent faire valoir les moyens et prétentions qui leur appartiennent. Ainsi, **la prise en compte d'un tel fait d'office n'implique en aucun cas l'admission de la prétention découlant de ce fait**, sachant que la partie ne l'avait pas fait valoir. Comme le résumait BOHNET et JEANNIN « ce n'est pas parce que le tribunal doit prendre en compte d'office des faits (art. 151 CPC) qu'il devrait accorder à la partie une prétention découlant de ce fait et que la partie n'a pas fait valoir ». Ainsi, il convient de toujours bien faire la distinction entre la question de **savoir à qui incombe la tâche d'alléguer et d'apporter la preuve**

¹¹³⁹ « Damit sind im vorliegend zu behandelnden Berufungsverfahren auch für den Kinderunterhalt Anträge erforderlich, die den aufgezeigten Anforderungen an die Bezifferung genügen müssen ». ATF 137 III 617, consid. 4.5.4 ; JdT 2014 II p. 187. Cf. ég. : TF, 5A_3/2019, du 18.02.2019, RSPC 4/2019, p. 310 s. : en l'espèce le recourant contestait le montant de la pension alimentaire, il était donc clair qu'il souhaitait une réduction, mais incertain quant au montant.

¹¹⁴⁰ TF, 4A_36/2017, du 2.03.2017, consid. 6 et réf. citées ; Newsletter avril 2017, DB 2017, p. 54, Note de BOHNET et JEANNIN.

des faits pertinents (maxime inquisitoire et maxime des débats), et celle de la **détermination des prétentions à faire valoir, respectivement de la maîtrise de l'objet du litige** (maxime de disposition et maxime d'office)¹¹⁴¹.

Demande de réduction de loyer/confusion maxime inquisitoire-maxime d'office : concernant plus spécifiquement la **violation de l'art. 247 al. 2 CPC**, le TF a retenu « [a]u regard de l'ensemble des principes de procédure ci-mentionnés [= art. 58, 151 et 247 al. 2 CPC] [...] que] le Tribunal des baux et loyers **n'avait pas le devoir d'étudier de son propre chef, puis de suggérer à la défenderesse un moyen subsidiaire qui était dépourvu de tout rapport avec le seul moyen effectivement soulevé** [= art. 269a let. a CC]. Il apparaît plutôt que la Cour de justice a correctement contrôlé l'application de l'art. 247 al. 2 let. a CPC par les juges du premier degré, et qu'elle a elle-même correctement appliqué l'art. 317 al. 1 CPC à un allégué – la hausse de l'indice des prix – que la défenderesse prétendait introduire en appel pour la première fois »¹¹⁴².

Ainsi, comme le soulignent BOHNET et JEANNIN, **la recourante a confondu dans son argumentation la maxime inquisitoire sociale avec la maxime d'office**. La maxime inquisitoire sociale oblige seulement le tribunal à attirer l'attention d'une partie sur le fait qu'elle n'a pas allégué et prouvé un certain fait, lorsque l'existence dudit fait constitue une condition préalable à la prétention que la partie fait valoir. En revanche, le tribunal n'a pas pour mission **d'inviter les parties à faire valoir des prétentions supplémentaires, ni même de leur en accorder d'office**. Le tribunal ne peut le faire que si la procédure est soumise à la maxime d'office, ce qui n'est incontestablement pas le cas pour la demande de réduction du loyer selon l'art. 270a CO¹¹⁴³.

(iii) *Autres cas d'application de la maxime d'office en procédure civile*

Les cas d'application de la maxime d'office ou du moins, l'intervention d'office du juge dans le procès civil revêt différentes formes, que nous avons déjà abordées dans le cadre des exceptions à la maxime de disposition. Il peut s'agir de cas où le juge intervient d'office dans la marche du procès (art. 53 al. 2, 56, 151, 153 al. 2 CPC) ; où il statue d'office sur les accessoires du procès (art. 105, 265 al. 3 CPC) ; où il statue d'office sur le fond en première instance (art. 281, 296 al. 3 CPC) ; ou encore où il déroge en deuxième instance à l'interdiction de la *reformatio in pejus* (art. 282 al. 2 et 279 al. 1 en lien avec 280 CPC). Nous ne reviendrons pas sur ces hypothèses et nous contenterons d'aborder la question spécifique de **l'octroi des sûretés en cas d'admission de mesures provisionnelles** (art. 264 et 265 al. 3 CPC).

L'art. 264 al. 1 CPC astreint le requérant de mesures provisionnelles à fournir des sûretés dans l'hypothèse où lesdites mesures engendreraient un dommage à la partie contre laquelle

¹¹⁴¹ TF, 4A_36/2017, du 2.03.2017, consid. 6 et Note de BOHNET et JEANNIN in RSPC 3/2017, p. 220 s.; cf. Ég. Newsletter avril 2017, DB 2017, p. 54; SUTTER-SOMM, Das Familienrechtliche Verfahren, p. 83 s.

¹¹⁴² TF, 4A_36/2017, du 2.03.2017, consid. 7 ; RSPC 3/2017, pp. 218 ss. (mise en gras ajoutée).

¹¹⁴³ Note BOHNET et JEANNIN, RSPC 3/2017, p. 220 s.

elles sont ordonnées. En effet, dès lors que les mesures provisionnelles sont accordées sur la base d'une **simple vraisemblance**, et même **sans audition de la partie adverse dans le cas de mesures superprovisionnelles**, elles peuvent causer un préjudice important pour cette dernière. En ce sens, l'octroi de sûretés permet de **responsabiliser le bénéficiaire** des mesures et de replacer les parties dans une **situation plus égalitaire**. A ce titre, BOHNET rappelle que, l'art. 264 al. 1 CPC permet au tribunal d'ordonner les sûretés « sans conclusion de la partie adverse sur ce point, tout particulièrement [...] lorsque les mesures sont demandées à titre superprovisionnel, comme le rappelle expressément l'art. 265 al. 3 »¹¹⁴⁴. Le juge n'est *de facto* pas lié par l'existence de conclusions de la partie adverse sur la question des sûretés dans ces deux hypothèses (mesures provisionnelles et superprovisionnelles) et « tout particulièrement » dans la seconde (mesures superprovisionnelles), sans pour autant considérer qu'il s'agit d'une décision allant *ultra petita*. En effet, la fourniture de sûretés comme condition à l'admission des mesures restent une **solution intermédiaire** entre, d'une part, le rejet de la requête par le défendeur et, d'autre part, l'octroi de mesures sans astreinte du demandeur. Plutôt qu'*ultra petita*, le juge semble donc agir *extra petita* en octroyant autre chose que ce qui avait été expressément réclamé par le requérant des mesures. Mais cette question n'entre pas en considération si l'on considère que la maxime d'office s'applique. Ce n'est toutefois pas l'avis de JEANDIN et PEYROT qui estiment, dans le cadre de l'art. 264 al. 1 CPC, que le juge doit respecter la maxime de disposition en ne se prononçant sur les sûretés « **que sur requête** de la partie citée, même si la loi ne le précise pas »¹¹⁴⁵. Il en va toutefois différemment pour les mesures superprovisionnelles, pour lesquelles la loi prévoit que le juge **peut ordonner d'office** au requérant de fournir des sûretés (art. 265 al. 3 CPC). C'est également le constat auquel aboutit HUBER qui souligne l'aménagement de l'art. 264 al. 1 CPC comme une « Kann-Vorschrift », dont il déduit implicitement la maxime de disposition par opposition à l'art. 265 al. 3 CPC qui prévoit la possibilité pour le juge d'ordonner d'office la fourniture des sûretés dans le cas où des mesures superprovisionnelles seraient admises¹¹⁴⁶. Quid alors de la différence avec les sûretés prévues à tous les stades, au besoin d'office, dans le cadre d'un séquestre en matière de LP ? L'art. 273 al. 1, 2^e phrase LP est en effet formulé, au même titre que l'art. 264 al. 1 CPC, de manière potestative (« Le juge **peut** l'astreindre [= le créancier] à fournir des sûretés »). STOFFEL et CHABLOZ rappellent à ce sujet, que le juge du séquestre est compétent pour décider de la fourniture de sûretés et qu'il « **doit en décider d'office**, lors de l'autorisation de séquestre, **ou sur requête** du débiteur ou du tiers à un moment ultérieur de la procédure ». Quand le juge examine la question d'office, « sa décision d'astreindre ou de ne pas astreindre le créancier à fournir des sûretés peut être examinée, au même titre que l'autorisation de séquestre, dans la procédure d'opposition [...], sur requête du débiteur ou du tiers, mais aussi à la demande du créancier lui-même »¹¹⁴⁷. A la lecture du

¹¹⁴⁴ CR CPC-BOHNET, art. 264 N 3. (Mise en gras ajoutée).

¹¹⁴⁵ JEANDIN/PEYROT, p. 249, N 664.

¹¹⁴⁶ CR CPC-BOHNET, art. 264 N 1 ss ; JEANDIN/PEYROT, p. 249, N 663 s. ; HUBER, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 264, N 9 ss.

¹¹⁴⁷ Les sûretés, à fournir au sens de l'art. 273 doivent ainsi être distinguées de celles, selon l'art. 277, qui permet au débiteur de retrouver la libre disposition des biens séquestrés, cf : CR LP-STOFFEL/CHABLOZ, art. 272 N 18 et 20 et jurisprudence citée,

Message CPC 2006 (de même que du Message relatif à la LP), il apparaît selon nous que le choix du juge de subordonner **d’office** l’exécution des mesures au dépôt préalable de sûretés par le requérant soit directement **liée au préjudice** que pourrait subir la partie adverse, et surtout au fait que « **la maxime d’office compense ici l’absence d’audition préalable de la partie adverse** », comme c’est d’ailleurs le cas en ce qui concerne l’art. 273 al. 1 LP (puisque l’ordonnance de séquestre est rendue sur la base des seules allégations et pièces fournies par le créancier et que le débiteur n’est donc pas entendu)¹¹⁴⁸. Ainsi, le critère déterminant pour savoir si le juge peut ou non agir d’office est, à notre sens, celui de **l’audition préalable de la partie adverse** qui n’a jamais lieu en cas de mesures superprovisionnelles, contrairement aux mesures provisionnelles qui sont généralement ordonnée après celle-ci¹¹⁴⁹.

(iv) *Cas d’application de la maxime d’office en droit matériel*

Mesures judiciaires/carences dans l’organisation d’une société/maxime d’office : l’art. 731b nCO dispose (entre autres) que lorsque l’organisation de la société ne possède pas tous les organes prescrits ou qu’un de ces organes n’est pas composé correctement, un actionnaire, un créancier **peut requérir du juge qu’il prenne les mesures nécessaires** ». Comme l’explique le TF dans l’ATF 138 III 407¹¹⁵⁰ :

« Remédier à une carence dans l’organisation est dans l’intérêt du bon fonctionnement des relations juridiques et peut impacter celui de parties prenantes (« stakeholders ») qui ne participent pas à la procédure de l’art. 731b CO (travailleurs, créanciers, actionnaires). **En raison de l’intérêt de tiers et du public, le juge n’est pas lié par les conclusions des parties** (Message, pp. 3028 s. ; ATF 138 III 166 en fr. c. 3.5 p. 170). La procédure sommaire s’applique en matière de carences dans l’organisation (ATF 138 III 166 en fr. c. 3.9 pp. 172 s.). **Elle est ainsi gouvernée par la maxime officielle (art. 58 al. 2 CPC). Les parties n’ont pas la disposition de l’objet du litige et ne peuvent en particulier pas transiger** ».

Une fois saisi par une requête de mesures relatives à la carence dans l’organisation de la société, le juge n’est plus tributaire des parties et de leur inaction, et peut prendre d’office certaines mesures telles que : « fixer un délai à la société pour rétablir la situation légale, sous peine de dissolution ; nommer l’organe qui fait défaut ou un commissaire ; prononcer la dissolution selon les dispositions applicables à la faillite » (art. 731b al. 1, let. a, b et c CO). Autant de mesures pour lesquelles le juge doit user de son **pouvoir d’appréciation**, en se référant au **principe de proportionnalité**, aux **circonstances du cas concret**, et sans être tenu par les conclusions des parties. A noter encore que la liste proposée à l’art. 731b CO

¹¹⁴⁸ Message CPC 2006, p. 6964 (et en complément : FF 1999 III p. 193), CR LP-STOFFEL/CHABLOZ, art. 272 N 45. Voir également CR CPC-BOHNET, art. 265 N 12 (à propos des explications confuses du Message CPC 2006 p. 6964).

¹¹⁴⁹ BSK ZPO-SPRECHER, art. 265 N 24; CR CPC-BOHNET, art. 264 N 1 et art. 265 N 12. Voir également: MARGHITOLA, in: FHB Zivilprozessrecht, N 8.60-8.65.

¹¹⁵⁰ Rendu relativement à une version antérieure de l’art. 731b CO (mais ne change en rien la pertinence dudit arrêt). ATF 138 III 294 ; JdT 2013 II 365, consid. 3.1.3. Voir aussi : ATF 138 III 407, JdT 2013 II 374 ; TF, 4A_51/2017, du 30.05.2017, consid. 5.

n'est pas exhaustive et qu'en termes de mesures, la dissolution et la liquidation de la société représente l'*ultima ratio*¹¹⁵¹. Cette règle applicable aux sociétés anonymes s'étend, par analogie, aux sociétés à responsabilité limitée (art. 819 CO) ainsi qu'aux sociétés coopératives (art. 908 CO).

952 Sort des enfants (mineurs/majeurs) : en vertu de l'art. 296 al. 3 CPC, le juge n'est pas lié par les conclusions des parties en ce qui concerne la **procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille** (cf. N 899 et 1004 ss). Par conséquent, les dispositions du Code civil réglant les aspects de droit matériel relatif à ce type de procédure sont soumises à cette règle pour tous les aspects touchant aux enfants. C'était notamment le cas de l'art. 133 CC (sort des enfants)¹¹⁵², ou encore de l'art. 280 al. 2 aCC qui prévoyait, pour les actions en demande d'entretien de l'enfant contre son père et/ou sa mère, que le juge examinait d'office les faits et appréciait librement les preuves. Ce sont désormais les art. 285 ss CC qui règlent la question des contributions d'entretien pour les enfants.

953 Selon la jurisprudence actuelle, l'art. 296 al. 3 CPC ne s'applique pas aux **demandes d'entretien des enfants majeurs** (cf. N 842)¹¹⁵³. Selon le Message CPC 2020, il s'agit d'une question qui n'est, à ce stade, pas tranchée de manière définitive bien que le TF ait manifesté, dans un *obiter dictum* et sans peser les arguments, « **une tendance** allant dans le sens de l'application de la procédure ordinaire dans le cas où les enfants sont majeurs et contre l'application de la maxime inquisitoire illimitée et de la maxime d'office »¹¹⁵⁴. A noter encore que l'avant-projet prévoit de modifier l'art. 295 al. 2 comme suit : « Elle [= la procédure simplifiée] s'applique aux demandes d'aliments des enfants même majeurs ». De même cette « nouvelle règle vaudra non seulement pour les demandes d'aliments, mais aussi pour l'action en contestation ou en reconnaissance de paternité, y compris l'action en paternité et l'action en annulation de l'adoption de l'enfant, **indépendamment de l'âge des enfants** (et de la valeur litigieuse) »¹¹⁵⁵. Enfin, on peut évoquer les mesures de protection des enfants à proprement parler (art. 307 ss CC), qui doivent naturellement toujours être au besoin ordonnées d'office, mais qui ne relèvent du juge matrimonial que s'il a valablement été saisi d'un procès en divorce ou d'une requête de l'union conjugale (cf. art. 315a CC).

954 Contributions d'entretien (art. 176 al. 1 ch. 1 CC) : cette question doit être traitée différemment selon qu'elle concerne les enfants (maxime d'office) ou les parents (maxime de disposition). Cela étant, le juge devra **donner l'occasion aux parties d'adapter leurs conclusions** en ce qui concerne les contributions entre époux, lorsqu'il entend s'écarter des conclusions

¹¹⁵¹ BK ZPO I-HURNI, art. 58 N 71 ; ATF 138 III 294, consid. 3.1.3 ; ATF 136 III 369, JdT 2010 I 362 ; ATF 138 III 407, JdT 2013 II 374.

¹¹⁵² RO 2014 357 ; LEUBA/BASTONS BULLETTI, art. 133 N 44 s.

¹¹⁵³ ATF 139 III 368, consid. 3.4. ; voir également : TF, 5A_524/2017, du 9.10.2017, consid. 3.1, 3.2.2 et 3.2.3 et Note HEINZMANN M. in : CPC Online (newsletter du 18.01.2018) ; OGer BE, ZK 17 340, du 30.10.2018, consid. II.6.3-II.6.8 et Note BASTONS BULLETTI F. in : newsletter CPC Online 2019-N11.

¹¹⁵⁴ Message CPC 2020, p. 2674, avec renvoi à l'ATF 139 III 368, consid. 2 et 3, en particulier consid. 3.4.

¹¹⁵⁵ AP-CPC du 5.06.2020 (art. 295 al. 2, p. 9) ; Message CPC 2020, p. 2674.

communes relatives à l'entretien de la famille dans son ensemble, prises par ces dernières. Toutefois, comme nous le mentionnions *supra*, une éventuelle solution consensuelle trouvée entre les parties doit être privilégiée par le juge, notamment en ce qui concerne l'attribution de l'autorité parentale, pour autant qu'elle ne mette pas en danger le bien de l'enfant¹¹⁵⁶.

Ce traitement différencié relatif aux contributions d'entretien peut en outre avoir certains **effets collatéraux**. Ainsi, la contribution en faveur de l'enfant peut être revue lorsque seule celle du conjoint a été attaquée (art. 282 al. 2 CPC). L'inverse n'est en revanche pas possible. En particulier, le juge n'est pas autorisé à augmenter la contribution due à l'épouse afin de compenser le fait que la contribution allouée aux enfants est plus faible que celle requise par cette dernière (cf. cependant N 903 ss concernant montant total réclamé et vases communicants¹¹⁵⁷). Considérant l'art. 282 al. 2 CPC comme une émanation de la maxime d'office applicable en matière de contribution d'entretien pour les enfants, le TF a également admis qu'il n'était pas arbitraire de considérer que l'enfant mineur devenu majeur en cours de procédure continue de bénéficier du régime protecteur prévu à cette disposition (maxime d'office) et ce, même après sa majorité¹¹⁵⁸.

Enfin, on retrouve d'autres exceptions de droit matériel en droit des obligations (art. 273 al. 5 CO en droit du bail ; art. 527 al. 3 CO concernant la cessation de la vie en commun et l'allocation de rente viagère ; etc.), en droit des poursuites et faillites (art. 170 et 173a al. 2 LP pour les mesures conservatoires dans le cadre d'un jugement de faillite), ou encore pour la procédure en responsabilité civile en cas de dommage d'origine nucléaire. Pour plus de détails concernant chacune de ces hypothèses, nous renvoyons à la partie sur les « vraies exceptions » à la maxime de disposition (cf. N 899 ss).

De même, sans qu'il s'agisse à proprement parler d'un cas d'application de la maxime d'office, le législateur donne parfois la possibilité à des organes étatiques de saisir la justice de conclusions et d'actions. C'est le cas de l'art. 106 CC en ce qui concerne l'action en annulation du mariage.

c. Exclusion de l'acquiescement d'action et ratification obligatoire des transactions par le juge

Lorsque, conformément aux règles de droit matériel, la partie défenderesse n'a pas le pouvoir de disposer au sens de l'art. 58 al. 2 CPC, l'acquiescement de l'action doit être exclu. De la sorte, l'impossibilité de disposer s'étend aussi bien à la contestation qu'au désistement ou à

¹¹⁵⁶ ATF 140 III 231, consid. 3.5 ; BOHNET, Contributions d'entretien et maximes de procédure, Newsletter DroitMatrimonial.ch, été 2014 ; TF, 5A_204/2018, du 15.06.2018, consid. 4, RSPC 2018 p. 339 ; TF 5A_361/2011, du 7.12.2011, consid. 5.3, RSPC 2012, p. 196. Concernant un éventuel accord entre les parties : ATF 143 III 361, consid. 7.3. Concernant l'art. 282 al. 2 CPC : ATF 129 III 417, consid. 2.1.1 ; ATF 128 III 411, consid. 3.2.2 ; TF, 5A_361/2011, du 7.12.2011, consid. 5.3.3, FamPra.ch, 2012 p. 447 ; TF, 5A_132/2014, du 20.06.2014, consid. 3.1.3. Concernant l'enfant mineur devenu majeur : TF, 5A_524/2017, du 9.10.2017, consid. 3.2.2 et 3.2.3.

¹¹⁵⁷ TF, 4A_428/2018 du 29.08.19, consid. 4.3, F. BASTONS BULLETTI in : newsletter CPC Online 2019-N28, Cumul d'actions partielles et conclusions non spécifiées : les vases communiquent.

¹¹⁵⁸ TF, 5A_524/2017, du 9.10.2017.

l'acquiescement d'une action. Si l'on prend l'exemple du divorce : l'absence de pouvoir de disposer du défendeur sur l'existence, respectivement la survie du mariage l'empêchera, par extension, de convenir directement avec la partie adverse d'une dissolution du mariage, d'une séparation, divorce ou action en annulation, sans intervention du juge. La seule fenêtre laissée aux parties sera celle d'un éventuel changement dans la procédure de divorce en requête commune, en passant d'un accord complet à accord partiel et vice-versa (art. 111 et 112 CC). Mais dans tous les cas, le juge sera sollicité pour entendre les parties, séparément et ensemble, afin de s'assurer qu'il s'agit bien d'un accord conclu après mûres réflexions et de leur plein gré.

959 Il en va de même pour ce qui est de la reconnaissance d'une requête en contestation ou en désaveu de paternité (art. 256 et 260a CC). Une fois encore et vraisemblablement dans l'idée de protéger les intérêts de l'enfant, les parties ne peuvent s'entendre de manière autonome sur de telles demandes. Il en va toutefois autrement en cas d'acquiescement d'une requête en constatation de la paternité (art. 260 CC), pour lequel l'intérêt de l'enfant n'est ici pas mis en péril. Comme évoqué *supra*, cet acquiescement revient formellement à une reconnaissance, qui aurait pu intervenir hors procès (devant l'état civil) mais qui, par commodité, peut être effectué devant le juge.

960 De manière plus générale, les parties qui n'ont pas le pouvoir de disposition sur l'objet du litige en vertu des règles de droit matériel ne peuvent conclure aucune transaction. On trouve toutefois une atténuation partielle à ce principe : lorsque le juge fait dépendre la validité de la conclusion amiable du litige à une autorisation judiciaire. Ainsi les parties peuvent passer une convention relative aux effets du divorce, pour autant que le juge ait pu *a posteriori* s'assurer que les époux ont bien conclu cet accord en pleine connaissance de cause et de leur plein gré, et par conséquent la ratifier (art. 279 CPC). Il en est de même pour les conventions de partage de la prévoyance professionnelle au sens de l'art. 280 CPC, ainsi que pour les conventions relatives aux contributions d'entretien périodiques¹¹⁵⁹.

6. Les maximes de procédures au stade de l'appel et du recours : quid des nova et de la *reformatio in pejus*

961 En ce qui concerne la question de l'admission des nova au stade de l'appel et du recours *stricto sensu*, nous renvoyons aux N 868 ss dans lesquels nous avons déjà traité de cette question. En résumé le TF distingue selon que la maxime inquisitoire limitée s'applique ou non. Dans l'hypothèse où il s'agit d'une procédure soumise à **la maxime inquisitoire illimitée, les nova peuvent être présentés sans restriction jusqu'aux délibérations**¹¹⁶⁰. Dans les

¹¹⁵⁹ BK ZPO I-HURNI, art. 58 N 88 ss ; BSK ZPO-GEHRI, art. 58 N 27 ; GLASL, DIKE Komm ZPO, art. 58 N 37 ss.

¹¹⁶⁰ ATF 144 III 349, consid. 4.2. A l'avenir expressément codifié dans le nouvel art. 317 al. 1^{bis} qui prescrit expressément l'admissibilité des novas en appel jusqu'aux délibérations chaque fois que l'instance d'appel doit examiner les faits d'office. KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER, art. 317 N 8 s. Cf. également avant-projet mis en consultation le 2 mars 2018. Sur la notion de délibérations (« Urteilsberatung »), cf. OGer ZH, ZR 2015 n° 76, consid. 2.

autres cas, notamment dans la procédure simplifiée, c'est la réglementation stricte et décrite de l'art. 317 qui continuera de s'appliquer. Une application analogue de l'art. 229 al. 3 est donc dans ce cas – et **contrairement à l'opinion initialement exprimée par une partie de la doctrine** – **exclue**. En ce qui concerne le **recours *stricto sensu*** (art. 319 ss CPC) le **principe est celui de l'exclusion des nova, même pour les procédures soumises à la maxime inquisitoire illimitée**¹¹⁶¹.

Une autre question, commune à toutes les maximes de procédure en seconde instance, est celle de **l'interdiction de la *reformatio in pejus***, question également abordée dans le cadre de l'étude de la maxime de disposition (cf. N 894 ss). Il est en effet généralement admis que « la partie qui remet en cause un jugement ne saurait être pénalisée par un arrêt plus défavorable. Ainsi la juridiction supérieure ne peut modifier la décision contestée que dans la mesure où le lui demande la partie appelante ou recourante ». Toutefois, ce principe souffre deux exceptions : la première est celle de **l'appel joint** au sens de l'art. 313 CPC (cf. N 899 p. 310 et N 962)¹¹⁶², ainsi que de toutes les **causes soumises à la maxime d'office en vertu de l'art. 58 al. 2 CPC**. Ainsi, la partie qui obtient gain de cause ne peut exclure la possibilité que le juge modifie certains points du dispositif en vue de tenir compte de l'incidence de cette victoire sur la globalité du litige (cf. N 899 et 933 ss)¹¹⁶³.

Comme énoncé dans le Message du Conseil fédéral de 2006, les éventuelles restrictions de moyens de preuve, de même que le pouvoir d'examen du juge restent, en seconde instance, ce qu'ils étaient en première. Sur ce point, le Conseil fédéral renvoie aux art. 254 CPC (moyens de preuve en procédure sommaire) et 257 CPC (cas clairs) en ce qui concerne les restrictions de moyens de preuve ; ainsi qu'à l'art. 261 CPC s'agissant du pouvoir d'examen du juge (examen de l'évidence en cas de situation juridique claire et examen de la vraisemblance des mesures provisionnelles). Dans ces circonstances, la marge de manœuvre du juge reste donc identique. Toutefois, le pouvoir d'examen du juge sera également soumis aux règles générales relatives à l'appel et au recours, de sorte que ce dernier pourra revoir complètement le procès de première instance, c'est-à-dire l'application du droit et l'établissement des faits en cas d'appel (art. 310 CPC) ; tandis qu'il n'aura qu'un pouvoir d'examen limité à

Cette jurisprudence ne vaut pas pour les affaires soumises à la maxime inquisitoire sociale, cf. ATF 141 III 569, à moins que la non prise en compte des faits nouveaux en question découle d'une violation du droit par le juge de première instance qui aurait dû les retenir d'office. Cf. également BOHNET, Maxime inquisitoire illimitée et novas en appel (arrêt 5A_788/2017), Newsletter Droitmatrimonial.ch, octobre 2018. Depuis publié à l'ATF 144 III 349.

¹¹⁶¹ KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER, art. 326 N 3; STAHELIN/BACHOFNER, § 26 N 45. Voir aussi SOGO/NAEGELI, art. 229 N 21.

¹¹⁶² Sur les motifs de l'appel joint et son mécanisme, cf. TAPPY, Conclusions et voies de recours, N 63-70 et notamment N 66 concernant son exclusion *de lege lata* dans les affaires de MPUC ou de mesures provisionnelles en matière de divorce (hypothèses pour lesquelles l'appel joint serait particulièrement susceptible de rendre service) ; une proposition de modification de l'art. 314 CPC (prévoyant d'introduire une « exception à l'exception ») est d'ailleurs actuellement pendant devant le parlement.

¹¹⁶³ Message CPC 2006, p. 6982 ; CR CPC-JEANDIN, art. 313 N 1 ; CR CPC-SCHWEIZER, art. 334 N 18; TAPPY, Conclusions et voies de recours, N 63-70.

une violation du droit ou à la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC) dans le cadre d'un recours *stricto sensu*¹¹⁶⁴.

964 En ce qui concerne les **exigences de fond et de forme pour la motivation de l'appel et du recours** (art. 311 et 321 CPC), la solution est la même dans les deux cas : ces exigences dépendront de la procédure dans laquelle la décision de première instance a été rendue. La motivation sera donc brève et succincte dans les causes relevant de la procédure simplifiée, ou plus étayée dans les causes jugées en procédure ordinaire¹¹⁶⁵. Plus spécifiquement, s'agissant du **fond** : bien que les art. 311 et 321 CPC ne le mentionnent pas expressément (« décision motivée »), **l'appel et le recours *stricto sensu* doivent comporter des conclusions en deuxième instance**. *A contrario*, il n'existe pas de présomption (légale ou prétorienne), en cas de silence de l'appel/du recours, que l'appelant/le recourant entend reprendre entièrement les conclusions qu'il a formulées en première instance. L'appelant ne saurait donc se limiter à conclure à l'annulation de la décision attaquée, mais devra au contraire prendre des conclusions au fond, qui permettront à l'instance d'appel de statuer à nouveau. Il en va de même du recourant, qui ne pourra pas non plus conclure à l'annulation de la décision attaquée¹¹⁶⁶. Cette **exigence de décision motivée** doit néanmoins être appréciée selon les règles de la **bonne foi** et sans formalisme excessif¹¹⁶⁷. L'absence de conclusions suffisantes sera sanctionnée par l'irrecevabilité de l'appel/du recours¹¹⁶⁸. S'agissant des **exigences de forme** : il n'existe **pas de règles spécifiques** de sorte que l'on peut renvoyer aux règles relatives aux conclusions de première instance. L'interprétation du juge doit, là encore être conforme au **principe de bonne foi et à l'interdiction du formalisme excessif**¹¹⁶⁹.

B. Procédure et droit matériel applicables aux maximes de procédure

1. Art. 247 al. 2 CPC : la maxime inquisitoire sociale en procédure simplifiée

965

¹¹⁶⁴ Message CPC 2006, p. 6979 (appel), 6982 (procédure devant l'instance de recours) et 6984 (recours).

¹¹⁶⁵ KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER, art. 311 N 6 à 8 et Message CPC 2006, p. 6980.

¹¹⁶⁶ CR CPC-JEANDIN, Intro. art. 308-334 N 10 ; art. 311 N 4 et réf. cit. : art. 318 N 4 ; art. 327 N 5 s. et réf. cit. ; BSK ZPO-SPÜHLER, art. 311 N 12; Message CPC 2006, p. 6980 (appel) et 1985 (recours). Voir aussi REETZ, in : Sutter-Somm et al., ZPO Komm., art. 308-318 N 15 ss et art. 327 N 10 ss ; KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER, art. 311 N 6 ss ; art. 321 N 2 ; art. 327 N 5 ss; TAPPY, Conclusions et voies de recours, *passim*.

¹¹⁶⁷ Jurisprudence casuistique sur cette question des « conclusions implicites », avec une tendance à plus de souplesse s'agissant des parties non assistées : TAPPY, Conclusions et voies de recours, N 47 à 50 et notamment N 48.

¹¹⁶⁸ A noter que selon TAPPY (et l'arrêt récent TF, 5A_625/2019, du 22.07.2020), il conviendrait d'admettre, malgré l'inapplicabilité de principe de l'art. 132 CPC **une obligation du juge de signaler à la partie concernée que son appel/recours risque d'être irrecevable faute de conclusions, si la chose est manifeste et que le juge peut s'en rendre compte** « selon la marche normale des affaires », et ce, **à un moment à un moment ou le délai pour faire appel/recourir n'est pas encore échu** ; cf. TAPPY, Conclusions et voies de recours, N 50.

¹¹⁶⁹ On peut encore relever que le TF accorde beaucoup d'importance au fait que les conclusions soient en principe chiffrées, sous peine d'irrecevabilité. De même, il est admis que l'appelant/le recourant prenne plusieurs conclusions en les déclarant subsidiaires les unes par rapport aux autres ; cf. TAPPY, Conclusions et voies de recours, N 85-90.

L'art. 243 CPC détermine le champ d'application de la procédure simplifiée. Celle-ci s'applique aux affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 fr. (al. 1) et, indépendamment de l'éventuelle valeur litigieuse, à différents types de litiges énumérés à l'alinéa 2. Pour ce type de procédure, le régime ordinaire prévoit l'application de la maxime des débats, complétée d'un devoir d'interpellation renforcé du tribunal (art. 247 al. 1 CPC) en ce qui concerne l'établissement des faits et moyens de preuve ; puis la maxime de disposition concernant la prise en compte des conclusions. L'art. 247 al. 2 CPC introduit toutefois une exception au régime général du Titre IV du CPC, en disposant que le tribunal établira les faits d'office (maxime inquisitoire sociale) pour toutes les affaires visées à l'art. 243 al. 2 CPC. Les litiges concernés sont :

- tous les litiges relevant de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) ;
- les litiges portant sur des violences, des menaces ou du harcèlement au sens de l'art. 28b CC ;
- les litiges portant sur des baux à loyer, sur des baux à ferme d'habitations et de locaux commerciaux et sur des baux à ferme agricoles en ce qui concerne la consignation du loyer ou du fermage, la protection contre les loyers ou les fermages abusifs, la protection contre les congés ou la prolongation du bail à loyer ou à ferme (art. 253 ss et 275 ss CO) ;
- les litiges portant sur le droit d'accès aux données prévu par la loi fédérale sur la protection des données (en particulier : art. 8 ss LPD) ;
- les litiges relevant de la loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (Loi sur la participation) ;
- les litiges portant sur les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la loi fédérale sur l'assurance maladie (LAMal) ;
- tous les autres litiges portant sur les baux à loyer, à ferme d'habitations et de locaux commerciaux, sur des baux à ferme agricoles, ou encore sur un contrat de travail et pour lesquels la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 fr.

Au vu des hypothèses mentionnées, on comprend aisément que l'objectif commun à chacune d'elles est de **compenser les rapports inégaux qui pourraient exister dans les conflits prévus par ledit article** et ainsi **protéger la « partie faible »**, qu'il s'agisse d'une victime de violence, d'inégalités à raison du sexe, de protection du locataire, du travailleur ou de l'assuré, ou encore de protection du droit d'accès aux données personnelles.

Cette **facilitation du procès** est mise en œuvre aussi bien **sur le plan formel** (demande simplifiée sous forme de documents papier ou électronique, mémoire concis avec une simple description de l'objet du litige ; dictée au procès-verbal, etc.) que **sur le plan matériel** via une participation active du juge. Cette participation doit permettre une **meilleure**

966

967

appréhension de la réalité factuelle, de même qu'un **déroulement efficace du procès**, le tout **sans forcément recourir à un mandataire professionnel**¹¹⁷⁰. Malgré cette simplification, il s'agit d'une procédure « complète » dans la mesure où elle est précédée d'une procédure de conciliation et qu'elle ne connaît aucune limitation de preuve ou de cognition. Elle constitue d'ailleurs, au même titre que la procédure ordinaire, « la voie ordinaire » en matière contentieuse¹¹⁷¹. La procédure simplifiée a donc été conçue comme une **procédure sociale et peu onéreuse**, qui « 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 »¹¹⁷².

968 La forme « ordinaire » de la procédure simplifiée (art. 243 al. 1 et 247 al. 1 CPC) est toutefois légèrement modifiée pour les litiges que nous avons mentionnés *supra* et pour lesquels l'intervention du juge est plus importante. Ainsi, alors qu'il n'est soumis qu'à une obligation d'interpellation accrue s'agissant des hypothèses de l'art. 243 al. 1 CPC, le tribunal doit faire la distinction en ce qui concerne les affaires visées par l'art. 247 al. 2 CPC en appliquant la maxime inquisitoire sociale. En ce qui concerne cette dernière notion, le Conseil fédéral nous donne quelques précisions¹¹⁷³ :

969 « **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 » [arrêt du TF 4C.211/2004 concernant le droit du bail ; ATF 131 III 243 concernant le droit du travail] : 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) ».

970 La notion de « procès civil social », initialement théorisée par KLEIN (cf. N 315 ss), se retrouve donc mise en œuvre, en droit suisse, au sein de la procédure simplifiée. Malgré la différence théorique et pratique très ténue entre les concepts de devoir d'interpellation renforcé et de maxime inquisitoire sociale, on décèle ici nettement la volonté du législateur de protéger de manière accrue les parties réputées faibles dans certains litiges où des rapports

¹¹⁷⁰ HEINZMANN, N 338 ss.

¹¹⁷¹ Message CPC 2006, p. 6959. Voir aussi : HALDY, Procédure civile suisse, p. 161 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 220 ss ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 312 ss.

¹¹⁷² Message CPC 2006, FF 2006, p. 6953. Voir à ce titre TF, 5A_211/2017, du 24.7.2017 ainsi que RSPC 2017 538 et note de TREZZINI, p. 541 : il est admissible en procédure simplifiée de tenir compte d'éléments qui n'ont certes pas été allégués dans la demande, mais qui ressortent des moyens de preuve produits à l'appui de celle-ci.

¹¹⁷³ Message CPC 2006, p. 6956. (Mise en gras ajoutée).

inégalitaires sont à prévoir. Comme le rappelle le Message de 2006, cette prise en compte spécifique des besoins des parties peut toutefois varier en intensité, en fonction des circonstances (représentation inexistante/unilatérale/bilatérale, inexpérience, rapport de force, niveau de formation, statut social, etc.)¹¹⁷⁴.

En ce qui concerne **l'amélioration de la procédure en matière de droit de la famille**, le Conseil fédéral estime – dans son Message de 2020 – qu'il est nécessaire d'apporter certaines autres modifications ponctuelles dans ce domaine. Concrètement, il propose notamment « que les **procédures contentieuses en matière de droit de la famille soient soumises à la procédure simplifiée lorsque la procédure sommaire n'est pas applicable**. Cette modification vise tant les **procédures contentieuses de divorce** (art. 288, al. 2, et 291, al. 3, P-CPC) que toutes les **procédures indépendantes concernant les enfants et leur entretien** (art. 295 P-CPC). Ces dernières seront régies par la maxime inquisitoire et la maxime d'office (art. 296 P-CPC). D'autres obstacles procéduraux en matière de litiges portant sur l'entretien sont en outre supprimés (voir l'art. 304, al. 2, 2^e et 3^e phrases, P-CPC et le commentaire de ces dispositions) »^{1175,1176}.

971

2. Art. 255 CPC : la maxime inquisitoire sociale en procédure sommaire

En procédure sommaire, l'art. 255 CPC dispose que le tribunal établit les faits d'office, aussi bien en matière de **faillite et de concordat** (al. 1), que dans les **procédures relevant de la juridiction gracieuse** (al. 2). Cet article tend, de manière similaire à l'art. 247 CPC, à accélérer la procédure tout en protégeant « la partie faible » au contrat et en garantissant l'égalité entre les parties au procès. Il convient cependant de nuancer cette notion de « partie faible », s'agissant de procédure de faillite impliquant par exemple des sociétés commerciales ainsi que leurs clients, respectivement leurs créanciers. Le recours à la maxime inquisitoire s'explique ici par l'effet de la procédure sur le débiteur et sur les tiers non impliqués dans le processus¹¹⁷⁷. En matière de concordat, elle permet, selon le Message du Conseil fédéral, de pallier l'absence de partie adverse¹¹⁷⁸.

972

¹¹⁷⁴ HALDY, Procédure civile suisse, p. 161 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 220 ss ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 312 ss.

¹¹⁷⁵ Message CPC 2020, p. 2627. Cf. également pp. 2672 à 2677 concernant l'art. 288 al. 2, 292 al. 3, 295, 206 et 304 al. 2 P-CPC.

¹¹⁷⁶ Cet al. 2 précise que « le tribunal compétent pour statuer sur la demande d'aliments d'un enfant mineur se prononce également sur l'autorité parentale et sur les autres points concernant le sort des enfants. Cette attraction de compétence a pour effet que la question de l'entretien n'est plus traitée de façon isolée, mais en même temps que toutes les autres questions touchant l'enfant, notamment celles de l'autorité parentale et de la prise en charge ». Message CPC 2020, p. 2676. (Mise en gras ajoutée).

¹¹⁷⁷ CR CPC-BOHNET, art. 255 N 3 ; BSK-ZPO-MAZAN, art. 255 N 3 ; STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N 35 s. et STAEHELIN, § 21 N 40 ss.

¹¹⁷⁸ Message CPC 2006, p. 6958 ; CR CPC-BOHNET, art. 255 N 3 ; BSK ZPO-GÜNDERICH, art. 255 N 4 s. ; STAEHELIN, §. 21 N 24 ss et plus particulièrement N 40 ss ; HALDY, Procédure civile suisse, p. 170 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 231 ss ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 329 ss.

- 973 La procédure sommaire est une **procédure souple et rapide**. Sa souplesse découle essentiellement de sa forme, qui peut être aussi bien orale qu'écrite, selon la libre appréciation du tribunal au vu du cas d'espèce. Ainsi la procédure sera essentiellement écrite en matière de mainlevée, tandis que les débats seront généralement de rigueur en matière de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 273 al. 1 CPC). Quant à sa rapidité, elle provient respectivement de l'admissibilité limitée des moyens de preuve (en principe restreinte à ceux rapidement disponibles) et du pouvoir de cognition du juge limité à une grande vraisemblance (mesures provisionnelles) ou à des faits patents (protection des droits dans des cas clairs)¹¹⁷⁹.
- 974 Le champ d'application de la procédure sommaire est très large, comme en témoignent les listes non exhaustives des affaires (principalement gracieuses) relevant du CC, du CO et de la LP et figurant aux art. 249, 250 et 251 CPC. Comme le précise le Message de 2006 du Conseil fédéral, les cas énumérés sont les plus classiques et reprennent les dispositions qui figuraient dans les lois d'introduction cantonales. Les rédacteurs ont toutefois renoncé à dresser une liste exhaustive relevant des lois spéciales de droit privé fédéral traitées en procédure sommaire. Pour le reste, « les causes de droit de la famille relevant de la procédure sommaire ne sont pas traitées dans ce titre mais avec les procédures qui s'y rattachent, selon leur lien matériel », hypothèses que nous analyserons lors de l'étude des art. 271 et 272 CPC¹¹⁸⁰. En sus du catalogue des art. 249 à 251 CPC relatifs aux hypothèses de droit matériel (« cas prévus par la loi » ; art. 248 let. a CPC), l'art. 248 CPC précise, de manière transversale, que la procédure sommaire s'applique aux cas clairs (let. b), à la mise à ban (lit. c), aux mesures provisionnelles (let. d) ainsi qu'à la juridiction gracieuse (let. e).
- 975 La procédure est prévue aux art. 252 ss CPC et est complétée par les règles de la procédure ordinaire (art. 219 ss CPC) pour autant que ces règles soient compatibles avec les caractéristiques de la procédure sommaire. La procédure est introduite par une requête, orale ou écrite, qui constitue l'acte introductif d'instance. La partie demanderesse a l'obligation de joindre tous les documents utiles à sa requête. Ensuite, l'opportunité peut être donnée à la partie adverse de se déterminer, toujours oralement ou par écrit, par rapport à cette requête, sauf si cette détermination apparaît superflue aux yeux du tribunal et au vu des circonstances du cas d'espèce (irrecevabilité manifeste, etc.). Les moyens de preuve qui peuvent être rapportés sont en principe ceux qui sont immédiatement disponibles. Toutefois, d'autres moyens peuvent exceptionnellement être amenés si leur administration ne retarde pas sensiblement la procédure (art. 254 al. 2 let. a CPC) ou si le but de la procédure l'exige (let. b). Enfin, l'administration des preuves peut se faire sans restriction pour les cas où la maxime inquisitoire sociale s'applique à la procédure sommaire (let. c)¹¹⁸¹.
- 976 La **maxime inquisitoire (limitée) constitue donc l'exception en procédure sommaire**. Elle vise à élargir le champ de protection des parties dans des hypothèses spécifiques pour lesquelles une immixtion du juge relative à l'établissement des faits litigieux apparaît comme

¹¹⁷⁹ Message CPC 2006, p. 6956 s.

¹¹⁸⁰ Message CPC 2006, pp. 6957 et 6959 ss.

¹¹⁸¹ Message CPC 2006, p. 6957 s.

salutaire, notamment en vertu des enjeux et de l'implication de tiers, caractéristiques à ce type de litige (jugement de faillite en l'absence des parties, suspension d'une faillite faute d'actif, etc.).

Pour ce qui est du renvoi au droit matériel, ni l'art. 255 CPC ni le Message du Conseil fédéral de 2006 ne donne de précision quant aux dispositions visées en matière de faillite, de concordat et de procédures relevant de la juridiction gracieuse. *A contrario*, on peut en déduire qu'aucune disposition relative à ces domaines n'est à exclure, pour autant qu'elle remplisse l'objectif de protection visé à l'art. 255 CPC et figurant dans ledit Message du Conseil fédéral, à savoir : la répercussion de la procédure sur des tiers et/ou l'absence de la partie adverse à la procédure¹¹⁸².

A titre d'exemples, KLINGER mentionne plus particulièrement les art. 162 (inventaire des biens du débiteur), 171 (jugement de faillite en l'absence des parties), 193 (liquidation selon les règles de faillite d'une succession répudiée ou insolvable), 195 (révocation d'une faillite et réintégration du débiteur) et 230 s. LP (suspension d'une faillite faute d'actif) en ce qui concerne les litiges en matière de faillite et, de manière plus générale, les art. 293 ss LP (sursis provisoire et définitif) pour les procédures concordataires. Dans chacune de ces hypothèses, des conséquences importantes sur le patrimoine du débiteur sont à prévoir, que ce dernier soit présent ou non à la procédure¹¹⁸³.

Pour le reste, et comme indiqué *supra*, le Conseil fédéral propose notamment dans son Message de 2020 que les procédures contentieuses en matière de droit de la famille soient soumises à la procédure simplifiée lorsque la procédure sommaire n'est pas applicable. Plus spécifiquement, il propose les modifications suivantes en ce qui concerne la procédure sommaire¹¹⁸⁴ :

Art. 249, let. a, ch. 5

La procédure sommaire s'applique notamment dans les affaires suivantes:

a. droit des personnes:

5. mesures en cas de carences dans l'organisation d'une association (art. 69c CC);

Art. 250, let. c, ch. 6, 11 et 14

La procédure sommaire s'applique notamment dans les affaires suivantes:

c. droit des sociétés:

6. mesures en cas de carences dans l'organisation d'une société ou d'une société coopérative (art. 731b, 819 et 908 CO),

11. abrogé

¹¹⁸² Message CPC 2006, p. 6958 ; CR CPC-BOHNET, art. 255 N 3 ; BSK ZPO-GÜNDERICH, art. 255 N 4 s. ; STAEHELIN, §. 21 N 25 ss.

¹¹⁸³ KLINGER, in : Sutter-Somm et al., ZPO Komm., art. 255 N 4 ; STAEHELIN, §. 21 N 38.

¹¹⁸⁴ Message CPC 2020, p. 2700.

14. radiation d'une société du registre du commerce (art. 938a, al. 2, CO);

980 Le nouveau ch. 5 de l'art. 249 let. a P-CPC (droit des personnes), mentionne les mesures en cas de carence dans l'organisation d'une association, ces dernières ayant déjà été adaptées depuis un certain temps déjà. « La procédure sommaire s'appliquera également lorsque le tribunal sera saisi d'une telle carence dans l'organisation (art. 69c CC) et qu'il prononcera les mesures nécessaires (fixation d'un délai pour régulariser la situation de l'association, nomination d'un commissaire ou de membres d'organes) ». De même, le ch. 6 de l'art. 250 let. c est modifié « pour ne plus mentionner de mesures spécifiques ordonnées par le tribunal en cas de carence dans l'organisation d'une société ou d'une coopérative »¹¹⁸⁵.

3. Art. 272 CPC : la maxime inquisitoire sociale dans les procédures spéciales de droit matrimonial

981 L'art. 272 CPC, intégré au Titre 6 « Procédures spéciales en droit matrimonial », rend applicable la **maxime inquisitoire simplifiée à l'ensemble de la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale**, ainsi qu'aux **mesures provisionnelles en matière matrimoniale** (art. 276 al. 1 2^{ème} phr. CPC), peu importe à cet égard que les questions litigieuses soient patrimoniales ou non, ou encore qu'elles ne concernent que les époux¹¹⁸⁶. L'art. 272 CPC s'applique aussi, toujours vu l'art. 276 al. 1 2^e phrase CPC, aux mesures provisionnelles en cas de divorce (voire, vu d'autres renvois, à des mesures provisionnelles dans une action en modification du jugement de divorce ou dans une action en dissolution du partenariat enregistré, ainsi qu'aux mesures prévues à l'**art. 305 CPC** qui, bien que le terme ne soit pas exprimé, consacre des « mesures protectrices du partenariat enregistré » soumises à la procédure sommaire, comme l'art. 271 CPC le fait pour les mesures équivalentes concernant des époux).

982 Malgré leurs formules (pour le moment encore) identiques dans le texte en français (« Le tribunal établit les faits d'office »), l'art. 272 CPC se distingue de l'art. 296 CPC qui prévoit la mise en œuvre de la maxime inquisitoire pure dans les procédures applicables aux enfants dans les affaires de droit de la famille. Ainsi, bien que le Message du Conseil fédéral de 2006 énonce le principe de la vérité matérielle en ce qui concerne les objectifs de l'art. 272 CPC, le juge n'en reste pas moins limité pour établir les faits par rapport à l'hypothèse de l'art. 296 CPC sur laquelle nous reviendront ultérieurement. Le législateur établit donc une double distinction entre¹¹⁸⁷ :

- **les procédures de mesures protectrices de l'union conjugale au sens large** (art. 272 CPC) et **les mesures provisionnelles en matière matrimoniale** (art. 276 al. 1, 2^e phr. CPC), pour lesquelles la maxime inquisitoire sociale s'applique, à moins

¹¹⁸⁵ Message CPC 2020, p. 2671 s.

¹¹⁸⁶ CR CPC-TAPPY, art. 272 N 3 ; Message CPC 2006, p. 6956 et 6965 s.

¹¹⁸⁷ CR CPC-TAPPY, art. 271 N 3 ; art. 272 N 3 et 5 ; art. 277 N 2 s. et réf. cit. ; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 272 N 2 ; PC CPC-FOUNTOULAKIS/D'ANDRÉS, art. 272 N 2 et 6.

qu'il n'y ait des questions de fait intéressant le sort des enfants mineurs et sur lesquelles il faut statuer (maxime inquisitoire illimitée, art. 296 al. 1 CPC) ; même constat en ce qui concerne la maxime de disposition qui est en principe applicable aux affaires de droit matrimonial soumises à la procédure sommaire, à moins que la présence d'enfants entraîne l'application de la maxime d'office à toutes les questions intéressant leur sort (art. 296 al. 3 CPC) ;

- **les procédures de divorce au fond**, dans lesquelles la maxime des débats s'appliquera aux questions concernant le régime matrimonial et les contributions d'entretien entre ex-époux après le divorce (art. 277 al. 1 CPC) ; là encore, sont exclues les questions relatives au sort des enfants mineurs (art. 296 al. 1 et 3 CPC)¹¹⁸⁸.

Le champ d'application et ainsi, les dispositions de droit matériel visées par l'art. 272 CPC sont données à l'art. 271 CPC. Cette liste non exhaustive (« notamment »), contient différentes hypothèses de mesures protectrices de l'union conjugales, à savoir :

- concernant les effets généraux du mariage (let. a, b, c, d) :
 - let. a : la mise en œuvre de mesures judiciaires lorsqu'un des époux ne respecte pas ses devoirs de famille ou en cas de désaccord des conjoints (art. 172 CC) ; la perception de contributions pécuniaires dues pour l'entretien de la famille pendant la vie commune (art. 173 CC) ; le retrait du pouvoir de représenter l'union conjugale (art. 174 CC) ; la suspension de la vie commune (art. 175 CC) ; l'organisation de la vie séparée (art. 176 CC) ; l'avis aux débiteurs de l'époux qui ne satisferait pas à son devoir d'entretien (art. 177 CC) ; la restriction du pouvoir de disposer d'un époux (art. 178 CC) ; la modification des mesures prises en vertu de l'art. 178 CC en cas de faits nouveaux (art. 179 CC) ;
 - let. b : la représentation de l'union conjugale au-delà des besoins courants lorsqu'il est autorisé par son conjoint ou par le juge (art. 166 al. 2 ch. 1 CC) ;
 - let. c : l'octroi du pouvoir de disposer du logement familial à l'un des époux (art. 169 al. 2 CC) ;
 - let. d : l'injonction de renseigner l'autre époux sur ses revenus, biens et/ou dettes ;
- concernant le régime matrimonial (let. e, f, g et h) :
 - let. e (dispositions générales) : le prononcé de la séparation des biens pour juste motif à la demande d'un des époux (art. 185 CC) ; le rétablissement du régime antérieur si les motifs ont disparu (art. 187 al. 2 CC) ; la séparation des biens en cas de saisie sur les biens propres d'un des époux (art. 189 CC) ; et le

¹¹⁸⁸ CR CPC-TAPPY, art. 271 N 1 et 5 ; KUKO ZPO-STADLER/VAN DE GRAAF, art. 272 N 1 s. ; BK ZPO-SPYCHER, art. 272 N 12.

rétablissement de la communauté de biens consécutif au désintéressement des créanciers (art. 191 CC) ;

- let. f (dispositions générales): l'injonction de collaborer de l'un des époux pour la confection d'un inventaire des biens (art. 195a CC) ;
- let. g (fixation de délais de paiement et de sûretés entre époux, hors procès, concernant les trois régimes matrimoniaux) : règlement, exigibilité ou restitution de la dette entre époux (art. 203, 235 et 250 CC) ; règlement d'une créance de participation et de la part à la plus-value sous le régime ordinaire (art. 218 CC) ;
- let. h (gestion d'une succession sous le régime de la communauté de biens) : recueil du consentement de l'époux via le juge pour répudier ou accepter une succession (art. 230 al. 2 CC) ;

- Concernant les effets du divorce :

- let. i : avis aux débiteurs et éventuellement fournitures de sûretés, lorsque l'époux-débiteur ne satisfait pas à son obligation d'entretien.

984 Comme nous l'évoquions *supra*, cette liste n'est pas exhaustive. A titre d'exemples non mentionnés dans la liste de l'art. 271 CPC, TAPPY évoque par exemple **l'autorisation supplétive de justice prévue en cas de refus injustifiée d'un conjoint à consentir à un versement anticipé en espèces d'un avoir LPP** (art. 5 al. 3 LFLP), ou encore la **demande de ratification d'une convention de modification de jugement de divorce** (art. 284 CPC)¹¹⁸⁹.

985 Si l'on met en perspective ces hypothèses avec le choix de procédure figurant aux art. 271 s. CPC on retient la chose suivante : comme nous l'exposons précédemment, la procédure sommaire a la spécificité d'être souple et rapide. Associée à cette procédure, la maxime inquisitoire sociale permet l'intervention du juge dans des cas où l'action de la partie demanderesse est, le plus souvent, entravée par l'autre époux, en particulier lorsque l'accès à certains documents ou informations est rendu impossible par ce dernier. Au surplus, le champ d'application de l'art. 271 CPC renvoie à des mesures qui, pour la plupart, perdraient une grande partie de leur intérêt et de leur effectivité si elles n'étaient pas mises en œuvre dans un délai relativement bref. Enfin, au-delà de l'accessibilité à certaines données et de la célérité de la procédure, les hypothèses visées par cet article touchent à des domaines sensibles, à forte charge émotionnelle, pour lesquels le truchement du juge peut permettre à la situation d'évoluer de manière plus sereine et encadrée, et ainsi d'atteindre l'objectif de la procédure sommaire d'aboutir à un dénouement rapide du litige¹¹⁹⁰.

986

¹¹⁸⁹ CR CPC-TAPPY, art. 272 N 9 ; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 271 N 4 ; BK ZPO-SPYCHER, art. 271 N 3.

¹¹⁹⁰ KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 272 N 1 s. ; BK ZPO-SPYCHER, art. 272 N 3 s. ; BOHNET/JEANNIN, La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, ZSR/RDS Vol. 134 (2015) I Livre 3, p. 239.

Un tel constat nous amène à nous interroger sur la pertinence de généraliser la maxime inquisitoire, sinon à tous les cas de procédure sommaire (*a contrario* de l'esprit actuel de l'art. 257 CPC), au moins à bien d'autres cas que ceux visés par les art. 255 et 272 CPC, comme le faisaient d'ailleurs certaines procédures cantonales antérieures.

4. Art. 277 CPC : principe de la procédure accusatoire et ses exceptions en procédure de divorce

L'art. 277 CPC met en place un régime spécial en matière de procédure de divorce, en prévoyant deux hypothèses distinctes : le principe de la maxime des débats associé à la maxime de disposition pour les questions concernant le régime matrimonial et les contributions d'entretien après le divorce (al. 1), éventuellement atténué par l'intervention du juge s'agissant de la production de documents manquants en rapport avec les conséquences patrimoniales du divorce (al. 2). Et l'exception de la maxime inquisitoire sociale applicable au « reste de la procédure », en principe associée à la maxime de disposition, sauf pour les questions de prévoyance professionnelle (art. 280 s. CPC), pour lesquelles elle sera complétée par la maxime d'office¹¹⁹¹.

987

Comme nous l'évoquions brièvement *supra*, l'art. 277 al. 1 CPC prévoit la mise en œuvre de la maxime des débats dans le cadre de la **procédure concernant le régime matrimonial et les contributions d'entretien**. Selon TAPPY, entrent également dans cette catégorie d'autres **questions touchant des créances de droit matrimonial ou des avoirs communs** (exemples : les contributions extraordinaires des époux au sens de l'art. 165 CC, d'éventuelles prétentions pécuniaires non matrimoniales intégrées dans la procédure de divorce, ou encore le partage d'une copropriété, même entre époux séparés de biens). Cette règle est complétée par l'exception de l'art. 296 CPC, pour les cas où les époux auraient un ou plusieurs enfants mineurs en commun. Cette exception, sur laquelle nous reviendrons ultérieurement, se limite toutefois strictement aux questions touchant le sort des enfants mineurs (contributions d'entretien, attribution du logement familial s'il sert de lieu d'habitation aux enfants à l'issue du procès, etc.). Selon TAPPY, cette exception ne s'étend toutefois pas aux questions de régime matrimonial, même si la liquidation de celui-ci peut, à terme, avoir des conséquences sur la fixation des pensions¹¹⁹².

988

Pour les hypothèses où elle s'applique, la maxime des débats est complétée par la maxime de disposition. Elle connaît également certains correctifs. Les correctifs « classiques » des art. 56 (interpellation), 153 al. 2 (administration des preuves d'office), 181 al. 1 (inspection), 183 al. 1 (expertise) et 192 al. 1 CPC (déposition des parties), ainsi que l'atténuation prévue à l'art. 277 al. 2 CPC. Vu sa proximité avec la notion de maxime inquisitoire sociale, il

989

¹¹⁹¹ SUTTER-SOMM, Das Familienrechtliche Verfahren, pp. 81 ss, 84 ss, et tableaux p. 87 ss.

¹¹⁹² CR CPC-TAPPY, art. 277 N 6 ss ; BK ZPO-SPYCHER, art. 277 N 1 s. ; BOHNET/JEANNIN, La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, ZSR/RDS Vol. 134 (2015) I Livre 3, p. 240 ; SUTTER-SOMM, Das Familienrechtliche Verfahren, p. 81 ss.

semblerait que cette hypothèse soit avant tout conçue comme un correctif à la maxime des débats de l'art 277 al. 1 CPC, plutôt qu'un complément à l'al. 3, par exemple pour établir ou actualiser les revenus à prendre en compte pour la fixation d'une éventuelle contribution d'entretien après le divorce (art. 125 ss CC). A noter toutefois qu'elle ne s'adresse qu'aux parties, excluant ainsi la réquisition de pièces auprès de tiers (employeurs, assureurs, etc.), ce qui peut dans certains cas être dommageable pour l'avancement de la procédure¹¹⁹³.

990 Une dernière remarque concerne enfin l'art. 279 al. 1 CPC, prévoyant la ratification de la convention sur les effets du divorce par le tribunal (« après s'être assuré que les époux l'ont conclue après mûre réflexion et de leur plein gré, qu'elle est claire et complète et qu'elle n'est pas manifestement inéquitable »). Une telle disposition apparaît contradictoire dès lors que le pouvoir du tribunal s'arrête, selon le principe de la maxime des débats (art. 277 al. 1 et 2 CPC) à l'interpellation des parties et pas à la ratification de la convention sur le divorce. Fort de ce constat et vue la similitude de cette disposition avec l'art. 111 al. 2 CC, nous pensons que l'art. 279 al. 1 CPC devrait plutôt porter sur la recherche d'éventuels vices de consentement, ou encore sur les passages de la convention relatifs au sort des enfants mineurs.

991 La deuxième hypothèse relative à l'établissement des faits en procédure de divorce figure à l'art. 277 al. 3 CPC qui prévoit l'application de la maxime inquisitoire atténuée « dans le reste de la procédure ». Selon le Message du Conseil fédéral de 2006, l'établissement des faits d'office par le tribunal s'appliquerait plus précisément aux questions relatives à **l'existence des conditions de divorce** ainsi qu'aux **prétentions des parties ne relevant pas du régime matrimonial et des contributions d'entretien entre ex-époux, qu'elles soient patrimoniales ou non**. Cela inclurait par exemple les conclusions touchant l'attribution du logement familial, pour autant qu'aucun enfant mineur ne soit concerné. Pour ces cas de figure, la maxime inquisitoire sociale s'applique donc de concert avec la maxime de disposition. Il n'en est pas de même pour les **questions de prévoyance professionnelle en procédure de divorce**, pour lesquelles s'appliquent la maxime d'office¹¹⁹⁴.

992 L'art. 280 CPC prévoit en effet que, sous réserve des conditions cumulatives qui figurent aux let. a, b, et c de l'art. 280 al. 1 CPC, le tribunal (1) **ratifie** les conventions de partage des prétentions de prévoyance professionnelle, (2) **communique** les indications nécessaires aux institutions de prévoyance professionnelle et (3) **vérifie d'office** qu'une prévoyance vieillesse et invalidité reste assurée lorsque les époux s'écartent d'un partage par moitié ou renoncent au partage de la prévoyance professionnelle. Il existe, dans ce dernier cas, un **intérêt public** à éviter qu'un époux se retrouve sans une prévoyance vieillesse suffisante¹¹⁹⁵.

993

¹¹⁹³ CR CPC-TAPPY, art. 277 N 5 ; BK ZPO-SPYCHER, art. 277 N 13 ; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 277 N 4 et 4a.

¹¹⁹⁴ Message CPC 2006, p. 6967 ; CR CPC-TAPPY, art. 277 N 20 ss et art. 280 N 8 ; SUTTER-SOMM/GUT, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 277 N 18 et 21 ; SUTTER-SOMM, Das Familienrechtliche Verfahren, p. 81 ss.

¹¹⁹⁵ STAUFFER, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 280 N 15 ; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 280 N 2 ss ; CR CPC-TAPPY, art. 280 N 9.

Dans ce cadre, il convient d'appliquer la maxime inquisitoire et, dans une certaine mesure, la maxime d'office. La question se pose toutefois de savoir s'il faut appliquer la **maxime inquisitoire sociale** ou la **maxime inquisitoire illimitée**. A la lecture de la loi (« le tribunal *établit* d'office ») ainsi qu'à la lecture du Message, rien n'indique qu'il faille s'écarter de la maxime inquisitoire sociale. Une partie de la doctrine partage ce point de vue¹¹⁹⁶. D'autres ne se positionnent pas sur cette question et/ou se limitent à mentionner l'application de « la maxime inquisitoire » sans plus de précision, ce qui pourrait amener à penser, peut-être à tort, qu'il s'agirait « par défaut » de la maxime inquisitoire sociale¹¹⁹⁷. D'autres préfèrent appliquer la maxime inquisitoire illimitée, soit dans tous les cas soumis à l'art. 280 al. 3 CPC¹¹⁹⁸, soit seulement dans les cas où le bénéfice de l'instruction profite au débiteur en vertu d'une procédure parallèle impliquant un mineur (art. 296 CPC) conformément à une jurisprudence du TF sur ce point¹¹⁹⁹. D'autres enfin se posent la question d'une maxime inquisitoire intermédiaire¹²⁰⁰.

Après quelques hésitations¹²⁰¹, la jurisprudence du TF semble avoir tranché en faveur de la maxime inquisitoire illimitée (« L'art. 280 al. 3 CPC n'impose la maxime inquisitoire (illimitée) qu'au juge de première instance »), fondée sur **l'intérêt public à protéger le minimum vital de l'époux** qui voudrait renoncer à un partage par moitié¹²⁰². Sur le principe, la logique de cet arrêt nous paraît conforme au Message concernant la révision du CC en lien avec le partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce¹²⁰³ :

« Comme la commission d'experts, le Conseil fédéral est en faveur du principe de partage par moitié des prétentions de prévoyance professionnelle acquises durant le mariage. Il tient également au principe selon lequel le juge procède d'office au partage de la prévoyance professionnelle (art. 280 CPC). **Il ne voit pas comment le législateur pourrait exprimer encore plus clairement que le partage ne relève pas uniquement de la sphère privée, mais qu'il affecte au contraire des intérêts publics en raison de son lien étroit avec la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité** ».

¹¹⁹⁶ BSK ZPO-BÄHLER, art. 277 N 3 : « Für alle anderen Fragen, d.h. für die Scheidungsgründe, den Vorsorgeausgleich und die Benützung der Familienwohnung (art. 121 ZGB) gilt nach Abs. 3 der gewöhnliche Untersuchungsgrundsatz » ; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 277 N 5 ; Dike Komm ZPO-DOLGE, art. 277 N 6 à 9 (mentionne simplement la maxime inquisitoire en ce qui concerne les questions de prévoyance professionnelle, mais précise la notion de maxime inquisitoire illimitée seulement s'agissant des questions relatives aux enfants).

¹¹⁹⁷ Dike Komm ZPO-MOSIMANN, art. 280 N 28 (cite la maxime inquisitoire, en mentionnant toutefois l'intérêt public, l'interprétation restrictive des conditions de renonciation ainsi que la limitation du pouvoir discrétionnaire des époux) ; SUTTER-SOMM/GUT, in : Sutter-Somm et al., ZPO Komm., art. 277 N 33 s. ; JUNGO/GRÜTTER, FamKomm. ZGB, art. 280 N 16.

¹¹⁹⁸ HOHL, Tome I, p. 233, N 1413.

¹¹⁹⁹ SUTTER-SOMM/SCHRANK, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 55 N 68 d'après ATF 128 III 411, consid. 3.2.1 ; SUTTER-SOMM/GUT, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 277 N 21.

¹²⁰⁰ CR CPC-TAPPY, art. 277 N 22a.

¹²⁰¹ ATF 129 III 481, JdT 2003 I p. 760 ; TF, 5C. 103/2002, du 18.07.2002, FamPra.ch 2003 p. 147 ; ATF 128 III 411 ; ATF 118 II 93, JdT 1995 I p. 100.

¹²⁰² TF 5D_148/2017, du 13.10.2017, consid. 3.1. ; FamPra.ch 2018 p. 220 ; SJ 2018 I p. 145.

¹²⁰³ Message relatif au partage de la prévoyance professionnelle : FF 2013, p. 4355. Voir aussi p. 4369.

Bien que nous saisissons toute l'importance de maintenir le minimum vital des époux, nous nous interrogeons toutefois quant à l'opportunité de transposer telle quelle la maxime inquisitoire de l'art. 280 CPC à celle applicable à l'intervention requise du juge dans le cadre d'une affaire de droit de la famille mettant en jeu les intérêts d'un enfant (art. 296 CPC). La question se pose en effet de savoir si ce régime de protection devrait être le même entre un enfant mineur et l'un de ses parents et ce, pour différentes raisons assez évidentes (capacité de discernement, consentement éclairé, interpellation par le tribunal, degré de participation et d'implication dans la procédure, etc.). Ainsi, nonobstant la qualification donnée à cette maxime, il conviendrait selon nous d'appréhender la renonciation, respectivement le **pouvoir de disposer des époux comme étant le principe en matière de partage des prétentions, et de n'envisager le refus de ratifier la convention par le juge qu'en cas de motif sérieux justifiant de contrarier la volonté des parties** (exception). C'est d'ailleurs ce qui semble ressortir, dans un second temps, du Message du Conseil fédéral concernant les nouveaux articles du CC¹²⁰⁴ :

997 « Pourtant, il [le Conseil fédéral] estime indispensable de prévoir des exceptions au principe du partage par moitié. Il croit en particulier **qu'il s'impose de laisser aux époux la marge de manœuvre nécessaire, car ce sont eux qui ont la meilleure perception de leur situation économique et de leurs besoins de prévoyance**. Il faut donc leur conférer le droit de décider d'un commun accord s'ils entendent partager les prétentions ou s'ils préfèrent renoncer partiellement ou totalement au partage, pour autant qu'ils continuent de bénéficier d'une prévoyance adéquate (art. 124b, al. 1, p-C-C). Le juge devra examiner d'office si les conditions d'une renonciation sont réunies (art. 280, al. 3, p-CPC) ».

998 Au surplus nous estimons que cette interprétation extensive de la maxime inquisitoire de l'art. 280 CPC n'est pas forcément nécessaire dans la mesure où :

- **La maxime inquisitoire illimitée continuera de s'appliquer** lorsque la mise en péril de la capacité financière et contributive de l'époux risquerait de se répercuter **sur les enfants mineurs**. S'appliquera ainsi par analogie aux questions de prévoyance professionnelle la jurisprudence en vertu de laquelle les faits établis d'après l'art. 296 al. 1 CPC pourront également servir à déterminer la contribution de l'époux, dès lors que ces deux types de contributions forment, du point de vue de la capacité contributive du débiteur, **un ensemble dont les éléments individuels ne peuvent être fixés de manière entièrement indépendante les uns des autres**¹²⁰⁵ ;
- Le fait de ne pas admettre un devoir de rechercher d'office du juge (« erforschen ») n'empêche en aucun cas ce dernier de **vérifier d'office que la prévoyance vieillisse et invalidité reste assurée** comme le prévoit expressément l'art. 280 al. 3 CPC **et d'interpeller les parties à ce sujet** (art. 56 CPC). En ce

¹²⁰⁴ Message relatif au partage de la prévoyance professionnelle : FF 2013, p. 4355. Voir aussi : TAPPY, Les procédures en droit matrimonial, p. 324 ; CR CPC-TAPPY, art. 278 N 22 ; SUTTER-SOMM, Das familienrechtliche Verfahren, p. 85 ; VOUILLOZ, Le partage de prestation de sortie et l'allocation de l'indemnité équitable, SJ 2010 II 93 ; JUNGO/GRÜTTER, FamKomm. ZGB, art. 124b.

¹²⁰⁵ ATF 128 III 411, consid. 3.2.2 ; TF, 5A_361/2011, du 7.12.2011, RSPC 2012 p. 196 et note de BOHNET.

sens, on peut considérer que cette vérification d'office s'apparente presque à un cas d'application de l'art. 153 al. 2 CPC dans la mesure où il existe un **motif sérieux de doute quant à la préservation du minimum vital de l'époux** ;

- De même, le juge peut également se procurer certaines informations et documents relatifs aux conséquences patrimoniales du divorce selon l'**art. 277 al. 2 CPC**, qui pourront ensuite s'avérer utiles pour les questions de prévoyance professionnelle. En effet la maxime inquisitoire sociale autorise le juge à **se fonder sur tous les faits pertinents et établis, même si les parties ne les ont pas invoqués** dans ce cadre-là ;
- Enfin, même en n'octroyant pas le degré maximal d'investigation au juge, ce dernier ne sera **pas lié par les conclusions des parties en vertu de la maxime d'office, applicable aux questions de prévoyance professionnelle**¹²⁰⁶. Cela étant, le juge pourra refuser la renonciation d'un des époux, s'il estime que ce dernier met en péril son minimum vital et renonce ainsi de manière excessive au partage des prétentions de prévoyance professionnelle.

En conclusion, il importe finalement peu que l'on admette ou pas la maxime inquisitoire illimitée dans les cas de renonciation d'un époux au partage de la prévoyance professionnelle, **pour autant que le refus du juge n'intervienne qu'en faveur du maintien du minimum vital des parties et jamais pour imposer sa solution**. Il convient de voir cette intervention comme un moyen pour l'Etat de préserver leurs intérêts en anticipant le cas du conjoint trop généreux et surtout trop optimiste, qui renoncerait à sa part pour ensuite finir (dans le pire des cas) à la charge de l'Etat.

999

S'il nous fallait toutefois choisir, l'art. 280 al. 3 CPC constituerait certainement une maxime inquisitoire hybride entre les exigences de l'art. 296 al. 1 CPC et celles de la maxime inquisitoire sociale dans la mesure où elle combine les **impératifs d'intérêts publics, d'autonomie et de pouvoir de disposer des parties**. L'introduction d'une nouvelle notion ne ferait toutefois que compliquer la compréhension générale déjà floue autour des différentes maximes inquisitoires sans vraiment servir la cause de l'époux et de son minimum vital en cas de partage des prétentions de prévoyance professionnelle. Pour cette raison, il convient de simplement garder à l'esprit le but et les motifs à l'origine de l'intervention du juge selon l'art. 280 al. 3 CPC. De plus et comme dit précédemment, **ce n'est pas l'avis du TF**, dans l'arrêt 5A_148/2017 (cf. *supra*), qui retient (*a contrario*) la mise en œuvre de la **maxime inquisitoire illimitée en première instance**.

1000

Après ce long *excursus*, on peut imaginer un cas de violation de l'art. 277 al. 3 en lien avec l'art. 280 CPC, lorsque – contrairement aux devoirs découlant de la maxime inquisitoire illimitée – le juge (de première instance) n'aura pas investigué de manière active, afin de s'assurer que la prévoyance vieillesse et invalidité des époux était adéquate pour chacun deux,

1001

¹²⁰⁶ FamPra.ch 2003, p. 147, consid. 4.2.

malgré le fait qu'ils se soient écartés du partage par moitié (*idem* en cas de renonciation). A l'inverse, il sera *a priori* difficile de lui reprocher une ingérence trop importante lors de l'analyse/la vérification de la **situation « adéquate »** des époux. Dès lors, ne viole pas ses devoirs le juge qui impose le partage entre des époux et notamment à la conjointe qui souhaite renoncer à sa part du fait qu'elle ait récemment refait sa vie avec un très riche rentier. Le maintien de bonnes relations avec son ex-conjoint, la promesse d'entretien par son nouveau compagnon, de même que la probabilité d'une nouvelle union ne peuvent être des motifs valables pour renoncer à sa prévoyance professionnelle, le risque de ne finalement rien toucher étant, dans ces circonstances, bien réel.

1002 A l'inverse, on peut estimer que le juge outrepassera vraisemblablement sa compétence s'il refuse de ratifier une renonciation conventionnelle à une répartition par moitié pour des époux, jeunes en termes de carrière professionnelle, sans enfant et dont le mariage aura été très bref¹²⁰⁷. En effet et nonobstant l'application de la maxime inquisitoire illimitée (qui l'oblige à **vérifier d'office** la situation), **aucun intérêt public** ne justifie d'écarter la solution d'époux qui, par choix, renoncent à une répartition purement égalitaire pour des montants que l'on peut considérer comme modestes¹²⁰⁸. Il s'agirait *in casu* d'une **ingérence excessive du juge**. *Idem* pour le juge qui, n'ayant pas requis suffisamment de pièces pour connaître du dossier, imposerait un partage de moitié aux conjoints qui y avaient pourtant renoncé pour des motifs valables. Cela peut par exemple être le cas d'époux ayant une grande différence d'âge et pour lesquels une répartition purement égalitaire tendrait à pénaliser le conjoint le plus âgé. Dans ce cas, l'intervention du juge ne se fonderait sur aucun motif valable.

1003 Ce régime change toutefois **en deuxième instance**. Ainsi, le conjoint mécontent de la ratification ou du refus de ratification du juge en première instance ne pourra se reposer sur les investigations approfondies du juge au stade de l'appel et devra faire bon usage de son **devoir de collaboration** s'il ne veut pas prendre le risque de se voir pénaliser par une administration lacunaire des faits et moyens de preuve y-relatifs (car la maxime inquisitoire illimitée ne s'appliquera plus).

5. Art. 296 CPC : la maxime inquisitoire pure et la maxime d'office dans les procédures applicables aux enfants dans les affaires de droit de la famille

1004 L'art. 296 CPC se divise en trois parties. Le principe de la maxime inquisitoire illimitée pour la procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille (al. 1). L'obligation pour les parties et les tiers de se prêter aux examens nécessaires à l'établissement de la filiation en sus du devoir général de collaboration (al. 2). Et enfin, le principe de la maxime

¹²⁰⁷ TF, 5D_148/2017, du 13.10.2017, SJ 2018 I p. 145, *a contrario*.

¹²⁰⁸ CR CPC-TAPPY, art. 280 N 20.

d'office en complément de la maxime inquisitoire au sens strict, s'agissant de la fixation de l'objet du litige (al. 3).

Ce principe s'applique à tous les litiges portant sur des prétentions de l'enfant dérivant du droit de la famille, qu'il s'agisse d'une procédure indépendante ou non. Par « procédure simplifiée applicable aux procédures indépendantes », on entend notamment les actions d'entretien indépendantes, ou encore les actions relatives à la constatation et à la contestation de la filiation¹²⁰⁹. Enfin, même si le principe de la maxime inquisitoire pure a été instaurée dans l'intérêt de l'enfant, elle doit également profiter au débiteur de la prestation d'aliments dont il convient de préserver le minimum vital¹²¹⁰. Cette question intervient également dans les cas de renonciation au partage de la prévoyance professionnelle entre les époux en vertu de l'art. 280 al. 3 CPC. Pour le surplus, nous renvoyons aux N 991 ss.

Comme le rappelle le Message du Conseil fédéral de 2006, la maxime inquisitoire pure a pour corollaire la liberté des moyens de preuve. Cette absence de *numerus clausus* touche notamment aux modalités de l'audition, qui doit, selon l'art. 298 al. 1 CPC, se dérouler de manière appropriée pour l'enfant. La maxime inquisitoire **déroge également à la maxime éventuelle** dès lors que la prise en compte des faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pas soumises aux restrictions ordinaires au sens de l'art. 229 al. 3 CPC, que ce soit en première instance ou au stade de l'appel. Ce n'est toutefois pas le cas au stade du recours¹²¹¹.

La maxime inquisitoire pure est accentuée, à l'art. 296 al. 2 CPC, par un devoir particulier de collaboration des parties. Le Message du Conseil fédéral parle en l'occurrence de « procès d'Etat » pour lequel les parties et les tiers doivent prêter leur concours, et notamment tolérer un examen (prélèvement) ou toute autre expertise apte à exclure ou établir un rapport de filiation. Ce **devoir de collaboration accru** peut en outre porter sur toutes les autres formes d'apport de preuves (déposition, production de documents, etc.). La seule différence étant que, sauf mise en danger de la santé de l'individu, le refus de collaborer ne peut être admis selon les exceptions prévues aux art. 163 ss CPC lorsqu'il s'agit de mesures visant à clarifier le rapport de filiation. Dans ce cas, le juge peut même recourir à la contrainte. Pour tous les autres moyens de preuve, les restrictions générales des art. 163 ss CPC continuent de s'appliquer¹²¹².

Il existe encore deux raisons supplémentaires à ces pouvoirs d'investigation spéciaux ainsi qu'à l'absence de limitation aux conclusions des parties s'agissant des enfants dans le divorce (cf. ci-après) : d'une part ceux-ci sont **touchés, mais pas vraiment parties** et ne prennent eux-mêmes de conclusions que dans le cas relativement exceptionnel où ils sont représentés

¹²⁰⁹ Message CPC 2006, p. 6973 ; CR CPC-JEANDIN, art. 296 N 1 ss ; BK ZPO-SPYCHER, art. 296 N 5 s. ; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 296 N 1 s.

¹²¹⁰ KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 296 N 6 ss ; BK ZPO-SPYCHER, art. 296 N 7 ; CR CPC-JEANDIN, art. 296 N 3 ; HALDY, Procédure civile suisse, p. 181 s.

¹²¹¹ Message CPC 2006, p. 6973 ; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 296 N 4.

¹²¹² KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 296 N 6 ss ; BK ZPO-SPYCHER, art. 296 N 7 ; CR CPC-JEANDIN, art. 296 N 7 ss ; HALDY, Procédure civile suisse, p. 181 s.

par un curateur. D'autre part le **juge du divorce** (ou celui des MPUC) **remplace dans ce cas l'autorité de protection de l'enfant**¹²¹³.

1009 L'art. 296 al. 3 CPC traite enfin du principe de la **maxime d'office**, selon lequel le tribunal peut statuer autrement que selon ce qui a été requis par les parties et peut ainsi octroyer plus que ce qui a été demandé ou moins que ce qui a été admis par les parties. De la sorte, le juge ne peut se voir imposer les éventuelles transactions, acquiescements, désistements d'action établis directement entre les parties, sauf en ce qui concerne la déclaration de reconnaissance de l'enfant au sens l'art. 260 al. 3 CC. Cette liberté du juge n'inclut pas non plus l'hypothèse du retrait de l'action au sens de l'art. 65 CPC¹²¹⁴.

1010 Aux termes des art. 295 ss CPC, la procédure simplifiée s'applique aux procédures indépendantes concernant les enfants dans les affaires familiales, peu importe la valeur litigieuse. L'art. 280 aCC était un rappel de l'objectif de **simplicité et de rapidité** lié à la gestion de ce type de litige. Ainsi, le juge procédera d'office à la recherche des faits et des moyens de preuve, peu importe le contenu des allégations des parties, afin de préserver au mieux l'enfant. Il choisira également de procéder rapidement et selon des moyens spécifiques, qui permettront de préserver au mieux ses intérêts, notamment en limitant son implication à la procédure (audition personnelle des parents et tentative de médiation ; audition et représentation de l'enfant, etc.). La procédure simplifiée subit toutefois une exception : lorsque la demande de l'enfant a pour objet une **contribution extraordinaire** au sens de l'art. 286 al. 3 CC, c'est la procédure sommaire qui s'appliquera conformément à l'art. 302 al. 1 let. b CPC, alors même qu'il s'agira d'une procédure indépendante¹²¹⁵. On peut également mentionner les autres cas visés par l'art. 302 CPC et notamment l'avis au débiteur (let. c) lorsque celui-ci n'est pas lié à un procès matrimonial.

1011 Concernant plus spécifiquement les dispositions de droit matériel visées par ces articles, seules les prétentions fondées sur le droit de la famille sont visées. Or, cette idée « d'intérêt de l'enfant » est une notion transversale aux affaires familiales, que l'on retrouve aussi bien en cas de **constatation ou contestation de la filiation** (art. 252 ss CC), que dans les **demandes en contribution d'entretien** (art. 276 ss CC), pour toutes les questions touchant directement au **sort de l'enfant dans le cadre de la procédure de divorce** (art. 133 s. CC), ou encore par exemple, en cas d'**action en annulation de l'adoption** intentée par l'enfant (art. 269 à 269b CC). C'était d'ailleurs l'objet de l'art. 280 aCC qui a par la suite permis de définir la portée de la maxime inquisitoire pure de l'art. 296 CPC lors de l'unification de la procédure : « Les cantons sont tenus de soumettre à une procédure simple et rapide les litiges relatifs à l'obligation d'entretien (al. 1). Le juge examine d'office les faits et apprécie librement les preuves (al. 2). La demande d'aliments peut être cumulée avec l'action en paternité

¹²¹³ Cf. néanmoins art. 315a s. CC concernant les hypothèses dans lesquelles l'autorité de protection de l'enfant reste compétente.

¹²¹⁴ CR CPC-JEANDIN, art. 296 N 14 ss ; BK ZPO-SPYCHER, art. 296, n° 14 ss ; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 296 N 10 s.

¹²¹⁵ SCHWEIGHAUSER, in : Sutter-Somm et al., ZPO Komm., art. 295 N 1 et 14 ss ; CR CPC-JEANDIN, intro art. 295-394 N 1 s., et art. 295 N 1 ss ; KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, art. 295 N 1 ss.

(al. 3) ». On retrouve également à l'art. 133 CC (Sort des enfants. Droits et devoirs des père et mère), comme avant aux art. 144 ss aCC (Sort des enfants. Audition ; appréciation des circonstances, représentation de l'enfant, etc.) les domaines visés par l'art. 295 CPC, à savoir : la question de l'**autorité parentale**, de la **garde de l'enfant**, des **relations personnelles** et de la participation de chaque parent à la **prise en charge de l'enfant**, ainsi que des **contributions d'entretien**. En substance, les art. 144 et 146 aCC ont été repris par les art. 298 et 299 CPC, tandis que l'art. 145 aCC relatif à l'appréciation des circonstances et à l'établissement des faits d'office se retrouve dans la consécration de la maxime inquisitoire pure de l'art. 296 CPC. A noter enfin qu'il faut entendre, par « procédure indépendante » (art. 295 CPC), tous les litiges qui ne portent que sur les **prétentions de l'enfant relevant du droit de la famille**. Cela exclut donc la procédure de divorce en tant que telle. Les prétentions de l'enfant qui naîtraient consécutivement à la procédure de divorce devront être traitées dans le cadre d'une action séparée¹²¹⁶.

S'agissant du Message relatif à la modification du CPC (amélioration de la praticabilité et de l'application du droit), « le Conseil fédéral propose notamment que les procédures contentieuses en matière de droit de la famille soient soumises à la procédure simplifiée lorsque la procédure sommaire n'est pas applicable. Cette modification vise tant les procédures contentieuses de divorce (art. 288, al. 2, et 291, al. 3, P-CPC) que toutes les procédures indépendantes concernant les enfants et leur entretien (art. 295 P-CPC). Ces dernières seront régies par la maxime inquisitoire et la maxime d'office (art. 296 P-CPC) »¹²¹⁷.

1012

Concernant la question des actions introduites par les enfants majeurs, nous renvoyons ici aux N 842 ss¹²¹⁸.

1013

Concernant plus spécifiquement l'art. 296 P-CPC, cette règle doit être par conséquent adaptée conformément au contenu de l'art. 295 P-CPC. C'est ce sur quoi se penche le Conseil fédéral :

1014

« Selon le droit en vigueur, la question de savoir si la maxime inquisitoire illimitée et la maxime d'office énoncées à l'art. 296 CPC ne valent que pour les procédures applicables aux enfants au sens étroit, donc aux mineurs, ou s'ils s'appliquent de manière générale aux enfants, même majeurs, et notamment à leurs demandes d'aliments, n'a pas encore été tranchée de façon définitive. Même si le TF s'est exprimé [...] contre l'extension de cette protection procédurale accrue aux enfants majeurs, la pratique des cantons ne semble pas homogène. La doctrine dominante est quant à elle favorable à l'application complète ou partielle de la maxime inquisitoire et de la maxime d'office aux enfants, qu'ils soient mineurs ou majeurs. Selon la jurisprudence, ces principes s'appliquent lorsqu'un enfant atteint la majorité pendant la durée de la procédure ou lorsque le tribunal doit statuer simultanément sur plusieurs prétentions portant sur des prestations d'entretien de même rang qui sont soumises à la maxime inquisitoire illimitée et à la maxime d'office. L'art. 296, al. 2, CPC est toujours applicable indépendamment de l'âge de l'enfant.

¹²¹⁶ SCHWEIGHAUSER, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 295 N 10 ss ; CR CPC-JEANDIN, intro art. 295-394 N 1 s. ; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 295 N 2.

¹²¹⁷ Message CPC 2020, p. 2627.

¹²¹⁸ Message CPC 2020, p. 2674. Voir aussi : KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 295 N 3.

La modification de l'art. 295 CPC qui est proposée clarifie la situation juridique quant à la procédure applicable: la procédure simplifiée et les allègements qu'elle implique – en particulier le devoir d'interpellation accru visé à l'art. 247, al. 1, CPC – vaudra à l'avenir pour toutes les procédures indépendantes concernant les enfants y compris leurs demandes d'aliments; cette solution relativise les effets de l'application de maximes différentes. La modification de l'art. 295 CPC met également en évidence que les règles énoncées à l'art. 296 CPC s'appliquent à tous les litiges concernant les enfants, y compris leur entretien, qu'ils soient mineurs ou majeurs ».

- 1015 Comme le souligne à juste titre le Conseil fédéral, cette solution permettra aux enfants, mineurs ou majeurs, de mieux gérer les difficultés qu'ils rencontreront au cours de ces procédures forcément lourdes à supporter quel que soit leur âge.
- 1016 De façon très pragmatique et afin d'uniformiser les versions allemande, française et italienne, l'art. 296 al. 1 sera formulé ainsi, sur le modèle de l'art. 254 ch. 1 aCC : « [l]e tribunal examine les faits d'office ». Il ne s'agit toutefois là que d'une modification de nature purement rédactionnelle, n'entraînant pas de changement matériel¹²¹⁹.
- 1017 S'agissant de la question **des faits et moyens de preuve nouveaux en appel** (cf. N 868 ss), le Conseil fédéral est d'avis qu'il y a lieu de traiter différemment les procédures dans lesquelles la maxime inquisitoire illimitée s'applique. Ainsi, lorsque le tribunal doit « examiner » les faits d'office (voir en particulier art. 296 CPC et l'art. 446 al. 1 CC pour le droit de la protection de l'adulte et de l'enfant), **les faits et les moyens de preuve nouveaux doivent être admis sans limitation jusqu'aux délibérations, même dans la procédure d'appel**. L'intérêt à l'établissement des faits et de la vérité matérielle doit donc prévaloir dans les procédures soumises à la maxime inquisitoire illimitée¹²²⁰.

C. Mentions en procédure pénale¹²²¹

1. Procédure pénale : le délicat équilibre entre maxime inquisitoire, recherche de la vérité matérielle et respect des droits de la défense

- 1018 Tout comme la procédure civile, la procédure pénale suisse n'a été unifiée que depuis quelques années (Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011), et s'inspire en grande partie des solutions connues et éprouvées dans les anciennes procédures cantonales. Mais, à la différence de la procédure civile, la procédure pénale porte en son sein un paradoxe de taille : celui de garantir les droits de la défense tout en assurant la poursuite des infractions pénales, respectivement la recherche objective des preuves relatives auxdites infractions. Le principe est en effet que, dans toute procédure pouvant justifier une sanction pénale, l'autorité d'instruction **recherche la vérité matérielle** ou autrement dit, qu'elle établisse les faits tels qu'ils se sont effectivement déroulés. Cela

¹²¹⁹ Message CPC 2020, p. 2676.

¹²²⁰ Message CPC 2020, p. 2680.

¹²²¹ Nous n'aborderons que la procédure pénale (et *a contrario* pas la procédure administrative), notamment dans la perspective d'introduire plus loin l'action civile adhésive.

implique notamment, au stade de l'enquête préliminaire, que l'instruction soit menée d'office, conformément à la maxime de l'instruction prévue à l'art. 6 CPP (sauf en cas d'infractions poursuivies sur plainte). La recherche de la vérité matérielle a également pour corollaire l'obligation, pour le magistrat, de recueillir avec un soin égal les preuves à charge et à décharge¹²²².

Conformément à ce qui vient d'être exposé ci-dessus, l'autorité pénale ne sera pas liée par les réquisitions et les conclusions des parties. Elle se chargera d'instruire tous les faits pertinents (à charge comme à décharge), et de rechercher tous les moyens de preuve licites, de façon à établir la vérité matérielle (art. 6 et 139 CPP). De leur côté, les parties ont le droit de proposer et de requérir l'administration de preuves, sans pour autant que l'autorité pénale y soit liée (art. 109, 317, 318 al. 2, 331, 345 et 399 al. 3 let. c CPP). S'agissant des moyens de preuves, le système est celui de la preuve officielle et de l'absence de *numerus clausus* (liberté des moyens de preuve, pour autant qu'ils soient licites). En ce qui concerne le degré de preuve et de motivation, c'est la maxime *in dubio pro reo* qui s'applique. En vertu de ce principe, le juge est tenu de retenir la **thèse la plus favorable au prévenu**, dès l'instant où il subsiste un **doute insurmontable** quant à sa culpabilité. Cette règle vaut de la même manière pour des hypothèses ayant le même degré de vraisemblance et pour lesquels le juge devra retenir celle qui sera la plus favorable au prévenu¹²²³.

A ce stade du procès, les seules limites au **principe de l'inquisitoire** sont le **principe de bonne foi, de la loyauté dans les recherches** et, du côté du prévenu, le droit de se taire ou plus globalement le **droit à l'autofavorisation**¹²²⁴.

Un autre principe lié à la mise en œuvre de l'instruction pénale est celui de la **maxime d'office** découlant de l'art. 7 CPP, et disposant que « les autorités pénales sont tenues, dans les limites de leurs compétences, d'ouvrir et de conduire une procédure lorsqu'elles ont connaissance d'infractions ou d'indices permettant de présumer l'existence d'infractions ». En engageant les poursuites pénales, l'Etat conserve ainsi le **monopole de la justice répressive**. La maxime d'office a également pour corollaire le **principe de la légalité** selon lequel l'autorité d'instruction ne peut ouvrir ou conduire une procédure pénale que s'il existe des indices permettant de présumer la commission d'une infraction¹²²⁵.

Une fois passé le stade de l'instruction, c'est ensuite le **principe accusatoire** qui prévaut durant le procès, et en vertu duquel « une infraction ne peut faire l'objet d'un jugement que si le ministère public a déposé auprès du tribunal compétent un acte d'accusation dirigé contre

¹²²² MOREILLON, La recherche des preuves dans l'instruction pénale : maxime inquisitoire et droit de la défense, RPS 122/2004, p. 143 ss ; PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 185 ; BOHNET/JEANNERET, Les preuves, p. 67 ; RIKLIN, StPO Komm., art. 6 N 1 s. ; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, art. 6 N 1.

¹²²³ BOHNET/JEANNERET, Les preuves, p. 67 ss ; RIKLIN, StPO Komm., art. 6 N 3 ss ; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, art. 6 N 1 ss.

¹²²⁴ MOREILLON, La recherche des preuves dans l'instruction pénale : maxime inquisitoire et droit de la défense, RPS 122/2004, p. 140 ss ; BOHNET/JEANNERET, Les preuves, p. 71 s. ; RIKLIN, StPO Komm., art. 10 N 1 ss ; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, art. 10 N 2 s.

¹²²⁵ Message relatif au CPP, FF 2006 I 106 ; RIKLIN, StPO Komm., art. 7 N 1 s. ; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, art. 7 N 1 ss.

une personne déterminée sur la base de faits précisément décrits » (art. 9 al. 1 CPP). Ce changement de paradigme au stade du procès permet de **garantir les droits fondamentaux de la défense**, dès lors que le prévenu peut aussi bien discuter des preuves à charge, qu'apporter des preuves à décharge en participant au procès. Ainsi, sauf procédure de l'ordonnance pénale (art. 9 al. 2 et 352 ss CPP), procédure en matière de contravention (art. 9 al. 2 et 357 CPP), et exception de l'art. 333 al. 2 CPP (modification et complément de l'accusation), le procès pénal ne peut être conduit que si **une autorité, distincte du tribunal appelé à juger**, a recueilli les faits et preuves pertinents dans le cadre de la procédure préliminaire, puis a exposé ses griefs dans un acte d'accusation adressé au tribunal¹²²⁶.

1023 Selon l'art. 6 CEDH que l'on retrouve en substance à l'art. 32 Cst. féd. : « toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ». Ainsi, peu importe que l'on applique la maxime inquisitoire au stade de l'instruction, puis la maxime d'accusation au stade du procès : le **principe de la présomption d'innocence** gouverne la procédure pénale des opérations de pré-enquête jusqu'au jugement définitif et exécutoire de culpabilité. Au niveau procédural, ce principe a des **conséquences sur la répartition du fardeau de la preuve**, puisque c'est à l'accusation d'établir les éléments constitutifs, objectif et subjectif de l'infraction, ainsi que les autres conditions de la poursuite à la charge du suspect. Toutefois, pour reprendre la formule de MOREILLON, « le renversement du fardeau de la preuve n'est pas un crime procédural [...]. Tout dépend de la gravité de la sanction et de la faculté, pour l'accusé et son défenseur, de pouvoir participer efficacement et activement au procès équitable »¹²²⁷. La question est donc de savoir, d'une part, si les limites de la présomption d'innocence ont été franchies au détriment de l'accusé et, d'autre part, si le renversement du fardeau de la preuve est appliqué de manière compatible avec cette présomption. La règle étant qu'il **incombe à l'accusation de prouver l'existence d'une infraction, et pas au suspect d'établir qu'il n'a pas commis d'infraction**. En effet, le juge pénal qui condamnerait l'accusé au motif qu'il n'aurait pas prouvé son innocence agirait en violation de l'art. 32 Cst. féd.¹²²⁸.

1024 Comme nous l'évoquions dans le titre de cette partie, certaines situations propres à la procédure pénale illustrent particulièrement bien le délicat équilibre qui existe entre conduite de l'instruction et du procès pénal d'une part, et respect des droits de l'accusé d'autre part. L'exemple le plus évident est celui de l'interdiction de témoigner contre soi-même ou « droit à l'autofavorisation ». En vertu de ce principe, l'auteur présumé n'a **aucune obligation de collaborer à la recherche de la vérité** et, si c'est le cas, d'avouer son forfait. Ce principe, anciennement déduit de l'art. 4 aCst. féd., l'est aujourd'hui des art. 29 al. 1 et

¹²²⁶ Message relatif au CPP, FF 2006 1107 ; MOREILLON, La recherche des preuves dans l'instruction pénale : maxime inquisitoire et droit de la défense, RPS 122/2004, p. 140 ss ; RIKLIN, StPO Komm., art. 9 N 1 ss ; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, art. 9 N 1 s. et 3 s.

¹²²⁷ MOREILLON, La recherche des preuves dans l'instruction pénale : maxime inquisitoire et droit de la défense, in : RPS 122/2004, p. 146.

¹²²⁸ MOREILLON, La recherche des preuves dans l'instruction pénale : maxime inquisitoire et droit de la défense, RPS 122/2004, p. 146 s. ; RIKLIN, StPO Komm., art. 10 N 3 ss ; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, art. 10 N 6 s. ; CEDH, arrêt Salabiaku c. France du 7 octobre 1988, 10519/83.

30 al. 1 Cst. féd. relatifs aux garanties générales de procédure ainsi qu'à l'accès au juge. Cette règle vise à protéger le suspect contre les erreurs judiciaires et plus spécifiquement, contre les risques de coercition de la part des autorités de poursuite pénale. Ce droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination, directement lié au principe de la présomption d'innocence, est un **droit absolu qui permet au prévenu de nier les faits qui lui sont reprochés voire de mentir**, sous réserve des hypothèses prévues aux art. 303 et 304 CP (dénonciation calomnieuse et induction de la justice en erreur). Ce droit ne concerne toutefois que le respect du silence du suspect, et ne s'étend pas à d'autres aspects et moyens mis en œuvre dans le cadre de la procédure pénale touchant directement le suspect (perquisition, séquestre, expertise, etc.). Si elles remplissent les conditions de l'art. 36 Cst. féd. relatives à la restriction des droits fondamentaux, lesdites mesures pourront être ordonnées contre la volonté du suspect. A l'inverse **l'autorité d'instruction doit permettre au prévenu comme à l'accusé de participer activement à l'établissement de certains faits exonérateurs de l'incrimination pénale**. Cette participation étant dans l'intérêt du suspect, elle ne viole en rien la garantie à l'autofavorisation¹²²⁹.

MOREILLON propose d'autres exemples de situations dans lesquelles l'équilibre entre garanties de procédure et instruction d'office (maxime inquisitoire) peuvent entrer en conflit durant le procès pénal, et notamment¹²³⁰ :

- **l'audition de la personne appelée à donner des renseignements** (art. 178 ss CPP), disposant d'un statut hybride qui ne remplit ni les caractéristiques du témoin ni celles du prévenu. Du fait qu'elle ne soit pas entendue en qualité de prévenu, mais qu'elle puisse s'avérer être, soit l'auteur des faits à élucider ou d'une autre infraction connexe, soit un participant à ces actes, la personne appelée à donner des renseignements n'est pas tenue de déposer et se voit appliquer par analogie les dispositions concernant l'audition du prévenu (art. 180 al. 1 CPP) ;
- **l'audition du témoin anonyme ou d'un agent infiltré** (art. 150 et 151 CPP) pour lesquels des mesures de protection appropriées (dont l'anonymisation) peuvent être prises, sur demande ou d'office, s'il y a lieu de craindre qu'elles soient exposées à un danger sérieux menaçant leur vie ou leur intégrité corporelle ou un autre inconvénient grave ;
- **la confrontation de l'auteur avec la victime**, et notamment les victimes au sens de la Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (art. 153 al. 2 et 154 al. 4 CPP).

¹²²⁹ MOREILLON, La recherche des preuves dans l'instruction pénale : maxime inquisitoire et droit de la défense, RPS 122/2004, p. 143 ss et 147 ; BOHNET/JEANNERET, Les preuves, p. 71 s. ; RIKLIN, StPO Komm., art. 10 N 1 ss ; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, art. 10 N 2 s.

¹²³⁰ MOREILLON, La recherche des preuves dans l'instruction pénale : maxime inquisitoire et droit de la défense, RPS 122/2004, p. 152 ss.

Au stade du procès pénal, c'est la **procédure simplifiée** qui constitue la principale exception à la maxime de l'instruction (art. 6 CPP), bien qu'elle ne s'applique que dans une moindre mesure par rapport aux règles du procès civil¹²³¹ :

1027 « En procédure pénale, les conventions passées entre le ministère public et le prévenu qui portent sur les faits qui doivent être soumis au tribunal pour jugement ainsi que sur les sanctions qu'il convient de requérir du tribunal, portent atteinte aux principes statué par le droit de la procédure pénale, principes sur lesquels s'appuie le code de procédure pénale suisse. **De telles conventions remettent notamment en cause la maxime de l'instruction (art. 6) qui oblige les autorités pénales à rechercher d'office tous les faits pertinents pour la qualification de l'acte et le jugement du prévenu, de même que le caractère impératif de la poursuite (art. 7), principe en vertu duquel les autorités pénales sont tenues d'ouvrir et de conduire une procédure lorsqu'elles disposent d'éléments permettant de présumer l'existence d'infractions.**

[...] En dépit des réserves de taille émises par les experts, **le Conseil fédéral propose d'introduire une procédure simplifiée qui permette aux parties qui se sont entendues sur la question de la culpabilité, la mesure de la peine et les prétentions civiles, de soumettre directement (ou plus précisément en sautant certaines étapes de la procédure préliminaire, en particulier) le cas pour jugement au tribunal compétent pour statuer au fond** ».

1028 De même, en raison de la **surcharge chronique des tribunaux** et du **principe de proportionnalité**, l'art. 8 CPP incite le ministère public et les tribunaux à **restreindre le caractère impératif de la poursuite pénale** et, du même coup, à **restreindre la portée de la maxime d'accusation** (art. 9 CPP). C'est notamment ce à quoi fait référence le Conseil fédéral lorsque, dans son message, il préconise des solutions propres à simplifier la procédure et « l'application plus ample du principe de l'opportunité »¹²³².

1029 Ainsi, que l'on se situe au stade de l'enquête préliminaire ou de la procédure des débats, le prévenu doit, en toutes circonstances, bénéficier de la présomption d'innocence, d'un comportement loyal de la part de l'autorité d'instruction, ainsi que d'une défense efficace. L'objectif d'intérêt public intrinsèquement lié au procès pénal urge toutefois le législateur, de même que les autorités d'instruction, à admettre la maxime inquisitoire et donc, la nécessité de poursuite au stade de l'enquête préliminaire. Néanmoins, la justification des poursuites et des moyens coercitifs mis à disposition de l'autorité d'instruction pour le bon déroulement de l'investigation policière et judiciaire ne doit pas conduire à un affaiblissement des droits de la défense pénale. Raison pour laquelle le droit d'être entendu dans le cadre de débats contradictoires et le principe *in dubio pro reo* s'appliquent de manière stricte durant le procès pénal, et que le renversement du fardeau de la preuve à la charge du suspect ne sera admis qu'à des conditions exceptionnelles et restrictives (exemple : présomption de culpabilité en cas de conduite sous l'effet de l'alcool au sens de l'art. 91 al. 1 LCR). En ce sens, les acteurs du procès pénal auront toujours à jongler avec beaucoup de précisions entre la maxime inquisitoire et la nécessité d'une défense pénale effective et loyale.

¹²³¹ Message relatif au CPP, FF 2006 1278 s. (Mise en gras ajoutée).

¹²³² Message relatif au CPP, FF 2006 1106.

2. Procès civil dans le procès pénal : action civile adhésive et maximes de procédure applicables

Prévue aux art. 122 à 126 CPP, l'action civile jointe (« Adhäsionsklage ») aménagée, pour la personne lésée par une infraction et souhaitant participer à la procédure pénale, la possibilité de faire valoir des prétentions civiles par adhésion à ladite procédure¹²³³. Il s'agit ici de prendre en considération **l'atteinte à des intérêts juridiquement protégés sur le plan du droit privé**, en sus de **comportements constitutifs d'une infraction pénale**. De la sorte, le lésé « déclenche un procès civil » dans le contexte du procès pénal régit par le CPP et, comme le mentionnent PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, **s'épargne ainsi les contraintes financières, temporelles et éventuellement psychologiques**, liées à l'ouverture d'une procédure distincte. Concernant le droit applicable, la réglementation du CPP est relativement sommaire, pour ne pas dire lacunaire. Néanmoins et en **l'absence de renvoi clair** aux dispositions du CPC dans le CPP, il convient selon nous de considérer que le **CPC ne s'appliquera que par analogie** et qu'**en présence d'une véritable lacune**, bien que la doctrine ne soit pas unanime sur ce point¹²³⁴.

1030

En ce qui concerne les **prétentions actionnables**, on admet que les prétentions civiles adhésives ne peuvent être dirigées que contre le prévenu. De même, et bien que cela ne soit pas strictement défini par le CPP, les prétentions doivent (1) être **de nature civile/se fonder sur le droit privé** (*a contrario* sont exclues celles qui se fondent sur le droit public, p. ex. prétentions en responsabilité de l'Etat) ; de même et comme le précisent PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, « sont également exclues les prétentions qui, bien que de droit civil, sont soumises à la compétence exclusive et impérative d'une instance particulière (certaines prétentions en matière de propriété intellectuelle p.ex.), ainsi que **celles qui ne sont pas soumises à la maxime de disposition** », notamment les **actions formatrices du droit de la famille** (une demande de divorce unilatérale au sens de l'art. 115 CC, en lien avec des lésions corporelles infligées à la victime par le prévenu ne saurait p. ex. être soumise au juge pénal)¹²³⁵. (2) Elles **trouvent leur origine dans l'infraction pénale**. Par conséquent, si l'autorité pénale abandonne un pan de l'accusation (p. ex. car les faits sont prescrits), le lésé ne pourra pas prétendre à des conclusions fondées sur ces faits. D'aucuns admettent comme déduites de l'infractions les prétentions suivantes : en dommages-intérêts, en réparation du tort moral, en revendication, découlant d'un trouble de la possession, d'une atteinte à la

1031

¹²³³ PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 186; MACALUSO, p. 175 s.; BSK StPO-DOLGE, art. 122 N 5 ss. Cf. également: DROESE L., Die Zivilklage nach der schweizerischen Strafprozessordnung, in: Haftpflichtprozess 2011, Zurich 2011, pp. 37-79; GARBARSKI A. M., le lésé et la partie plaignante dans la jurisprudence récente du tribunal fédéral, SJ 2017 II, pp. 142-151.

¹²³⁴ PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, pp. 186-188. En faveur d'une application directe du CPP: BSK StPO-DOLGE, art. 122 N 9 ; Sur ce sujet en général, cf. également : MACALUSO, p. 175 ss ; NUSSBAUMER A., Procédures civil et pénale : la difficile cohabitation, Revue de l'avocat 2/2022, p. 68 ss.

¹²³⁵ PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 195 pour les passages cités, et pp. 194-196 de manière plus générale ; CR CPP-JEANDIN/FONTANET, art. 122 N 18 ; BSK StPO-DOLGE, art. 122 N 65 et 71.

personnalité, ou d'une violation de la LCD¹²³⁶. La question de savoir s'il faut admettre des prétentions civiles qui ne relèvent pas exclusivement de la responsabilité fondée sur l'acte illicite semble admise, à tout le moins de manière implicite par la jurisprudence, tandis que les avis divergent en doctrine. Certains l'excluent totalement, tandis que d'autres retiennent le **critère du lien de connexité suffisant avec les faits faisant l'objet de la procédure pénale**, pour admettre ou non d'autres prétentions. PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS relèvent, selon nous à juste titre, que le fait de restreindre l'action civile adhésive à certains fondements juridiques serait contraire au principe *iura novit curia* (art. 57 CPC) qui doit également trouver application devant le juge pénal. De même l'admission de prétentions **connexes** va dans le sens d'une **économie de procédure pour le lésé**, qui semble être une des raisons d'être de l'action civile adhésive¹²³⁷.

1032 Une fois que le lésé s'est constitué partie plaignante comme demandeur au civil (art. 119 al. 2 let. b CPP ; une simple manifestation de volonté suffit), elle peut **déposer ses conclusions** auprès de l'autorité pénale (généralement de nature pécuniaire), puis les **chiffrer** et les **motiver** en indiquant ses offres de preuve (art. 123 al. 1 CPP), à moins qu'elle ne l'ait déjà fait dans le cadre de sa déclaration de constitution (rarement le cas en pratique). En l'occurrence et nonobstant l'application de la maxime d'instruction (art. 6 CPP), c'est la **partie plaignante qui supporte le fardeau de la preuve des faits qui fondent ses conclusions civiles** (art. 8 CC), à moins que les faits ressortent déjà du dossier. L'art. 313 al. 1 CPP prévoit néanmoins que « [l]e ministère public administre les preuves nécessaires pour statuer sur les conclusions civiles dans la mesure où cela n'étend ou ne retarde pas notablement la procédure ». En pratique et comme le précise de TF, **la partie plaignante doit bénéficier « d'une certaine souplesse »**¹²³⁸, notamment en ce qui concerne la difficulté de chiffrer son dommage à un stade précoce de la procédure. Elle peut ainsi prendre des conclusions partielles, ajouter de nouvelles conclusions en cours de procédure, les augmenter ou les réduire, voire même les retirer jusqu'à la fin des débats de première instance (art. 122 al. 4 CPP). MACALUSO parle à ce titre d'une **application atténuée de la maxime des débats**¹²³⁹.

¹²³⁶ PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, pp. 194-196; BSK StPO-DOLGE, art. 122 N 16 ss ; CR CPP-JEANDIN/FONTANET, art. 123 N 2 ss.

¹²³⁷ PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, pp. 196-198; concernant la jurisprudence, cf. : ATF 129 IV 216, consid. 1.2.2. Cf. en outre : PERRIER DEPEURSINGE, CPP annoté, art. 122 al. 1, *in toto*. En faveur de l'exclusion des prétentions contractuelles ou en enrichissement illégitime : CR CPP-JEANDIN/FONTANET, art. 122 N 9 ; BSK StPO-DOLGE, art. 122 N 70. Egalement en faveur d'une admission : MACALUSO, p. 181 s. Cf. **cependant l'arrêt récent : TF, 6B_1310/2021, du 15.08.2022 dans lequel le TF précise que la notion de conclusions civiles au sens des art. 122 ss CPP vise uniquement les prétentions qui peuvent se déduire d'une infraction pénale, ce qui exclut les prétentions contractuelles.**

¹²³⁸ TF, 1B_94/2015, du 26.06.2015, consid. 2.1; TF, 6B_578/2014, du 20.11.2014, consid. 3.2.1. ; TF, 1B_254/2013, du 27.09.2013, consid. 2.1.2.

¹²³⁹ MACALUSO, p. 186 ; PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, pp. 200 s.; CR CPP-JEANDIN/FONTANET, art. 123 N 13 ; BSK StPO-DOLGE, art. 123 N 1. Concernant l'application des maximes à l'action civile adhésive, cf. également : DOLGE A., Beschuldigt im Zivilprozess – Verharensgrundsätze bei der Zivilklage im Strafprozess, in: Heer M. et al. (éd.), «Toujours agité – jamais abattu»: Festschrift für Hans Wiprächtinger, Bâle 2011, pp. 733-751; Donatsch A., Der Beizug von Gutachten und Zeugen aussagen aus Zivilverfahren im Strafprozess, in:

1033 Prenant en compte **ce traitement préférentiel de la partie lésée** découlant de motifs de politique pénale relatifs à la protection de la partie lésée ou de la victime, DOLGE considère que l'application de la **maxime inquisitoire serait** en l'occurrence **plus appropriée que la maxime des débats**. Dans une telle hypothèse, la partie lésée resterait la principale responsable de la collecte des documents pour le procès, de même que pour le dépôt de ses propres demandes de preuves. La vocation sociale de la maxime inquisitoire limitée obligerait toutefois le tribunal à s'impliquer de manière plus importante (forme de co-responsabilité) en veillant, si nécessaire, à ce que les éléments du procès soient complétés (devoir d'interpellation), en particulier dans le cas de parties civiles non représentées par un avocat et de victimes¹²⁴⁰.

1034 Dans ce cadre, il convient sûrement de rappeler que **l'application de la maxime inquisitoire sociale, au sens du CPC, diffère de la maxime inquisitoire ou « maxime de l'instruction » prévu par l'art. 6 CPP**. En ce sens, leur application concomitante dans le cadre d'un litige pénal et d'une action civile adhésive risquerait potentiellement de porter à confusion les parties quant à l'étendue de leur application, ou du moins, nécessiterait quelques délimitation/clarification préalables.

1035 JEANDIN/FONTANET ne vont pas aussi loin. Ils font toutefois le constat que **certains faits pertinents pour la solution du litige civil** – peu importe qu'ils aient été ou non allégués et offerts en preuve par le lésé – **devront être recherchés puis établis d'office parce qu'ils sont pertinents dans le cadre de l'action pénale**. Le juge pénal en charge des conclusions civiles jointes tiendra donc compte de ces faits, par la constatation desquels il est lié non seulement pour trancher l'action pénale, mais aussi pour statuer sur les conclusions civiles. Partant, JEANDIN/FONTANET estiment (tout comme MACALUSO) que les prétentions du lésé sont *de facto* sujettes à une maxime des débats atténuée et qu'en d'autres termes, le champ d'application de la maxime des débats ne s'étend qu'aux faits qui n'ont pas à être établis dans le cadre de l'action pénale¹²⁴¹.

1036 Par la suite, et en vertu de l'art. 123 al. 1 CPP, **les conclusions doivent « dans la mesure du possible » être motivées par écrit**. Néanmoins et comme le soulignent PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, cette **condition de forme est rarement remplie**, la partie plaignant se contentant le plus souvent de motiver **oralement** ses conclusions lors des plaidoiries. De même – et contrairement à la procédure civile pour laquelle le TF interdit au juge de convertir la conclusion en paiement déposée dans la mauvaise devise en vertu de la maxime de disposition – celui-ci a admis, dans un *obiter dictum*, que le juge puisse agir de la sorte en procédure pénale. Celui-ci est ainsi **autorisé à corriger une conclusion mal formulée**. Bien qu'ils approuvent cette décision allant dans le sens d'une certaine souplesse en faveur de la partie plaignante dans le cadre de l'action civile adhésive (ce, pour autant que la prétention soit suffisamment identifiable), PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS invitent

Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung : Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zurich 2015, pp. 125-137.

¹²⁴⁰ BSK StPO-DOLGE, art. 122 N 24.

¹²⁴¹ CR CPP-JEANDIN/FONTANET, art. 123 N 8 et réf. cit. ; MACALUSO, p. 186.

néanmoins le plaideur à rester prudent et à formuler ses conclusions dans la bonne devise. En effet le TF a rappelé à plusieurs reprises que « **le procès civil dans le procès pénal demeure soumis à la maxime des débats et à la maxime de disposition** »^{1242, 1243}.

1037 S'agissant du **jugement**, l'art. 126 CPP laisse une importante marge de manœuvre au juge : dans certains cas le juge doit statuer et dans d'autres, l'autorité pénale doit renvoyer la partie plaignante à agir au civil. En pratique, cette latitude génère une grande incertitude¹²⁴⁴. En ce qui concerne finalement les **voies de recours** : tant la partie plaignante que le prévenu peuvent déposer un appel contre la décision du tribunal ayant statué sur les prétentions civiles. Dans ce cadre, le tribunal de deuxième instance jouit en principe d'un **plein pouvoir d'examen**, à moins que l'appel ne porte que sur les prétentions civiles (art. 398 al. 5 CPP). La **décision de renvoi** peut également faire l'objet d'un appel, pour application incorrecte de l'art. 126 CPP. De même, la question de la poursuite de l'action par la voie civile se posera lorsque les prétentions civiles n'ont pas été entièrement tranchées par le juge pénal¹²⁴⁵.

En conclusion, et malgré les quelques (faibles) divergences à ce sujet, nous retiendrons l'application de la maxime des débats atténuée à l'action civile adhésive, dans laquelle certains faits (implicites ou non) présentés dans le cadre du litige civil, seront également « recyclés » dans le cadre de l'action pénale. En raison de la porosité intrinsèque à ce type de procédure, peut-être ne sommes-nous, en pratique, pas si loin de la maxime inquisitoire suggérée par DOLGE. Dans le doute, il conviendra néanmoins de ne pas compter sur l'intervention du juge et de formuler ses conclusions de manière complète et précise.

¹²⁴² TF, 6B_267/2016, du 15.02.2017, consid. 6.1 ; TF, 6B_819/2013, du 27.03.2014, consid. 5.1, TF, 6B_353/2012, du 26.09.2012, consid. 2.1. Concernant plus précisément l'application de la maxime de disposition par analogie en procédure pénale, cf. GARBARSKI A. M., le lésé et la partie plaignante dans la jurisprudence récente du tribunal fédéral, SJ 2017 II, pp. 143 s.

¹²⁴³ PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, pp. 201 s.; cf. également : BSK StPO-DOLGE, art. 122 N 22 ss ; CR CPP-JEANDIN/FONTANET, art. 123 N 2 ss.

¹²⁴⁴ Pour plus de détails, cf. PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, pp. 213 ss et réf. cit.

¹²⁴⁵ Sur ces différents sujets et pour plus d'informations, cf. : PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, p. 218 ss; BSK StPO-DOLGE, art. 126 N 14 ; CR CPP-JEANDIN/FONTANET, art. 126 N 18.

Chapitre 2 : Sanctions et formes alternatives de réparation consécutive à la violation des maximes de procédure

I. Sanctions en cas de violation des maximes de procédure : mise en cause de la responsabilité du mandataire et/ou des fonctionnaires et employés publics ?

En sus des cas de violation des maximes de procédure abordés précédemment, se pose également celle de savoir **qui** est à l'origine de cette violation et **si cette violation peut être réparée**. Si ce n'est pas le cas, cette violation peut-elle alors justifier la mise en cause de la responsabilité de l'auteur de l'atteinte (fauteur ou non), et subsidiairement l'ouverture d'une action en dommage-intérêts ou en réparation du tort-moral ? C'est notamment l'objet de l'art. 61 CO relatif à la **responsabilité des fonctionnaires et employés publics**¹²⁴⁶, ainsi que de l'art. 398 CO concernant la responsabilité pour la bonne et fidèle exécution du contrat par le **mandataire**.

1038

A. Exécution conforme du contrat de mandat et violation des maximes de procédure : la responsabilité de l'avocat

En préambule, il convient de signaler que les cas dans lesquels les avocats sont tenus responsables sur la base de l'art. 398 CO sont plutôt rares. La profession d'avocat étant considérée (à raison) par la jurisprudence comme une « **tâche à risque** », les conditions pour engager la responsabilité de ces derniers sont rarement réunies et les preuves en la matière difficiles à apporter. Une autre raison expliquant le nombre infime d'avocats pour lesquels la responsabilité est admise, réside dans la **fréquence des transactions extrajudiciaires**. L'atteinte à la réputation et la perte de crédibilité professionnelle de l'avocat ; les règles de déontologie obligeant le nouvel avocat du client lésé à d'abord chercher un arrangement amiable ; les multiples intérêts des compagnies d'assurance à une transaction judiciaire ; la difficulté à établir le dommage (prouver que le jugement aurait été plus favorable, puisque le droit suisse n'admet pas la théorie de la perte d'une chance) ; sans parler de l'intérêt du lésé à recevoir rapidement une indemnisation pour son dommage : tous ces arguments sont autant d'intérêts communs à l'ensemble des protagonistes, plaidant en faveur d'une résolution extrajudiciaire du litige. Il demeure néanmoins un certain nombre de cas pour lesquels la jurisprudence a reconnu la responsabilité de l'avocat, respectivement la violation de l'art. 398 CO. Nous étudierons ces quelques cas, ainsi que les conditions permettant d'admettre cette responsabilité sur le plan civil. La responsabilité pénale et la responsabilité disciplinaire n'ayant pas d'intérêt direct pour le client lésé dans le cadre de la problématique qui est la nôtre, nous nous

1039

¹²⁴⁶ Voir des art. 3 et 7 LRCF traitant de la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, qui a néanmoins peu de chance de s'appliquer en l'occurrence.

contenterons de les aborder très brièvement, pour mieux nous concentrer sur la **question de la violation de l'art. 398 CO relatif à la bonne et fidèle exécution du contrat de mandat**. Une fois ce cadre posé, nous examinerons la **probabilité d'une responsabilité de l'avocat fondée sur un cas de violation des maximes procédurales**¹²⁴⁷.

1. Responsabilité civile de l'avocat en général

1040 La responsabilité de l'avocat envers son client est essentiellement contractuelle et découle des **obligations rattachées au contrat de mandat** (art. 394 ss CO). Plus rarement, la responsabilité pourrait également être le résultat d'un **acte illicite**, par exemple si l'avocat touchait à un droit « absolu » de son client tel qu'un droit de la personnalité, ou un droit réel, ou encore s'il portait atteinte au patrimoine de son client (escroquerie, abus de confiance, gestion déloyale, etc.), ou s'il violait le secret professionnel au détriment de ce dernier (art. 321 CP)¹²⁴⁸.

1041 En vertu de l'art. 398 CO, l'avocat engage sa responsabilité professionnelle aux quatre conditions suivantes¹²⁴⁹ :

- Qu'il ait **violé l'une de ses obligations contractuelles** ;
- Qu'il ait commis une **faute** ;
- Que cette violation fautive ait donné lieu à un **dommage** ;
- Qu'il existe un **lien de causalité adéquate** entre la violation fautive et le dommage.

1042 Les obligations contractuelles de l'avocat sont des obligations de diligence, de fidélité, « d'obéissance » aux instructions données par le client (en plus de rendre compte et de restituer), et enfin d'exécution personnelle du mandat (sauf délégation licite)¹²⁵⁰. Selon la jurisprudence du TF¹²⁵¹, les obligations de l'avocat sont des **obligations de moyens**, par opposition aux obligations de résultat qui, comme leur nom l'indique, se fondent sur une promesse du mandataire de fournir avec succès tel ou tel service ou produit. Selon l'ATF 117 II 563, l'avocat n'engage donc pas sa responsabilité « pour chaque mesure ou omission qui se révèle *a posteriori* comme ayant provoqué le dommage ou qui aurait pu éviter sa survenance », et c'est donc aux parties de supporter le risque du procès. En vertu de son obligation de moyen, l'avocat est toutefois tenu d'accomplir son activité **dans les règles de l'art**. Comme nous le mentionnions *supra*, la jurisprudence est d'autant plus indulgente avec l'avocat en ce qui

¹²⁴⁷ ROUILLER, La responsabilité des professionnels du droit/I-III, p. 29-51 ; BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, N 3023 ss, p. 1193 ss.

¹²⁴⁸ ROUILLER, La responsabilité des professionnels du droit/I-III, p. 37 s. ; BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, N 3023 ss, p. 1193 à 1222, N 3023 et 3109 s. ; MÜLLER, Contrat de droit suisse, N 1932 ss, p. 396 ss.

¹²⁴⁹ MÜLLER, Contrat de droit suisse, N 1932 ss, p. 396 ss.

¹²⁵⁰ MÜLLER, Contrat de droit suisse, N 1932 ss, p. 396 ss.

¹²⁵¹ ATF 117 II 563.

concerne la bonne et fidèle exécution du mandat, qu'elle considère son activité comme une « **tâche à risques** »¹²⁵². Concernant l'étendue de son obligation, ROUILLER considère cependant que, dans les rares cas où l'avocat garantirait véritablement un résultat à son client, il engagerait alors sa responsabilité si ce résultat n'était finalement pas atteint. Nous partageons cet avis dans la mesure où il s'agirait dans ce cas particulier d'une **promesse concrète**, sur laquelle se serait fondé l'accord contractuel avec le client, soit un **choix délibéré** de l'avocat d'étendre ses engagements en sus de ceux découlant naturellement du contrat de mandat. En soi, de telles promesses concrètes sont certainement anecdotiques et ne doivent pas être confondues avec la simple promesse de « faire au mieux » ou encore, avec l'expression d'un certain optimisme de l'avocat quant à l'issue d'un procès, ne l'engageant en rien quant à son résultat effectif. Selon ROUILLER, une telle hypothèse est particulièrement plausible dans le cas de services très simples, tels qu'une inscription à titre pré-provisionnel d'une hypothèque légale ou encore la formation d'une société pour un unique actionnaire¹²⁵³. Enfin, toujours en raison de la **mansuétude légitime du TF liée aux risques du métier d'avocat**, la jurisprudence conserve une certaine **retenue** avant de considérer que l'avocat n'a pas respecté son devoir de diligence¹²⁵⁴ :

« Les exigences [...] ne peuvent pas être fixées une fois pour toutes, car la qualité des services que le mandant peut attendre de l'avocat **dépend des circonstances et du degré des difficultés auxquelles celui-ci est confronté. L'exercice de sa profession deviendrait impossible si le mandant pouvait le rendre responsable après coup de tout insuccès**, compte tenu, d'une part, de la complexité de la législation et des faits, des aléas des procédures et, d'autre part, de certaines imperfections humaines mineures qui se manifestent nécessairement lors de l'exercice d'une telle profession, empreinte de risques ».

1043

En conclusion, la violation du devoir de diligence n'est reconnue que lorsque l'avocat méconnaît des règles de droit généralement reconnues et admises (délai de péremption, de prescription, etc.). Parmi les choses qui sont normalement attendues d'un avocat dans l'exercice de ses fonctions, la jurisprudence considère que ce dernier est supposé **connaître la jurisprudence**¹²⁵⁵, de même qu'il est supposé **avoir examiné avec soin les éléments factuels qui lui sont communiqués par son client**¹²⁵⁶. Il a également un **devoir d'information étendu** (risques et coûts d'une procédure, moyens à disposition, etc.)¹²⁵⁷ et **répond comme des siens des actes de ses auxiliaires**, au sens de l'art. 101 al. 1 CO.

1044

En tout état de cause et comme le rappelle une jurisprudence récente, la partie lésée devra démontrer quel aurait été le sort du premier procès sans la violation du devoir de diligence de l'avocat. Le mandant devra ainsi mener une sorte de « reconstruction » du procès, dans

1045

¹²⁵² ATF 117 II 563.

¹²⁵³ ROUILLER, La responsabilité des professionnels du droit/I-III., p. 40 s.

¹²⁵⁴ ATF 117 II 563, consid. 2a.

¹²⁵⁵ ATF 134 III 534, consid. 3.2.

¹²⁵⁶ ATF 117 II 563, consid. 3b.

¹²⁵⁷ Concernant le devoir d'information, consulter : LEVY, Le devoir d'information de l'avocat, Revue de l'avocat 2010, p. 265-276.

laquelle la conduite correcte et diligente de l'avocat aurait débouché sur un **résultat plus favorable** pour lui¹²⁵⁸.

1046 La responsabilité de l'avocat nécessite ensuite l'établissement d'une faute. En matière contractuelle, elle est d'ailleurs présumée en vertu de l'art. 97 CO (effets de l'inexécution d'une obligation). Dans cette hypothèse **même la négligence est suffisante**. Le seul moyen pour l'avocat de se libérer de cette responsabilité est de démontrer que le **manquement au devoir de diligence ne lui est pas imputable**, ou que la **violation ne résulte ni de son intention ni de sa négligence**. Or si un manquement au devoir de diligence est relativement facile à établir, il en est tout autrement pour prouver **l'absence d'une faute**¹²⁵⁹. De même, la faute peut être appréciée différemment lorsque le client jouit par exemple de **compétences juridiques particulières**. Cela suppose notamment qu'il soit en mesure de percevoir les erreurs et/ou puisse valablement apprécier les choix stratégiques opérés par son avocat. Dans ce cas particulier de « faute concomitante du lésé », il manquera le **lien de causalité** entre le manquement et le dommage, permettant de retenir la responsabilité de l'avocat¹²⁶⁰.

1047 S'agissant justement du lien de causalité, le client lésé doit démontrer qu'en violant ses obligations, son avocat lui a causé un préjudice (dommage économique ou tort moral)¹²⁶¹. Sur ce point, **le TF n'admet pas le principe de l'indemnisation de la perte d'une chance**. En effet, dans l'ATF 133 III 462, le TF rejette cette conception en considérant qu'elle obligerait à admettre la réparation d'un préjudice en fonction de **simples probabilités**. Une telle solution nous semble justifiée, notamment pour des cas clairs où la causalité (ou son absence) semble relativement évidente. BOHNET et MARTENET rappellent d'ailleurs à raison le **danger qu'il existe de refaire le procès en théorie** pour déterminer qu'elle aurait été vraisemblablement son résultat¹²⁶². Toutefois, il existe forcément une zone grise entre la pure certitude et la pure spéculation, au sein de laquelle l'existence d'un préjudice est plus que vraisemblable sans qu'il soit pourtant possible d'en estimer l'étendue, notamment en raison du pouvoir d'appréciation du juge et de la multitude des paramètres à prendre en compte dans le cadre du procès. A défaut de mieux, l'incertitude devra malgré tout profiter à l'avocat.

1048 Brièvement, les avocats peuvent engager leur **responsabilité pénale** comme tout un chacun, avec toutefois quelques spécificités¹²⁶³. Le droit pénal détermine ce qui est couvert, ou non, par le secret professionnel. Pour ce qui est de la responsabilité disciplinaire, l'art. 17 LLCA

¹²⁵⁸ TF, 4A_659/2018, du 15.07.2019, consid. 3 à 3.6 et note de DROESE in : RSPC 6/2019, p. 485 ss.

¹²⁵⁹ ROUILLER, La responsabilité des professionnels du droit/I-III, pp. 39 et 41.

¹²⁶⁰ ROUILLER, La responsabilité des professionnels du droit/I-III, p. 41

¹²⁶¹ BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, N 3050, p. 1199 ; ROUILLER, La responsabilité des professionnels du droit/I-III, p. 46.

¹²⁶² BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, N 3074, p. 1208. Cf cependant note de DROESE in : RSPC 6/2019, p. 485 ss, ainsi que N 1354 ss et 1361 ss.

¹²⁶³ Lorsque l'avocat agit à titre d'intermédiaire financier, il existe une cause d'exonération particulière prévue à l'art. 12 de la Loi fédérale sur la lutte contre le blanchiment d'argent. De même, le TF a également admis que la défense des intérêts des clients pouvait justifier des propos objectivement attentatoires à l'honneur (en l'occurrence des parties adverses). ATF 131 IV 154. Voir aussi : ATF 118 IV 248.

prévoit qu'en cas de violation, l'autorité de surveillance peut prononcer des **mesures disciplinaires** allant du simple avertissement à l'interdiction de pratiquer. Il appartient à chaque canton de désigner l'autorité qui sera en charge de cette surveillance (art. 14 LLCA). Enfin, il va de soi que la responsabilité disciplinaire peut être cumulée avec la responsabilité civile et la responsabilité pénale¹²⁶⁴.

En conclusion, bien qu'il soit possible pour la partie lésée de mettre en cause la responsabilité de son avocat, il semble qu'en pratique cela soit peu le cas, et ce pour différentes raisons. D'une part, car l'opportunité veut que « l'on » (c'est-à-dire aussi bien l'avocat, l'assurance, que le client lésé) préfère la transaction extrajudiciaire à l'ouverture d'un nouveau procès. D'autre part, car en raison des risques élevés pris par l'avocat dans le cadre de sa profession, le TF tend à limiter les cas dans lesquels sa responsabilité pourrait être engagée, n'admettant que de manière très restrictive les erreurs graves et commises de son seul fait (par opposition à une faute concomittante). Enfin, car la jurisprudence suisse n'admet pas le principe de l'indemnisation de la perte de chance qui, malgré les risques mentionnés précédemment, reste pourtant très efficace pour évaluer le dommage subi par la partie lésée et consécutive à l'erreur de son conseil. Ainsi, la responsabilité de l'avocat ne méritera selon nous d'être mise en cause devant un juge que dans des cas de violations crasses, relatives à ses connaissances générales et à son degré de diligence dans la gestion de son mandat. En bref : il s'agira d'un **moyen subsidiaire** à étudier dans le cadre des sanctions en cas de violation des maximes de procédure. Elle restera toutefois envisageable dans certains cas¹²⁶⁵.

A toutes fins utiles, on peut encore préciser que, bien que la question fut controversée, les règles du droit procédural sur le mandat s'appliquent même à la responsabilité d'un avocat d'office au civil¹²⁶⁶.

2. Responsabilité civile de l'avocat en lien avec les maximes de procédure

Cette partie ayant pour but de mettre en exergue les conditions générales relatives à la responsabilité civile de l'avocat, nous nous pencherons plus en détail sur la mise en cause de cette responsabilité, dans le cadre spécifique d'une violation concomitante des maximes de procédure, dans la partie relative aux sanctions subsidiaires (cf. N 1221 ss).

¹²⁶⁴ ROUILLER, La responsabilité des professionnels du droit / I-III., p. 50 s.

¹²⁶⁵ TF, 4A_558/2017, du 29.05.2018, consid. 5, concernant l'omission de l'avocat d'interrompre la prescription.

¹²⁶⁶ CR CPC-TAPPY, art. 118 N 20 et réf. cit.

B. Devoir d'investigation d'office et violation des maximes de procédure : la responsabilité des fonctionnaires et employés publics

1. En général

¹⁰⁵² Le principal critère pour distinguer entre la responsabilité civile extracontractuelle et celle de l'art. 61 CO est la **nature juridique du rapport** (hiérarchique ou non) **dans lequel s'inscrit le dommage et par conséquent l'obligation de réparer**. Si l'acte fondant l'obligation de réparation s'inscrit dans le cadre de **l'exercice de la puissance publique**, c'est que l'on est en présence d'un rapport de droit public, régit par le droit cantonal, ou supplétivement par le droit fédéral. En ce sens l'art. 61 CO réserve la législation cantonale ou fédérale aux cas de responsabilité des fonctionnaires et employés publics pour le préjudice qu'ils causeraient à des tiers dans l'exercice de leur charge. Cette disposition a notamment pour *ratio legis* d'empêcher que les employés de la Confédération ou des cantons puissent être recherchés pour n'importe quelle faute, même légère, commise dans l'exercice de leur fonction publique. Elle ne tend pas à régler les relations entre les collectivités publiques et leurs employés, de même que la responsabilité des collectivités publiques elles-mêmes (pur droit public)¹²⁶⁷.

¹⁰⁵³ En ce qui concerne les employés de la Confédération, l'art. 3 LRFC instaure une **responsabilité directe de la Confédération, sans égard à la faute du fonctionnaire et surtout sans que le tiers lésé puisse agir contre ledit fonctionnaire fautif**. En vertu de l'art. 7 LRFC, la Confédération dispose toutefois d'une **action récursoire** contre le fonctionnaire qui a causé le dommage intentionnellement ou par une négligence grave. Pour les autres employés publics, les cantons prévoient, à l'instar de la LRFC, une responsabilité directe des cantons, avec la possibilité d'une action récursoire. Ainsi, alors que l'art. 61 al. 1 CO est en principe la règle en droit privé (et celle de droit cantonal est l'exception), cette répartition est aujourd'hui inversée (dès lors que la plupart des cantons ont édicté des normes spéciales de responsabilité). De ce fait et comme le rappellent WERRO et PERRITAZ, « la responsabilité des fonctionnaires et employés publics se juge le plus souvent exclusivement sur la base du droit cantonal [et] lorsque celui-ci renvoie [aux art. 41 ss CO], on applique le droit privé fédéral à titre de droit cantonal supplétif »¹²⁶⁸. Pour le canton de Vaud, par exemple, il s'agit de la Loi sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents (LRECA). En vertu de son art. 4, elle dispose que « L'Etat et les corporations communales répondent du dommage que leurs agents causent à des tiers d'une manière illicite ». De même, l'art. 10 LRECA prévoit une action récursoire de l'Etat de Vaud ou des corporations communales ouverte « contre l'agent qui a commis l'acte dommageable soit intentionnellement soit par négligence ou

¹²⁶⁷ MÜLLER, Responsabilité civile et extracontractuelle, p. 13 s., N 33 ss ; CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 61 N 1 ss.

¹²⁶⁸ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 61 N 6 ; MÜLLER, Responsabilité civile et extracontractuelle, p. 14 s., N 36 ss.

imprudences graves ». Pour le reste, la loi vaudoise renvoie aux dispositions du CO en ce qui concerne relatives les obligations résultant d'actes illicites¹²⁶⁹.

Les conditions de la responsabilité publique reprennent partiellement celles générales de la responsabilité délictuelle, avec toutefois deux conditions supplémentaires :

- un acte illicite ;
- un préjudice (dommage ou tort moral) ;
- un rapport de causalité ;
- **une base légale** (cantonale ou fédérale) **prévoyant expressément la responsabilité de l'Etat et de ses agents** (art. 3 LRFC ; art. 4 LRECA dans le canton de Vaud) ;
- **l'exercice d'une puissance publique.**

En sus des conditions générales de responsabilité déjà connues et de l'existence d'une base légale qui n'appelle pas vraiment de commentaire, rappelons que **l'action ou omission dommageable doit intervenir dans l'accomplissement d'une charge publique**. La jurisprudence interprète de manière large cette notion de tâche d'autorité par opposition aux cas où l'agent public agit en tant que sujet de droit privé. Entre notamment dans la notion de puissance publique **l'activité des tribunaux, de la police, des établissements d'exécution des peines et mesures, ou encore du notaire exécutant des tâches qui lui ont été confiées par l'Etat**¹²⁷⁰. Une dernière précision s'agissant du préjudice causé « dans l'exercice de leur charge » : l'existence d'une **relation fonctionnelle** entre l'activité du fonctionnaire et l'acte dommageable. En d'autres termes, le préjudice doit avoir été causé non pas « à l'occasion », mais « **dans le cadre** » de l'activité qu'il exerce¹²⁷¹.

2. Responsabilité du juge en lien avec les maximes de procédure ?

Bien que nous abordions le thème de la responsabilité des fonctionnaires et des employés publics de manière générale, c'est avant tout à la responsabilité du juge que nous pensons concernant de potentielles atteintes aux maximes de procédure dans le cadre d'un litige de droit civil. Nous envisagerons plus tard cette éventuelle responsabilité de manière plus concrète dans le cadre du Rapport Rouiller (cf. N 1266 ss).

Tout comme la responsabilité de l'avocat, la responsabilité de l'Etat en raison d'un acte du juge n'est pas aisément admise et devra faire l'objet d'une **démonstration circonstanciée**. Différentes tâches sont assignées au juge dans le cadre de son activité. Parmi les services qui

¹²⁶⁹ EGLI, p. 8 s.

¹²⁷⁰ MÜLLER, Responsabilité civile et extracontractuelle, p. 14 s., N 36 ss ; CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 61 N 8 ss. Voir aussi concernant l'activité ministérielle du notaire : TC FR, 101 2017 237, 1^{er} décembre 2017.

¹²⁷¹ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 55 N 14 et art. 61 N 10 s.

sont exigés de lui par la loi il y a, d'une part, celui d'effectuer des actes matériels et actes juridiques (autres que des décisions) afin, dans un second temps, de rendre des décisions et des jugements conformément au droit en vigueur. De même, il existe aussi des obligations négatives, lui imposant par exemple de s'abstenir d'actes allant au-delà de ce qui lui est prescrit par la ou les maximes applicables. Une fois le jugement prononcé, l'ordre juridique ouvre des voies de droit permettant aux parties d'obtenir la modification ou l'annulation des prononcés contraires au droit ou des torts qui leur ont été indûment causés. Lorsque ce mode de **réparation directe** (qui reste bien entendu l'option privilégiée) n'est pas possible, notamment lorsque la procédure a causé un préjudice, la question se pose de savoir si le lésé peut prétendre à une **réparation indirecte** sous la forme d'une indemnité. C'est à ce stade que peut se poser la question de la responsabilité des agents de l'Etat¹²⁷². Nous aborderons ici de certaines spécificités relatives à la mise en cause de la responsabilité de l'Etat en lien avec les maximes de procédure, tandis que nous traiterons à proprement parler de la question des sanctions éventuelles dans une partie ultérieure.

1058 Selon une jurisprudence constante, la notion d'**acte illicite** se définit comme « la violation d'une norme de droit écrit ou non écrit destinée à protéger le bien juridique lésé »¹²⁷³. Plus spécifiquement, il s'agit d'une « **illicéité par le résultat** » lorsque le fait dommageable porte atteinte à un droit absolu, dans quel cas il n'est pas nécessaire de rechercher si et de quelle manière l'auteur a violé une norme de comportement spécifique. En revanche, si le fait dommageable constitue une atteinte à un autre intérêt (par ex. : le patrimoine), cela suppose qu'il existe un « rapport d'illicéité », soit que l'auteur ait violé une norme de comportement ayant pour but de protéger le bien juridique en cause. Il s'agit dans ce cas d'une « **illicéité de comportement** ». Dans ce dernier cas de figure, la simple lésion du droit patrimonial d'autrui ne représente donc pas, en tant que telle, un acte illicite. Il faut encore qu'une **règle de comportement** interdise une telle atteinte et que cette règle ait pour but la protection du bien lésé¹²⁷⁴. Il est encore précisé que lorsque l'autorité dispose d'un pouvoir d'appréciation, seul l'**excès**, respectivement l'**abus** peut être considéré comme illicite¹²⁷⁵. Enfin, une **omission** peut constituer un acte illicite, pour autant qu'il existe, au moment des faits, une norme juridique qui sanctionne explicitement l'omission commise ou qui imposait à l'Etat de prendre en faveur du lésé la mesure omise (**position de garant**)¹²⁷⁶. Concernant le juge, cela pourrait être le cas pour une norme de droit procédural, au même titre que pour une disposition de droit

¹²⁷² EGLI, p. 12 s.

¹²⁷³ ATF 103 Ib 68 ; ATF 94 I 642 ; ATF 91 I 452.

¹²⁷⁴ En l'absence de disposition spécifique cantonale, il convient de se fonder sur la jurisprudence du TF pour déterminer la notion d'illicéité : TF, 2C_34/2017, du 24.08.2018, consid. 5.5 ; TF, 2C_1135/2012, du 23.01.2013 consid. 4.3.1 ; TF, 2C_275/2012, du 11.12.2012, consid. 3.1 *in fine*.

S'agissant des notions d'illicéité par le résultat et d'illicéité de comportement, consulter : TF, 2C_34/2017, du 24.08.2018, consid. 5.5 ; ATF 139 IV 137, consid. 4.2 ; ATF 135 V 373, consid. 2.4 ; ATF 132 II 305, consid. 4.1.

¹²⁷⁵ ATF 103 Ib 68 ; ATF 91 I 452.

¹²⁷⁶ TF, 2C_34/2017, du 24.08.2018, consid. 5.5 ; ATF 139 IV 137, consid. 4.2 ; ATF 136 II 187, consid. 4.2 ; ATF 132 II 305, consid. 4.1.

matériel, dans la mesure où l'une et l'autre peuvent contenir des prescriptions déterminant la nature et l'étendue du devoir du juge envers le particulier.

Au surplus, il convient de rappeler que, comme pour l'avocat, la responsabilité du juge n'est pas facile à engager, tant son activité comporte des risques. En effet, bien que l'on se réfère à une définition générale de la responsabilité (art. 41 CO) donnée par le TF, EGLI souligne l'intérêt d'adopter, dans le droit de la responsabilité de l'Etat et des personnes de droit public, **une notion spécifique de l'illicéité**, notamment pour définir l'illicéité de décisions, de manière à éviter que toute erreur de droit, quelle qu'en soit la nature et la gravité, n'entraîne systématiquement la responsabilité publique¹²⁷⁷ :

1059

« Toute décision ou mesure d'un juge qui se révèle après coup contraire à la loi, voire inopportune, peut-elle être qualifiée d'illicite ?

1060

L'exercice de la fonction juridictionnelle (spécialement pour les procédures contentieuses) implique en elle-même le **risque d'erreur(s)** dans l'application souvent malaisée de lois ou de principes juridiques généraux, de même que dans l'appréciation des éléments de la cause. Les procédures qu'il appartient au juge de mener sont précisément destinées à donner en définitive une solution à ces questions. Aussi, tant qu'elles se situent dans une **marge raisonnable**, les divergences dans les opinions exprimées et les choix adoptés sont-elles inhérentes à la recherche de la solution judiciaire d'une cause ; elles rentrent dans le cadre normal de l'exercice de la justice. Or, on peut avoir de bonnes raisons de soutenir que **l'exercice normal de la fonction judiciaire ne devrait pas être tenu pour illicite et entraîner la responsabilité délictuelle de l'Etat ou du juge. En adoptant une solution contraire, on exposerait Etat ou juge à une action en responsabilité dès qu'une décision inférieure est modifiée et qu'il en résulte un préjudice matériel** ; en définitive, le contribuable devrait en supporter le risque financier ».

En conclusion et bien que cela paraisse évident, il semble plus judicieux de ne pas s'arrêter à une délimitation classique de la notion d'illicéité en ce qui concerne l'activité du juge, et ne retenir que les cas dans lesquels l'autorité aurait **manifestement abusé du pouvoir discrétionnaire** que la loi lui accorde, pour fonder sa décision. On distinguerait ainsi de la manière suivante :

1061

- **marge raisonnable d'appréciation et d'initiative du juge** : exercice normal et inhérent à la fonction (pas de responsabilité individuelle du fonctionnaire ni de réparation nécessaire) ;
- **faute/erreur du juge (décision inopportune voire contraire à la loi) : marge d'erreur acceptable au vu des risques inhérents à la fonction de juge** et qui ne sort donc pas de son exercice normal (pas de responsabilité ; décision cassée et renvoyée devant une autre instance) ;
- **abus manifeste de son pouvoir discrétionnaire constitutif d'un acte illicite** (dénî de justice, abus de pouvoir, collusion, etc.) : exercice anormal de la fonction

¹²⁷⁷ EGLI, p. 15.

(responsabilité engagée selon les conditions de la LRCF, respectivement de la LRECA) ; responsabilité en principe engagée ou pouvant l'être.

- 1062 A noter enfin que cette réflexion ne vaut que si l'acte dommageable réside dans une **décision** (par exemple : décision de refus – par suite d'une grossière erreur – d'ordonner l'inscription provisoire d'une hypothèque légale d'artisan ou d'entrepreneur¹²⁷⁸). Les **autres actes illicites dommageables** (méconnaissance grossièrement fautive de pièces du dossier¹²⁷⁹, etc.) étant soumis au régime de responsabilité de la LRCF et de la LRECA¹²⁸⁰.
- 1063 Il existe certains cas de figure dans lesquels le juge pourrait soit outrepasser ses compétences, soit ne pas agir conformément aux obligations qui sont les siennes dans le cadre de telle ou telle maxime. Toutefois, cela ne veut pas encore dire qu'il s'agit d'un abus manifeste de son pouvoir discrétionnaire ou, à l'inverse, d'une décision prise dans le cadre de sa marge d'appréciation légitime (conformément aux trois catégories évoquées *supra*). On peut évoquer par exemple l'**interpellation abusive**, dans une procédure soumise à la maxime des débats, d'une partie au détriment d'une autre, ou l'administration d'office certains moyens de preuve non allégués par l'une des parties en raison d'une **collusion ou d'un parti pris** dans la cause. Il en est de même pour le juge qui, intentionnellement ou par une négligence fautive, omettrait d'analyser et d'intégrer certaines allégations pourtant indispensables à la résolution du litige dans son jugement, ou à l'inverse dépasserait le cadre des allégations et moyens de preuve administrés par les parties pour statuer *ultra* ou *extra petita* (violation de la maxime de disposition), avec à la clé un résultat qui ne serait pas favorable à la partie ayant émis lesdites conclusions. On peut également imaginer qu'un juge, malgré son obligation d'instruire et de trancher le procès d'office, n'agirait pas avec la diligence requise pour établir les faits de manière complète et précise, et rendrait ainsi son jugement avec une connaissance insuffisante des tenants et aboutissants du litige (violation de la maxime inquisitoire et de la maxime d'office). Enfin, un exemple sûrement plus difficile à démontrer serait le cas d'un juge qui n'administrerait pas des preuves d'office alors qu'il existe des motifs *évidents* (s'il en est) de douter de la véracité d'un fait non contesté (violation de l'art. 153 al. 2 CPC). Toutefois, la notion de doute dépend dans ce cas très largement de l'interprétation des faits et preuves par le juge. Quoiqu'il en soit, tous les cas susmentionnés à l'exception de la collusion, renvoient à des manquements dans le cadre de l'activité du juge et pas à sa personne.
- 1064 A noter qu'il sera vraisemblablement impossible d'invoquer l'illicéité d'une décision entrée en force, lorsque l'instance supérieure est revenue sur le jugement de première instance, de sorte que « justice a finalement été rendue » (et que le préjudice supposée et résiduel, résultant de la décision de première instance découle d'une perte de chance difficilement quantifiable). De même, une telle responsabilité du juge sera en principe à exclure dans le cadre de mesures provisionnelles (par ex. l'admission d'une requête de mesures provisionnelles vraisemblablement injustifiée au vu des circonstances du cas d'espèce), dans la mesure où, d'une

¹²⁷⁸ ATF 79 II 424.

¹²⁷⁹ ATF 54 II 360.

¹²⁸⁰ EGLI, p. 15 s.

part, le code prévoit spécifiquement la responsabilité du requérant (art. 264 al. 2 CPC), celle du juge se limitant à astreindre ce dernier à fournir des sûretés (al. 1) ; et, d'autre part, car dite responsabilité limitée au requérant traduit selon nous la volonté du législateur de ne justement pas vouloir sanctionner le juge pour une décision trop hâtive, dès lors que le but des mesures provisionnelles est justement d'intervenir rapidement, sur la base d'une analyse volontairement plus sommaire du juge.

De manière générale en matière de responsabilité, le constat est sensiblement le même qu'il s'agisse de l'avocat ou du juge : les conditions pour admettre leur responsabilité sont très rarement admises, et ce pour diverses raisons (marge d'appréciation du juge, risques inhérents liés à la profession, faute concomittante d'un tiers empêchant l'établissement d'un lien de causalité entre faute et dommage, flou juridique quant au caractère contraignant de certaines dispositions procédurales, etc.). Dans ce contexte et après analyse des différentes conditions, seule l'hypothèse d'une réparation du dommage via la responsabilité de l'Etat au sens de l'art. 3 LRFC est admise sans égard à la faute commise par le fonctionnaire.

1065

II. Formes alternatives de réparation consécutive à une violation des maximes de procédure

A. Du tribunal de première instance au Tribunal fédéral

1. En première instance

Sans aller jusqu'à envisager la possibilité d'un **dédommagement pécuniaire** ou de la **mise en cause de la responsabilité** de l'intermédiaire fautif durant le procès (juge, avocat, etc.), la solution la plus satisfaisante pour la partie lésée est, en premier lieu, d'envisager l'opportunité d'une « **restitution** », dans les cas où celle-ci serait envisageable. Cette restitution, entendu au sens large, peut aussi bien s'exprimer par l'octroi d'un **nouveau délai**, que par l'opportunité renouvelée de **compléter des faits, des moyens de preuves ou encore des conclusions lacunaires** sur lesquels ladite partie n'a pas pu être entendue. A cette fin nous étudierons successivement trois hypothèses de « restitution » qui sont selon nous envisageables (ou pourraient l'être) au vu des dispositions actuelles du CPC. Nous choisissons le terme de **restitution au sens large** dans la mesure où les hypothèses envisagées dépassent le cadre de l'art. 148 CPC :

1066

- « le droit à une deuxième chance » au sens de l'art. 229 al. 2 CPC : Bien qu'il ne s'agisse pas, à proprement parler, d'une restitution, l'art. 229 al. 2 CPC offre une chance supplémentaire à la partie de compléter des faits ou moyens de preuve qu'elle estime lacunaires et pour lesquels le législateur considère qu'elle mérite d'avoir une deuxième chance de s'exprimer et de préciser ses allégations. Nous développerons l'étendue de l'opportunité offerte par cette disposition (droit à une

troisième chance ?), son champ d'application, ainsi que son lien avec les maximes de procédure ;

- la restitution consécutive à un « défaut de contenu » fondé sur l'art. 148 CPC : nous proposons d'envisager l'utilité d'une telle forme de restitution pour le juge et pour les parties. Il s'agirait en l'espèce d'une application extensive de l'art. 148 CPC qui s'éloignerait des deux hypothèses envisagées par ladite disposition, à savoir une restitution de délai ou une nouvelle audience consécutive à un défaut non fautif ou imputable à une faute légère de la partie défaillante. L'hypothèse supplémentaire reviendrait donc à admettre une **restitution de délai ou d'audience à la suite d'une faute légère de la partie défaillante** (ou de son conseil), **ou d'une faute/négligence de l'autorité judiciaire ayant abouti à des allégations de faits et/ou des moyens de preuves lacunaires**, et plus globalement à une potentielle perte de chance pour la partie n'ayant pas pu faire valoir tous ses griefs. Il s'agirait donc littéralement de la « restitution d'une opportunité manquée », par opposition à une réparation financière fondée sur une hypothétique perte de chance (écartée par la doctrine et la jurisprudence), qui se fonderait sur la violation d'une maxime de procédure, et plus globalement du droit d'être entendu et du principe du contradictoire ;
- enfin, la restitution de l'opportunité offerte par l'art. 56, respectivement par l'art. 247 al. 1 CPC en deuxième instance : ou autrement formulé, le droit de compléter exceptionnellement les lacunes relatives aux faits et moyens de preuve, au stade de l'appel ou du recours, en vertu d'une violation du droit (grief admis au sens des art. 310 let. a et 320 let. a CPC). La violation étant réalisée par le non-respect de son devoir d'interpellation par le juge dans le cadre de la procédure. Contrairement aux deux propositions précédentes, nous traiterons de cette question dans le cadre des sanctions possibles en deuxième instance.

a. Droit à une deuxième chance au sens de l'art. 229 al. 2 CPC

¹⁰⁶⁷ Concernant le droit à une deuxième chance au sens de l'art. 229 al. 2 CPC et du Message du Conseil fédéral de 2006 s'y rapportant, la règle veut que¹²⁸¹ :

- Un deuxième échange d'écritures puisse être accordé au sens de l'art. 225 CPC si et seulement « **si les circonstances le justifient** ». Cette possibilité est donc soumise à l'appréciation du juge ;
- Si ce deuxième échange d'écritures n'est pas octroyé, la partie dispose **subsidiativement** de la **possibilité de compléter ses allégations et offres de preuve lors des débats d'instruction** au sens de l'art. 226 CPC tenus avant les premières

¹²⁸¹ Message CPC 2006, p. 6948 s. Cf. également N 785 ss (Limite temporelle à l'interpellation du juge).

plaidoiries. Là encore, c'est au tribunal d'établir s'il estime nécessaire d'ordonner des débats d'instruction ou si cela est inutile en l'espèce ;

- Néanmoins, si le juge n'ordonne ni deuxième échange d'écritures, ni débats d'instruction, la partie dispose encore de l'opportunité **d'introduire librement des faits et moyens de preuve nouveaux à l'ouverture des débats principaux**, en vertu de l'art. 229 al. 2 CPC. Ces nouveaux moyens sont en principe introduits oralement lors des premières plaidoiries, puis consignés tels quels au procès-verbal (art. 235 CPC). Il est encore à noter que l'art. 229 al. 2 CPC prend le pas sur l'art. 229 al. 1 CPC. En effet, c'est uniquement si une partie a l'occasion d'exercer son droit à une deuxième chance et qu'elle souhaite encore apporter des faits et moyens de preuve nouveaux que leur admissibilité est soumise à l'art. 229 al. 1 CPC. Enfin, l'admission de l'art. 229 al. 2 CPC est **indépendante de toute faute** de la part du mandataire.

Pour rappel, les débats principaux sont structurés en trois parties : les **premières plaidoiries** (art. 228 ss CPC), **l'administration des preuves** (art. 231 CPC) et les **plaidoiries finales** (art. 232 CPC).

1068

A ce sujet et se fondant sur la jurisprudence du TF, TAPPY précise que si l'art. 229 al. 2 CPC se présente comme un droit à une deuxième chance, il doit aussi être compris comme un avertissement. Ainsi, il s'agit tout autant d'un droit à une deuxième chance, qu'un subtil rappel du fait qu'il n'y aura (en théorie) **pas de droit à une 3^{ème} chance**. A ce titre, l'ATF 144 III 67 précise à son consid. 2.1 que chaque partie ne peut s'exprimer que **deux fois de manière illimitée** : Une première fois dans le cadre du premier échange d'écritures ; une deuxième fois soit dans le cadre d'un deuxième échange d'écritures, soit – si celui-ci n'a pas lieu – lors des débats d'instruction (art. 226 al. 2 CPC) ou « à l'ouverture des débats principaux » (« zu Beginn der Hauptverhandlung », « all'inizio del dibattimento » ; art. 229 al. 2 CPC) et précise au surplus (car estimant l'ATF 140 III 213, consid. 6.3.2.3 imprécis sur ce point) **avant les premières plaidoiries des parties** (« vor den ersten Parteivorträgen »). Le TF soutient en effet que s'il était encore possible de présenter des faits de manière illimitée lors des débats d'instruction ou des débats principaux suivant un double échange d'écritures ou après un simple échange d'écritures suivi de débats d'instruction, **la maxime éventuelle serait laissée à l'appréciation du tribunal et une partie ne saurait jamais d'emblée quand interviendra la clôture du dossier**. Or, le TF juge un tel procédé contraire au déroulement ordonné et prévisible de la procédure pour les parties. Les parties n'ont donc que **deux fois le droit de présenter sans restriction des faits et des moyens de preuve**¹²⁸². Cette décision a été récemment confirmée par l'arrêt 4A_50/2021 du 6 septembre 2021, destiné à

1069

¹²⁸² CR CPC-TAPPY, art. 229 N 25 concernant l'ATF 140 III 312 ; ATF 144 III 67 ; RSPC 2018 p. 111, note de BOHNET et LEUENBERGER. Pour précision, voir également : TF, 4A_360/2017, du 30.11.2017 et RSPC 2018 118 : une substitution de partie en cours de procès ne change en rien la limitation à deux chances pour introduire librement les allégations et offres de preuve.

publication¹²⁸³. Cette confirmation est pour le moins étonnante dans la mesure où la détermination de cette échéance (« **avant** les premières plaidoiries ») ne nous paraît d'une part, pas particulièrement argumentée, et d'autre part, car cette opinion était déjà contestée par une majorité de la doctrine, dans le cadre de l'ATF 144 III 67¹²⁸⁴.

1070 Comme le relève (selon nous) à juste titre BOHNET, et contrairement à l'argumentaire du TF sur ce point (consid. 2.3.3.4), la structure de l'art. 229 CPC semble révéler que les parlementaires n'avaient *a priori* pas l'intention de créer une nouvelle phase dans les débats avant les premières plaidoiries, sinon pourquoi n'auraient-ils pas prévu une phase intermédiaire, précédant les premières plaidoiries et prévue dans un article préalable à l'art. 228 CPC ? Il convient dès lors, et comme l'explique ce dernier, de ne pas accorder une importance décisive à l'interprétation littérale du texte légal vu son manque de clarté, et de plutôt s'appuyer sur son **interprétation téléologique**. Ainsi, sans négliger le principe de l'égalité des armes et de l'ordre procédural, il convient de garder à l'esprit l'objectif de l'art. 229 al. 2 CPC en ne posant pas d'exigences excessives en matière d'allégations au début des débats, au risque de violer le droit d'être entendu des parties.

1071 De même, ni cette disposition, ni les précisions apportées par cette jurisprudence n'éviteront que certaines parties aient, **en pratique**, le droit à une troisième occasion de librement alléguer des faits ou proposer des preuves. En effet, en cas de deuxième échange d'écriture (art. 225 CPC), la logique veut que le juge attende que la procédure écrite soit complète, pour pouvoir examiner si les actes des parties sont contradictoires, imprécis ou manifestement lacunaires, et, éventuellement d'attirer l'attention de ces dernières sur lesdites lacunes. Il serait dans ce cas **contraire au bon sens et à la possibilité offerte par l'art. 56 CPC de ne pas admettre les nova consécutifs à cette interpellation, ou pire, de pointer du doigts certaines lacunes sans laisser l'opportunité aux parties de les compléter**. Une telle règle ne doit en effet pas aller à l'encontre du **droit de réplique inconditionnel** qui permet à une partie de se prononcer sur tous les actes de son adversaire, comme l'explique BOHNET dans sa note relative à l'ATF 140 III 312 (toujours pertinente en l'espèce)¹²⁸⁵ :

1072 « Alors que le texte de l'art. 226 al. 2 CPC, en lien avec l'art. 229 al. 1 let. a CPC laissait plutôt à penser que les parties pouvaient librement compléter leur état de fait (et donc leurs moyens de preuve) lors des débats d'instruction au sens de l'art. 226 CPC, le Tribunal fédéral ne leur accorde cette possibilité que si ces débats font suite à un seul échange d'écritures. En d'autres termes, **les parties ont l'occasion de s'exprimer à deux reprises, soit dans deux échanges écrits, soit dans un échange écrit puis oralement à une audience de débats d'instruction, ou à défaut de tels débats, à l'introduction des débats principaux** (art. 229 al. 2 CPC). Le Tribunal relève que l'on ne sait pas en lisant

¹²⁸³ Dont le consid. 2.3. est ainsi résumé dans la RSPC 1/2022, p. 66 : « Lorsqu'il n'y a pas eu de second échange d'écritures ni de débats d'instruction, des faits nouveaux (qui comprennent également les contestations de faits) et les preuves doivent être introduits au procès **avant les premières plaidoiries**, conformément à l'art. 229 al. 2 CPC ». Cf. également note de BOHNET sur cet arrêt, p. 74 ss.

¹²⁸⁴ Note de BOHNET in : RSPC 1/2022, p. 77 ; CR CPC-TAPPY, art. 229 N 25 et réf. cit. Cf. également : ATF 146 III 55 et commentaire de JENAL in : ius.focus, Keine Verhinderung des Aktenschlusses durch Beschränkung des Schriftenswechsels auf ein bestimmtes Thema, décembre 2019 Heft 12. Voir aussi RSPC 6/2019, p. 514.

¹²⁸⁵ RSPC 6/2014 p. 540, note de BOHNET. Voir aussi : TAPPY, CR CPC, art. 229 N 25.

les travaux préparatoires ce que l'on entendait par la « dernière audience d'instruction », à l'art. 229 al. 1 let. a CPC [= réponse ensuite donnée dans l'ATF 144 III 67]. **On voit mal ce que l'on pouvait viser d'autre par là que la dernière audience de ce type, à laquelle les faits et les preuves pourraient être librement complétés. Comment expliquer sinon que seuls les faits postérieurs à une telle audience puissent être invoqués aux débats principaux, comme vrais novas ?** Cela ne peut se justifier que s'ils peuvent l'être librement auparavant. **On se demande bien comment une partie fera désormais pour alléguer des faits survenus avant la dernière audience d'instruction, mais qui n'ont pas pu être allégués à celle-ci, car le double échange était alors déjà terminé ».**

En dépit de ce récent arrêt du TF, nous restons dès lors de l'avis qu'il conviendrait d'admettre, sous certaines conditions restrictives, qu'**une troisième chance puisse être accordée aux parties dans le cadre de leur procès**, en donnant ainsi la priorité au droit de réplique inconditionnel, plutôt qu'à celui de la maxime éventuelle et de l'ordre procédural. D'aucuns resteront sûrement attachés à faire respecter (en priorité) **l'égalité des armes** entre les parties dans le cadre du procès, quitte à aboutir à ce résultat (soit l'exclusion d'une 3^e chance). Cette égalité des armes entre les parties ne doit néanmoins pas se faire au détriment de leur **droit d'être entendu** et – d'un point de vue plus pragmatique – les conséquences nous semblent **moins dommageables** lorsque l'on accorde exceptionnellement cette troisième chance aux parties, plutôt que l'absence de correctif pour ces dernières, résultant de l'hypothèse inverse.

Sous le prisme des maximes de procédure : le fait d'empêcher une partie d'exposer les faits et moyens de preuve qu'elle estime pertinents dans le cadre de sa requête (par exemple en réponse à une interpellation ou à une nouvelle preuve/précision formulée par la partie adverse), viole son droit de réplique inconditionnel découlant de la maxime des débats, voire même la maxime inquisitoire (qui n'exempte pas du fardeau de l'allégation, de la contestation et de la motivation). En effet, le refus de ce droit de s'exprimer et de préciser ses allégations, notamment en cas de nova, empêche les parties de jouer leur rôle dans le procès, soit d'exposer l'état de fait de manière soigneuse et complète, de même qu'apporter tous les éléments propres à établir les faits importants pour la partie demanderesse (« Behauptungs- und Substanzierungslast ») ; et contester les faits allégués lorsqu'il s'agit de la partie adverse (« Bestreitungslast »). Cette violation pourrait en tout cas être un grief (violation du droit) dans le cadre d'un recours susceptible d'amener à une révision des faits et des preuves y-relatives (précision, compléments, etc.).

En résumé, les griefs invocables **en seconde instance**, en cas de non-respect des conditions posées par l'art. 229 CPC pourraient être les suivants :

- art. 229 al. 1 et/ou 2 CPC : le cas où le juge, en dépit de la maxime des débats applicable et des conditions pour invoquer les vrais et faux nova, admettrait tout de même des faits et/ou des moyens de preuve allégués hors cadre de l'art. 229 CPC, ou accorderait explicitement des délais supplémentaires aux parties en sus de ceux prévus à l'art. 229 CPC pour exposer leurs faits et moyens de preuve nouveaux. A ce titre le TF a en effet considéré que le juge ne saurait fixer aux parties un délai pour alléguer librement de nouveaux faits après ceux expressément prévus aux al. 1 et al. 2, la maxime des débats ne pouvant être laissée à l'appréciation du

tribunal¹²⁸⁶. Il s'agit donc là d'une violation concomitante de la maxime des débats et de la maxime de concentration ;

- art. 229 al. 3 CPC : le cas où le juge, en dépit de son devoir d'établir les faits d'office, refuserait l'admission d'un fait ou d'un moyen de preuve nouveau invoqué avant le début des délibérations. Il s'agirait dans ce cas d'une violation de son devoir d'admettre les faits et moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations conformément au régime spécial de l'art. 229 al. 3 CPC et, indirectement, de son devoir d'établir, voire de rechercher les faits d'office (maxime inquisitoire)¹²⁸⁷ ;
- Toujours en vertu de l'art. 229 et de la récente jurisprudence susmentionnée : une violation (théorique) de la maxime des débats par le juge qui interpellerait, malgré tout, les parties après un second échange d'écritures, convoquant du même coup de nouveaux débats d'instruction afin que les parties puissent procéder aux corrections suggérées par ladite interpellation. Car comme le souligne TAPPY, à défaut d'une **exception créée par voie prétorienne** qui permettrait d'introduire des faits et offres de preuves suggérés par une interpellation du juge **après la clôture normale de l'allégation**, le juge, en agissant de la sorte, irait à l'encontre des art. 55 al. 1, 56 et 229 al. 1 CPC¹²⁸⁸.

b. Restitution en cas de « défaut de contenu » au sens de l'art. 148 CPC

¹⁰⁷⁶ Précisons ici, à titre préliminaire, que les développements ci-dessous ne sont pas applicables *de lege lata*, mais bien *de lege ferenda*.

¹²⁸⁶ ATF 144 III 67, consid. 2.4.3 : « Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. oben E. 2.1) haben die Parteien aber nur zweimal das Recht, unbeschränkt Tatsachen und Beweismittel vorzutragen. Das unzulässige Vorgehen des Instruktionsrichters würde dazu führen, dass der Aktenschluss ins Ermessen des Gerichts gestellt würde, was nach der Praxis gerade nicht zulässig ist. Die Beschwerdegegnerin kann sich nicht darauf berufen, sie habe annehmen dürfen, es werde ihr ausnahmsweise zum dritten Mal Gelegenheit gegeben, neue Beweismittel einzureichen. Denn im Zeitpunkt der Instruktionsverhandlung war der erste Schriftenwechsel abgeschlossen und aus der Vorladung zur Instruktionsverhandlung ging eindeutig hervor, dass diese u.a. für das Einreichen neuer Beweismittel vorgesehen war. Dass die Parteien sich - unzulässigerweise - in dieser Verhandlung nicht auch zu ihren eigenen neuen Beweismitteln äussern durften, hinderte sie nicht an der gemäss Vorladung gebotenen Einreichung neuer Beweismittel. Die Beschwerdeführerin hat denn auch ihre neuen Beweismittel eingereicht ; aus dem Protokoll geht hervor, dass der Beschwerdegegnerin diese Möglichkeit ebenfalls geboten wurde. Sie hat indessen die zweite und damit letzte Gelegenheit verpasst, neue Beweismittel ohne Einschränkung einzureichen. Wenn die Vorinstanz dennoch auf die im zweiten Schriftenwechsel - und damit erst bei der dritten Gelegenheit - eingereichten Beweismittel der Beschwerdegegnerin abstellte, ohne zu prüfen, ob die Noven ausnahmsweise nach Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässig sind, hat sie Art. 229 ZPO verletzt ». Voir aussi : ATF 140 III 312, consid. 6.3.2 ; JdT 2016 II 257 et note de TAPPY ; JdT 2014 III 211 ; TF, 5A_767/2015, du 28.03.2017, consid. 3.3 ; ATF 144 III 117, consid. 2.2 et 2.3.

¹²⁸⁷ ATF 142 III 402, consid. 2.1. ; ATF 139 III 457, consid. 4.4.3.2 ; TF, 5A_445/2014, du 28.08.2014, consid. 2.1 ; TF, 5A_756/2017, du 6.11.2017, consid. 3.3.

¹²⁸⁸ JdT 2016 II p. 257 et note de TAPPY. Cf. également CR CPC-TAPPY, art. 229 N 25a.

L'art. 148 CPC permet une restitution, soit à la suite de l'**inobservation d'un délai**, soit consécutive à un **défaut** (absence à une audience). La partie défaillante peut dès lors obtenir la restitution, pour autant qu'elle rende vraisemblable que son omission d'agir ne lui est **pas imputable** ou qu'elle n'est imputable qu'à une **faute légère** de sa part. Sur ce dernier point le tribunal dispose d'une **grande liberté d'appréciation**, pour autant que les exigences formelles, à savoir une requête déposée dans les délais (relatif et absolu), soient respectées. Ce pouvoir d'interprétation est d'autant plus étendu que l'art. 148 CPC est formulé comme une « Kann-Vorschrift ». De la sorte, le juge a la latitude de refuser la restitution d'un délai et ce, pour autant qu'il estime qu'un tel refus est justifié par les circonstances, le type de procédure, la nature du délai, de l'audience, etc. Tout cela naturellement dans les limites de la prohibition de l'arbitraire¹²⁸⁹.

1077

S'agissant de sa mise en œuvre, tous les auteurs admettent, dès l'instant où la restitution est accordée, que la décision rendue en dépit de ce défaut est alors **mise à néant**. Il s'agit d'une conséquence rétroactive, implicite à la formulation de l'art. 148 CPC¹²⁹⁰.

1078

D'après la formulation de l'art. 148 CPC, la notion de **défaillance** vise soit l'inobservation d'un délai, soit l'absence d'une partie à une audience (défaut), tandis que la **restitution** tend à s'exprimer par l'octroi d'un nouveau délai ou d'une nouvelle audience, de même que par la mise à néant de la décision prise par défaut. Enfin pour être admise, cette **défaillance** doit être **non fautive**, ou ne résulter que d'une **faute légère**¹²⁹¹.

1079

Fort de ce constat, nous suggérons d'envisager, en plus de l'inobservation d'un délai ou du défaut *stricto sensu*, que l'art. 148 CPC puisse être mis à contribution, par analogie, en cas de **défaut relatif au contenu des allégués**. Une troisième possibilité serait donc d'admettre la **restitution à raison du caractère incomplet et non fautif des allégués**. L'hypothèse serait par exemple le cas où une preuve n'aurait pas été administrée soit en raison d'une faute légère du plaideur (seul ou de son mandataire), soit en raison d'un oubli ou d'une négligence de la part de l'autorité compétente qui aurait dû agir d'office ou interpellé la partie lésée sur ce point (cf. N 1236 et spéc. 1239)¹²⁹². Il s'agira donc dans le premier cas d'un défaut consécutif à la **violation de la maxime des débats par la partie plaignante, seule ou via une faute légère de son mandataire**, et dans le second cas d'un défaut à la suite d'une **violation du devoir d'interpellation ou de la maxime inquisitoire par le juge**, justifiant la restitution.

1080

Bien qu'il faille considérer que **la faute commise par le mandataire est, en principe, la faute du plaideur lui-même**, la question de **qui** a commis cette faute a toutefois son importance. En effet, la notion de « faute légère » ne sera pas appréciée d'après les mêmes critères

1081

¹²⁸⁹ STAEHELIN, in : Sutter-Somm et al., ZPO Komm., art. 148 N 5 ss ; BSK ZPO-GOZZI, art. 148 N 5 ss ; CR CPC-TAPPY, art. 148 N 20.

¹²⁹⁰ CR CPC-TAPPY, art. 148 N 5 ; STAEHELIN, in : Sutter-Somm et al., ZPO Komm., art. 148 N 15 ; TF, 4A_163/2015, 12 octobre 2015, consid. 4.1.

¹²⁹¹ KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY/BRUNNER, art. 148 N 5 ss (et notamment N 6) ; JEANDIN/PEYROT, p. 150, N 387 ; BSK ZPO-GOZZI, art. 148 N 9 ss.

¹²⁹² Problématique déjà abordée à l'époque des pandectistes : LINDE, p. 166, §. 128.

selon qu'il s'agit d'une faute du plaideur seul ou celle de son mandataire, les attentes quant à leurs connaissances juridiques étant bien distinctes. Il sera donc plus probable d'admettre la **faute légère de la part du plaideur non assisté**, même si la faute légère de l'avocat n'est en soi pas inenvisageable. A noter d'ailleurs que si le TF admet que le prévenu ne devrait pas pâtir d'une faute grossière commise par son défenseur d'office en matière pénale (art. 134 al. 2 CPP), il n'en est *a priori* pas de même en matière civile, pour laquelle, à faute comparable de l'avocat d'office, les manquements de ce dernier seront opposables à son client sans bénéficiaire d'une restitution au sens de l'art. 148 CPC¹²⁹³. Il est donc préférable d'envisager l'hypothèse d'une faute légère commise par le plaideur seul.

1082 Reste encore l'hypothèse d'une restitution à la suite d'une défaillance non fautive ou légèrement fautive d'une partie non assistée, dans le cas où le juge n'aurait pas fait usage de son devoir d'interpellation, voire de la maxime inquisitoire selon la procédure applicable *in casu*. Reste à savoir si une telle restitution serait admissible sur la base d'une **défaillance/lacune quant au contenu des allégués et moyens de preuve**, rendue **vraisemblable** – en l'absence de faute ou de simple faute légère de la partie lésée – en raison d'une **omission du juge** à son encontre. Nous analyserons donc successivement les critères du défaut, de la personne défaillante, de l'omission d'accomplir un acte de procédure et de la vraisemblance d'une faute légère ou d'une absence de faute, dans le cadre d'un exemple choisi et conformément aux art. 147 et 148 CPC.

1083 Imaginons le cas d'une partie qui souhaite encore alléguer des faits ou offrir des preuves en première instance sans que soient remplies les conditions de l'art. 229 al. 2 CPC, mais en estimant que le juge aurait dû l'interpeller sur ces faits et moyens de preuve avant l'épuisement du droit à une deuxième chance : ne pourrait-elle pas solliciter par une vraie restitution selon l'art. 148 CPC, soit une « nouvelle première audience » de débats d'instruction, soit une restitution du délai de réplique (ou duplique) ? En d'autres termes, **l'art. 148 CPC permet-il de recommencer quelque chose quand la partie n'a pas été formellement défaillante** ? A première vue non. Sans aller trop loin dans l'analyse, l'art. 148 CPC est clair quant à la condition selon laquelle la restitution s'applique à la **partie défaillante** et non fautive (faute qui ne lui est pas imputable), ou lorsqu'il s'agit simplement d'une faute légère de sa part. L'art. 148 CPC vise par exemple le cas d'une audience manquée, ou encore celui du défendeur qui omet de déposer sa réponse dans le délai imparti. Or dans notre hypothèse, la défaillance concernerait plutôt **l'opportunité manquée d'alléguer certains faits et/ou d'administrer certains moyens de preuve**.

1084 A titre de précision, l'art. 147 al. 1 CPC dispose « [qu']une partie est défaillante **lorsqu'elle omet d'accomplir un acte de procédure dans le délai prescrit** ou ne se présente pas lorsqu'elle est citée à comparaître ». A première vue, cette disposition n'envisage qu'une **partie** comme défaillante. Rien n'empêche toutefois, selon la doctrine, d'étendre la notion à

¹²⁹³ CR CPC-TAPPY, art. 148 N 18.

d'autres personnes (tiers à la procédure, expert etc.). Ce n'est donc pas la question de la personne défaillante qui posera problème¹²⁹⁴.

Le défaut suppose qu'il y ait eu, au préalable, une **communication ou une citation régulière**¹²⁹⁵. Or pourrait-on considérer le devoir des parties d'alléguer et de proposer des moyens de preuve comme un acte soumis à communication, respectivement à un délai ? La réponse est : pas vraiment et pas toujours. En cas de conciliation par exemple, l'art. 209 al. 3 et 4 CPC prévoit un délai dans lequel le demandeur doit ouvrir action après la délivrance de l'autorisation de procéder. De même l'art. 221 CPC prévoit, dans le cadre d'une procédure ordinaire, que la demande contient les allégations de fait et l'indication des moyens de preuve (let. d et e). Après notification de la demande au défendeur, le juge lui fixe un délai pour déposer sa réponse écrite selon l'art. 222 CPC. Enfin, l'art. 229 CPC prévoit les conditions et la fenêtre durant laquelle peuvent être admis certains faits et moyens de preuve nouveaux. Toutefois on voit bien, notamment à la lecture de l'art. 229 CPC, l'impossibilité de fixer à l'avance un **délai fixe** au terme duquel le juge n'admettra plus aucun fait et moyens de preuve nouveaux (« invoqués sans retard » ; « à l'ouverture des débats » ; « jusqu'aux délibérations »¹²⁹⁶ ; etc.). De même chacune de ces obligations ne font **pas nécessairement l'objet d'une communication** et découle le plus souvent des règles générales relatives à la conduite de la procédure.

Les conditions de délai et de notification relatives à l'admission d'une défaillance au sens de l'art. 147 CPC ne s'appliquent donc pas complètement au principe de l'allégation des faits et des moyens de preuve par les parties (maxime des débats), respectivement du juge (maxime inquisitoire). En toute honnêteté on voit bien, à la lecture du Message et de la jurisprudence, qu'il ne s'agit pas d'un cas typique de défaut envisagé par le législateur. Toutefois si l'on se fie au texte de l'art. 147 CPC, la défaillance devrait pouvoir être admise dès lors que la partie a **omis « d'accomplir un acte de procédure »**. Or c'est exactement ce qu'il se produit lorsqu'une partie oublie de requérir l'administration d'un moyen de preuve ou d'alléguer un fait dans le délai qui lui est imparti, soit parce qu'elle a oublié, soit parce qu'elle pensait avoir encore le temps de le faire. Elle omet d'accomplir un acte de procédure. En ce sens, l'inaction d'une partie en violation de son devoir d'allégation des faits et d'administration des preuves entre littéralement dans la définition du défaut de l'art. 147 CPC.

Si l'on reprend maintenant les conditions de l'art. 148 CPC, la restitution ne sera accordée par le juge que lorsque la partie défaillante, après en avoir fait la demande, **aura rendu vraisemblable que le défaut ne lui est pas imputable ou n'est imputable qu'à une faute légère**¹²⁹⁷. Dès lors, quels sont les cas dans lesquels une partie ne serait pas ou très peu fautive

¹²⁹⁴ CR CPC-TAPPY, art. 147 N 4 ; BSK ZPO-GOZZI, art. 148 N 14 s. ; STAEHELIN, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 147 N 4 et art. 148, n° 7 et 10 ; STAEHELIN/BACHOFNER, § 17 N 4 ss ; MEIER I., p. 408.

¹²⁹⁵ CR CPC-TAPPY, art. 147 N 4 ; STAEHELIN, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 147 N 5 ; MEIER I., p. 407 s.

¹²⁹⁶ Bien que la jurisprudence ait récemment précisé ce point-ci, cf. TF, 4A_50/2021, du 6.09.2021.

¹²⁹⁷ CR CPC-TAPPY, art. 147 N 13 ss ; BSK ZPO-GOZZI, art. 148 N 9 ss ; STAEHELIN, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 148 N 7 ss.

de ne pas avoir allégué les faits ou administré les preuves y-relatives ? Vraisemblablement dans les cas où cette tâche incombe partiellement (maxime inquisitoire sociale) ou d'office au juge (maxime inquisitoire illimitée). Cela étant, on pourrait fonder la restitution en raison **d'une défaillance du juge**, dans l'hypothèse où il lui appartenait de rechercher, d'alléguer ou d'interpeller les parties sur les faits/preuves litigieux au sens des art. 153 al. 1 et 296 CPC¹²⁹⁸. A noter néanmoins que l'art. 229 al. 3 CPC pourrait encore constituer un correctif/un ultime moyen d'admettre les faits et moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations. Cela supposerait en pratique que cette option ait également été négligée de part et d'autre¹²⁹⁹.

1088 En raison du devoir accru d'investigation du juge et du simple devoir de collaboration des parties, ces dernières ne pouvaient dès lors être à l'origine de la défaillance dont elles se plaignent (« le défaut ne lui est pas imputable ») de sorte que **c'est le juge qui a omis d'accomplir d'office un acte de procédure dans le délai prescrit**, ou du moins d'interpeller les parties quant à cet acte, conformément à la définition de l'art. 147 al. 1 CPC. Partant, la **défaillance du juge** dans le cadre d'une procédure pour laquelle il est tenu d'effectuer d'office certains actes de procédure remplira la double condition de (1) l'absence de faute ou de faute légère de la partie, de même que (2) la **défaillance formelle des parties**, résultant de l'omission d'accomplir un acte de procédure. *A contrario*, la restitution sera selon nous plus difficilement admissible dans les cas où la partie aura non pas omis d'accomplir un acte de procédure, mais l'aura effectué de manière insuffisante/lacunaire, ou bien aura accompli un acte de procédure mais aurait par la suite aimé en effectuer un autre. Il n'incombera en effet pas au tribunal d'introduire à sa place l'acte de procédure lacunaire comme le rappelle GOZZI. Ce dernier mentionne toutefois la maxime inquisitoire (art. 55 al. 2 CPC), le devoir d'interpellation en procédure simplifiée (art. 247 al. 1 CPC) et le principe de l'administration des preuves d'office pour nuancer les conséquences générales du défaut au sens de l'art. 147 al. 2 CPC (« Relativierung der allgemeinen Säumnisfolgen nach Art. 147 Abs. 2 »)¹³⁰⁰. Ce qui va dans le sens de notre réflexion.

1089 Bien qu'elle nécessite d'être validée par le droit prétorien, cette application extensive de la restitution en cas d'omission d'accomplir un acte de procédure consécutive à une violation de la maxime inquisitoire par le juge s'avèrerait à notre sens satisfaisante sous de nombreux aspects :

- **elle permettrait d'intervenir rapidement à la suite d'une lacune relative à l'établissement des faits et des moyens de preuve**, soit dans les dix jours qui suivent celui de la cause du défaut. Le délai partira donc, au plus tôt, le dernier jour où la partie avait encore l'opportunité d'alléguer tel fait ou tel moyen de preuve nouveau à la procédure ;

¹²⁹⁸ Comme nous l'avons vu *supra*, la question de la personne défaillante (partie ou autre) ne pose en soi pas problème.

¹²⁹⁹ On peut par exemple imaginer le cas d'une partie qui n'aurait pas bénéficié de la représentation par un avocat dès le début de son procès.

¹³⁰⁰ BSK ZPO-GoZZI, art. 147 N 18.

- **elle permettrait de corriger les lacunes inhérentes au procès sans pénaliser la partie défaillante** qui, faute de mieux, aurait dû procéder sans cette nouvelle opportunité d'alléguer certains faits et moyens de preuve potentiellement décisifs durant le procès. Dans certains cas, on peut donc imaginer **l'économie de procédure** découlant d'une telle mesure ;
- **elle permettrait de corriger l'inaction fautive du juge**, sans aller jusqu'à envisager la mise en cause de sa responsabilité consécutive à une violation des maximes de procédure qui, en soi, n'a quasiment aucune chance d'aboutir. En effet, il est souvent **compliqué d'affirmer que le juge était seul responsable** pour établir certains faits ou certaines preuves, dans la mesure où il appartenait également à la partie concernée de collaborer un minimum aux investigations ou de savoir où se situaient ses propres intérêts. De même, il est également compliqué d'admettre que son inaction est constitutive d'un acte illicite. A l'inverse : considérer la **vraisemblance d'une faute légère de la partie**, de même qu'une **défaillance simultanée du juge dans son devoir d'assistance et de recherche** pour octroyer la restitution semble bien plus probable. Elle permettrait ainsi de réparer une lacune et donc de ne pas pénaliser la partie défaillante, sans toutefois remettre entièrement en cause le travail du juge. Or, là encore, cette atténuation de l'implication du juge quant au défaut n'est pas une sinécure au regard de l'analyse des conditions restrictives (logiques) à admettre la responsabilité d'un juge ;
- **elle resterait soumise à l'appréciation du tribunal**. En effet, l'art. 148 CPC laisse une grande marge de manœuvre au tribunal, lui permettant d'intégrer de nombreux facteurs dans sa pesée d'intérêts et ainsi évaluer au cas par cas, s'il s'agit d'un fait/d'un moyen de preuve **essentiel ou de peu d'importance**, s'il s'agit vraiment d'une faute légère de la partie lésée, et par-dessus tout : si le retour en arrière que permet la restitution est véritablement pertinent en l'espèce.

Selon nous, l'admission d'une restitution à la suite d'une omission du juge en violation de son devoir d'interpellation ou de la maxime inquisitoire créerait une **véritable continuité dans la protection octroyée au plaideur** dans le cadre du procès civil. Soit le plaideur est assisté d'un avocat. Dans ce cas, il bénéficiera directement de son assistance ou pourra, en dernier recours, se retourner contre lui s'il commettait une faute grave dans le cadre de son mandat (responsabilité contractuelle). Soit il n'est pas assisté d'un conseil et bénéficiera de l'assistance du juge, plus ou moins élargie en fonction de la procédure en cours (devoir d'interpellation ou maxime inquisitoire).

1090

Dans ce second cas, s'il se retrouve défaillant en raison d'un acte qu'il aurait dû d'accomplir, mais qu'il a omis de faire, **sans faute** de sa part ou seulement en raison d'une **faute légère**, il pourrait alors bénéficier du régime de l'art. 148 CPC (restitution en raison de son propre défaut). Il en irait de même s'il s'agissait d'un acte qu'aurait dû accomplir le juge en vertu de son devoir d'interpellation ou de la maxime inquisitoire (restitution en raison du défaut du juge ayant pénalisé la partie non-assistée).

1091

1092 Dans un cas comme dans l'autre, il s'agirait d'une véritable **restitution de l'opportunité manquée de faire valoir ses allégations et moyens de preuve de manière complète**. Contrairement à la notion de perte de chance suisse et de son caractère hautement hypothétique, une telle occasion permettrait de restituer cette chance avant le point de non-retour (autorité de force jugée). Elle évite donc de spéculer sur un dommage hypothétique impossible à estimer de manière fiable, pour redonner une chance à la partie de s'exprimer pleinement, pour autant qu'elle ne soit pas responsable de sa situation. Conscient qu'une telle restitution amènerait à une prolongation relativement conséquente de la procédure, celle-ci pourrait être subordonnée à une **répartition modifiée des frais et dépens**¹³⁰¹, de même qu'à plus de sévérité quant à la notion de faute légère (aller éventuellement au-delà du critère de vraisemblance) et des lacunes que la restitution vise à réparer.

c. Art. 292 CP : sanction en cas d'entrave à la mise en œuvre de la maxime inquisitoire illimitée

1093 Un autre moyen de mettre en œuvre les maximes de procédure et notamment celle prévue à l'art. 296 al. 1 CPC découle de (la menace de) sanctions de l'art. 292 CP. L'art. 296 al. 2 CPC prévoit, pour les procédures applicables aux enfants, que les **parties et les tiers doivent se prêter aux examens nécessaires à l'établissement de la filiation et y collaborer**, dans la mesure où leur santé n'est pas mise en danger. Cette disposition exclut, au surplus, les dispositions relatives au refus de collaborer (art. 163 ss CPC) mettant ainsi **l'intérêt légitime et prépondérant de l'enfant à établir son lien de filiation** avant celui des autres parties et tiers à la procédure, sauf mise en danger de leur santé. En ce sens, l'art. 296 al. 2 CPC est une **accentuation du principe de la maxime inquisitoire illimitée de l'al. 1 dans les cas de constatation ou de contestation de la filiation** pour lesquels il ajoute une obligation de se prêter aux examens nécessaires, sous entendu : prélèvement et examen de profil d'ADN, examens gynécologique, morphologique, etc. A noter, comme le relève JEANDIN, que la collaboration requise des parties concernera également toutes les autres formes de preuves telles qu'une déposition, la production de documents, etc. Dans ce cas, ces moyens de preuve ne seront toutefois pas soumis au champ d'application exceptionnel de l'art. 296 al. 2 CPC et se verront appliquer le régime général des art. 164 et 167 CPC, selon qu'il s'agira du refus d'une partie ou d'un tiers¹³⁰².

1094 Sauf à établir que ledit examen **mettrait en danger la santé de la partie ou du tiers concerné** (géniteur présumé, mère, etc.)¹³⁰³, le devoir de collaborer de l'art. 296 al. 2 CPC est **absolu**. Cela étant, aucune prétention relative à la discrétion dans la procédure, à la sphère

¹³⁰¹ CR CPC-TAPPY, art. 149 N 10.

¹³⁰² BSK ZPO-PFÄNDER BAUMANN, art. 296 N 3 ss ; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 296 N 6 ss ; CR CPC-TAPPY, art. 296 N 7 ss.

¹³⁰³ Il va de soi que cette obligation quasi-absolue de collaborer ne concerne pas les personnes tenues, dans le cadre de leur travail, par le secret professionnel (par exemple les avocats) dès lors que cette obligation vise l'établissement de la filiation et rien d'autre.

privée ou à la personnalité ne seront admises dans ce contexte (art. 28 CC et art. 165 CPC). La conséquence de cette obligation renforcée de collaborer pour le juge est qu'il n'est plus confiné au simple pouvoir d'appréciation que lui laisse l'art. 164 CPC en cas de refus injustifié mais **peut prendre toutes les mesures adéquates** à l'encontre de la partie réfractaire, et au besoin aller **jusqu'à la contrainte**, comme le prévoit le Conseil fédéral dans son Message de 2006¹³⁰⁴.

Ce ne seront donc plus seulement les « sanctions ordinaires » des art. 164 et 167 CPC qui s'appliqueront aux parties et aux tiers, mais les mesures relevant de l'exécution forcée (art. 343 CPC), le plus souvent précédée d'une menace de sanctions au sens de l'art. 292 CP. L'art. 343 al. 1 CPC dispose, lorsqu'une décision prescrit une **obligation de faire, de s'abstenir ou de tolérer**, que le tribunal de l'exécution peut (let. a) assortir la décision de la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP ; (let. b et c) de prévoir une amende d'ordre de CHF 5'000.—, voire d'une amende d'ordre de CHF 1'000.— pour chaque jour d'inexécution ; (let. d) de prescrire des mesures de contrainte ; (let. e) d'ordonner l'exécution de la décision par un tiers. JEANDIN en déduit plusieurs modes d'exécution, à savoir : **la contrainte indirecte ou psychique** en particulier exercée *via* la menace de l'art. 292 CP ; **la contrainte directe** par laquelle le juge fait appel à la force publique afin de faire exécuter la décision contre la volonté de la partie succombante ; **la mesure de substitution**, notamment *via* un tiers exécutant en lieu et place de la partie récalcitrante ; et finalement **la conversion en argent d'une prestation non pécuniaire** lorsqu'aucune des solutions précédentes n'a permis d'aboutir à l'exécution en nature ou parce l'exécution est devenue impossible¹³⁰⁵.

Dans le cas de l'art. 296 al. 2 CPC où la partie ne collaborerait pas et/ou ne se prêterait pas aux examens nécessaires en vue d'établir la filiation bien que ces examens **ne mettent pas en danger sa santé**, le choix d'une **injonction sous menace de sanction** (art. 292 CP ; amende d'ordre selon l'art. 343 al. 1 let. b ou c CPC), puis subsidiairement de la **contrainte directe** semble le plus approprié. En effet, les mesures de substitution seraient *a priori* inopérantes pour établir la filiation de l'intéressé. De même, la conversion en argent ne semble pas pouvoir s'appliquer à une telle hypothèse. En effet, si l'exécution d'un prélèvement ADN devenait impossible car l'intéressé aurait par exemple fui à l'étranger, le juge pourrait toujours prévoir une amende d'ordre pour chaque jour d'inexécution, mais on peut douter de l'efficacité, respectivement de la pertinence d'une telle mesure¹³⁰⁶.

A ce titre, il ressort de différentes décisions du TF que l'obligation des parties de collaborer aux examens nécessaires à l'établissement de la filiation peut être assortie, soit de la menace

¹³⁰⁴ Message CPC 2006, p. 6927. Voir aussi : BSK ZPO-PFÄNDER BAUMANN, art. 296, N 4 ; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 296 N 6 ; CR CPC-TAPPY, art. 296 N 11 ss.

¹³⁰⁵ CR CPC-JEANDIN, art. 343, n° 4 ; BSK ZPO-JENNY, art. 343 N 9 ss ; KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER, art. 343 N 3.

¹³⁰⁶ CR CPC-JEANDIN, art. 343, n° 4 ; BSK ZPO-JENNY, art. 343 N 11 ss et 16 ss ; KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER, art. 343 N 6 ss et 9 ss.

des sanctions prévues à l'art. 292 CP, soit de la contrainte¹³⁰⁷. En ce sens, l'art. 296 al. 2 CPC constitue une **base légale suffisante** pour l'exécution par la contrainte¹³⁰⁸. Cela étant, il n'est pas disproportionné de prévoir directement la contrainte lorsque la partie s'est déjà soustraite ou a refusé à répétées reprises l'examen en question¹³⁰⁹. S'agissant des conditions de l'art. 292 CP, il devra s'agir¹³¹⁰ :

- d'une décision exécutoire ;
- écrite ou signifiée oralement ;
- suffisamment précise quant au comportement ou l'omission susceptible d'entraîner une sanction pénale ;
- prononcée par une autorité ou un fonctionnaire compétent ;
- dirigée contre une personne physique.

¹⁰⁹⁸ Dès lors, la maxime inquisitoire illimitée de l'art. 296 CPC pourra notamment être mise en œuvre par le biais de son al. 2 ainsi que des art. 343 CPC et 292 CP, de façon à obliger le tiers ou la partie adverse à collaborer et se prêter aux examens nécessaires à l'établissement de la filiation sous peine de se voir appliquer des sanctions pénales, voire une exécution forcée. Il ne s'agira pas à proprement parler d'une sanction consécutive à la violation de la maxime inquisitoire illimitée, mais plutôt d'une **entrave à la mise en œuvre de ladite maxime en raison de la violation de son devoir de collaborer par la partie adverse ou le tiers** visé par l'art. 296 al. 2 CPC dans le cadre d'une procédure applicable aux enfants.

¹⁰⁹⁹ A toutes fins utiles, on pourrait également s'interroger sur l'opportunité de l'application par analogie de la sanction de l'art. 292 CP à d'autres cas de violation du devoir d'allégation ou de contestation, en particulier lorsque cette violation concerne l'une des parties, le champ d'application de l'art. 167 CPC (refus injustifié d'une partie) étant plus étendu en termes de moyen de contrainte que celui de l'art. 164 CPC (refus injustifié du tiers). Toutefois, l'art. 296 al. 2 CPC est à la fois clair et très spécifique, de sorte qu'il serait excessif d'étendre son champ d'application à d'autres cas d'application de la maxime inquisitoire illimitée, voire de la maxime inquisitoire sociale. Cela étant, la sanction de la violation du devoir de collaborer des parties dans le cadre de la maxime inquisitoire sociale ne peut selon nous résider que dans la prise en compte, pour l'établissement des faits retenus, de ce défaut de collaborer (art. 164 CPC par analogie).

¹³⁰⁷ TF, 5A_745/2014, du 16.11.2015, consid. 4 ; TF, 5A_492/2016, du 5.08.2016, consid. 3.3 ; FamPra.ch, 2016, p. 1013.

¹³⁰⁸ ATF 143 III 624, consid. 6.2.

¹³⁰⁹ TF, 5A_492/2016, du 5.08.2016, consid. 3.3 ; FamPra.ch, 2016, p. 1013 ; ATF 143 III 624, consid. 6.2.

¹³¹⁰ CR CP II-BICHOVSKY, art. 292 N 4 ss ; OFK StGB-ISENRING, art. 292 N 1 ss ; PraxisKomm StGB-VEST/TRECHSEL, art. 292 N 4 ss.

2. En deuxième instance

De manière générale, la violation des dispositions relatives aux maximes de procédure (au même titre que celles des art. 56 et 229 CPC) pourront, en tant que règles du droit, faire l'objet d'un **appel** au sens des art. 308 ss CPC. Voie de droit ordinaire, l'appel est en effet ouvert contre les **décisions finales et incidentes de première instance**, ainsi que contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 CPC). Comme dit, l'appel peut donc être formé pour **violation du droit** (art. 310 let. a), entendu comme droit au sens large, c'est-à-dire intégrant **le droit de procédure**, qu'il s'agisse de son application incorrecte ou de sa non-application. De même, **l'abus ou l'excès de son pouvoir d'appréciation** par le juge, en ce qui concerne l'état de fait et/ou leurs conséquences juridiques, constitue également une violation du droit au sens de l'art. 308 let. a CPC¹³¹¹. Le juge d'appel contrôlera en outre la **constatation inexacte des faits** (y compris l'appréciation des preuves) et ce, indépendamment d'une violation du droit à cet égard (let. b)¹³¹².

1100

Le Tribunal vérifie d'office les conditions de recevabilité du recours (au sens large), dans la mesure où les art. 59 et 60 CPC s'applique *mutatis mutandis*. De même, comme l'indique le Conseil fédéral dans son Message, **les maximes de procédure applicables en première instance continuent de s'appliquer dans le cadre de la procédure d'appel**¹³¹³. Enfin, conformément à l'interdiction de la *reformatio in pejus*, le recourant formule ses conclusions et délimite ainsi dans quelle mesure où il souhaite modifier le jugement de première instance ; **le juge est dès lors lié par ses conclusions** et ne peut rendre une décision à son détriment ; s'agissant des exceptions à ce principe (appel joint, maxime d'office), cf. N 899, p. 310 et N 962¹³¹⁴.

1101

Concernant une éventuelle **interpellation des parties en deuxième instance** et comme l'indique TAPPY, la partie ayant déposé un appel présentant un vice de forme bénéficiera en principe d'un délai de rectification au sens de l'**art. 132 al. 1 CPC**, et son écriture ne sera dès lors pas déclarée irrecevable¹³¹⁵. Tel ne sera pas le cas si l'appel comporte un vice substantiel tel qu'une motivation insuffisante. Comme le rappelle JEANDIN, la jurisprudence du TF considère que « l'instance supérieure doit pouvoir comprendre ce qui est reproché au premier juge **sans avoir à rechercher des griefs par elle-même**, ce qui exige une certaine précision quant à l'énoncé et à la discussion des griefs »¹³¹⁶. La motivation de l'appelant doit donc être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel la comprenne sans effort. Fort

1102

¹³¹¹ Message CPC 2006, p. 6979 et PC CPC-BASTONS-BULLETTI, art. 310 N 2 s. ; CHK-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 310 N 4 ss; CR CPC-JEANDIN, art. 308 N 3 ss et 310 N 2 ss.

¹³¹² PC CPC-BASTONS-BULLETTI, art. 310 N 4 ; CHK-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 310 N 8 ss; CR CPC-JEANDIN, art. 310 N 6 ss.

¹³¹³ PC CPC-BASTONS-BULLETTI, Intro 308-334 N 18 ; Message CPC 2006, p. 6982 ; TF, 5A_1037/2019, du 22.04.2020, concernant en l'occurrence la maxime inquisitoire illimitée.

¹³¹⁴ PC CPC-BASTONS-BULLETTI, Intro 308-334 N 32.

¹³¹⁵ TAPPY, Conclusions et voies de droits, N 49.

¹³¹⁶ CR CPC-JEANDIN, art. 311 N 3a. (mise en gras rajouté).

de ce constat et de la jurisprudence sur ce point, JEANDIN et TAPPY concluent à ce que **l'art. 56 CPC ne saurait entrer en ligne de compte** pour permettre à la partie appelante de remédier après coup aux déficiences d'un mémoire d'appel menant à l'irrecevabilité, « le devoir d'interpellation du juge n'étant pas destiné à ces fins »¹³¹⁷. A ce titre, il convient encore de préciser que le TF a récemment retenu – malgré l'inapplicabilité de principe de l'art. 132 CPC en l'absence de conclusions suffisantes – une obligation du juge de signaler à la partie concernée que son appel (ou son recours) risquait d'être irrecevable faute de conclusions « si la chose était manifeste et que le juge pouvait s'en rendre compte selon la marche normale des affaires à un moment où le délai pour appeler ou recourir n'était pas encore échu »¹³¹⁸.

1103 Dans l'hypothèse où le grief de la violation de l'une des maximes de procédure serait admis en appel, la conséquence pourrait par exemple être – dans le cas d'une violation de l'art. 55 ou 56 CPC – d'ordonner au juge de deuxième instance **l'exclusion de faits, de l'expertise ou des preuves admis à tort** par le juge inférieur (application par analogie des règles sur les preuves illicites). Ainsi, l'exclusion en deuxième instance d'allégations admises en première instance, afin de corriger l'état de fait en conséquence se conçoit notamment si le juge a estimé que lesdits allégués étaient irréguliers alors qu'ils ne l'étaient pas (par exemple : allégués admis après la clôture des débats parce que le premier juge a estimé à tort la maxime inquisitoire applicable). Dans la situation inverse (non-interpellation fautive, absence de recherche des faits d'office, etc.), il appartiendra au juge d'appel de pallier ses lacunes, grâce à son pouvoir d'examen, identique à celui du juge de première instance (cognition complète et libre ; cf. notamment N 1113), voire de renvoyer la cause devant le juge de première instance, notamment lorsque l'instruction est incomplète sur des points essentiels (cf. N 1114).

a. Réexamen d'office des contributions d'entretien de l'enfant en vertu de l'art. 282 al. 2 CPC

1104 Parmi les principes qui régissent la procédure en matière de divorce figure celui de **l'interdépendance entre les contributions d'entretien** allouées à l'un des conjoints et celles des enfants conformément au disponible du débirentier. Fort de ce constat et conformément à la maxime inquisitoire illimitée et à la maxime d'office applicables aux litiges de droit de la famille impliquant des enfants, l'art. 282 al. 2 CPC dispose, lorsqu'un recours porte sur la contribution d'entretien allouée au conjoint, que la juridiction de recours peut également ré-examiner les contributions d'entretien allouées aux enfants, même si elles ne font pas l'objet du recours. Cette disposition combine donc **pouvoir d'examen du juge et maxime**

¹³¹⁷ CR CPC-JEANDIN, art. 311 N 3b ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 6 ; TAPPY, Conclusions et voies de droits, N 49. Voir aussi : TF, 5A_209/2014, du 2.09.2014, consid. 4.2.1 ; TF, 4A_97/2014 et 4A_101/2014, du 26.07.2014, consid. 3.3. Avis inverse sur l'application de l'art. 56 CPC en deuxième instance : RËTORNAZ, in : Bohnet, Procédure civile suisse, L'appel et le recours, p. 393.

¹³¹⁸ TF, 5A_625/2019, du 22.07.2020, rappelé et résumé par TAPPY, Conclusions et voies de droits, N 50.

inquisitoire à tous les recours au sens large mettant en cause le montant d'une contribution d'entretien en faveur d'un conjoint, alors que des contributions en faveur des enfants ont également été prévues. Il peut s'agir d'une convention ratifiée en première instance, d'une décision, ou de mesures provisionnelles au sens de l'art. 276 al. 1 CPC¹³¹⁹. Elle constitue en outre une **exception au principe de l'entrée en force de chose jugée** et de **l'interdiction de la reformatio in pejus**, dès lors que les contributions d'entretien de l'enfant pourront à chaque fois faire l'objet d'un nouveau jugement lorsqu'un recours est interjeté contre les contributions allouées au conjoint (force de chose jugée partielle). Cette exception à la prohibition de la *reformatio in pejus* ainsi qu'à la portée ordinaire de la maxime de disposition en deuxième instance découle de l'application de la **maxime d'office** aux affaires applicables aux enfants au sens de l'art. 296 al. 3 CPC¹³²⁰. Cette règle ne peut cependant **pas être inversée** afin de revoir la contribution d'entretien de l'époux alors que seules celles en faveur de l'enfant font l'objet d'un recours¹³²¹.

Comme le soulignent SPAHR et TAPPY, si l'on s'en tient à une interprétation littérale de l'art. 282 al. 2 CPC, la possibilité offerte à la juridiction de deuxième instance de revoir d'office le montant des contributions de l'enfant en cas de recours portant sur les contributions attribuées au conjoint ne l'oblige pas à modifier, en conséquence, celles dudit conjoint. De même rien n'empêche *a priori* qu'il s'agisse d'une correction défavorable à l'enfant s'il s'agit de sauvegarder le minimum vital du débirentier¹³²².

En ce sens, commettrait une violation de l'art. 282 al. 2 CPC et par extension de la maxime de disposition le juge qui déciderait d'office d'augmenter la contribution due à l'épouse pourtant soumise au principe de disposition, dès lors qu'il reste lié par ses conclusions. En effet, le juge n'est pas lié par les conclusions des parents seulement en ce qui concerne la contribution due à l'entretien de l'enfant. Bien qu'il y ait une certaine interdépendance entre les deux types de contributions, le juge ne pourra pas augmenter la contribution due à cette dernière pour compenser le fait que la contribution allouée aux enfants est plus faible que celle qu'elle avait requise pour eux¹³²³. De même, le juge d'appel n'a pas à se prononcer sur les contributions d'entretien dues pour une période qui ne faisait l'objet d'aucune conclusion des parties, sous peine de violer la maxime de disposition¹³²⁴.

Viole également la maxime d'office le juge qui arrêterait d'appliquer l'exception de l'art. 282 al. 2 CPC à l'enfant mineur, devenu majeur en cours de procédure. Le TF a en effet

¹³¹⁹ TF, 5A_524/2017, du 9.10.2017, consid. 3.1.

¹³²⁰ Cela va également au-delà en dérogeant notamment aussi à l'art. 315 al. 1 CPC.

¹³²¹ CR CC-PICHONNAZ, art. 143 N 7 ss et 30 ss ; CR CC-SPAHR, art. 148 N 6 ss et 20 ss ; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 282 N 11 ss. Voir aussi : ATF 128 III 411, c. 3.2.2 ; PC CPC-FOUNTOULAKIS/D'ANDRÉS, art. 282 N 13 ; KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER, art. 315 N 13 ; BOHNET, in : Bohnet/Dupont, Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant : procédure et mise en œuvre, p. 29 ss.

¹³²² CR CC-SPAHR, art. 148 N 22 ; CR CPC-TAPPY, art. 282 N 14. Contre l'admission d'une modification en défaveur de l'enfant : FANKHAUSER, in : Sutter-Somm et al., ZPO Komm., art. 282 N 21.

¹³²³ COLOMBINI, art. 282, n° 2.1. et références citées.

¹³²⁴ TF, 5A_90/2017, 24.08.2017, consid. 11.2.

jugé qu'il n'était pas arbitraire de considérer que, n'étant pas partie à la procédure, ce dernier devait bénéficier d'une protection procédurale accrue au même titre que lorsqu'il était mineur, et qu'il fallait donc admettre que la maxime d'office continuait de lui être appliquée¹³²⁵.

1108 A l'inverse, ne constitue pas une violation de la maxime d'office le juge qui ne réexamine pas d'office les contributions d'entretien allouées aux enfants dans le cadre d'un litige portant sur la contribution du conjoint, l'art. 282 al. 2 CPC n'étant qu'une norme potestative ou « Kann-Vorschrift ». Les cas d'arbitraire étant bien sûr exclus¹³²⁶.

1109 En tant qu'extension des règles de l'art. 296 CPC, l'exception de l'art. 282 al. 2 CPC constitue donc une norme d'application de la maxime d'office s'agissant de la fixation des contributions d'entretien allouées aux enfants dans le cadre d'une procédure de divorce. Cela étant, le non-respect de cette règle, notamment en **cas d'application induite de ce régime spécifique à l'un des conjoints**, aboutira à une violation de la maxime de disposition, soit une **violation du droit fédéral** ordinairement invocable dans le cadre **d'un recours en matière civile au TF** (art. 95 LTF), seule cette dernière instance pouvant évidemment être saisie dans une telle hypothèse (cf. N 1171 ss).

1110 De même, et comme nous l'évoquons *supra*, l'art. 282 al. 2 CPC s'applique, **dans le cadre d'un appel ou d'un recours (mettant en cause le montant de la contribution d'un conjoint**, lorsque figurent, dans la même décision, les contributions en faveur du ou des enfants), mais aussi dans le cadre de mesures provisionnelles ou de MPUC (cf. TF, 5A_524/2017, du 9.10.2017, consid. 3.1). Selon TAPPY, il se justifie en outre que le champ d'application de cette règle soit étendu « à l'hypothèse où le recours tendrait à l'allocation d'une telle rente refusée par le premier juge et à celle, assez théorique il est vrai, où plusieurs contributions d'entretien seraient prévues en faveur de différents enfants et où seule l'une d'elles ferait l'objet d'un recours »¹³²⁷. Ces deux hypothèses ne nous semblent en effet pas aller à l'encontre de la *ratio legis* de l'art. 282 al. 2 CPC.

b. Administration des preuves en appel consécutive à une violation de la maxime inquisitoire par le juge de première instance (art. 316 al. 3 CPC)

1111 La procédure d'appel est généralement menée sur la base des pièces du dossier, sans audience ni administration de preuve. Au besoin, l'art. 316 CPC prévoit toutefois la possibilité d'ordonner des débats (al. 1), d'ordonner un deuxième échange d'écriture (al. 2) ou encore **d'administrer des preuves**. Cette continuation de la procédure probatoire devant l'instance d'appel devra, en tout état de cause, être menée en tenant compte du **type de procédure et des maximes applicables**. Ainsi, sauf à appliquer l'art. 153 al. 2 CPC, la cour d'appel ne procédera pas d'office à l'administration de preuves dans les causes soumises à la procédure

¹³²⁵ TF, 5A_524/2017, 9.10.2017, consid. 3.2.2 et 3.2.3.

¹³²⁶ TF, 5C.146/2005, 2.03.2006, consid. 11.2 ; CR CPC-TAPPY, art. 282 N 14. Voir aussi : Cour civile de Soleure, 4 juillet 2018, ZKBER.2018.15, RSJ 115 (2019), n° 12, p. 394 ss.

¹³²⁷ CR CPC-TAPPY, art. 282 N 11.

ordinaire. De même, si l'autorité d'appel revoit d'office les questions de droit, elle ne revoit les constatations de fait que lorsqu'elles sont contestées par les parties. Si le recourant souhaite obtenir l'administration de certains moyens de preuve, il devra donc les requérir dans son mémoire d'appel. Sous réserve de moyens de preuve nouveaux, il devra les avoir déjà requis en première instance et ne pas y avoir renoncé¹³²⁸. Il en sera autrement dans les procédures gouvernées par la maxime inquisitoire, voire la maxime d'office, où l'instance d'appel sera autorisée à procéder d'office dans certaines circonstances¹³²⁹.

Compte tenu du **pouvoir de cognition complet** du juge d'appel et de l'application des maximes de procédure au même titre qu'en première instance, il sera possible pour les parties d'obtenir l'administration de certaines preuves de même que la constatation de certains faits, notamment lorsqu'elle se justifie par une violation du droit par le juge inférieur. L'art. 316 al. 3 CPC ne confère cependant **pas un droit automatique à la réouverture de la procédure probatoire et à l'administration des preuves**. Le recourant devra également remplir les devoirs qui lui incombent en vertu des maximes de procédure, notamment lorsqu'il s'agit de la maxime des débats. Cela étant, l'instance d'appel peut refuser la réouverture de la procédure probatoire de même que l'administration de moyens de preuve déterminés si l'appelant n'a pas suffisamment motivé sa critique de la constatation de fait retenue par la décision attaquée, ou encore lorsqu'elle estime que le moyen de preuve requis ne peut en aucun cas prévaloir sur les autres moyens déjà administrés¹³³⁰.

L'art. 316 al. 3 CPC peut **intervenir dans l'élucidation de nova recevables au sens de l'art. 317 al. 1 CPC**¹³³¹. Il peut également entrer en ligne de compte lorsqu'il est reproché au tribunal de première instance de ne pas avoir instruit la cause conformément à la maxime inquisitoire. La jurisprudence admet notamment que la juridiction d'appel peut procéder aux investigations nécessaires lorsque le tribunal inférieur n'a pas administré de preuves sur tous les faits pertinents sans s'assurer, par l'interpellation des parties, que leurs allégués de faits et leurs offres de preuves étaient complets alors qu'il aurait dû avoir des motifs objectifs d'éprouver des doutes à ce sujet (art. 153 al. 2, 310 let. a et 316 al. 3 CPC)¹³³².

¹³²⁸ HOHL, Tome II, p. 436, N 2405 ss.

¹³²⁹ CR CPC-JEANDIN, art. 316 N 4 ss ; KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER, art. 316 N 8 ; REETZ/HILBER, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 316 N 47 ss ; HALDY, La nouvelle procédure civile suisse, p. 83 s.

¹³³⁰ ATF 138 III 374, consid. 4.3.2 ; TF, 4A_362/2015, du 01.12.2015, consid. 2.2 ; TF, 5A 851/2015, du 23.03.2016, consid. 3.1 ; TF, 5A_86/2016, du 05.09.2016 ; TF, 5A_583/2016, du 04.04.2017, consid. 3.1.2.2. Voir aussi : CR CPC-JEANDIN, art. 316 N 4 ss ; KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER, art. 316 N 8 ; REETZ/HILBER, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 316 N 47 ss.

¹³³¹ « Art. 316 Abs. 3 ZPO, auf den sich die Beschwerdeführerin beruft, vermittelt den Parteien keinen Anspruch auf eine Wiederaufnahme des erstinstanzlichen Beweisverfahrens vor der Berufungsinstanz und auf die Abnahme der von ihnen beantragten Beweise [...]. Die Beweisannahme im Berufungsverfahren kommt aber zur Abklärung zulässiger Noven im Sinn von Art. 317 Abs. 1 ZPO in Frage ; sodann kann die Berufungsinstanz auch die bisherige Beweisgrundlage ergänzen, wenn sie zum Schluss kommt, dass die erste Instanz form- und fristgerecht beantragte erhebliche Beweise nicht abgenommen hat, jedoch eine Rückweisung nicht tunlich ist [...] ». TF, 4A_616/2016, du 10.05.2017, consid. 4.1.

¹³³² ATF 138 III 374, consid. 4.3.2 ; TF, 5A_906/2012, du 18.04.2013, RSPC 2013, p. 318 ; TF, 5A_476/2015, 19.11.2015, consid. 3.3.3.

- 1114 Cependant, la cause sera en principe renvoyée devant le juge de première instance lorsque l’instruction est incomplète sur des **points essentiels**. Toujours selon la jurisprudence du TF « un tel renvoi au premier juge se justifie si ce dernier a omis certaines allégations, en a considéré à tort certaines comme non pertinentes ou encore s’il a déclaré erronément des allégations non contestées ou notoires, ce qui l’a amené à procéder à une administration incomplète des moyens de preuves »¹³³³. La notion de « points essentiels » retenue par le TF nous semble donc relativement large, de sorte l’instance d’appel renoncera le plus souvent à administrer elle-même les preuves manquantes en cas d’administration lacunaire du juge inférieur. Enfin, **même dans les procédures applicables aux enfants** dans les affaires de droit de la famille, l’administration de nouvelles preuves – en l’espèce une nouvelle audition des enfants ainsi qu’une nouvelle expertise – suppose de déterminer **si les circonstances ont évolué de manière significative**. Si ce n’est pas le cas, l’instruction sera jugée comme étant toujours d’actualité et l’administration des preuves sera rejetée¹³³⁴.
- 1115 En conclusion, l’art. 316 al. 3 CPC constituera un moyen pour la cour d’appel, notamment lorsqu’elle retient l’existence d’un grief de la violation de la maxime inquisitoire par le juge inférieur, d’administrer certains moyens de preuve refusés bien que régulièrement offerts en première instance. Son admission sera toutefois restreinte en fonction de l’évolution des circonstances, respectivement de la pertinence résiduelle de ces preuves au stade de l’appel, ainsi que de leur caractère essentiel (ou non) pour la résolution du litige.
- c. Faits et moyens de preuve nouveaux et modification de la demande dans le cadre d’un recours au sens large
- 1116 Dans la mesure où des **faits et moyens de preuve nouveaux** sont apparus pendant ou après la procédure de première instance et qu’ils ne pouvaient être produits ou invoqués à ce stade, la chance est donnée aux parties d’apporter lesdits faits et preuves au stade de l’appel, pour autant qu’ils remplissent les conditions de l’art. 317 al. 1 CPC. Subsidiairement, l’admission de ces nova pourra aboutir à la **modification de la demande** conformément à l’art. 317 al. 2 CPC. Dans un cas comme dans l’autre il s’agira **d’un moyen supplémentaire pour les parties d’alléguer les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et de produire les preuves qui s’y rapportent**, et éventuellement de sanctionner la violation résultant de leur application erronée.
- 1117 Comme nous le verrons dans un second temps, la question de l’admission des nova se pose également dans le cadre du recours au sens strict (art. 326 CPC). Elle revêt toutefois une pertinence accrue en procédure d’appel dans la mesure où le juge conserve un **pouvoir de cognition complet**.

¹³³³ TF, 4A_417/2013, du 25.04.2014, consid. 5.2.

¹³³⁴ TF, 5A_138/2012, du 26.06.2012, consid. 4.

(i) *Faits et moyens de preuve nouveaux en vertu de l'art. 317 al. 1 CPC*

La question posée à l'art. 317 CPC (quels sont les faits et moyens de preuve admis en appel ?) cristallise différentes problématiques que sont le **principe d'économie de la procédure**, de la **recherche de la vérité judiciaire**, de même que **l'étendue des modifications tolérées en deuxième instance** au vu des circonstances et du comportement des parties. A ce titre, la réticence du législateur à admettre les nova au stade de l'appel correspond, au moins partiellement, à une volonté de **mettre en garde les parties** sur ce qui pourrait s'apparenter à une certaine « **prise à la légère** » de la **procédure de première instance** de leur part, en s'imaginant à tort qu'elles pourront de toute façon compléter sans restriction leurs lacunes devant le juge supérieur. De la même manière que l'art. 229 CPC ne prévoit en principe pas de droit à une troisième chance (cf. N 813 ss et 1067 ss), l'art. 317 al. 1 CPC limite donc l'admission des nova à des rectifications concernant des éléments postérieurs à la première instance, respectivement inconnus auparavant malgré le respect de son devoir de diligence par la partie qui les propose, par opposition à la simple réparation de carences résultant de sa propre négligence¹³³⁵.

1118

Cette question a fait l'objet de beaucoup de discussions. Aujourd'hui la jurisprudence semble trancher en faveur d'une **admission des nova dans les procédures de droit matrimonial soumises à la maxime inquisitoire illimitée en admettant les faits et moyens de preuve nouveaux en deuxième instance, même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC n'étaient pas réunies**¹³³⁶. Dans les autres cas, c'est la règle stricte de l'art. 317 CPC qui continuera de s'appliquer (pour plus de détails à ce sujet, cf. N 868 ss).

1119

Allant dans le même sens, le Message du 26 février 2020 dispose que « [I]e Conseil fédéral est d'avis qu'il y a lieu de traiter différemment les procédures dans lesquelles la maxime inquisitoire illimitée s'applique. [...] Dans les procédures auxquelles la maxime inquisitoire illimitée s'applique, l'intérêt à l'établissement des faits et de la vérité matérielle doit prévaloir. [...] **L'art. 317 est donc complété par un nouvel al. Ibis, codifiant la jurisprudence (du Tribunal fédéral) et prévoyant que l'instance d'appel ou de recours admet les faits et les moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations lorsqu'il doit examiner les faits d'office**. La grande majorité des participants à la consultation a approuvé la modification proposée, avant même que le Tribunal fédéral ne rende l'arrêt cité; certains acteurs ont même demandé que la règle soit étendue aux procédures relevant de la maxime inquisitoire atténuée ou sociale »¹³³⁷.

1120

Cette décision du TF, de même que le Message de 2020, confirment donc l'exclusion de l'application par analogie de l'art. 229 al. 3 CPC en procédure d'appel (et de ses conditions allégées lorsque les faits doivent être établis d'office), tout en autorisant le juge à déroger à l'art. 317 al. 1 CPC lorsque s'applique la maxime inquisitoire illimitée. L'un comme l'autre

1121

¹³³⁵ KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER, art. 317 N 4 ; BSK-ZPO-SPÜHLER, art. 317 N 2 ; CR CPC-JEANDIN, art. 317 N 3 ; JACQUEMOUD-ROSSARI, Les voies de recours, p. 126 s.

¹³³⁶ ATF 144 III 349, consid. 4.2.1, notamment le 3^e paragraphe.

¹³³⁷ Message CPC 2020, p. 2680 ; cf. également P-CPC 2020, p. 2701.

traduisent une volonté d'octroyer une dimension sociale (*via* l'art. 317 al. 1bis P-CPC) dans le cadre de procédure applicable aux enfants (art. 296 al. 1 CPC). Pour le reste, c'est-à-dire les procédures soumises à la maxime inquisitoire sociale, ledit Message nous paraît relativement éloquent, dans le sens où il ne donne pas suite à la demande de « certains acteurs » d'étendre ladite règle, de même que le choix du terme « examine » dans le projet d'alinéa¹³³⁸.

1122 S'agissant du moment jusqu'auquel des nova doivent être introduits en appel, l'ATF 142 III 413 précise que cette limite se situe **au début de la phase de délibérations de l'instance supérieure**. Cette phase débute à la **clôture d'éventuels débats d'appel** ou lorsque l'autorité d'appel indique formellement qu'elle considère que **la cause est en état d'être jugée** et qu'elle passe désormais aux délibérations. Comme l'indique BASTONS BULLETTI, cette solution permet de retenir les nova admissibles aussi longtemps que possible, sans retarder le prononcé de la décision sur l'appel. Cette décision apporte en outre une double précision : (1) que l'autorité d'appel doit aviser les parties qu'elles entrent en délibérations ; (2) qu'il est important que l'autorité n'annonce pas l'entrée en délibérations trop tôt par rapport au moment où elle statuera effectivement¹³³⁹.

1123 Dans les procédures gouvernées par les autres maximes (maxime des débats ou maxime inquisitoire sociale), il semble que la « rigueur » de l'art. 317 al. 1 CPC vise à sanctionner la négligence voire l'immobilisme de la partie qui croit pouvoir introduire en appel, tout ce qu'elle n'a pas introduit auparavant, bien qu'elle aurait pu le faire. Ainsi, pour autant que la partie invoque ou produise **sans retard** des faits et moyens de preuve nouveaux qu'elle ne pouvait justement pas introduire devant le juge de première instance malgré toute la **diligence** dont elle a fait preuve, celle-ci verra en principe sa requête admise au sens de l'art. 317 al. 1 CPC. La doctrine estime qu'une partie agit en principe « sans retard » lorsqu'elle n'a pas attendu au-delà d'un délai d'environ 10 jours. L'idée d'un **délai maximal fixe** pour faire valoir des nova qui sont parvenus à la connaissance d'une partie dans le cadre de l'échange d'écritures en procédure d'appel a toutefois été **rejetée** par le TF : si un délai de production légal ou judiciaire court pour une partie qui prend connaissance d'un vrai nova, celle-ci peut faire valoir ce nova en procédure d'appel dans le cadre de son mémoire à venir¹³⁴⁰.

1124 L'art. 317 CPC ne limitant pas dans le temps l'admission des faits et moyens de preuve nouveaux, les seuls critères qui devraient selon nous prévaloir, au stade de l'appel, s'agissant des nova sont : l'**invocation et/ou la production sans retard** desdits nova ainsi que la **diligence de la partie plaignante** rendant le retard excusable¹³⁴¹.

¹³³⁸ Cf. ég. : ATF 144 III 349, consid. 4.2.1 ; BOHNET, Maxime inquisitoire illimitée et novas en appel, Newsletter DroitMatrimonial.ch, octobre 2018.

¹³³⁹ ATF 142 III 413, consid. 2.2.3 à 2.2.6 ; Note de Bastons Bulletti in CPC Online (newsletter du 23.06.2016).

¹³⁴⁰ TF, 4A_707/2016, 29.05.2017, consid. 3.3.2, BACHMANN, 4A_707/2016 : Noven müssen im Berufungsverfahren unverzüglich vorgebracht werden, Swissblawg, 22 mars 2019 ; TF, 5A_790/2016, 9.08.2018, ZZZ 2019 p. 62 s. ; FamPra.ch, 2018, pp. 1031-1041.

¹³⁴¹ ATF 143 III 42, consid. 4.1, JdT 2017 II 342. Voir aussi : CR CPC-JEANDIN, art. 317 N 7 ss ; KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER, art. 317 N 2 ; Dike Komm. ZPO-STEININGER, art. 317 N 5 ss et 7 ss.

Ainsi, tant que la partie sera à même de démontrer qu'elle a fait preuve de toute l'attention requise, l'instance d'appel devrait en principe admettre les nova jusqu'aux délibérations, pour autant que leur invocation soit véritablement intervenue sans retard. Si l'on prend l'exemple de l'ATF 143 II 42 concernant une action en modification des contributions d'entretien : le cas où le mari se retrouve au **chômage entre la notification du dispositif de la décision de première instance et l'échéance du délai d'appel** ne pose aucun problème d'interprétation des conditions de l'art. 317 al. 1 CPC. De même, si le mari avait **fait appel de la décision de première instance sur la base d'autres motifs** relatifs à sa capacité contributive et s'était ensuite retrouvé au **chômage entre le dépôt de son appel et la clôture de ladite procédure**. Dans ce cas, s'il invoque ce fait dès l'annonce de son arrêt de travail, les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC seront également remplies. Seule importera l'appréciation du juge quant à la diligence et la réactivité de la partie suite à son changement de situation professionnelle. De manière plus générale, soit dans des causes autres que celles de mesures protectrices (sort de l'enfant, etc.), il est vraisemblable que le juge appréciera cette diligence et cette réactivité avec plus ou moins de sévérité en fonction des circonstances du cas d'espèce¹³⁴².

1125

A l'inverse, posera éventuellement problème la situation dans laquelle le **débirentier renonce à faire appel ou à demander la motivation du dispositif et apprend, à l'échéance du délai de 10 jours, des faits nouveaux** modifiant de manière significative sa capacité contributive. La voie de l'appel étant dans ce cas définitivement fermée, ce dernier devra alors procéder à une nouvelle demande, introduite en première instance, pour obtenir la modification des mesures protectrices selon l'art. 179 CC sur la base de ces nouveaux faits.

1126

La **survenance de faux nova** n'est pas à exclure d'emblée non plus, bien qu'elle soit moins probable. Ainsi le mari qui, malgré son extrême diligence, n'apprend qu'après les délibérations de première instance que son épouse percevait certains revenus, dont le juge n'a pas tenu compte dans le calcul des contributions bien qu'ils aient commencé à être perçus avant le prononcé du jugement, pourra tenter de faire valoir ces nova en appel. Il devra toutefois rendre vraisemblable le fait qu'il n'a pas eu connaissance de ces revenus avant le jugement de première instance et qu'il n'aurait pas pu les connaître plus tôt, bien qu'il ait fait preuve de toute la diligence commandée par les circonstances. Dans ce cas, l'art. 317 al. 1 CPC reste encore ouvert.

1127

TAPPY mentionne enfin l'hypothèse dans laquelle le mari se serait retrouvé au chômage durant la procédure de deuxième instance ouverte consécutivement à un **appel de son épouse**. Dès lors que l'on se trouve en procédure sommaire, l'appel joint est exclu, de sorte qu'il est inutile de se demander si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC sont en l'espèce remplies. Cela étant, TAPPY estime qu'il serait **excessif de retenir l'art. 317 al. 2 CPC pour admettre une modification des conclusions du mari** en réduction des contributions d'entretien fondées sur ce nouveau fait. Certes, l'art. 317 al. 2 CPC ne mentionne pas « l'origine des nova »

1128

¹³⁴² ATF 143 II 42 ; JdT 2017 II p. 342, note de TAPPY.

(invoqués par la recourante ou la partie adverse). Force est toutefois de constater qu'il fait uniquement mention de « modification de la **demande** », et pas de celle de la réponse. Cette limitation s'explique notamment en vertu de **l'interdiction de la *reformatio in pejus***¹³⁴³. Ainsi, seule une nouvelle action fondée sur l'art. 179 CC lui permettra de revoir à la baisse le montant des contributions d'entretien¹³⁴⁴.

(ii) *Conclusion intermédiaire et quid de l'admission de nova en tant que conséquence de la violation de la maxime inquisitoire en première instance*

1129 En conclusion, les parties disposent, en vertu de l'art. 317 al. 1 CPC, d'une véritable opportunité de faire valoir des faits et moyens de preuve nouveaux au stade de l'appel pour autant qu'elles remplissent les conditions spécifiques et certes restrictives de cette disposition. Ne sont toutefois pas soumises à l'application stricte de l'art. 317 al. 1 CPC les nova présentés dans le cadre d'une procédure gouvernée par la maxime inquisitoire illimitée. Pour le reste, la formule ouverte de la let. a (« invoqués ou produits sans retard ») ne pose pas de limite absolue, si ce n'est la clôture de la procédure pour rendre une décision au sens de l'art. 318 CPC. Elle pose uniquement une **limite relative liée à la diligence et la réactivité des parties** pour établir s'il convient de prendre en considération les nova invoqués ou produits devant le juge concerné. Cela étant il convient de distinguer la question d'une admission (éventuellement plus étendue) des nova en procédure d'appel, de celle où le juge de seconde instance aurait à prendre en considération des faits et moyens de preuve **omis à tort en première instance en raison d'une violation de la maxime inquisitoire sociale** (ou autre) par le juge inférieur. En effet, HOHL affirme notamment¹³⁴⁵ :

1130 « Lorsque les procès sont soumis à la maxime inquisitoire simple [...], les faits et moyens de preuve nouveaux sont également soumis aux conditions de l'art. 317 al. 1 CPC. Les parties peuvent toutefois faire valoir que le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire simple en ne prenant pas en considération certains faits. Si la violation est avérée, il en résultera que le tribunal d'appel pourra tenir compte de ces faits ».

1131 Une telle hypothèse permet, en sus des conditions générales d'admission de l'art. 317 al. 1 CPC, de prévoir l'introduction en deuxième instance de faits et moyens de preuve qui ne sont certes **pas nouveaux** étant donné qu'ils ont été omis ou écartés par le juge inférieur, mais qui méritent toutefois d'être amenés à la procédure en raison de la **violation avérée de la maxime inquisitoire sociale**, voire illimitée. Une telle opportunité¹³⁴⁶, conditionnée à l'admission préalable par le juge d'appel de l'existence avérée d'une violation de la maxime inquisitoire par la juridiction inférieure, se situe donc à mi-chemin entre une restitution et l'admission des nova. Ainsi, soit l'on admet la **restitution de manière extensive** aux conditions que nous avons mentionnées *supra*, soit on pourrait également admettre des

¹³⁴³ ATF 143 II 42 ; JdT 2017 II p. 342, note de TAPPY. Voir aussi : CR CPC-JEANDIN, art. 317 N 14.

¹³⁴⁴ JdT 2017 II p. 342, note de TAPPY.

¹³⁴⁵ HOHL, Tome II, p. 438, N 2414 s.

¹³⁴⁶ Qui, *stricto sensu*, semble remplir la condition de « diligence requise » de la let. b.

faits et moyens de preuve nouveaux dont la production a été rendue impossible en première instance en raison d'une violation de la maxime inquisitoire par le juge. C'est d'ailleurs la solution à laquelle aboutissait la jurisprudence vaudoise dans un arrêt de 2011¹³⁴⁷ :

« Les parties peuvent toutefois faire valoir que le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire en ne prenant pas en considération certains faits (Hohl, op. cit., n. 2414, p. 438). Des novas peuvent par ailleurs être en principe librement introduits en appel dans les causes régies par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (Tappy, op. cit., p. 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, op. cit., n. 2415 p. 438) ».

Au même titre que la restitution, la généralisation d'une telle solution permettrait au juge d'appel de compléter directement les faits et moyens de preuve de manière à (successivement) réparer la violation de la maxime applicable et rendre son jugement en pleine connaissance de cause, plutôt que devoir admettre la violation desdites maximes et renvoyer le litige au juge inférieur afin de reprendre la procédure probatoire. En effet, il faut rappeler que l'instance d'appel renonce en principe à procéder elle-même à des vérifications et renvoie la cause au tribunal de première instance lorsque l'instruction à laquelle celui-ci a procédé est incomplète **sur des points essentiels**¹³⁴⁸. Par comparaison, le principe de célérité serait finalement moins écorné dans ces deux hypothèses, notamment lorsque la violation de la maxime inquisitoire concerne des points essentiels pour la résolution du litige. Toutefois, la jurisprudence du TF penche plus en faveur d'une application stricte de l'art. 317 al. 1 CPC. De même, un arrêt vaudois de 2017 tend à appliquer plus strictement cette disposition, même en ce qui concerne les questions de contributions d'entretien envers les enfants¹³⁴⁹.

(iii) *Modification de la demande en vertu de l'art. 317 al. 2 CPC*

Dans la mesure où le juge d'appel admettrait la production de faits et moyens de preuve nouveaux au sens de l'art. 317 al. 1 CPC, la question se pose ensuite de savoir si l'admission de ces nova peut conduire à une modification de la demande au sens de l'art. 317 al. 2 CPC. Cette question nous importe dans la mesure où elle représente un potentiel **moyen d'étendre le pouvoir de disposer des parties**. Dès lors qu'elle porte atteinte au principe de double degré de juridiction, la prise de nouvelles conclusions en appel est cependant soumise à des conditions restrictives prévues à l'art. 317 al. 2 CPC, à savoir¹³⁵⁰ :

¹³⁴⁷ CACI, 7 juin 2011/113 ; JdT 2011 III 43, consid. 2.

¹³⁴⁸ ATF 138 III 374, consid. 4.3.2 ; TF, 5A_939/2012, du 8.03.2013, consid. 4.2.1 ; TF, 4A_417/2013, du 25.02.2014, consid. 5.2.

¹³⁴⁹ TF, 5A_342/2013, du 27.09.2013, consid. 4.1.2 ; TF, 5A_22/2014, du 13.05.2014, consid. 4.2 ; TF, 5A_266/2015, 24.06.2015, consid. 3.2.2 ; TF, 5A_933/2015, 23.02.2016, consid. 6.2 ; TF, 5A_117/2016, du 9.06.2016, consid. 3.2.1 ; TF, 5A_456/2016, du 28.10.2016, consid. 4.1. Pour la jurisprudence vaudoise, voir : CACI, 2 juin 2017/210, consid. 2.3.1.

¹³⁵⁰ ZPO-Rechtsmittel-STAUER, art. 317 N 48 ; JACQUEMOUD-ROSSARI, Les voies de recours, p. 127 s. Cf. récemment TC VD, CACI, 2022/603 du 27.12.2021, consid. 2.1 et 2.2.

- les conditions de l'art. 227 CPC que sont l'**identité de la procédure** (al. 1) et le **lien de connexité** avec la dernière prétention (let. a), **sauf consentement de la partie adverse** à ladite modification (let. b) ;
- que la modification repose sur des **faits et moyens de preuve nouveaux** (recevables en appel).

1136 L'art. 317 al. 2 CPC combine donc les conditions de modification de la demande en première instance (art. 227 al. 1 CPC), à celles de l'art. 317 al. 1 CPC relatives à la prise en compte des nova en procédure d'appel. Par définition ces conditions sont donc **plus strictes** que celles de l'art. 230 CPC dans la mesure où cette disposition est soumise à l'admission des nova selon l'art. 229 CPC. A noter toutefois que lorsque la maxime d'office est applicable, notamment dans les procédures impliquant des enfants, les conclusions peuvent être modifiées jusqu'aux délibérations de la procédure d'appel, le juge n'étant pas lié par les conclusions des parties. Ayant déjà abordé *supra*, la question des nova en appel, nous nous concentrerons sur celle du renvoi de l'art. 317 al. 2 à l'art. 227 al. 1 CPC.

1137 Conformément à l'art. 227 al. 1 CPC ne sont pas des modifications de la demande au sens dudit article et de la jurisprudence du TF la **réduction des conclusions**, admissible en tout temps jusqu'aux délibérations¹³⁵¹, de même que la simple **précision des conclusions**. SPÜHLER exclue plus précisément l'hypothèse d'une simple correction formelle ou d'une erreur de facturation¹³⁵². Il y a une modification des conclusions lorsque sont introduits de **nouveaux moyens sur la base desquels les conclusions ne sont plus identiques aux conclusions initiales**¹³⁵³. Cela étant, il est essentiel d'analyser si l'admission de nouveaux faits ou preuves est de nature à influencer sur le contenu des conclusions ou si cela permet seulement de renforcer l'argumentaire autour de conclusions préexistantes. Cette première condition sera notamment remplie lorsque, à la suite de l'administration d'une nouvelle preuve, le demandeur décide de réclamer une indemnité pour tort moral plutôt qu'en dommage-intérêts, ou s'il conclut à un montant de CHF 30'000.– au lieu de CHF 20'000.– dans le cadre de son action en paiement. Il s'agira dans ce cadre d'une modification des conclusions sans modification de l'identité du procès. *A contrario*, il y a modification de l'objet du litige lorsque l'action en constatation d'un droit et remplacée par une action condamnatoire (ex : action en constatation de la propriété mobilière changée en une action en restitution ou condamnant au remboursement).

1138 A noter encore que l'on retient, en première instance, la modification de la demande lorsque la valeur litigieuse dépasse la barre des CHF 30'000.– dans le cadre d'une action fondée sur un acte illicite (art. 243 al. 2 CPC *a contrario*). Dans cette hypothèse, la partie plaignante passe du régime de la procédure simplifiée (art. 243 al. 1 CPC) à celui de la procédure

¹³⁵¹ TF, 5A_184/2013, du 26.04.2013, consid. 3.2 ; TF, 5A_456/2016, 28.10.2016, consid. 4.2.1 ; cf. également : CHK-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 317 N 17.

¹³⁵² BSK ZPO-SPÜHLER, art. 317 N 14 ; cf. également : ZPO-Rechtsmittel-STAUER, art. 317 N 37 ss.

¹³⁵³ TF, 5A_621/2012, du 20.03.2013, consid. 4.3.2 ; TF, 5A_377/2016, du 9.01.2017, consid. 4.2.3.

ordinaire (art. 219 CPC)¹³⁵⁴. Néanmoins, et malgré le renvoi à l'art. 227 CPC, une telle modification des conclusions en deuxième instance n'aura *a priori* pas d'incidence, dans la mesure où les art. 308 ss CPC ne font aucune différence entre procédure ordinaire et procédure simplifiée.

En conclusion : lorsque – sur la base de faits ou moyens de preuve nouveaux – l'identité de la procédure persiste et que les prétentions modifiées présentent un lien de connexité (sauf accord de la partie adverse) avec les prétentions initiales, le juge devra en principe admettre la modification au sens de l'art. 317 al. 2 CPC. S'il refuse, il s'agira alors d'une restriction arbitraire du pouvoir de formuler des conclusions nouvelles en procédure d'appel offerte par ladite disposition. Bien qu'admise de manière très restrictive, cette extension du pouvoir de disposer des parties doit donc être respectée.

1139

(iv) *Recours stricto sensu : nova et maximes de procédure*

Le texte de l'art. 326 CPC est clair : les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont **irrecevables** dans le cadre d'un recours *stricto sensu*. Contrairement à l'appel qui constitue la voie de droit ordinaire s'exécutant en continuation du procès ouvert devant l'autorité précédente, le recours limité au droit ne confère qu'un **pouvoir d'examen restreint** pour remettre en cause les décisions de l'autorité de première instance¹³⁵⁵. Cela étant, l'interdiction des nova et de conclusions nouvelles de l'art. 326 CPC s'applique **même lorsque la procédure est gouvernée par la maxime inquisitoire**. En effet, comme développé précédemment (cf. N 848 et 874), l'ATF 144 III 349, s'il considère que l'art. 296 al. 1 CPC fait exception au régime strict de l'art. 317 al. 1 CPC, ne dit rien s'agissant de la procédure de recours. A défaut d'une telle précision il convient donc d'estimer que la maxime inquisitoire illimitée, et à plus forte raison la maxime des débats et la maxime inquisitoire sociale, ne font pas exception au régime de l'art. 326 al. 2 CPC. Les nova qui ne pourront être introduits à l'occasion d'un recours *stricto sensu* ne seront dès lors admis que dans le cadre d'une **nouvelle requête** déposée devant l'autorité de première instance. C'est notamment le cas pour les **recours en matière de frais ou d'assistance judiciaire**. Une modification à la baisse de ses conclusions par l'une des parties ne saurait toutefois être assimilée à la prise de conclusions nouvelles au sens de l'art. 326 al. 1 CPC¹³⁵⁶.

1140

1141

¹³⁵⁴ KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER, art. 317 N 7 ss ; HOHL, Tome II, p. 226 ss ; N 1215 ss ; Dike Komm. ZPO-STEININGER, art. 317 N 8 ss.

¹³⁵⁵ JACQUEMOUD-ROSSARI, Les voies de recours, p. 128 s. ; ZPO-Rechtsmittel-STAUER, art. 326 N 3 ss.

¹³⁵⁶ ATF 144 III 349, consid. 4.2.1, BOHNET, Maxime inquisitoire illimitée et novas en appel, Newsletter DroitMatri-monial.ch, octobre 2018 ; TAPPY, Conclusions et voies de recours, N 51. Sur les procédures soumises à la maxime inquisitoire : TF, 4A_604/2014, du 30.03.2015, consid. 3.2.2. Sur les recours en matière d'assistance judiciaire : TF, 5A_405/2011, du 27.09.2011, consid. 4.5.3 ; TF, 5A_14/2015, du 16.07.2015, consid. 3.2. Sur les recours en matière de frais : TF, 5D_16/2016, du 13.05.2016, consid. 4.3, RSPC 2016, p. 429, Note de DROESE.

Comme tout principe, l'art. 326 al. 1 CPC a ses exceptions à l'alinéa suivant qui dispose, sans plus de précisions, que les dispositions spéciales de la loi sont réservées¹³⁵⁷. A ce titre, le TF considère que l'absence de mention dans le CPC d'une règle similaire à celle de **l'art. 99 LTF** ne résulte pas d'un silence qualifié et que cette exception prévue par la LTF s'applique *mutatis mutandis* devant l'instance de recours cantonale, pour autant que les nova présentés **résultent directement du contenu de la décision de première instance**. Il peut notamment s'agir de faits et moyens de preuve qui se rapportent à une irrégularité affectant la composition de l'autorité ayant rendu la décision litigieuse (**motif de récusation**). Parmi les cas réservés par l'art. 99 LTF se trouve aussi la possibilité d'invoquer et de prouver des **faits nouveaux qui rendraient le recours sans objet**. *A contrario*, il ne peut s'agir de véritables nova, soit de faits et moyens de preuve nouveaux survenus postérieurement au prononcé de la décision querellée¹³⁵⁸.

1142 Les exceptions de l'art. 326 al. 2 CPC visent les dispositions d'autres lois, notamment dans les cas où des faits et moyens de preuve nouveaux peuvent être invoqués, en particulier dans **certains procès de LP** pour lesquels l'appel n'est jamais recevable en vertu de l'art. 309 let. b CPC¹³⁵⁹. Selon TAPPY, cette disposition peut parfois conduire à « la possibilité de prendre des conclusions de recours initiales nouvelles, en particulier dans le cas réservé par l'art. 327a CPC [constatation de la force exécutoire selon la Convention de Lugano], où la partie visée par l'exécution n'a pas eu l'occasion de faire valoir ses moyens ou de prendre des conclusions avant la deuxième instance ». Il propose dans ce cas de transposer les règles de l'appel dans le cadre de l'art. 317 CPC (exigence de présentation sans retard et fixation du dernier moment possible au début des délibérations de deuxième instance)^{1360,1361}.

1143 Comme pour l'autorité de première instance, les **maximes de procédure restent applicables durant la procédure de recours** des art. 319 ss CPC. Certaines démarches pourront ainsi être menées d'office par le juge, notamment dans le cadre de procédures gouvernées par la maxime inquisitoire illimitée et la maxime d'office. En effet, l'art. 327 CPC dispose que l'instance de recours peut statuer sur pièces, à la suite des échanges d'écritures (art. 321 s. CPC), de la détermination de l'autorité précédente dans les cas soumis à l'art. 324 CPC, voire d'éventuelles répliques. *A contrario*, elle peut également **choisir d'ouvrir des débats**, soit à la demande des parties notamment lorsque s'applique la maxime des

¹³⁵⁷ CR CPC-JEANDIN, art. 326 N 4 ; PC CPC-BASTONS-BULLETTI, art. 326 N 6 s. ; ZPO-Rechtsmittel-STAUER, art. 326 N 7 ss.

¹³⁵⁸ ATF 139 III 466, consid. 3.4, JdT 2015 II 439. Sur le recours rendu sans objet : CPF 2 juin 2017/84. Sur le rejet des véritables nova en recours : ATF 139 III 120, consid. 5.1.2. Voir aussi : HALDY, La nouvelle procédure civile suisse, p. 87 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 304 s.

¹³⁵⁹ Nous ne détaillerons pas ces dispositions dans la mesure où elles s'éloignent de notre sujet. Pour plus de détails, cf. ZPO-Rechtsmittel-STAUER, art. 326 N 7 ss ; CR CPC-JEANDIN, art. 326 N 4 ; PC CPC-BASTONS-BULLETTI, art. 326 N 6 s.

¹³⁶⁰ TAPPY, Conclusions et voies de recours, N 52. TAPPY, D'une loi à l'autre: renvois et réserves entre le CPC et la LP, JdT 2022 II ... (à paraître) ; II. 2) c), 9^e paragraphe.

¹³⁶¹ DIKE Komm. ZPO-STEININGER, art. 326 N 4 ss ; BSK ZPO-SPÜHLER, art. 326 N 3 ss ; CR CPC-JEANDIN, art. 326 N 5.

débats, soit de sa propre initiative dans les autres cas. Elle pourra dans ce cas ordonner un deuxième échange d'écritures, amener les parties à plaider sur des points précis, voire dans des cas plus rares, administrer des preuves, qui ne porteront toutefois pas sur des faits nouveaux et ne constituant pas des preuves nouvelles au sens de l'art. 326 CPC. A ce titre, il est toutefois bon de rappeler que **la mise en œuvre desdites maximes ne jouera aucun rôle dans l'admission des nova de même que dans l'étendue du pouvoir de cognition de l'autorité de recours**¹³⁶².

Une fois la procédure terminée et dans l'hypothèse où le recours est admis, l'autorité peut soit **annuler la décision ou l'ordonnance d'instruction et renvoyer la cause devant l'instance précédente** (let. a), soit **rendre une nouvelle décision si la cause est en état d'être jugée** (let. b). Dans le premier cas, l'autorité inférieure devra statuer à nouveau, tout en étant liée par les considérants de l'instance de recours. En effet, le recours déploie avant tout un **effet cassatoire** de sorte que c'est l'autorité de première instance qui sera compétente pour statuer au fond. Toutefois, si les nova admis conformément à l'art. 326 al. 2 CPC ont rendu la cause « en état d'être jugée », l'autorité de recours pourra alors trancher elle-même l'affaire en rendant une nouvelle décision sans avoir à passer par l'autorité inférieure. Le recours déploie alors exceptionnellement un **effet réformatoire**. Cette dernière hypothèse, souvent illustré par l'exemple d'un recours dirigé contre un jugement de mainlevée sommaire impose au recourant de prendre des conclusions tendant non seulement à l'annulation de la décision querellée, mais aussi à l'octroi de ses propres conclusions au fond de première instance. Ce ne sera notamment pas le cas lorsque l'admission du recours est fondée sur la violation du droit d'être entendu au regard de l'appréciation des faits, et pas d'une question de droit. A noter enfin qu'une décision réformatoire prise dans le cadre d'une procédure soumise à la maxime de disposition reste liée par l'interdiction de la *reformatio in pejus*¹³⁶³.

Dans l'hypothèse de l'art. 327 al. 3 let. a CPC l'autorité de recours pourra ainsi, en se limitant aux violations de droit, décider de renvoyer la cause devant le juge de première instance de manière à ce que soit réparée la violation d'une maxime de procédure dont la violation aura été constatée devant son autorité, pour autant qu'un tel cas se présente.

3. Devant le TF

Comme mentionné dans le cadre de notre partie historique relative à la PCF et à son champ d'application réduit depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire puis, l'unification de la procédure civile (cf. N 448 ss), nous ne traiterons que des actions civiles relevant de la LTF.

¹³⁶² BSK ZPO-SPÜHLER, art. 327 N 1 ; Dike Komm. ZPO-STEININGER, art. 327 N 1 s. et 6 ; CR CPC-JEANDIN, art. 327 N 4 s.

¹³⁶³ BSK ZPO-SPÜHLER, art. 327 N 8 ss ; Dike Komm. ZPO-STEININGER, art. 327 N 3 s. ; FREIBURGH/AFHELDT, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 327 N 10 ss.

- a. Distinction préalable : le recours au TF comme première ou deuxième instance de recours

1147 Toute décision susceptible d'être portée devant le TF doit en principe être examinée successivement par **deux autorités**. L'art. 75 al. 2 LTF prévoit cependant plusieurs exceptions à cette exigence d'une double instance, pour laquelle il est admis qu'il n'y ait qu'une seule instance cantonale (passage d'une double instance de recours, à une double instance stricte). Le TF peut donc agir en deux qualités : celle de juridiction de seconde instance, respectivement de **première juridiction de recours** consécutivement à la compétence exceptionnelle d'une instance cantonale unique ; ou bien comme **deuxième et dernière autorité de recours** dans tous les autres cas. Dans la première hypothèse, toutes les décisions prises par l'instance cantonale unique ne pourront faire l'objet que d'un recours au TF, pour autant qu'il soit ouvert. Ainsi, contrairement aux cas prévus à l'art. 74 al. 2 let. a LTF (question juridique de principe) dans lesquels il convient d'abord de se demander si la valeur litigieuse requise est atteinte (norme de recevabilité subsidiaire à l'art. 74 al. 1 LTF), les autres hypothèses n'exigent pas de valeur litigieuse spécifique de sorte qu'il suffit de constater que l'on se trouve dans l'un des cas mentionnés aux let. b à i¹³⁶⁴.

1148 Il existe deux cas dans lesquels une instance cantonale unique peut être prévue : lorsqu'une disposition de **droit fédéral impose aux cantons** de l'instituer ou lorsque le **droit cantonal le prévoit** dans une hypothèse où une norme de droit fédéral l'autorise. L'institution d'une instance cantonale unique est par exemple imposée par le droit fédéral dans le cadre des **art. 5 et 8 CPC** qui concernent les litiges patrimoniaux d'au moins CHF 100'000.– de même qu'une liste portant sur des litiges spécifiques (droit de la propriété intellectuelle, droit des cartels, etc.). Du reste, les **art. 6 et 7 CPC** permettent aux cantons d'instituer un **tribunal de commerce**, respectivement un tribunal statuant en **instance cantonale unique sur les litiges portant sur les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale**, option dont n'a pas fait usage le canton de Vaud¹³⁶⁵.

1149 A ce titre, il convient toutefois de relever, malgré la liste de l'art. 74 al. 2 LTF pour laquelle le recours est en principe recevable **sans égard à la valeur litigieuse**, que celle-ci reste tout de même un critère de recevabilité, du moins dans certains cas. Ainsi, pour relever d'une instance cantonale unique, les litiges en matière de **concurrence déloyale** doivent avoir une valeur litigieuse minimale de CHF 30'000.–, à moins qu'il s'agisse d'une action dans ce domaine, exercée par la Confédération. De même pour **les actions directes devant le tribunal supérieur** qui ne sont ouvertes qu'en cas d'accord entre les parties concernant un litige patrimonial d'une valeur litigieuse de minimum CHF 100'000.–¹³⁶⁶.

1150

¹³⁶⁴ PraxisKomm BGG-VOCK, art. 74 N 14 ss ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 74 N 47 ss ; CR CPC-HALDY, art. 5 N 8 s.

¹³⁶⁵ CR CPC-HALDY, art. 5 N 2 ss ; art. 6 N 2 s. ; art. 7 N 1 ; art. 8 N 1 ; PraxisKomm BGG-VOCK, art. 74 N 14 ss ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 74 N 51 ss.

¹³⁶⁶ CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 74 N 51i ; WEY, in : SUTTER-SOMM et al., ZPO Komm., art. 5 N 14 ; art. 8 N 3 ; CR CPC-HALDY, art. 5 N 2 ; art. 8 N 2.

Le but d'une telle institution vise à **recourir plus facilement au TF** lorsqu'il n'y a eu qu'une seule instance cantonale, et ainsi préserver un minimum les droits procéduraux des parties à la procédure. Toutefois, comme le souligne CORBOZ « l'expérience enseigne [...] qu'une **erreur sur les faits ou le droit peut assez facilement se glisser dans un jugement de première instance, mais qu'elle est normalement rectifiée en deuxième instance**. C'est d'ailleurs bien pour cette raison, afin d'éviter une surcharge du TF que la LTF exige en général deux instances cantonales ». Une telle option ne s'applique donc que dans des **hypothèses restreintes**, parfois même avec l'accord des deux parties (cf. art. 8 al. 1 CPC), dans la mesure où elle peut aboutir à une surcharge du TF et constituer une limite des droits procéduraux des justiciables¹³⁶⁷.

En conclusion, le **recours en matière civile** sera donc ouvert, même lorsque la valeur litigieuse minimale n'est pas atteinte, pour les décisions prises en instance cantonale unique en vertu de l'art. 74 al. 2 let. b LTF et des art. 5, 6 al. 1, 7 et 8 al. 2 CPC et pour autant que le droit cantonal le prévoit lorsque l'institution d'une instance cantonale unique n'est pas obligatoire. A défaut de règle prévoyant un **pouvoir de cognition** différencié du TF lorsqu'il intervient en tant que première autorité de recours, il conviendra de ne pas faire de distinction avec le recours en matière civile ordinaire intervenant après une instance de recours au sens large (art. 308 et 319 CPC). A l'exception des conditions relatives à la valeur litigieuse minimale de l'art. 74 LTF, le recours en matière civile des art. 72 ss LTF sera donc appliqué de la même manière dans les deux cas de figure.

Toutefois, comme le soulevait CORBOZ, alors qu'une erreur sur les faits est normalement rectifiée en deuxième instance, elle ne pourra pas l'être lorsque la juridiction de deuxième instance est le TF, à moins que les faits aient été établis de façon **manifestement inexacte** ou en **violation du droit** au sens de l'art. 95 LTF.

b. Mise en œuvre des principes généraux de procédure et conduite du procès : quels moyens à disposition ?

(i) *Mesures probatoires exceptionnelles en vertu de l'art. 55 LTF*

Le principe en matière de recours devant le TF est qu'il **statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente** (art. 105 al. 1 LTF) et peut éventuellement **rectifier ou compléter les faits constatés de façon manifestement inexacte ou en violation du droit** au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF). En tant que dernière instance de recours, il ne lui **appartient donc pas d'instruire pour la première fois les faits pertinents**, de sorte qu'il renverra généralement la cause à l'autorité précédente afin qu'elle complète l'état de fait jugé lacunaire. L'art. 55 LTF fait toutefois exception à cette règle, en prévoyant la mise en œuvre de **mesures probatoires**, directement par le TF ou déléguée aux autorités fédérales ou

¹³⁶⁷ CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 74 N 51j.

cantoniales compétentes, en vertu des art. 36, 37 et 39 à 65 PCF. Cela étant, il convient de bien distinguer les mesures probatoires de l'art. 55 LTF des **expertises générales** parfois ordonnées par le TF, visant à donner un éclairage sur l'application correcte d'une règle et non à établir un état de fait déterminé dans un cas concret. Elles s'apparentent en outre plus à **une demande de renseignement concernant des questions d'ordres général** qui dépassent le cadre du litige¹³⁶⁸.

1154 Les mesures probatoires de l'art. 55 LTF qui, selon FRESARD, « **relève[nt] de l'exception pour ne pas dire de la théorie** » ne sont que très (très) rarement mises en œuvre. Ce dernier relève toutefois plusieurs cas exceptionnels dans lesquels de telles mesures seraient envisageables. Nous ne mentionnerons dans ce cadre que les cas pouvant avoir une pertinence pour notre sujet¹³⁶⁹ :

- **en présence de nova** exceptionnellement admissibles au regard de l'art. 99 LTF, opportunité que nous étudierons plus en détail *infra* ;
- **sur des points liés à la conduite ou au déroulement même de la procédure de recours**, notamment lorsqu'il s'agit d'élucider des faits postérieurs au jugement attaqué (par ex : faillite d'une partie prononcée après le jugement de l'autorité précédente). En tout état de cause, il s'agira de mesures simples, le plus souvent limitées à la remise de pièces manquantes ou de documents destinés à établir un fait allégué et postérieur au jugement attaqué.

1155 S'agissant des dispositions auxquelles renvoie l'art. 55 LTF, il s'agit aussi bien de **dispositions générales relatives à la preuve** (admission limitée aux faits pertinents, nécessaires et contestés ; appréciation anticipée des preuves par le juge ; principe de libre appréciation ; devoir de collaboration des parties ; juge pas lié par les moyens proposés), que de **dispositions relatives aux types de preuve autorisés** (preuve par témoins, preuve par titre, inspection oculaire, experts, interrogatoire des parties). En ce qui concerne par exemple l'expertise, les parties disposent d'un droit de s'exprimer sur le libellé des questions à poser à l'expert (art. 57 al. 2 PCF), de même que de demander des éclaircissements ou des compléments sur le rapport d'expertise, voire de requérir une nouvelle expertise (art. 60 al. 1 PCF). L'expertise doit donc impérativement être menée de façon **contradictoire** et tirera notamment sa crédibilité et sa valeur probante du respect de ces règles découlant du **droit d'être entendu** des parties¹³⁷⁰. Les art. 55 s. PCF prévoit en outre la possibilité d'une inspection oculaire afin de se faire une idée suffisamment précise de la situation à considérer et des circonstances extérieures propres à influencer sur le sort du litige. Hormis les cas où la nature de la visite ou la sauvegarde d'un secret l'y obligent, les parties peuvent en principe participer à l'inspection

¹³⁶⁸ FRESARD, Commentaire de la LTF, art. 55 N 9 ss et 14 ; DONZALLAZ, LTF-Commentaire, art. 55 N 1547 ; VON WERDT, CS BGG, art. 55 N 2 ss.

¹³⁶⁹ FRESARD, Commentaire de la LTF, art. 55 N 9 ss. Voir aussi : DONZALLAZ, LTF-Commentaire, art. 55 N 1547.

¹³⁷⁰ FRESARD, Commentaire de la LTF, art. 55 N 9 ss ; VON WERDT, CS BGG, art. 55 N 10 ss ; PraxisKomm BGG-SPÜHLER, art. 55 N 2.

locale. Cette inspection, qui peut être combinée à une expertise, devra ensuite faire l'objet d'un procès-verbal reprenant les observations faites et les déclarations des parties à leur sujet¹³⁷¹.

En conclusion, bien qu'il soit admis dans des **hypothèses très restreintes**, l'art. 55 LTF présente un moyen pour les parties d'être entendu et d'exercer leurs droits dans le cadre de la production de preuves, même au stade d'un recours ouvert devant le TF. Il constitue en quelque sorte une extension exceptionnelle de la maxime inquisitoire en dernière instance, dans la mesure où il prolonge l'opportunité pour les parties de demander la production de certains moyens de preuve ou à défaut de s'exprimer quant à leur contenu et leur pertinence au vu des faits qu'ils ont précédemment allégués.

1156

(ii) *Quid d'une répartition modifiée des frais et dépens judiciaires « si les circonstances le justifient »*

La règle générale de l'art. 66 LTF dispose que les **frais judiciaires** sont en principe **mis à la charge de la partie qui succombe** (al. 1). Si les circonstances le justifient, le TF peut toutefois les répartir autrement ou renoncer à les mettre à la charge des parties (al. 2). De même, les frais causés inutilement seront supportés par celui qui les a engendrés (al. 3). Les frais judiciaires comprennent les **émoluments judiciaires** soit la contribution aux frais de fonctionnement du tribunal, ainsi que d'**autres émoluments** relatifs aux copies des mémoires, aux frais de traduction, ou encore aux indemnités versées aux témoins et experts. Les frais judiciaires de l'art. 65 LTF ne doivent en outre pas être confondus avec les **dépens** de l'art. 68 LTF. Tandis que les art. 65 à 67 LTF envisagent les **frais assumés par le tribunal pour traiter la cause** et déterminent si et dans quelle mesure ils peuvent être répercutés sur les parties, l'art. 68 LTF couvre la question des **frais assumés par chaque partie afin de faire valoir ses intérêts dans la procédure** et déterminer si et dans quelle mesure l'une des parties peut obtenir de l'autre une indemnité en vue de couvrir tout ou partie de ses frais de procès¹³⁷².

1157

En matière de frais judiciaires, la règle de l'art. 66 LTF confère un **large pouvoir d'appréciation au TF** afin de déterminer si l'on se situe dans un cas couvert par la règle générale (frais à la charge de la partie qui succombe) ou s'il convient de prendre en considération certaines circonstances afin de répartir différemment, voire même de renoncer à mettre lesdits frais à la charge de la partie succombante (art. 66 al. 1 2^{ème} phr. LTF). Cas échéant, le TF statuera d'office sur les frais judiciaires dans sa **décision finale**¹³⁷³.

1158

¹³⁷¹ VON WERDT, CS BGG, art. 55 N 12 s. ; FRESARD, Commentaire de la LTF, art. 55 N 15 ; ATF 121 V 150, consid. 4 ; ATF 126 I 213, consid. 2.

¹³⁷² SEILER, CS BGG, art. 65 N 6 ss ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 65 N 9 ss ; art. 68 N 3 ; PraxisKomm BGG-DOLGE, art. 65 N 1 s.

¹³⁷³ PraxisKomm BGG-DOLGE, art. 66 N 5 ss ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 66 N 4 et 51 ss ; SEILER, CS BGG, art. 66 N 26 ss. Concernant l'accord des parties sur l'attribution des frais judiciaires : ATF 108 II 167, consid. 7.

- 1159 S'agissant des personnes concernées par ce recouvrement, la jurisprudence et la doctrine admettent que les frais judiciaires puissent **exceptionnellement** être mis à la **charge des tiers**, et non pas nécessairement à la charge de l'une des **parties**. Ainsi, le tiers qui aura faussement agi au nom d'autrui sera personnellement condamné aux frais judiciaires¹³⁷⁴.
- 1160 Le TF admet également de mettre les frais judiciaires à la charge de l'**avocat qui a procédé à des démarches inutiles et grossièrement dépourvues de chances de succès**. En effet, la responsabilité de l'avocat en cas de faute professionnelle – que nous aborderons *infra* (cf. N 1038 ss) – relève en principe des **rapports contractuels** entre l'avocat et son mandant. Cependant, le TF peut exceptionnellement décider de mettre les frais non pas à la charge de la partie qui succombe, mais à celle de son avocat personnellement. Cela se justifie, comme dans le cas de l'ATF 129 IV 206, lorsque l'irrecevabilité du recours interjeté pouvait d'emblée être constatée en y prêtant un minimum d'attention. *Idem* concernant la tardiveté d'un recours et la maîtrise présumée des délais par l'avocat¹³⁷⁵ :
- 1161 « Au demeurant, il est téméraire pour un mandataire professionnel, censé connaître sans hésitation tous les mécanismes déterminants pour assurer le respect des délais [...], de se prévaloir d'informations prétendument erronées figurant sur un site Internet officiel. La connaissance des règles relatives aux délais - dont celles qui ont trait aux feries - constitue en effet une des exigences élémentaires de la profession d'avocat [...]. Au vu de ce qui précède, le recours doit être déclaré irrecevable, sans qu'il y ait à examiner les autres aspects évoqués dans la détermination de l'Administration fiscale cantonale. **Eu égard au caractère téméraire du recours au Tribunal fédéral, que ce soit par la production d'un mémoire irrecevable ou par la qualité des arguments mis en évidence dans l'écriture de recours, les frais de l'instance seront mis à la charge de Me Y** ».
- 1162 Cela étant, on peut également supposer que l'avocat qui n'agira pas conformément aux **devoirs imposés par la maxime des débats** à laquelle était soumis son client, en négligeant d'alléguer les faits les plus pertinents et/ou de produire les preuves qui s'y rapportent, pourra se voir imputer les frais judiciaires en vertu de l'art. 66 al. 1 2^{ème} phr. et al. 3 LTF. On peut en effet considérer qu'il s'agit-là d'activités directement liées au mandat et qui pourraient – dans certains circonstances – s'apparenter à des **exigences élémentaires de la profession d'avocat**, et dont la violation pourrait donc être sanctionnée de cette manière. En tout état de cause, il conviendra bien évidemment d'évaluer le niveau d'exigence, respectivement de gravité de l'erreur ou de négligence du mandataire, afin de déterminer si les circonstances justifient effectivement de procéder à une répartition exceptionnelle des frais judiciaires à sa charge.
- 1163 Il est en outre envisageable que le TF mette les frais judiciaires à la charge de la **collectivité publique dont dépend l'autorité qui a rendu la décision attaquée**. Cela suppose en revanche que l'autorité inférieure ait **gravement failli à ses devoirs** en n'assurant pas la

¹³⁷⁴ SEILER, CS BGG, art. 66 N 38 ss ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 66 N 17 ss ; PraxisKomm BGG-DOLGE, art. 66 N 11.

¹³⁷⁵ TF, 2C_744/2009, du 4.03.2010, consid. 4 et 5. Voir aussi : TF, 2C_223/2010, du 19.11.2010, consid. 4 ; PraxisKomm BGG-DOLGE, art. 66 N 12 ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 66 N 19 ; DONZALLAZ, LTF-Commentaire, art. 68 N 1926 et 1937.

protection des droits de parties ainsi que son devoir de rendre la justice. Une telle hypothèse, en soi très rare, visera par exemple les cas dans lesquels l'autorité se trompe de manière particulièrement grossière, rend une décision à ce point lacunaire et défectueuse que le TF ne peut pas se fonder sur celle-ci pour statuer, ou encore ne fait rien du tout (déli de justice). Cela suppose en outre que la **partie intimée n'ait pas soutenu l'attitude de l'autorité précédente**, au risque d'être elle-même condamnée aux frais et dépens. Il pourrait s'agir donc d'une répercussion possible en cas de responsabilité de l'Etat, dont nous traiterons plus en détail *infra* (cf. N 1236 ss). Alors que l'admission d'une telle responsabilité est hautement improbable, celle d'une répartition modifiée des frais et dépens résultant d'une erreur grossière de l'autorité l'est beaucoup moins comme l'illustre certains arrêts ci-dessous¹³⁷⁶ :

- cas d'une répartition des frais judiciaires à la charge du canton en raison d'une **erreur dans le calcul et la répartition de prestations** d'assurance-invalidité. En l'espèce le **manque de diligence manifeste lors de l'examen des faits pourtant dûment établis** justifie cette répartition modifiée¹³⁷⁷ ;
- *idem* lorsque l'autorité fait preuve de **formalisme excessif**¹³⁷⁸ ;
- lorsque l'autorité précédente, **par une décision erronée, a créé un conflit négatif de compétence rendant nécessaire le recours**¹³⁷⁹ ; lorsqu'elle **a indiqué une voie de recours qui n'était pas ouverte**¹³⁸⁰ ; ou lorsqu'elle **a violé de manière répétée le droit d'être entendu du recourant**¹³⁸¹.

1164

Ces quelques arrêts illustrent bien la possibilité de sanctionner devant le TF, par la mise à la charge du canton des frais judiciaires, les erreurs grossières commises par l'autorité précédente. Les exemples proposés ne mentionnent pas directement de cas de violation des maximes de procédure, notamment celles induisant des devoirs supplémentaires du juge en sus de ceux incombant aux parties. Peut-être qu'une telle hypothèse serait néanmoins plausible, notamment dans le cadre de procédures applicables aux enfants dans les affaires de

1165

¹³⁷⁶ CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 66 N 21 ss ; SEILER, CS BGG, art. 66 N 47 ss ; PraxisKomm BGG-DOLGE, art. 66 N 13 ss.

¹³⁷⁷ TF, 4A_595/2011, du 17.02.2012, consid. 3.

¹³⁷⁸ TF, 9C_251/2009, du 15.05.2009, consid. 1.4.1.4.1 et 2.2.1 : «Das fragliche Rechtsbegehren ist zwar terminologisch unzutreffend, aber inhaltlich unmittelbar verständlich. Der Verzicht des kantonalen Gerichts auf jeglichen Einbezug des materiellrechtlichen und verfahrensmässigen Kontextes führt zu einer Formstrenge, die durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist. Überspitzter Formalismus ist eine besondere Form der Rechtsverweigerung [...]».

¹³⁷⁹ ATF 138 III 471, consid. 7. Voir aussi : TF, 4A_499/2012, du 18.02.2013, consid. 3.

¹³⁸⁰ TF, 4A_193/2009, du 24.09.2009.

¹³⁸¹ TF, 8C_984/2009, du 21.05.2010, consid. 4.4 et 5. Voir aussi : TF, 8C_830/2009, du 4.01.2010, consid. 3.1 : « Trifftige Gründe, welche gegen eine öffentliche Verhandlung sprechen, sind auch anderweitig nicht ersichtlich. Indem das kantonale Gericht dennoch von der ausdrücklich beantragten mündlichen Verhandlung gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK absah, hat es der konventionsrechtlich gewährleisteten Verfahrensgarantie nicht hinreichend Rechnung getragen. Es erweist sich deshalb als unumgänglich, die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie den Verfahrensmangel behebe und die verlangte öffentliche Verhandlung durchführe [...]. Ein solcher Fall liegt hier vor und rechtfertigt, dem Kanton Solothurn die Gerichtskosten aufzuerlegen, zumal die Vorinstanz von einer öffentlichen Verhandlung absah, obschon sie aufgrund des gleichen Verfahrensmangels in einem kurz vor dem hier angefochtenen Entscheid ergangenen bundesgerichtlichen Urteil [...] eine Rückweisung hinzunehmen hatte ».

droit de la famille, dans la mesure où le juge est au moins partiellement garant de l'établissement des faits et de l'admission ou non des conclusions des parties conformément à l'intérêt prépondérant de l'enfant mineur. Dans ce cadre, une erreur grossière ou une négligence grave du juge est envisageable, d'autant plus vu les intérêts en présence ainsi que les devoirs qui pèsent sur lui.

1166 L'art. 66 al. 4 LTF, de même que la jurisprudence récente obligent toutefois à nuancer notre propos, dans la mesure où le TF s'abstient de mettre les frais judiciaires à la charge du canton lorsque l'autorité a manqué de diligence, se contentant de lui faire supporter **les dépens**¹³⁸².

1167 L'exonération de l'art. 66 al. 4 LTF est soumise à **trois conditions cumulatives** : (1) elle ne vise que la **Confédération, les cantons, les communes et les organisations chargées de tâches de droit public**, (2) **ayant agi dans le cadre de leurs attributions officielles**, et (3) **pour autant que leurs intérêts patrimoniaux ne soient pas mis en cause** dans le cadre du recours. Concernant l'autorité il peut par exemple s'agir du Ministère public ou de l'APEA. *A contrario*, l'exercice d'une tâche de droit public exclut par exemple le contrat de bail de droit privé conclu entre un tiers et une Commune, propriétaire de la parcelle, qui souhaite en tirer des revenus. Enfin, il faut encore que l'intérêt patrimonial ne soit pas en cause. Cela signifie qu'il ne peut s'agir d'un litige qui a pour objet une somme d'argent que l'entité publique concernée doit recevoir de la partie adverse (ou verser à). *A contrario*, le refus de l'assistance judiciaire concerne **l'accès à la justice** et pas l'intérêt patrimonial de l'Etat à proprement parler¹³⁸³.

1168 Une autre exception au principe de la mise à la charge des frais judiciaires à la partie succombante¹³⁸⁴ consiste à les faire supporter par la **partie qui obtient gain de cause**. Une telle dérogation est notamment envisageable si ladite partie a entamé **des démarches inutiles ou retenu des informations décisives** qui, si elles avaient été divulguées plus tôt, auraient dissuadé la partie adverse de faire recours devant le TF. Le TF peut aussi renoncer à mettre les frais à la charge de la partie succombante, sans les mettre à la charge de l'autre, si celle-ci pouvait croire de bonne foi en son droit d'agir. Le cas le plus évident est celui où sa position était très favorable au vu de la doctrine et de la jurisprudence existantes au moment du dépôt du recours, et allant clairement dans le sens de ses conclusions¹³⁸⁵.

1169 S'agissant maintenant de la **répartition des dépens** prévus à l'art. 68 LTF, ceux-ci sont en principe aussi à la **charge de la partie succombante**. Cela étant, si aucune des parties n'a entièrement obtenu gain de cause, les frais seront généralement répartis de manière

¹³⁸² ATF 138 II 471, consid. 7 ; TF, 4A_595/2011, du 17.02.2012, consid. 3.

¹³⁸³ ATF 109 Ia 5, consid. 5. Voir aussi : DOLGE, PraxisKomm BGG, art. 66 N 19 s. ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 66 N 21 ss ; DONZALLAZ, LTF-Commentaire, art. 68 N 1950 ss.

¹³⁸⁴ Peut-être dans le but de sanctionner son obstruction, respectivement son absence patente de collaboration. On peut néanmoins supposer qu'un tel comportement sera difficilement compatible avec le fait de finalement obtenir gain de cause...

¹³⁸⁵ SEILER, CS BGG, art. 66 N 30 ; PraxisKomm BGG-DOLGE, art. 66 N 5 ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 66, N 40 ss.

proportionnelle entre elles. En principe **toute partie peut être condamnée aux dépens** (partie principale ou accessoire, entité de droit public, tiers), selon les conditions spécifiques posées à l'art. 68 al. 2 à 4 LTF. En revanche, **seule une partie peut recevoir des dépens**. A ce titre, l'art. 68 al. 3 LTF précise qu'il ne peut être alloué de dépens en faveur de la Confédération, des cantons, des communes ou de toute autre organisation de droit public lorsqu'il/elle obtient gain de cause dans l'exercice de ses attributions officielles. Mais contrairement à l'art. 66 al. 4 LTF, l'art. 68 al. 3 LTF s'applique indépendamment de savoir si l'intérêt patrimonial de l'entité concernée est en cause¹³⁸⁶.

A ce titre, le TF dispose d'un **large pouvoir d'appréciation** en ce qui concerne l'octroi des dépens, bien qu'il suive le plus souvent la règle générale de la charge des dépens à la partie succombante¹³⁸⁷. En fonction de l'issue de la cause le TF **confirme, annule ou modifie la décision de l'autorité précédente sur les dépens** pour la procédure antérieure. Au besoin, il peut fixer lui-même les dépens ou choisir de renvoyer la cause devant l'autorité pour qu'elle s'en charge. Toutefois, dans la mesure où les dépens sont conçus dans l'intérêt des parties (contrairement aux frais judiciaires), CORBOZ considère que ces derniers ont la **libre disposition de cette créance**, à laquelle ils peuvent renoncer, même s'ils obtiennent gain de cause¹³⁸⁸.

1170

c. Violation des maximes de procédure invoquées dans le cadre d'un recours en matière civile

Dire comme le fait l'art. 72 al. 1 LTF que le recours en matière civile permet d'attaquer les **décisions rendues en matière civile** ou, autrement dit, les décisions portant sur des litiges relatifs à des rapports juridiques entre particuliers relève de la tautologie. Sont également soumis au recours en matière civile au sens de l'art. 72 al. 2 LTF les décisions qui, de prime abord, relèvent plutôt du droit public, mais qui sont pourtant **connexes au droit civil**. C'est notamment le cas d'un litige portant sur la contribution d'entretien d'un enfant à l'encontre de ses parents, mais pour lequel une collectivité publique est subrogée dans ses droits. Il s'agira donc le plus souvent de cas dans lesquels l'entité de droit public n'interviendra que **pour réaliser des objectifs de droit privé**. La liste non-exhaustive établie par l'art. 72 al. 2 LTF mentionne notamment les causes relatives à la poursuite pour dettes et la faillite (exécution forcée du patrimoine privé du débiteur), ou encore les décisions prises dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte (litiges relatifs à l'institution, la

1171

¹³⁸⁶ DOLGE, PraxisKomm BGG, art. 68 N 3 s. ; SEILER, CS BGG, art. 68 N 2 s. et 5 s. ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 68 N 19 ss et 24 ss.

¹³⁸⁷ SEILER, CS BGG, art. 66 N 38 ss et art. 68 N 34 ss ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 68 N 19 ss et 24 ss ; PraxisKomm BGG-DOLGE, art. 68 N 18 ss.

¹³⁸⁸ CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 68 N 11 ; PraxisKomm BGG-DOLGE, art. 68 N 23 ss ; SEILER, CS BGG, art. 66 N 43.

modification ou la levée des mesures de protection ; à la désignation ou la révocation des personnes en charge de ces mesures ; etc.)¹³⁸⁹.

(i) *Décisions sujettes à recours*

1172 S'agissant des décisions sujettes à recours, il peut s'agir d'une **décision finale** (art. 90 LTF), d'une **décision partielle** (art. 91 LTF), d'une **décision préjudicielle ou incidente** notifiée séparément et portant sur la compétence ou sur une demande de récusation (art. 92 LTF) ou d'autres décisions préjudicielles et incidentes remplissant les conditions de l'art. 93 LTF¹³⁹⁰.

1173 Constitue une **décision finale** celle qui **met définitivement fin à la procédure**, qu'il s'agisse d'une décision sur le fond ou d'une décision qui clôt l'affaire pour un motif d'ordre procédural. C'est donc l'acte qui **met un point final à la procédure engagée**, sous réserve d'actes accessoires tels que la taxation des frais et dépens, ou justement, d'un recours, d'une demande de révision, d'interprétation ou de correction devant l'autorité supérieure. Au surplus, la **procédure** dans laquelle est rendue cette décision finale doit revêtir un **caractère autonome** (*a contrario*, elle ne doit pas être un accessoire à une procédure principale telle qu'une requête d'assistance judiciaire ou d'effet suspensif). Il convient à ce titre de faire une distinction s'agissant des **mesures provisionnelles** : celles qui sont décidées dans le cadre de la procédure principale (au début ou en cours de procès) et qui déploient leurs effets pendant la durée du procès donnent lieu à des décisions incidentes. Si les mesures provisionnelles font l'objet d'une procédure indépendante et qu'elles y mettent fin, elles donneront cette fois lieu à une décision finale. C'est par exemple le cas de mesures protectrices de l'union conjugale prévues aux art. 172 ss CC¹³⁹¹.

1174 La LTF distingue entre deux types de **décisions partielles** : celle qui statue, de manière finale, **sur un ou plusieurs chefs d'une demande**, mais renvoie l'examen d'un ou de plusieurs autres à une décision ultérieure (let. a). Autrement formulée elle statue sur une partie quantitativement limitée de la prétention litigieuse ou sur l'une des prétentions en causes, par exemple en cas de cumul objectif d'actions ou de demande reconventionnelle (« echte Teilentscheide »)¹³⁹². Est également qualifiée de partielle la décision qui a pour effet de mettre fin au litige **à l'égard d'une des parties** (« unechte Teilentscheide »), et qui se poursuivra seulement à l'égard des autres (let. b)¹³⁹³. C'est le cas lorsqu'une partie est **mise hors de**

¹³⁸⁹ PraxisKomm BGG-Vock, art. 72 N 1 ss ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 72 N 12 ss ; VON WERDT/GÜNGERICH, CS BGG, art. 72 N 3 ss.

¹³⁹⁰ HALDY, Procédure civile suisse, p. 205 s. ; BOHNET, in : Bohnet/Tappy, CPC et LTF, L'examen du Code de procédure civile suisse par le Tribunal fédéral, p. 3 ss.

¹³⁹¹ CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 90 N 9 ss et 11 ; DONZALLAZ, LTF-Commentaire, art. 90 N 3200 ss ; VON WERDT, CS BGG, art. 90 N 4 ss.

¹³⁹² ATF 132 III 785, consid. 2 ; ATF 124 III 406, consid. 1.

¹³⁹³ ATF 131 II 667, consid. 1.3 ; ATF 129 III 25, consid. 1.1.

cause en vertu d'une assignation irrégulière, d'une incompétence à l'égard de cette dernière ou encore d'une absence de légitimation (active ou passive)¹³⁹⁴.

La **décision incidente** se définit *a contrario* des dispositions précédentes : il s'agit d'une décision qui n'est ni finale, ni partielle. S'agissant des **décisions préjudicielles**, CORBOZ précise qu'il est vain de vouloir la distinguer des décisions incidentes dans la mesure où la loi les traite toujours sous le même régime (« Vor- und Zwischenentscheide »). Conformément à l'art. 92 al. 1 LTF peuvent faire l'objet d'un recours les décisions incidentes portant **sur une question de compétence** (par ex : conflit de compétence entre le tribunal des baux et le tribunal des prud'hommes) ou sur une demande de récusation¹³⁹⁵.

Enfin, l'art. 93 LTF prévoit une exception concernant les décisions préjudicielles et incidentes qui ne sont pas visées par l'art. 92 LTF. Sont donc exceptionnellement attaquables dans le cadre d'un recours devant le TF les **autres décisions incidentes et préjudicielles** qui peuvent causer un **préjudice irréparable** ou si leur admission en recours peut conduire immédiatement à une décision finale permettant d'**éviter une procédure probatoire longue et coûteuse** (al. 1). Une règle spéciale plus restrictive est également prévue pour les recours en matière d'entraide pénale internationale et de procédure d'asile (al. 2). Enfin l'art. 93 al. 3 LTF prévoit que si le recours n'est pas recevable en vertu des al. 1 et 2 ou qu'il n'a pas été utilisé, les décisions préjudicielles et incidentes peuvent être attaquées par un recours contre la décision finale dans la mesure où elles influent sur le contenu de celle-ci.

Est une « autre décision incidente » au sens de la jurisprudence, celle qui **ordonne ou refuse une mesure probatoire** ou une audience de conciliation¹³⁹⁶ ; celle qui accorde ou refuse à une partie la faculté de s'exprimer oralement ou par écrit ; celle qui **renvoie la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle décision**, même lorsqu'elle tranche définitivement certaines questions préalables et statue définitivement sur les frais et dépens de l'incident¹³⁹⁷ ; ou encore celle qui **renvoie la cause à l'autorité inférieure pour un complément d'instruction**.

La notion de **préjudice irréparable** ne doit pas être confondue avec celle de préjudice difficilement réparable. Cette formulation volontairement restrictive suppose que le risque que la décision entraîne un préjudice irréparable ne puisse pas être réparé ultérieurement, s'il se réalise. Selon une jurisprudence constante le préjudice doit être d'ordre juridique et il ne peut donc s'agir seulement d'un inconvénient de fait découlant naturellement de la poursuite de la procédure. Une prolongation de la procédure peut toutefois constituer un préjudice irréparable lorsqu'elle engendre une violation grave du principe de célérité, potentiellement

¹³⁹⁴ PraxisKomm BGG-SPÜHLER/AEMISEGGER, art. 91 N 3 ss et 7 ss ; VON WERDT, CS BGG, art. 91, N 3 ss et 9 ss ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 91 N 9 ss et 20 ss.

¹³⁹⁵ PraxisKomm BGG-SPÜHLER/AEMISEGGER, art. 92 N 1 ss ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 92 N 14 ss ; DONZALLAZ, LTF-Commentaire, art. 92-93 N 3322 ss.

¹³⁹⁶ ATF 137 III 380, consid. 1.1.

¹³⁹⁷ ATF 139 V 99, consid. 1.3 ; ATF 137 V 314, consid. 2.1 ; ATF 136 V 369, consid. 1.2.1 ; ATF 135 III 213, consid. 1.2.

constitutive d'arbitraire voire de déni de justice¹³⁹⁸. Sont de nature à causer un préjudice irréparable **l'attribution de la garde d'un enfant pour la durée de la procédure**¹³⁹⁹, ou encore **la levée des scellés lorsqu'il est statué sur le sort de secrets juridiquement protégés**¹⁴⁰⁰. Concernant l'attribution de la garde, se posera également la question de l'application conforme des maximes y-relatives.

1179 La possibilité de provoquer immédiatement une décision finale permettant d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse doit également **être admise de manière restrictive**. Cette condition n'est remplie que si le TF peut **mettre fin lui-même et immédiatement à la procédure**, en statuant sur le recours. Tel ne sera pas le cas lorsqu'il convient de procéder à des mesures probatoires ou renvoyer la cause à l'autorité inférieure pour une nouvelle décision. Selon la formulation de l'art. 93 al. 1 let. b LTF, seule la **procédure probatoire** (longue et coûteuse) doit être évitée. Ne sont donc pas concernés : la rédaction d'écritures, la préparation de plaidoiries, ou encore **le temps supplémentaire laissé au tribunal pour statuer à nouveau**. Enfin le **caractère long et coûteux** vise notamment l'administration de preuves telles qu'une expertise particulièrement complexe, la multiplication de plusieurs expertises, ou encore l'audition de très nombreux témoins¹⁴⁰¹.

(ii) *Motifs invocables en lien avec la violation des maximes de procédure*

1180 Parmi les **motifs de recours**, l'art. 95 LTF dispose que le recours peut être formé pour violation du droit fédéral, du droit international, de droits constitutionnels cantonaux, de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires et du droit intercantonal. En matière de violation des maximes de procédure dans un procès soumis à la procédure civile fédérale, nous retiendrons principalement le **droit fédéral** comme motif à invoquer. Par-là, il faut entendre au premier chef les dispositions légales résultant du CPC¹⁴⁰². Si toutefois seule une violation des droits constitutionnels est invocable (cf. art. 98 et 116 LTF), il faudra invoquer soit l'arbitraire dans l'application desdites dispositions du CPC, soit une maxime déduite de garanties procédurales constitutionnelles ou conventionnelles. L'obligation de passer ainsi par une invocation devant le TF d'une violation des droits constitutionnels pour se plaindre d'une mauvaise application des maximes de procédure pourrait en outre se rencontrer dans des domaines où lesdites maximes

¹³⁹⁸ PraxisKomm BGG-SPÜHLER/AEMISEGGER, art. 93 N 14 ss ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 93 N 15 ss ; VON WERDT, CS BGG, art. 93 N 19 ss.

¹³⁹⁹ ATF 137 III 475, consid. 1.

¹⁴⁰⁰ ATF 138 IV 225, consid. 1.3.

¹⁴⁰¹ PraxisKomm BGG-SPÜHLER/AEMISEGGER, art. 93 N 25 ss ; VON WERDT, CS BGG, art. 93 N 32 ss ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 93 N 30 ss.

¹⁴⁰² Ou naturellement des règles d'autres lois fédérales réglementant les maximes procédurales dans le cadre de procès civils, comme les art. de la Loi du 13 juin 2008 sur la responsabilité civile en matière nucléaire (R 732.44) récemment entrée en vigueur, de certaines dispositions du droit matériel prévoyant que le juge n'est pas lié par les conclusions des parties (cf. CR CPC-HALDY, art. 58 N 10).

résultent du droit cantonal¹⁴⁰³, ou d'une application du CPC fédéral à titre de droit cantonal supplétif¹⁴⁰⁴. Bien que le TF ne revoie en principe pas l'application du droit cantonal, il reste en effet possible de se plaindre devant lui d'une application de ce dernier **arbitraire ou contraire à un droit constitutionnel** en respectant les conditions prévues à l'art. 106 al. 2 LTF (grief invoqué et motivé par le recourant)¹⁴⁰⁵. Relevons toutefois que si, en matière de protection de l'adulte et de l'enfant, de nombreuses règles du CPC peuvent, par le mécanisme de l'art. 450^fCC, s'appliquer à titre de droit cantonal supplétif notamment dans le canton de Vaud¹⁴⁰⁶, cela ne vaut pas pour les maximes de procédure, car elles découlent alors directement de l'art. 446 CC¹⁴⁰⁷.

Un autre motif et sûrement le plus probable dans notre cas sera d'invoquer **l'établissement inexact des faits** en vertu de l'art. 97 LTF. Conformément à cette disposition (« Le recours ne peut critiquer les constatations de faits ») ainsi qu'au pouvoir de cognition reconnu au TF, le recourant ne pourra **pas s'écarter des constatations de fait contenues dans la décision attaquée**. De même, le TF devra se fonder exclusivement sur les constatations contenues dans la décision attaquée sans tenir compte d'éventuelles modifications ou ajouts opérés par le recourant. Selon une jurisprudence du TF, ce dernier peut toutefois, **si l'autorité précédente se réfère à un état de fait contenu dans la décision d'une autorité inférieure**, considérer cet état de fait comme incorporé dans la décision attaquée¹⁴⁰⁸.

1181

Cette règle connaît néanmoins des exceptions, soumises à deux conditions cumulatives : que les faits aient été **établis de façon manifestement inexacte** (arbitraire), ou qu'ils aient été établis **en violation du droit** au sens de l'art. 95 LTF, et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause. Les faits établis de façon manifestement inexacte renvoient à la question de l'arbitraire et donc à une question de droit. La formule choisie semble uniquement viser le **processus d'établissement des faits**, toutefois la jurisprudence ne fait pas la distinction, au sein de l'art. 97 LTF, avec la notion d'**appréciation des preuves**, qui peut dès lors être visée par cette question d'arbitraire¹⁴⁰⁹.

1182

¹⁴⁰³ Bien que ces situations soient devenues rares, il y a encore des procès civils où la procédure applicable est en principe laissée au droit cantonal parce que le droit matériel relève de ce dernier, cf. PC CPC-PIOTET, art. 1 N 10 ss. Dans ce cas les maximes de procédure y sont généralement aussi du droit cantonal, soit qu'une loi cantonale les règle expressément (ou renvoie à une autre loi de procédure cantonale, par ex. administrative), soit qu'il y ait renvoi au CPC applicable alors à titre de droit cantonal supplétif.

¹⁴⁰⁴ Cf. p. ex. art. 104 et 108 al. 1^{er} CDPJ, impliquant l'application à titre supplétif de la partie générale du CPC, donc de ses art. 55 et 58, ainsi que des art. 243 et 247 CPC à la plupart des affaires de droit privé cantonal ou de droit public cantonal confiées à la juridiction civile.

¹⁴⁰⁵ Le droit fédéral appliqué à titre de droit cantonal supplétif est par rapport aux art. 95 et 106 LTF du droit cantonal dont le TF ne peut revoir librement l'application, cf. ATF 138 I 232, consid. 2.4 ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 95 N 21 et 26.

¹⁴⁰⁶ Cf. aussi art. 12 LVP AE et PIOTET D., Droit privé judiciaire vaudois annoté, Bâle 2021, art. 12 LVP AE N 2.

¹⁴⁰⁷ BSK ZGB-MARANTA/AUER/MARTI, art. 446 N 1-3 et 450 FN 3 et 17 ss ; BSK ZPO-STECK, art. 296 N 3.

¹⁴⁰⁸ ATF 126 III 187, consid. 2a ; ATF 124 IV 81, consid. 1. Voir aussi : PraxisKomm BGG-SPÜHLER, art. 97 N 1 ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 97 N 9 ss ; SEILER, CS BGG, art. 97 N 2 s.

¹⁴⁰⁹ Message relatif à la LTF : FF 2001 p. 4135. Voir aussi : SPÜHLER, PraxisKomm. BGG, art. 97 N 2 ss ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 97 N 16 ss ; SEILER, CS BGG, art. 97 N 9 ss.

- 1183 De manière plus large, les **faits établis en violation du droit** pourront également faire l'objet d'un recours. Sont notamment visés par cette deuxième condition les **règles qui gouvernent l'établissement des faits** telles que le fardeau de la preuve, les **dispositions relatives à l'administration des preuves** de même, selon nous, que les **maximes de procédure**. La doctrine considère à cet égard que la violation des règles sur les maximes de procédure ne sont pas constitutives d'une violation de fait, mais d'une question de fond quant à l'application correcte des règles relatives à la charge de la preuve¹⁴¹⁰. C'est également la conclusion à laquelle aboutit le TF dans l'arrêt ci-dessous, en qualifiant le principe de la maxime inquisitoire de règle de procédure essentielle dont la violation peut être sanctionnée par les art. 97 al. 1 et 95 let. a LTF¹⁴¹¹ :
- 1184 « Mit Blick auf diese Kognitionsregelung ist zu prüfen, ob der angefochtene Gerichtsentscheid in der Anwendung der massgeblichen materiell- und beweisrechtlichen **Grundlagen Bundesrecht verletzt** (Art. 95 lit. a BGG), einschliesslich einer allfälligen rechtsfehlerhaften Tatsachenfeststellung (Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG). Zu den Rechtsverletzungen im Sinne von Art. 95 lit. a BGG gehört auch **die unvollständige Feststellung der rechterheblichen Tatsachen** [...] und **die Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes als einer wesentlichen Verfahrensvorschrift** [...]. Hingegen unterbleibt eine freie Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheids in tatsächlicher Hinsicht ».
- 1185 DONZALLAZ admet également qu'il est possible de se plaindre de l'établissement inexact des faits par des garanties, autres que la prohibition de l'arbitraire (interdiction du formalisme excessif, obligation de bonne foi, etc.). Il précise en outre : « la violation de la maxime inquisitoire conduit en principe **au renvoi de l'affaire à l'autorité cantonale pour complément de la procédure probatoire**. Tel n'est toutefois pas toujours le cas selon le Tribunal fédéral [...] notamment, quand une partie contrevient à son obligation de participer à l'évaluation de l'état de fait qui lui incombe même dans le cadre de cette procédure »¹⁴¹².
- 1186 Ainsi, il est possible de recourir au sujet de faits constatés en violation du droit fédéral et plus précisément en violation des règles de procédure qui gouvernent l'établissement des faits et l'administration des preuves. Semble également envisageable le recours fondé sur l'argument de l'établissement manifestement inexact des faits, consécutif à la violation d'une maxime de procédure. Dans certains cas, on pourra même considérer que les deux conditions alternatives de l'art. 97 al. 1 LTF, lorsque la violation (par exemple) de la maxime inquisitoire illimitée aura conduit à l'établissement manifestement inexact des faits. Il y aura donc dans ce cas, la violation d'une règle de procédure de droit fédéral, combiné au grief d'arbitraire, lors de l'établissement des faits.
- 1187 Le vice dans la constatation d'un fait ne suffit pas, il faut au surplus un **intérêt à recourir** ou ce que DONZALLAZ qualifie de « lien de causalité » entre la constatation inexacte des faits et la décision rendue. C'est ce que prévoit l'art. 97 al. 1 LTF *in fine* lorsqu'il dispose « et si la

¹⁴¹⁰ SEILER, CS BGG, art. 97 N 11 ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 97 N 30 ss ; PraxisKomm BGG-SPÜHLER, art. 97 N 6.

¹⁴¹¹ TF, 9C_850/2008, du 6.02.2009, consid. 2.2 (Mise en gras ajoutée).

¹⁴¹² DONZALLAZ, LTF-Commentaire, art. 97 N 3971.

correction du vice est **susceptible d'influer sur le sort de la cause** ». Ainsi, aucune contestation des faits n'est pertinente si elle n'a pas pour but sous-jacent d'aboutir à une modification de la décision. La critique doit donc porter sur un **fait pertinent** pour le sort de la cause. De même, cela inclut les **faits jugés à tort comme sans pertinence**. Le TF a en effet admis qu'il était possible de compléter les constatations de l'autorité inférieure lorsque celle-ci ne s'était pas prononcée sur certains faits, pourtant régulièrement allégués et clairement établis, parce qu'elle avait considéré à tort qu'ils étaient sans pertinence¹⁴¹³.

Afin d'être admis, le grief soulevé doit finalement être **motivé conformément aux exigences des art. 42 al. 1 et 2 et 106 al. 2 LTF**. Il doit indiquer le point qu'il conteste et démontrer, à l'appui des pièces du dossier, en quoi le fait considéré comme douteux ou sans pertinence l'a été de manière manifestement exacte ou en violation du droit. Il ne doit en aucun cas se contenter de présenter sa propre version des faits ou de simplement ajouter des faits qui ne figuraient pas dans la décision attaquée sans avoir démontré au préalable leur pertinence, et en quoi leur admission était susceptible de modifier l'issue de la cause. Selon une jurisprudence établie, le grief d'arbitraire est notamment démontré lorsque l'autorité n'a pas pris pas en compte, sans raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision ; lorsqu'elle s'est manifestement trompée sur son sens et sa portée ; ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en a tiré des constatations insoutenables¹⁴¹⁴.

Fort de ce constat, la violation d'une maxime de procédure dans le cadre d'un recours en matière civile pourra en principe être admise, pour autant qu'elle remplisse les conditions de l'art. 97 et 106 al. 2 LTF et qu'elle découle d'une décision susceptible de recours au sens des art. 90 ss LTF. L'admission d'un tel motif aura en principe pour conséquence **l'annulation de la décision et le renvoi devant l'autorité inférieure pour nouvelle décision**. Le TF pourra cependant renoncer à renvoyer la cause devant l'autorité inférieure lorsqu'il **peut procéder directement lui-même** ou, à titre de sanction, lorsque les lacunes résultent d'une violation de son devoir d'allégation par la partie recourante. C'est notamment le cas d'un arrêt de 2007 relatif à l'obligation alimentaire d'un parent au bénéfice de l'aide sociale¹⁴¹⁵ :

« La preuve de l'existence du dénuement au sens de l'art. 328 CC incombe à celui qui prétend en déduire un droit et à la collectivité, lorsque celle-ci est subrogée au créancier [...]. En l'espèce, la Commune qui a pris en charge à raison de 72'170 francs de frais de traitement en clinique [...] n'a ni allégué ni prouvé, en instance cantonale, que A avait dû entrer dans une institution non reconnue par la caisse maladie. L'« Obergericht » n'a pas vérifié ce point non plus. Il a violé l'art. 8 CC et l'art. 328 CC en accordant sans autres à la Commune le remboursement du montant des prestations correspondant aux frais non couverts par l'assurance maladie. Le jugement entrepris doit donc être annulé. **Il n'est toutefois pas nécessaire de renvoyer la cause. En effet, même si la procédure cantonale en matière d'obligation alimentaire est dominée par la maxime inquisitoire et si, en procédure d'appel, les nova ne sont en principe pas**

¹⁴¹³ ATF 130 III 136, consid. 1.4. Voir aussi : CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 97 N 34 ss ; DONZALLAZ, LTF-Commentaire, art. 97 N 3629 ss ; SEILER, CS BGG, art. 97 N 18 ss.

¹⁴¹⁴ ATF 136 III 552, consid. 4.2 ; ATF 129 I 8, consid. 2.1. Concernant l'absence de motivation : ATF 137 III 352, consid. 5.1 ; ATF 136 II 101, consid. 3. Voir aussi : SEILER, CS BGG, art. 97 N 18 ss ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 97 N 36 ss ; DONZALLAZ, LTF-Commentaire, art. 97 N 3980 ss.

¹⁴¹⁵ JdT 2007 I 130, consid. 4. (Mise en gras ajoutée).

interdits, les parties n'en sont pas pour autant déliées de leur obligation de collaborer. La Commune aurait dû alléguer le dénuement de A et en proposer la preuve. Elle n'a pas rempli son devoir de collaborer et l'action doit donc être rejetée dans la mesure où elle concerne les 72'170 francs de frais pour les deux cliniques ».

1191 Enfin dans de rares cas, le TF pourra directement procéder à l'établissement des faits pertinents au sens de l'art. 105 LTF.

(iii) *Rectification et compléments des faits déterminants au sens de l'art. 105 al. 2 LTF*

1192 L'art. 97 LTF prévoit la possibilité pour le recourant de **contester la manière dont ont été constatés les faits**, pour autant qu'ils aient été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit, et que la correction du vice puisse avoir une influence sur la cause. Cela étant, il serait illogique d'admettre un tel motif de recours, sans ensuite donner aux parties la possibilité de corriger le vice dont elles se plaignent. Ainsi, de la même manière que les art. 95 ss LTF envisagent les **motifs invocables** par le recourant dans son acte de recours, les art. 105 ss LTF déterminent le **pouvoir d'examen du TF** ou, autrement dit, ce qu'il peut examiner et ce sur quoi il peut prendre position lorsqu'il est saisi d'un recours. Les dispositions précitées sont en ce sens liées et le pouvoir d'examen du TF sera donc calqué sur les motifs de recours valablement invoqués dans le mémoire du recourant¹⁴¹⁶.

1193 En principe, **le TF statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente**. Cette règle permet de le décharger de l'établissement des faits en réaffirmant son rôle qui est de garantir **l'application uniforme du droit fédéral** et non d'agir comme dernière cour d'appel. Ainsi le TF aura un large pouvoir d'examen s'agissant de l'application du droit, mais n'aura en principe pas de compétence relative à l'appréciation des moyens de preuves et à l'établissement des faits. Sa tâche consistera à conduire son raisonnement juridique sur la base de l'état de fait contenu dans la décision attaquée, sans se demander s'il croit ou non la version des faits qui lui est décrite. Autrement dit, il est **lié par les constatations de fait de l'autorité précédente**¹⁴¹⁷, sauf si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit, comme énoncé précédemment. Les **faits établis de façon manifestement inexacte** sont des faits qui, de toute évidence, ne correspondent pas au résultat de l'administration des preuves et dont l'inadéquation est frappante lorsqu'on les examine à la lumière des preuves apportées. Leur inexactitude peut résulter d'une action, d'une omission, d'une constatation positive ou négative. A ce titre, le caractère arbitraire de la constatation concerne aussi bien **l'établissement des faits** que le **processus d'appréciation des preuves**. De même, le TF peut rectifier ou compléter les faits établis en violation du droit¹⁴¹⁸.

1194

¹⁴¹⁶ VON WERDT, CS BGG, art. 105 N 10 ; DONZALLAZ, LTF-Commentaire, art. 105 N 4200 ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 105 N 7 ss ; PraxisKomm BGG-SPÜHLER, art. 105 N 1 s.

¹⁴¹⁷ VON WERDT, CS BGG, art. 105 N 2 et 4 ss ; DONZALLAZ, LTF-Commentaire, art. 105 N 4200 et 4204 ; PraxisKomm BGG-SPÜHLER, art. 105 N 2 ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 105 N 16 ss.

¹⁴¹⁸ VON WERDT, CS BGG, art. 105 N 9 ss ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 105 N 49 s. et 55 ; DONZALLAZ, LTF-Commentaire, art. 105 N 4211 ss ; PraxisKomm BGG-SPÜHLER, art. 105 N 5.

L'état de fait est également **contraire au droit** lorsque l'administration et/ou l'appréciation des preuves a violé une **règle de procédure** ou une **garantie de procédure** telle que le droit d'être entendu. Comme évoqué *supra*, il pourrait également s'agir d'une violation des maximes de procédure (= résultat à la fois arbitraire et dommageable pour les parties dans le cadre de l'établissement des faits pertinents et de l'administration des preuves en lien avec leur litige). Il s'agit en outre d'une hypothèse dans laquelle l'état de fait devra sûrement être complété ou rectifié, si le TF n'a pas les éléments factuels et probatoires nécessaires pour trancher le litige¹⁴¹⁹.

Si l'une de ces deux conditions alternatives est remplie, le TF est alors habilité à rectifier ou compléter les constatations de l'autorité précédente **dans la mesure exigée par le cas d'exception réalisé** (supprimer les constatations erronées, remplacer les faits erronés par les faits avérés, ajouter des faits manquants, etc.). L'art. 105 al. 2 LTF précise que ces modifications interviennent **d'office**. Toutefois, à l'exception de cas où le TF constate lui-même une erreur qui lui saute aux yeux (un nom, un montant ou un lieu vraisemblablement erroné) et où il serait excessif de sa part d'attendre une réaction des parties (formalisme excessif), **il appartiendra aux parties d'indiquer de manière précise, dans leur acte de recours, en quoi les conditions d'une rectification sont réalisées**. Il faudra dans ce cas de démontrer que l'autorité précédente n'a pas tenu compte d'un fait décisif qui ressort pourtant clairement de l'administration des preuves (omission insoutenable), et non de permettre aux parties d'ajouter *ad libitum* des faits qu'elles tirent du dossier. En effet comme le rappelle VON WERDT : « **Die Möglichkeit, die Sachverhaltsfeststellung ergänzen zu können, bedeutet nicht, dass jede Lücke im Sachverhalt durch das Bundesgericht zu schliessen ist** ». Qu'elle s'effectue d'office ou sur requête, **la modification n'interviendra que si le fait peut être déduit sans aucun doute possible des pièces du dossier**¹⁴²⁰. Cela étant, il faut distinguer :

- s'il convient de compléter de façon importante l'administration des preuves ou s'il faut apprécier certaines preuves pour la première fois (si elles ont été précédemment considérées à tort comme sans pertinence) : le TF renverra généralement l'affaire à l'autorité précédente ou l'autorité de première instance en qualité de juge de fait ;
- s'il s'agit d'intervenir pour compléter un état de fait lorsque les éléments pertinents ressortent du jugement de première instance et ne sont pas contestés, ou qu'il suffit de corriger une inadvertance du tribunal précédent : dans ce cas le TF pourra agir directement lui-même au sens de l'art. 105 al. 2 LTF ;
- s'il apparaît d'emblée qu'il n'est pas possible de compléter l'état de fait notamment parce que la partie qui en avait le fardeau n'a pas allégué ni offert les preuves se rapportant aux faits pertinents : dans ce dernier cas, pour lequel il ne s'agit pas

¹⁴¹⁹ PraxisKomm BGG-SPÜHLER, art. 105 N 5 ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 105 N 53 ss ; VON WERDT, CS BGG, art. 105 N 9 ss.

¹⁴²⁰ VON WERDT, CS BGG, art. 105 N 9 ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 105 N 59 ss ; PraxisKomm BGG-SPÜHLER, art. 105 N 6.

d'une omission du juge, mais d'une négligence des parties, le renvoi ne sera en principe pas ordonné et le recours rejeté.

1196 Enfin, l'exception de l'art. 105 al. 2 LTF ne concerne que les **faits pertinents**, c'est-à-dire les faits propres à modifier le dispositif de la décision attaquée et non pas à résoudre une question de principe qui n'aura aucune influence sur l'issue de la cause. Au surplus, il convient de relever que la notion de faits pertinents n'exclut par d'emblée celle de **faits nouveaux**. Il faudra en revanche se référer aux conditions spécifiques de l'art. 99 LTF pour déterminer si de tels faits pourront être admis devant le TF (cf. *infra*)¹⁴²¹.

1197 On pourrait également envisager que le TF juge lui-même, ou donne à l'autorité inférieure la mission de juger sur la base d'un **état de fait épuré**, en n'ajoutant rien aux faits retenus par l'instance précédente, mais en écartant des faits qu'elle avait retenu à tort (en les considérant à tort comme notoires, ou en estimant à tort pouvoir instruire d'office à leur sujet, etc.). Il s'agirait là d'une manière de « corriger le tir » s'agissant de l'autorité inférieure qui serait allée trop loin.

(iv) *Nova résultant de la décision de l'autorité précédente*

1198 Comme l'indique DORMANN : « Das Novenverbot weist mannigfaltige Bezüge zu verschiedenen Prozessmaximen auf. Bald erscheint es als deren Ausfluss, bald steht die Einschränkung neuer Vorbringen in einem Spannungsverhältnis zu andern Grundsätzen des Prozesses »¹⁴²². Contrairement à la présentation redondante relative aux motifs de recours et au pouvoir d'examen du juge des art. 95 à 97 et 105 à 107 LTF, la question des éléments nouveaux est entièrement traitée à l'art. 99 LTF : elle définit simultanément **si le recourant peut invoquer des éléments qui n'ont pas été présentés devant l'autorité précédente, et si le TF peut les prendre en considération dans son arrêt**. Plus justement, la formulation négative de l'art. 99 LTF établit la prohibition des nova comme étant la règle dans les recours devant le TF et n'autorise les éléments nouveaux que de manière **restreinte et exceptionnelle**, c'est-à-dire lorsqu'ils ne sont pas expressément interdits par l'art. 99 LTF¹⁴²³. Comme le précise DORMANN, si l'exclusion des nova en dernière instance apparaît comme une conséquence logique des maximes des débats et de disposition applicables devant les instances précédentes, elle l'est moins s'agissant des maximes inquisitoires et d'office : « Der Novenausschluss in letzter Instanz erscheint als logische Konsequenz dort, wo der vorausgehende Prozess von den Grundsätzen der Verhandlung (Beibringung) und Verfügung (Disposition) geprägt ist: Wer in erster Instanz sich darauf beschränkt hat, gewisse Tatsachen zu behaupten und bestimmte Rechte geltend zu machen, **hat damit das Prozessthema umrissen und kann es**

¹⁴²¹ CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 105 N 64 ss ; VON WERDT, CS BGG, art. 105 N 7 et 10.

¹⁴²² BSK BGG-DORMANN, art. 99 N 4.

¹⁴²³ SEILER, CS BGG, art. 99 N 2 s. ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 99 N 4 s. ; PraxisKomm BGG-SPÜHLER, art. 99 N 1 s.

nicht beliebig erweitern. Mit dem Untersuchungsgrundsatz und der Officialmaxime verträgt sich das Verbot neuer Vorbringen hingegen nicht ohne weiteres.»¹⁴²⁴.

Conformément au principe de l'épuisement des voies de recours, les **conclusions nouvelles** sont **irrecevables** devant le TF et ce, sans exception (al. 2). Les parties ne pourront donc pas subitement changer l'objet du litige devant le TF et seront jugées sur les causes déjà examinées par les juridictions précédentes. Il en est autrement en ce qui concerne les **fait nouveaux** et les **preuves nouvelles**¹⁴²⁵.

1199

Comme l'indique DORMANN, la règle de l'art. 99 al. 1 LTF est formulée de telle sorte que le TF ne doit en principe pas être confronté à de nouveaux faits ou moyens de preuve qui n'ont **pas servi de base à l'appréciation de l'instance précédente**. La partie requérante ne peut dès lors pas soumettre pour la première fois au TF des allégations ou des moyens de preuve qu'elle a eu l'occasion de présenter ou de produire durant la procédure de première instance, selon les règles de la bonne foi. En d'autres termes, les **faux nova** sont irrecevables, dans la mesure où la partie avait la possibilité de les présenter le cadre de la procédure cantonale («prozessuale Möglichkeit») et qu'il s'agissait d'une exigence qui lui incombait à ce stade («die objektive Zumutbarkeit zur Beibringung im kantonalen Verfahren bestanden») ¹⁴²⁶. Le TF a en ce sens précisé, dans sa jurisprudence, que ne peuvent être allégués devant lui «les faits que le recourant a **négligé de présenter devant les autorités cantonales** et qui, par conséquent, n'ont pas pu être examinés par les instances inférieures. Le recourant ne peut ainsi démontrer, par de nouvelles allégations de **faits qu'il aurait pu invoquer auparavant**, que les faits retenus par l'autorité inférieure sont manifestement erronés ou procèdent d'une appréciation arbitraire des preuves»¹⁴²⁷.

1200

A contrario, ne sont pas visés par l'art. 99 al. 1 LTF les **faits qui sont rendus pertinents pour la première fois par la décision attaquée**. Il peut bien sûr s'agir de faits qui ne pouvaient pas être invoqués devant l'autorité précédente, tels que le respect du délai pour recourir au TF. Il en va de même lorsque la décision de l'instance précédente s'est fondée sur un **nouvel argument juridique** auquel les parties n'avaient pas été confrontées précédemment : les recourants pourront dans ce cas avancer les éléments nouveaux qui démontrent que l'argumentation de l'instance précédente est contraire au droit. Enfin, d'éventuelles **critiques**

1201

¹⁴²⁴ BSK BGG-DORMANN, art. 99 N 5 s. (Mise en gras ajoutée).

¹⁴²⁵ BSK BGG-DORMANN, art. 99 N 40 ; CORBOZ et SPÜHLER relèvent que l'art. 99 LTF ne proscriit pas les moyens de droit nouveaux et qu'en ce sens, il ne serait pas contraire à cette disposition ni à l'art. 106 LTF (le TF applique le droit d'office) que le TF adopte une autre motivation juridique que celle figurant dans l'arrêt attaqué, voire même qu'elle lui soit suggérée par le recourant. Nous ne voyons pas de raison d'exclure cette possibilité qui ne va pas à l'encontre du pouvoir de cognition ordinaire du TF (veiller à l'application correcte du droit, indépendamment de l'argumentation juridique retenue par l'autorité précédente ou par les parties). Cette question semble toutefois plus relever du champ d'application de l'art. 106 LTF que de celui de l'art. 99 LTF. A noter enfin que ce changement de motivation juridique ne devrait en aucun cas amener à retenir des conclusions nouvelles au sens de l'art. 99 al. 2 LTF ; cf. CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 99 N 8 ss ; SEILER, CS BGG, art. 99 N 9 s. ; Praxiskomm BGG-SPÜHLER, art. 99 N 5.

¹⁴²⁶ BSK BGG-DORMANN, art. 99 N 40.

¹⁴²⁷ ATF 136 III 123, consid. 4.4.3, 3^e paragraphe ; ATF 136 V 362, consid. 3.3.1 ; ATF 133 III 393, consid. 3. Voir aussi : CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 99 N 14 et 19 ; SEILER, CS BGG, art. 99 N 17 s.

relatives à la régularité de la procédure devant l'instance précédente devront pouvoir être soutenues par des faits qui n'ont pas été invoqués devant cette instance (puisque directement relative à celle-ci). Il pourra par exemple s'agir d'une violation du droit d'être entendu lors de mesures probatoires¹⁴²⁸. Si l'autorité précédente a rendu sa décision sans avoir entendu les observations du recourant, pourtant adressées dans le délai imparti, celle-ci aura violé son droit d'être entendu de sorte qu'il sera possible, pour ce dernier, d'alléguer et de prouver les faits qui n'auront pas été constatés dans la décision litigieuse, en raison de cette violation de l'autorité précédente¹⁴²⁹ :

1202 « La garantie du droit d'être entendu confère à l'individu le droit de prendre position préalablement à une décision qui lui sera défavorable et d'accéder aux preuves recueillies par l'autorité. La portée de cette garantie est appréciée d'après les circonstances concrètes du cas, telles que la gravité de l'atteinte dont l'individu est menacé et l'importance et l'urgence de la mesure envisagée par l'autorité. Une violation du droit d'être entendu est **éventuellement réparable si elle n'est pas particulièrement grave et que l'individu lésé peut saisir une autorité de recours exerçant un pouvoir d'examen complet** (c. 2.3 et 2.6.1).

Un employé public doit être entendu avant que l'autorité ne décide de ne pas le confirmer dans ses fonctions pour une nouvelle période administrative (c. 2.4). En l'espèce, l'autorité s'est dispensée d'entendre le recourant afin de statuer dans les délais imposés par la loi régissant les rapports de service. Or, elle **pouvait et devait s'organiser afin d'entreprendre la procédure à temps et elle n'est donc pas fondée à invoquer l'urgence** ».

1203 Pour reprendre partiellement l'exemple mentionné ci-dessus, qu'en est-il d'une autorité qui, instruisant partiellement d'office afin de respecter certains délais légaux, compléterait l'état de fait pour parvenir à sa décision alors qu'elle n'était pas habilitée à agir d'office en vertu de la maxime des débats applicable ? Dans un tel cas, il y aurait deux vices de procédure concomittants : une violation de la maxime des débats (principe de l'allégation et de la motivation par les parties et devoir de s'abstenir du juge, sauf si l'interpellation est éventuellement possible) et une violation du droit d'être entendu des parties (dans le cadre de leurs fardeaux de l'allégation, de la contestation et de la motivation). Idem dans le cas où l'autorité aurait dû rechercher certains faits et moyens de preuve d'office mais ne l'a pas fait, comme l'explique SEILER¹⁴³⁰ :

1204 « Neu sind tatsachen und Beweismittel, wenn sie im bisherigen Verfahren hätten vorgebracht werden können, aber nicht vorgebracht wurden und auch nicht von den vorinstanzlichen Behörden auf Grund der Untersuchungspflicht erhoben wurden, mithin sich nicht in den Akten befinden ».

1205 Notre raisonnement est-il également valable concernant des **éléments qui aurait dû conduire le juge cantonal à les retenir**, en raison de l'application de la maxime inquisitoire absolue au cas d'espèce et qui n'ont, par conséquent, pas été invoqués par la partie concernée ? Vraisemblablement non. En effet, le TF ne semble pas raisonner ainsi s'agissant des faits notoires – pour lesquels il n'y a pourtant pas de réserve expresse à l'art. 99 LTF ni

¹⁴²⁸ ATF 136 III 123, consid. 4.4.3, 2^e paragraphe.

¹⁴²⁹ JdT 2010 I p. 255 (mise en gras ajoutée).

¹⁴³⁰ SEILER CS BGG, art. 99 N 12.

ailleurs dans la loi – considérant que **la partie concernée aurait aussi pu invoquer ce fait devant le magistrat inférieur**. Il semble dès lors peu probable que la solution diffère en ce qui concerne notre exemple, à moins de considérer que le « but protecteur » de la maxime inquisitoire illimitée justifie de déresponsabiliser entièrement les parties au profit du juge.

Enfin, s'agissant des conclusions, le principe est clair et doit être lu en relation avec l'art. 107 al. 2 LTF disposant que le TF ne peut aller au-delà des conclusions des parties : **toute nouvelle conclusion est irrecevable**. Ce principe applicable à tous les domaines du droit semble, selon CORBOZ, avoir été initialement conçu en songeant aux causes civiles consacrant la **libre disposition des parties sur l'objet du litige** et la procédure régie par la **maxime des débats**. En ce sens, le non-respect de l'art. 99 al. 2 LTF constituerait une violation de ce principe¹⁴³¹.

Selon le Message du Conseil fédéral, est une conclusion nouvelle celle qui n'a **pas été soumise à l'autorité inférieure** et qui **tend à élargir l'objet du litige**. Il faut admettre, *a contrario*, que le recourant puisse réduire l'objet du litige en **acceptant partiellement la décision** ou en **réduisant ses prétentions**¹⁴³². Une **transaction** intervenue entre les parties est également possible de sorte que le TF devra en prendre acte et rayer la cause du rôle, ou encore **homologuer la convention de divorce** établie d'un commun accord entre les futurs ex-époux¹⁴³³. Le recourant peut également conclure à **l'annulation de la décision attaquée ainsi qu'au renvoi de la cause** devant l'autorité précédente, lorsque c'est la seule voie possible pour obtenir ce qu'il réclame devant l'autorité inférieure¹⁴³⁴. A noter toutefois que le TF a toujours la possibilité, en vertu de l'art. 107 al. 2 1^{ère} phr. LTF de statuer sur le fond plutôt que de renvoyer l'affaire, raison pour laquelle le recourant devra en principe **toujours prendre des conclusions** sur le fond dans le cadre de son recours au TF¹⁴³⁵. Des conclusions seulement en annulation sont toutefois recevables s'il est clair qu'une réforme n'est pas envisageable, par exemple en cas de recours sur une décision d'irrecevabilité concernant des conclusions qui n'ont pas du tout été instruites devant les juges inférieurs¹⁴³⁶.

d. Révision, interprétation et rectification : *ultima ratio* prévues aux art. 121 ss et 129 LTF

(i) *Révision*

¹⁴³¹ SEILER, CS BG, art. 99 N 22 ss ; CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 99 N 28 ss ; PraxisKomm BGG-SPÜHLER, art. 99 N 9 ; DONZALLAZ, LTF-Commentaire, art. 99 N 4068 ss.

¹⁴³² ATF 136 V 363, consid. 3.4.2.

¹⁴³³ ATF 138 III 532, consid. 1.2. et 1.3. ; ATF 137 II 313, consid. 1.3.

¹⁴³⁴ Message relatif à la LTF, FF 2001 p. 4137.

¹⁴³⁵ Message relatif à la LTF, FF 2001 p. 4137. Voir aussi : CORBOZ, Commentaire de la LTF, art. 99 N 28 ss ; SEILER, CS BGG, art. 99 N 22 ss ; DONZALLAZ, LTF-Commentaire, art. 99 N 4068 ss.

¹⁴³⁶ AUBRY-GIRARDIN, Commentaire de la LTF, art. 42 N 17 et réf. cit.

Selon l'art. 61 LTF, les arrêts du TF acquièrent **force de chose jugée** le jour où ils sont prononcés. Cette immédiate résulte du fait qu'ils ne sont soumis à **aucun recours ordinaire**. L'autorité de force jugée interdit, du même coup, de recommencer la procédure sur le même objet. Que faire toutefois, lorsque ces arrêts se révèlent par la suite entachés d'un **vice grave** ? C'est l'objet des art. 121 ss LTF relatifs à la révision¹⁴³⁷.

1209 L'art. 121 LTF retient 4 types de vice de procédure pour lesquels la révision d'un arrêt du TF peut être demandée : lorsque le vice concerne la **composition du tribunal ou les règles de récusation** (let. a) ; lorsque le tribunal est allé **au-delà** ou **en-deça des conclusions** des parties (c'est-à-dire plus que ce que la demanderesse a réclamé et moins que ce que la partie adverse a reconnu devoir), ou encore leur a accordé **autre chose** que ce qu'elles avaient demandé et ce, sans que rien ne l'y autorise (let. b) ; s'il s'est **abstenu** ou s'il a **omis de statuer sur certaines conclusions** (let. c) ; ou enfin si, par inadvertance, il n'a **pas pris en considération des faits pertinents** qui ressortaient pourtant du contenu du dossier (let. d)¹⁴³⁸.

1210 Sans nous attarder sur la question de la composition de la cour du TF (art. 20 LTF), ainsi que celle de la récusation, *a priori* sans lien avec notre sujet, nous passerons directement au deuxième motif de révision relatif à la règle de **l'art. 107 al. 1 LTF** disposant que le TF ne peut aller au-delà de conclusions des parties. Ce dernier ne peut pas allouer ni davantage, ni autre chose que ce qui a été réclamé par le recourant, ni moins que ce qui a été admis par la partie adverse. Contrairement à la procédure civile, cette règle ne connaît **aucune exception** devant le TF. A ce titre, la **question des dépens**, dans la mesure où elle est un **accessoire de l'objet du procès** sur lequel le TF tranche d'office, ne découle pas des conclusions prises par la partie ayant obtenu gain de cause. En ce sens, leur attribution n'est pas soumise à la règle de l'art. 107 al. 1 LTF. Est en revanche réservé le cas où le TF allouerait un montant de dépens supérieur aux conclusions prises. Du reste, la révision constitue donc la **sanction directe** en cas de jugement *ultra petita* ou *infra oblata*, soit d'une **violation de la maxime de disposition** par le TF. On trouve notamment quelques exemples en pratique de révision aux motifs que le TF n'a par inadvertance pas statué sur une des conclusions du recours¹⁴³⁹.

1211 L'art. 121 let. c LTF sanctionne, en sus des jugements rendus *ultra petita* ou *infra oblata*, le cas où le juge n'aurait tout simplement pas statué sur certaines conclusions (cf. art. 94 LTF). Un tel cas de **déni de justice formel** ne vise *a contrario* pas les cas où le juge aurait déclaré une conclusion irrecevable, sans objet, ou se serait déclaré incompétent pour juger de son sort. De même, le TF considère qu'il peut être **statué de manière implicite sur certaines questions de procédure**. N'exprime toutefois pas un jugement implicite le silence du

¹⁴³⁷ FERRARI, Commentaire de la LTF, art. 121 N 3 ; OBERHOLZER, CS BGG, art. 121 N 2 ss ; HALDY, La nouvelle procédure civile suisse, p. 92

¹⁴³⁸ FERRARI, Commentaire de la LTF, art. 121 N 3 ; OBERHOLZER, CS BGG, art. 121 N 2 ss ; PraxisKomm BGG-VOCK, art. 121 N 1 ss ; DONZALLAZ, LTF-Commentaire, art. 121 N 4653 ss.

¹⁴³⁹ Cf. BSK BGG-ESCHER, art. 121 N 8 et réf. jurisprudentielles citées ; PraxisKomm BGG-VOCK, art. 121 N 2 ; OBERHOLZER, CS BGG, art. 121 N 16 s. ; FERRARI, Commentaire de la LTF, art. 121 N 11 s. ; DONZALLAZ, LTF-Commentaire, art. 121 N 4658 ss ; HALDY, La nouvelle procédure civile suisse, p. 92.

dispositif quant à une **demande d'assistance judiciaire**. De même, **les dépens** bénéficient en principe de la présomption selon laquelle on peut déduire leur sort du dispositif de l'arrêt. Cette présomption est toutefois renversée lorsque des raisons sérieuses permettent de considérer que le tribunal a clairement omis de trancher la question de leur allocation. En tout état de cause, cette question de déni de justice doit être mise en parallèle avec la **maxime de disposition**, dans la mesure où le TF, en principe lié par les conclusions des parties, s'en écarte en omettant de statuer sur leur sort, peu importe que cela soit intentionnel ou non¹⁴⁴⁰.

Enfin, l'art. 121 let. d LTF sanctionne par la révision le cas où le juge n'aurait **pas pris en considération des faits pertinents qui ressortent du dossier**. Ce motif de révision, renvoyant à la notion de faits déterminants de l'art. 105 LTF (cf. N 1192 ss), n'est valable que pour autant que le tribunal ait agi par **inadvertance**. Il devra en outre s'agir de **faits susceptibles de conduire à une solution plus favorable** au requérant. Le tribunal commet une inadvertance s'il ignore, déforme ou s'écarte par mégarde d'une constatation de fait qui le lie, s'il transcrit de manière incomplète une pièce du dossier ou encore s'il rend une décision en contradiction avec celle-ci¹⁴⁴¹. Selon la jurisprudence du TF il ne suffit pas, pour justifier la révision d'une décision, « que le médecin ou expert tire ultérieurement, des faits connus au moment du jugement principal, d'autres conclusions que le tribunal. **Il n'y a pas non plus motif à révision du seul fait que le tribunal paraît avoir mal interprété des faits connus déjà lors de la procédure principale** »¹⁴⁴². Il n'y a donc pas inadvertance lorsque le tribunal apprécie mal une preuve administrée devant lui, tire une déduction erronée d'une pièce pourtant correctement versée au dossier, ou inversement : tient compte par mégarde d'un fait non établi ou d'une pièce admise de manière irrégulière. L'**appréciation de la portée juridique** des faits établis doit donc être dissociée de leur (non-) **prise en considération**¹⁴⁴³ :

« L'inadvertance, au sens de cette disposition, suppose que le juge ait omis de prendre en considération une pièce déterminée, versée au dossier, ou l'ait mal lue, s'écartant par mégarde de sa teneur exacte ; **elle se distingue de la fausse appréciation** soit des preuves administrées devant le Tribunal fédéral, soit de la portée juridique des faits établis.

L'inadvertance doit se rapporter au contenu même du fait, à sa perception par le tribunal, mais non pas à son appréciation juridique ; elle consiste soit à méconnaître, soit à déformer un fait ou une pièce [...]. La révision n'entre donc pas en considération lorsque c'est sciemment que le juge a refusé de tenir compte d'un certain fait, parce qu'il le tenait pour non décisif, car un tel refus relève du droit ».

Au vu du pouvoir de cognition limité du TF ainsi que des moyens restreints ouverts à ce stade de la procédure conformément aux buts assignés à ladite autorité (application uniforme du droit fédéral), la révision constitue une option pour le recourant ayant reçu un jugement gravement vicié de la part du TF au sens de l'art. 121 CPC. La violation de règles de procédure

¹⁴⁴⁰ FERRARI, Commentaire de la LTF, art. 121 N 13 ss ; DONZALLAZ, LTF-Commentaire, art. 121 N 4661 ; Praxis-Komm BGG-Vock, art. 121 N 3 ; OBERHOLZER, CS BGG, art. 121 N 18 ss.

¹⁴⁴¹ ATF 122 II 17, consid. 3.

¹⁴⁴² ATF 127 V 353, consid. 5b.

¹⁴⁴³ ATF 122 II 17, consid. 3. Sur la différence entre « apprécier » et « prendre en considération » : DONZALLAZ, LTF-Commentaire, art. 121 N 4669. Voir aussi : PraxisKomm BGG-Vock, art. 121 N 4 ; OBERHOLZER, CS BGG, art. 121 N 21 ss ; FERRARI, Commentaire de la LTF, art. 121 N 17 ss.

telles que la maxime de disposition, l'interdiction du déni de justice, ou encore la prise en considération de faits (ou preuves) pertinents et valablement versés au procès, sont *a priori* autant de cas qui pourront faire l'objet d'une révision, soit de l'annulation de l'arrêt et du renvoi de la cause devant l'autorité précédente, à moins que le TF statut lui-même sur la cause. En ce sens, elle constitue un **correctif à l'absence de recours ordinaire contre les arrêts du TF**. En effet, si une juridiction cantonale statue *ultra petita* par inadvertance, c'est un recours au TF et non une révision selon l'art. 328 CPC qui permettra d'y remédier. Cependant, si la même chose arrive au TF, il faut bien qu'une solution soit proposée, d'où des motifs de révision plus larges aux art. 121 ss LTF. Elle reste toutefois un mode extraordinaire de réévaluation soumis à des conditions strictes et exhaustives, comme le rappelle OBERHOLZER¹⁴⁴⁴ :

- 1215 « Als ausserordentliches Rechtsmittel dient die Revision nicht dazu, einen Entscheid, den eine Partei für unrichtig hält, umfassend neu beurteilen zu lassen. Sie soll die Möglichkeit bieten, Mängel zu beheben, die so schwer wiegen, dass sie unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht hinzunehmen sind. Folgerichtig umschreibt das Gesetz die Revisionsgründe eng, und die Rechtsprechung handhabt sie restriktiv ».
- 1216 Un autre motif de révision, spécifique aux **causes en matière de droit civil**, se cache à l'art. 123 al. 2 let. a LTF qui dispose que la révision peut être demandée, notamment dans les affaires civiles, « si le requérant **découvre après coup des faits pertinents ou des moyens de preuve concluants** qu'il n'avait **pas pu invoquer** dans la procédure précédente, à **l'exclusion des faits ou moyens de preuve postérieurs à l'arrêt** ».
- 1217 Qu'il s'agisse **d'un fait pertinent ou d'un moyen de preuve concluant**, l'un et l'autre doit permettre d'aboutir à une **solution plus favorable** au requérant, fondée sur la modification subséquente que leur prise en considération a engendrée. De même, il ne s'agit pas de faits ou de moyens de preuve nouveaux mais anciens, ou du moins **antérieurs à l'arrêt rendu** et ayant acquis force de chose jugée. La nouveauté réside donc dans leur **découverte tardive**. Cela étant, le recourant devra démontrer qu'il a fait preuve de **toute la diligence requise** pour ne pas passer à côté de ce fait ou de cette preuve et que sa découverte après coup est le résultat d'une **impossibilité non fautive**. Ne constituent par exemple pas une preuve admissible celle qui aurait dû être administrée lors du premier procès en faisant preuve de suffisamment de diligence. De même, les vrais nova, soit les faits postérieurs sont espresément exclus par l'art. 123 al. 2 let. a LTF *in fine*¹⁴⁴⁵.
- 1218 En sus de la violation des règles de procédure visée à l'art. 121 LTF, l'art. 123 LTF prévoit donc un moyen de révision supplémentaire s'agissant des **faits et des preuves apparus après l'arrêt du TF et dont l'absence ne peut être reprochée au recourant**. Nonobstant l'impératif d'**économie de la procédure** rempli par une telle disposition, celle-ci permet une ultime

¹⁴⁴⁴ OBERHOLZER, CS BGG, art. 121 N 9.

¹⁴⁴⁵ PraxisKomm BGG-VOCK, art. 123 N 3 ; OBERHOLZER, CS BGG, art. 123 N 7 ss ; FERRARI, Commentaire de la LTF, art. 123 N 14 ss ; DONZALLAZ, LTF-Commentaire, art. 123 N 4696 ss.

fois au recourant d'exercer son droit d'alléguer les faits sur lesquels il fonde ses prétentions et de produire les preuves qui s'y rapportent, dans la mesure où il n'est pas responsable de ces lacunes et que ces faits et moyens de preuve permettront d'aboutir à une nouvelle décision¹⁴⁴⁶. Cette règle n'est cependant pas spécifique à la révision devant le TF (cf. art. 328 al. 1 let. a CPC). En pratique, comme on ne peut que très restrictivement alléguer des faits ou offrir des preuves devant le TF, les « *nova reperta* » permettant une révision seront généralement des éléments existants déjà (mais inconnus) en première instance ou en appel. Faut-il alors demander la révision au TF selon les art. 121 ss LTF ou, à la juridiction cantonale, voire au TFB selon l'art. 328 ss CPC ? C'est bien sûr ces dernières dispositions qui s'appliquent s'il n'y a pas eu de recours au TF. Dans le cas contraire, la question se pose de savoir s'il faut plutôt invoquer les art. 121 ss LTF lorsque le TF a modifié la décision cantonale, ou bien les art. 328 ss CPC s'il s'est contenté de la confirmer en jugeant le recours recevable, mais en le rejetant entièrement ? Dans la première hypothèse (plus problématique), il conviendra d'établir si l'une des conditions alternatives de l'art. 121 LTF – en particulier s'agissant des lettres b, c ou d – est remplie. Si tel est le cas, le TF devra annuler l'arrêt et statuer à nouveau, conformément à l'art. 128 LTF (par exemple si le TF a omis de statuer sur certaines conclusions des parties ou encore a statué sans prendre en considération certains faits pertinents qui ressortaient du dossier). Dans le cas contraire (confirmation de la décision cantonale, dans le cadre d'un recours au TF recevable mais entièrement rejeté), il conviendra selon nous de considérer que « le tribunal qui a statué en dernière instance » au sens de l'art. 328 CPC est bien l'instance cantonale, le TF n'ayant fait que confirmer sa décision. A noter que la question sera peut-être plus difficile à trancher si la confirmation de la décision cantonale constitue un revirement de jurisprudence...

(ii) *Interprétation et rectification*

A toutes fins utiles il convient de mentionner l'art. 129 LTF qui prévoit l'**interprétation ou la rectification** de l'arrêt, dans le cas où son dispositif est peu clair, incomplet ou équivoque (1), ou si ses éléments sont contradictoires entre eux ou avec les motifs (2), ou enfin s'il contient des erreurs de rédaction ou de calcul (3). Il s'agit donc d'une liste de motifs, qui peuvent être **relevés d'office** par le TF ou faire l'objet d'une **demande écrite** de la part du recourant lésé et s'appliquant à toutes les décisions du TF (arrêt sur le fond, décision d'irrecevabilité, etc.)¹⁴⁴⁷. La portée de cette règle est relativement restreinte dans la mesure où les considérants de l'arrêt ne pourront faire l'objet d'une interprétation que s'il est **impossible d'établir sans cela le véritable sens du dispositif**. Il ne s'agit en aucun cas de modifier le contenu de la décision ou d'obtenir un réexamen de la cause. La demande d'interprétation **ne vise pas plus à provoquer une nouvelle discussion sur la décision entrée en force**. Les

1219

¹⁴⁴⁶ PraxisKomm BGG-VOCK, art. 123 N 3 ; OBERHOLZER, CS BGG, art. 123 N 7 ss ; FERRARI, Commentaire de la LTF, art. 123 N 14 ss ; DONZALLAZ, LTF-Commentaire, art. 123 N 4696 ss.

¹⁴⁴⁷ Dike KUKO BGG-VOCK, art. 129 N 1 à 5 ; OBERHOLZER, CS BGG, art. 129 N 2 ss ; FERRARI, Commentaire de la LTF, art. 129 N 3 ss ; DONZALLAZ, LTF-Commentaire, art. 123 N 4754 ss ; HALDY, La nouvelle procédure civile suisse, p. 93 ; TF, 5D_192/2017, 17.05.2018 (non destiné à publication), consid. 3.2.

rectifications sont donc minimales et se rapporteront exclusivement à des erreurs de rédaction ou de simples fautes de calcul. En ce sens, cette règle n'est rien d'autre qu'un moyen d'interpeller le tribunal sur d'éventuelles étourderies qui se seraient glissées dans son dispositif, à moins que ce dernier ne réalise de lui-même son erreur et procède d'office à leur correction¹⁴⁴⁸.

1220 Ainsi, malgré une formulation qui s'apparente grandement à l'art. 56 CPC, l'art. 129 LTF ne constitue pas, à proprement parler, un droit d'interpellation en direction du Tribunal à propos de règle de procédure dont la mise en œuvre mériterait une interprétation de sa part, ou encore de rectifications relatives à l'établissement des faits ou à l'administration lacunaire de certains moyens de preuve. Il ne tend, selon les mots de FERRARI, qu'à « restituer à l'arrêt son véritable sens, à l'éclairer et non à le modifier ». N'ayant ainsi pas de véritable impact dans le cadre de notre recherche, nous n'irons pas plus loin sur cette question¹⁴⁴⁹.

B. Sanctions subsidiaires : la mise en cause de la responsabilité de l'avocat et/ou du juge

1221 Lorsqu'il est impossible de remettre la personne lésée dans la situation d'origine dans le cadre du procès en cours, c'est à ce moment-là que se pose la question de la réparation. En fonction du bien juridique touché, celle-ci peut prendre différentes formes. Il peut s'agir d'une **réparation financière** (dommage patrimonial), ou par opposition d'une **réparation « immatérielle »** (atteinte à la personnalité/tort moral). L'exemple classique est celui de la personne lésée par la sortie d'un article dans un journal, qui demande la publication d'un démenti accompagné d'excuses officielles concernant les propos attentatoires ou mensongers dudit article pour rétablir sa réputation. Enfin bien que cela ne répare pas le tort subi, la **constatation de la responsabilité** de la personne fautive constitue également une sanction consécutive au dommage, dès lors qu'elle sanctionne l'auteur du dommage et peut servir de fondement pour exiger par la suite des dédommagements financiers (frais judiciaires, etc.).

1. Mise en cause de la responsabilité de l'avocat en lien avec la violation des maximes procédurales

1222 Lors de l'application de la maxime des débats et de la maxime de disposition et dans une moindre mesure dans le cadre de la maxime inquisitoire simplifiée, les parties ont le fardeau d'établir les faits et les preuves qui s'y rapportent, ainsi que de formuler de manière claire et précise leurs conclusions. Or si l'avocat, dans le cadre de son contrat de mandat, contrevenait à ses obligations, pourrait-on mettre en cause sa responsabilité ? En d'autres termes, **peut-on considérer que l'application conforme des maximes de procédure constitue une règle de droit suffisamment reconnue et claire pour que leur violation puisse être synonyme**

¹⁴⁴⁸ TF, 5D_192/2017, du 17.05.2018 (non destiné à publication), consid. 3.2.

¹⁴⁴⁹ FERRARI, Commentaire de la LTF, art. 129 N 2.

d'une faute (négligence ou violation du devoir de diligence) de la part du mandataire ?

La réponse à cette question devrait selon nous être, parfois au moins, affirmative bien qu'il faille, en tout état de cause, tenir compte des **spécificités du cas d'espèce** (niveau de complexité, étendue du dommage, etc.) et du **degré de négligence ou de méconnaissance fautive** relative au manquement de l'avocat (de même que des risques inhérents liés à cette activité). La jurisprudence considère par exemple que l'avocat est supposé avoir examiné avec soin les éléments factuels. Qu'en est-il en revanche lorsque, par négligence (plus ou moins fautive selon les circonstances), il omet d'exposer ou expose insuffisamment ou mal les faits et/ou les preuves de manières erronées, et ce malgré l'interpellation du juge ?¹⁴⁵⁰ De même, on admet généralement la violation du devoir de diligence lorsque l'avocat méconnaît **des règles de droit généralement reconnues et admises**. Par exemple, l'avocat qui, en dépit des informations transmises par son client, omet de soulever la prescription d'une créance de la partie adverse, bien qu'il lui incombait de le faire¹⁴⁵¹ ; ou encore celui qui aurait omis d'alléguer et de produire des correspondances et pièces justificatives qui figuraient pourtant parmi les documents remis par son mandant (et bailleur) et ce, parce qu'il partait à tort de l'idée qu'il y avait de toute façon un avis de défaut antérieur, qui n'a finalement pas été retenu par le tribunal¹⁴⁵². De manière analogue, les maximes de procédure, ainsi que toutes les obligations/fardeaux qui en découlent ne doivent-elles pas être – dans certaines circonstances claires et établies au moins – considérées comme des règles de droit généralement reconnues et admises ? A l'inverse, les cas dans lesquels leur application est incertaine en raison d'une jurisprudence changeante ou hésitante ne devront *a contrario* pas être considérés comme tels (par ex. les considérations concernant l'art. 317, l'application par analogie de l'art. 229 et les exceptions accordées pour la maxime inquisitoire illimitée, mais pas sociale ; ou encore concernant les limites temporelles/droit à une deuxième ou troisième chance, en lien avec l'art. 229 al. 3). De même, les questions relatives au devoir de substantification des allégations, respectivement de la contestation seront plus floues (puisqu'elles dépendent de plusieurs facteurs dont celui du comportement de la partie adverse) et ne seront appliquées de manière fautive qu'en cas de négligence « soutenue » de la part de l'avocat.

Pour revenir à notre première hypothèse (omission ou allégations erronées malgré les conseils/indications de son client concernant la prescription), l'avocat ne semble dans un tel

1223

¹⁴⁵⁰ TF, 4A_659/2018, du 15.07.2019, consid. 3.

¹⁴⁵¹ A noter que comme le souligne DROESE, il convient de ne pas conclure directement des lacunes dans la présentation des faits ou des offres de preuves identifiées par le tribunal que l'avocat a commis des erreurs dans son travail, car il peut y avoir **des raisons à l'origine/justifiant de telles omissions** que le tribunal ne connaît pas et surtout, n'a pas à connaître en vertu de la maxime des débats. RSPC 6/2019, Note de DROESE, p. 491.

¹⁴⁵² TC FR, 6 janvier 2016, 102 2015 211 : « Dans le cas présent, s'il est exact que les locataires n'ont jamais expressément contesté la tenue d'un état des lieux de sortie, pas plus qu'ils n'ont invoqué la tardiveté de l'avis des défauts du 16 mai 2012, cet état de fait ressort indubitablement du dossier » (consid. 3b). Or le Tribunal n'est pas lié par les offres de preuves et par les allégués de fait des parties et peut prendre en considération des faits et moyens de preuve pertinents, pour autant qu'il en ait eu connaissance sur la base des déclarations des parties et/ou du dossier, au sens de l'art. 247 al. 2 let. b CPC. **Il incombait donc à l'avocat du bailleur d'alléguer et de prouver la communication** en temps utile de l'avis de défaut (correspondances, etc.) et subsidiairement, d'alléguer et prouver tous les faits relatifs aux griefs de la partie adverse, dans l'hypothèse où l'avis de défaut ne serait pas admis par le tribunal (ici réalisée).

cas pas remplir le **devoir de diligence découlant de son mandat**. De même, en n'alléguant pas les faits et en n'offrant pas les preuves nécessaires et ce malgré l'avertissement du juge, il viole également ses devoirs découlant la maxime des débats, dès lors qu'il ne fournit pas au juge les faits et preuves sur lesquels il est censé fonder son jugement (fardeaux de l'allégation et de la motivation suffisante non respectés). Dans les faits bien sûr, c'est la partie et non son conseil qui est considérée n'avoir pas respecté lesdites règles¹⁴⁵³.

1224 La problématique est similaire lorsque, en dépit des précisions et des attentes de son client, l'avocat ne précise pas suffisamment les conclusions, de sorte que la demande est rejetée ou éventuellement interprétée dans un sens différent que celui souhaité par la partie. Dans ce cas encore, étant donné qu'il incombe à la partie de prendre des conclusions en vertu de la maxime de disposition, c'est elle qui sera pénalisée par l'imprécision de son mandataire. A noter encore que si responsabilité de l'avocat il y a – de surcroît consécutive à la mauvaise application d'une maxime de procédure – il s'agira probablement de litiges où s'appliquent la maxime des débats et la maxime de disposition étant donné que toutes les incombances/fardeaux (ou presque) se situent du côté des parties, par le truchement de leur conseil, voire la maxime inquisitoire sociale invitant le juge à un devoir de retenue (la potentielle violation des maximes de procédure par le juge est étudiée *infra* dans le cadre des art. 61 CO et 3 et 7 LRFCF).

1225 Les hypothèses soumises aux maximes des débats et de disposition sont donc relativement « classiques et prévisibles » au niveau de la procédure applicable, par comparaison avec les procédures mettant en œuvre soit la maxime inquisitoire sociale ou le devoir d'interpellation accrue, ou encore le découpage entre les domaines soumis à la maxime inquisitoire sociale et d'autres soumis à la maxime inquisitoire illimitée. En ce sens, leur mise en œuvre et les conséquences qui en découlent (fardeau de l'allégation, fardeau de la motivation et de la contestation, formulation claire et précise des conclusions) dans le cadre de la procédure ordinaire constituent des règles de droit généralement admises et reconnues dont l'avocat doit avoir connaissance. Ce constat devrait également s'étendre à la plupart des procédures impliquant la maxime inquisitoire. Il n'est donc pas exclu que ce dernier puisse engager sa responsabilité en raison d'un grief en lien avec la mauvaise application d'une maxime de procédure, bien qu'elle ne soit admise que de manière très restrictive par le TF (cf. N 750 ss et *infra*)¹⁴⁵⁴.

1226 La question est plus complexe dans les litiges pour lesquels l'application des maximes procédurales est changeante en fonction des différents aspects du litige abordés durant le procès.

¹⁴⁵³ A une exception : la Cour de droit pénal du TF a admis que les manquements d'un avocat sont normalement opposables à son client, mais que, s'agissant d'un défendeur d'office ayant commis une faute grossière dans le calcul d'un délai d'appel, le prévenu ne devait pas en pâtir et avait droit à la restitution dudit délai. ATF 143 I 284. Voir aussi : CR CPC-TAPPY, art. 148 N 18.

¹⁴⁵⁴ De même que l'avocat répond directement des actes illicites commis dans le cadre du mandat envers son client, la Confédération répond directement du dommage causé par un fonctionnaire à un tiers (acte illicite du juge à l'encontre d'une partie) et peut, dans les cas de préjudice intentionnel ou de négligence grave, exercer une action récursoire contre ce dernier (art. 7 LRFCF). Mais, tout comme la responsabilité de l'avocat, la responsabilité du fonctionnaire est rarement admise par la jurisprudence, notamment en raison des risques liés à ce type de fonction.

Ainsi la procédure de divorce est tout sauf linéaire en ce qui concerne la mise en œuvre des maximes de procédure en fonction des aspects du litige qui sont abordés (contributions d'entretien, prévoyance professionnelle, garde des enfants, etc.). Détaillées dans chaque alinéa, les maximes procédurales n'en restent pas moins des règles de droit généralement admises dont l'avocat doit avoir connaissance, au même titre que pour les autres types de procédure. Dès lors, bien que leur application puisse être d'une complexité variable, les maximes de procédure constituent, en tout état de cause, des règles procédurales contraignantes par opposition à de simples lignes directrices/« Kannvorschrift ». En ce sens, leur violation mériterait d'être sanctionnée, si elle résulte de la **négligence de l'avocat**.

A ce titre, le **grief relatif à l'insuffisance de justification** se retrouve dans de nombreux jugements. Or, comme nous le fait remarquer DROESE, cette fréquence – qui semble parfois inflationniste – contraste avec le nombre de décisions traitant de la responsabilité des avocats : **de telles décisions sont relativement rares et plus rares encore sont les cas dans lesquels la responsabilité des avocats découle directement d'un prétendu défaut de substantification**¹⁴⁵⁵.

1227

Dans un arrêt du 15 juillet 2019¹⁴⁵⁶, le TF a notamment rejeté un tel grief, en confirmant les décisions rendues par les deux juridictions inférieures. Il s'agissait d'un procès entre un concessionnaire de voitures d'occasion (demandeur) et une société de leasing, qui a d'abord été porté devant le Tribunal de commerce de Zurich, puis ensuite devant le TF. La partie plaignante a cherché en vain à faire reconnaître qu'elle était propriétaire d'une voiture qu'elle avait achetée et qui s'est avérée être un véhicule loué appartenant à la société de leasing. L'action a échoué, dans la mesure où le concessionnaire a dû admettre qu'il n'avait pas fait preuve de la diligence requise par les circonstances, dans le cadre de ce « pseudo-achat ». Consécutivement à cet échec, le concessionnaire a **reproché à son avocat d'avoir omis de présenter des observations motivées sur sa bonne foi et étayées par des preuves, de contester certaines déclarations de la partie adverse et de mettre en doute la fiabilité du vendeur du véhicule et sa bonne foi**. Mais là encore, le plaignant n'a pas obtenu gain de cause¹⁴⁵⁷.

1228

Deux aspects relevant de cet arrêt sont à noter ici selon DROESE. Le premier est que **les défauts de substantification exigent eux-mêmes d'être suffisamment motivés**¹⁴⁵⁸. A ce titre, le TF rappelle, tout comme le tribunal de commerce avant lui que dans la mesure où le demandeur reproche au défendeur (son ancien avocat) de ne pas avoir suffisamment allégué et motivé, il doit elle aussi à son tour indiquer précisément ce que la défenderesse aurait dû

1229

¹⁴⁵⁵ Note de DROESE in : RSPC 6/2019, p. 490, concernant l'arrêt du TF, 4A_659/2019, du 15.07.2019.

¹⁴⁵⁶ TF, 4A_659/2018, du 15.07.2019.

¹⁴⁵⁷ TF, 4A_659/2018, du 15.07.2019, not. au consid. 3 ; cf. ég. RSPC 6/2019, p. 485 ss et note de DROESE, p. 490.

¹⁴⁵⁸ Note de DROESE in : RSPC 6/2019, p. 490 s. (point 1. « Auch Substanziierungsmängel bedürfen den Substanziierung »), repris en substance dans les prochaines lignes.

mettre en avant¹⁴⁵⁹. Il n'y a **donc aucune présomption (générale ou naturelle) de négligence**. Cela étant, il convient¹⁴⁶⁰ :

- **de détailler tout ce que l'avocat a omis de présenter** (allégations et offre de preuves) en violation de l'art. 55 CPC ;
- **de démontrer le lien de causalité (hypothétique) qui existe entre cette omission et la perte de l'affaire**. Cela suppose de démontrer qu'il y a **au moins une probabilité écrasante** (« überwiegende Wahrscheinlichkeit »¹⁴⁶¹) **que le tribunal aurait tranché différemment si les faits avaient été suffisamment allégués et prouvés devant lui**. En conclusion et là encore, pour reprendre les termes de DROESE : « Das ist ein anspruchsvolles Programm »¹⁴⁶². Il va de soi qu'il ne suffit pas d'admettre l'existence de lacunes dans la présentation des faits ou dans l'offre de preuves identifiées, pour directement arriver à la conclusion que le représentant légal a commis des erreurs dans l'exécution de son mandat. DROESE rappelle qu'il peut effectivement y avoir des raisons à de telles omissions que le tribunal ne connaît pas et/ou n'a pas à connaître en vertu de l'art. 55 CPC¹⁴⁶³. Ainsi, le juge doit supposer que **c'est en raison des faits litigieux tels que vécus par la partie**, et non de leur présentation dans le procès (en principe rédigés par son avocat), si des aspects potentiellement pertinents sur le plan juridique n'ont pas été mentionnés ou étayés. **Dans le cadre d'une procédure en responsabilité, la partie devra alors démontrer en quoi et pourquoi c'est en pratique le contraire qui est vrai**. D'après DROESE, le demandeur dans le cadre d'une action en responsabilité pourra facilement satisfaire aux obligations idoines d'allégation et de motivation, en particulier lorsqu'il s'agit d'une question tangible et concrète telle que l'invocation de l'exception de prescription, **plutôt que d'une « question diffuse » telle que la substantification insuffisante**¹⁴⁶⁴.

1230

Le deuxième aspect soulevé par DROESE est un « simple » rappel **que la procédure initiale donne le contexte factuel de la procédure en responsabilité de l'avocat** (*a contrario* elle n'est pas rouverte). Dans l'arrêt précité, le TF souligne que la procédure en responsabilité de **l'avocat ne peut servir à contrôler la justesse des considérations du tribunal de commerce comme une cour d'appel**. Selon DROESE, la leçon à tirer de cette décision est donc que le demandeur de dommages-intérêts devra **mener un procès fictif** en démontrant ce qui aurait dû être correctement plaidé lors du premier procès et en quoi cela aurait affecté le résultat du procès. **Cette présentation ultérieure ne se réfère toutefois pas à l'objet du premier procès en tant que tel, mais au jugement spécifique rendu par le tribunal qui s'en occupe spécifiquement**. Cela étant dit, il est primordial de **distinguer l'objet de la procédure initiale de celui de la procédure de responsabilité**. La question ne porte **ni sur la « justesse » ni sur l'autorité de la décision prise à l'époque, mais seulement sur la question de savoir si elle aurait pu prendre une autre tournure** (en faveur du demandeur

¹⁴⁵⁹ A ce sujet voir ég. : OGer ZH LB180041, du 13.11.2018, consid. 2.9.

¹⁴⁶⁰ Note de DROESE in : RSPC 6/2019, p. 490 ss.

¹⁴⁶¹ Note de DROESE in : RSPC 6/2019, p. 490 *in fine*. Cf. ég. : TF, 4A_220/2010, du 11.10.2010, consid. 8.2.1 ; ATF 133 III 153, consid. 3.3 p. 162 ; ATF 132 III 715, consid. 3.2.

¹⁴⁶² Note de DROESE in : RSPC 6/2019, p. 491.

¹⁴⁶³ *Ibidem*.

¹⁴⁶⁴ *Ibidem*.

de dommages-intérêts), **si son représentant avait fait valoir ce qu'il aurait dû faire valoir**. Dans le cas d'une durée plus longue de la procédure, **cette perspective particulière conduit à ne pas tenir compte d'un changement de jurisprudence intervenu entre-temps**. Au-delà, cependant, DROESE s'interroge quant à **savoir où s'arrête la reconstruction** («Könnte es auch dazu kommen, dass das mit der Haftungsfrage befasste Gericht gewisse Ansichten des Erstgerichts zugrunde legen muss, die es selbst nicht teilt? Muss sich das Zweitgericht an der Auffassung des Erstgerichts etwa auch dann orientieren, wenn dieses eine Vertragsverletzung (in seinen Augen: zu Unrecht) bejahte, die Klage aber an einer mangelhaften Schadenssubstanziierung scheitern liess, die der Rechtsvertreterin nun zum Vorwurf gemacht wird?»¹⁴⁶⁵). Cela devient notamment problématique lorsque des recours juridiques auraient été possibles à l'époque. Si, par exemple, le tribunal de première instance n'a pas retenu l'exception de prescription, mais a néanmoins rejeté l'action en raison d'une preuve insuffisante du dommage, **la question se pose pour le tribunal de deuxième instance de savoir s'il ne devrait pas retenir que l'action aurait de toute façon dû être rejetée dans la procédure d'appel en raison de la prescription – qui a été refusée à tort par le tribunal de première instance**. La limite de la spéculation est ici clairement problématique. DROESE insiste néanmoins sur le fait qu'il s'agit d'une question certes délicate, mais pas vraiment inconnue des tribunaux : « **et si** » est la question à laquelle il faut toujours répondre en cas de causalité hypothétique, par exemple pour évaluer la défense d'une procédure « mal menée » (*exceptio male gesti processus*). Selon lui, le problème pourrait être désamorcé si la procédure civile n'était pas comprise comme un processus quelconque, passé et potentiellement dommageable qui suit ses propres lois de causalité, mais comme **une procédure soumise à la même exigence de correction qu'une procédure en responsabilité**. Une telle manière de procéder laisserait en effet **peu de place à la spéculation historique, en valorisant les aspects relatifs à la causalité, selon lesquels ce n'est pas ce qui aurait dû arriver qui importe, mais ce qui serait arrivé**. Cette démarche se justifie d'autant plus qu'une demande de dommages-intérêts peut difficilement découler du fait qu'aucune décision erronée n'a été prise¹⁴⁶⁶.

Ainsi, la mise en cause de la responsabilité de l'avocat conformément aux conditions énoncées *supra*, ainsi qu'aux critères retenus par la jurisprudence sera envisageable dans le cas où la violation de son mandat aura abouti, dans les faits, à une violation d'une maxime de procédure préjudiciable pour l'issue de la cause au détriment de son mandant. Elle sera néanmoins plus difficile à motiver que s'il s'agissait d'une question tangible et concrète.

En admettant la responsabilité établie, la question se posera ensuite de savoir **comment déterminer le dommage**. Cette détermination dépendra bien sûr des conditions du cas d'espèce. Ainsi, l'étendue du dommage résultant (par exemple) du cas où l'avocat a spécifié ses conclusions dans la mauvaise devise (cf. N 911 s.), sera différente s'il consiste en la **perte**

¹⁴⁶⁵ Note de DROESE in : RSPC 6/2019, p. 491-492.

¹⁴⁶⁶ Note de DROESE in : RSPC 6/2019, p. 491 s. (point 2. « *Der Erstprozess bildet den faktischen Hintergrund des Haftungsprozesses; er wird nicht neu aufgerollt* »), repris en substance dans les prochaines lignes.

du droit litigieux (entre-temps prescrit ou bien pas, laissant l'ouverture d'un nouveau procès possible), ou s'il se résume « seulement » aux **frais encourus inutilement**.

1233 A titre de conclusion, on peut relever que les pandectistes, ou du moins un pandectiste, se posait déjà la question des conséquences en cas de négligence de l'avocat en 1838 : LINDE considère en effet que l'établissement erroné des faits devrait pouvoir être corrigé lorsqu'il était le fait de l'avocat. Dans ce cadre, la partie aurait droit de reprendre le contenu de ces faits dans un certain délai et ce, sans avoir à prouver l'erreur de son conseil ou l'éventuel caractère inexcusable de son comportement. La question d'une éventuelle restitution se pose également¹⁴⁶⁷ :

1234 « Das Verhältnis des Advokaten zum Richter rechtfertigt die Bestimmung, daß Rechtsirrhümer des Ersteren, von Diesem verbessert werden sollen. **Irrige factische Angaben des Advokaten kann die Parthei vor Ablauf dreier Tage** von Zeit des mündlichen Vortrags oder der übergebenen Schrift, wenn sie jenem beiwohnte oder diese unterschrieb, sonst aber in derselben Frist von Augenblicke, wo sie Kenntnis des Vorbringens erhielt, **zurücknehmen, ohne den Irrthum oder dessen Entschuldbarkeit beweisen zu müssen**. In jedem anderen Falle dagegen muß, vor rechtskräftigem Urtheile, sowohl der Irrthum, als dessen Entschuldbarkeit dargethan.

[...] Indessen kann auch hierbei **Restitution nothwendig werden**, wenn der Advokat Rechtswohlthaten, die der Richter nicht von Amtswegen berücksichtigen darf, nicht in Anregung brachte. ».

1235 Ainsi, la proposition de LINDE n'est en l'espèce pas tellement de faire admettre la responsabilité de l'avocat dans l'idée d'obtenir d'éventuels dommages-intérêts, mais plutôt **de justifier la mise en place d'une restitution par le juge, admettant qu'il y a eu un manquement de la part de ce dernier, ayant passablement altéré, voire réduit à néant les chances de succès de son mandant**. Dans une telle hypothèse, on pourrait imaginer que les conditions pour admettre la responsabilité de l'avocat serait moins sévères, dans la mesure où elles n'auraient pas les mêmes conséquences pour ce dernier. Par exemple, la question du risque inhérent liée à l'activité d'avocat serait en principe moins centrale dans ce cas, dès lors que l'accent serait mis sur les conséquences pour le mandant. Ainsi, pas de conséquence négative pour le représentant (sauf à établir manquement grave de sa part), mais une conséquence positive pour la partie « lésée » via l'admission de la restitution.

2. **Quid de la mise en cause possible de la responsabilité de l'employé de l'Etat et indemnités compensatoires**

1236 Au-delà des conditions générales relatives à la mise en cause de la responsabilité d'un fonctionnaire ou d'un employé de l'Etat (cf. N 1052 ss), la question qui se pose ici, en lien avec la violation des maximes de procédure est la suivante : **Une décision de justice peut-elle constituer un acte illicite, ou ne peut-il s'agir que d'une responsabilité fondée sur le comportement du juge** ? Si on admet la première hypothèse, à quelles conditions sera-t-il possible d'envisager cet acte comme étant illicite ? En effet, la notion d'acte illicite renvoie,

¹⁴⁶⁷ LINDE, p. 166, §. 128.

selon une jurisprudence constante, à « l'atteinte à un bien juridiquement protégé ». Or le but d'un tribunal étant précisément de rétablir, préserver et protéger les droits des justiciables, il semble à la fois complexe et contradictoire de vouloir lui reprocher d'agir illicitement dans le cadre de son office. Nous analyserons donc en détail **dans quelle mesure et sous quelles conditions** cette responsabilité pourrait éventuellement être engagée, notamment en cas d'omission du juge et d'atteinte au patrimoine de la partie lésé (illicéité de comportement vs. illicéité de résultat). Dans un second temps, nous nous poserons la question de **savoir si une décision à la fois défavorable et illicite du juge peut effectivement justifier l'indemnisation de la partie lésée, respectivement (et dans une moindre mesure) la mise en cause de la responsabilité de l'Etat, ou si elle remplit systématiquement les critères de la perte de chance, inadmissible en droit suisse**. En effet, la notion de perte de chance s'oppose à la théorie de la différence, retenue en droit suisse, qui compare entre le patrimoine actuel du lésé et celui si l'événement dommageable ne s'était pas produit. De ce comparatif il résulte que la chance perdue n'appartient plus au patrimoine du lésé, puisqu'elle a justement été perdue, et ne peut donc plus être comptabilisée. Ce constat nous amène dès lors à nous interroger sur la **probabilité que la violation d'une maxime de procédure aboutisse, dans les faits, à une modification quantifiable de la situation de lésé, que ce soit dans son patrimoine ou dans sa situation personnelle**. Dans ce cadre, nous distinguerons entre les violations actives et passives des maximes de procédure, et leurs conséquences sur la responsabilité de l'Etat. Enfin, nous illustrerons cette problématique de la mise en cause de la responsabilité étatique via l'analyse du « Rapport Rouiller » et de l'affaire dont il fait état, et nous concluerons en résumant les voies de droit à disposition du recourant lésé pour ce type de litige.

a. Décision de justice et notion d'illicéité

Nous avons d'ores et déjà énoncé les conditions générales relatives à l'admission de la responsabilité résultant d'un acte illicite (art. 41 CO ; cf. N 1054), de même que celles spécifiques à la responsabilité du fonctionnaire ou de l'employé de l'Etat (art. 61 CO ; cf. N 1052 ss). Il s'agit d'une responsabilité objective pour laquelle il n'est pas nécessaire d'établir l'existence d'une faute. Elle requiert toutefois l'existence d'un acte illicite. Aura causé de manière illicite un dommage à autrui selon le droit fédéral celui qui commet une atteinte à un bien juridique protégé, qu'il s'agisse d'un droit subjectif absolu (illicéité de résultat) ou de l'atteinte au patrimoine par la violation d'une norme protectrice du bien juridiquement atteint (illicéité de comportement). L'atteinte au patrimoine du lésé ne sera donc admise comme acte illicite qu'à la condition supplémentaire qu'elle **découle directement d'un comportement proscrit par une norme juridique**. Dans un cas comme dans l'autre l'acte illicite peut consister en une action ou une omission. De même, l'**omission** ne sera sanctionnée que s'il s'agit d'un **comportement explicitement sanctionné par l'ordre juridique** (devoir d'agir ou position de garant). Nous analyserons donc successivement l'hypothèse de la violation d'un droit subjectif absolu et celle de l'atteinte au patrimoine consécutive à un acte ou un

comportement prohibé par la loi et ce, via une action, respectivement une omission fautive de l'employé de l'Etat. En parallèle de ces deux questions, nous traiterons de l'incompatibilité entre l'admission de l'illicéité d'une décision et l'immutabilité du jugement revêtu de l'autorité de force jugée.

(i) *En cas de dommage patrimonial : analyse du critère de « norme protectrice du bien juridique atteint »*

1238 Dans certains cas, il arrive qu'un acte illicite d'un employé de l'Etat, commis dans le cadre de son activité, débouche sur un **dommage patrimonial** infligé à l'une des parties. Si ce dommage patrimonial ne peut être entièrement réparé par la **modification ou l'annulation de ladite décision** devant une autorité supérieure de sorte que l'**atteinte** au patrimoine **perdure**, une action en dommage-intérêts pourra en principe être ouverte au sens de l'art. 41 CO en lien avec les conditions spécifiques de l'art. 61 CO concernant la responsabilité pour acte illicite des fonctionnaires et employés de l'Etat (sauf législation cantonale spécifique). Dans l'hypothèse où les conditions de cet article sont remplies, la partie lésée pourra réclamer une **indemnisation consécutive à la mise en cause de la responsabilité de l'Etat**. Un dommage patrimonial découlant d'une décision du juge pourrait par exemple résulter du cas où l'une des parties reçoit une pension insuffisante qui ne serait pas « rattrapable financièrement » dans le cadre d'un recours ultérieur ou d'une action en modification du jugement de divorce, et où l'erreur relative au montant initial des pensions est la conséquence d'une omission ou d'une négligence grave du juge quant aux circonstances du cas d'espèce (par ex : négligence dans l'analyse des conditions de l'art. 125 CC relatif à l'entretien après divorce). On peut également penser au dommage patrimonial consécutif à un refus (fautif/mal-fondé) du tribunal de bloquer les avoirs d'une des parties (art. 122 et 124 al. 2 CC). De même, l'omission du juge de notifier les dispositions du jugement entré en force aux institutions de prévoyance professionnelle, et notamment les indications nécessaires au transfert du montant prévu, entraînant une répartition erronée des prestations de libre passage constitue, selon l'ancien droit (art. 22b al. 2 LFLP), un acte illicite de la part du juge. En effet, **la notification de ces informations aux institutions de prévoyance était explicitement prévue par la LFLP**, de sorte qu'un **devoir d'agir** était requis de la part du juge dans ces circonstances.

1239 Ce dernier exemple s'est posé devant le Tribunal administratif du canton de Berne dans le cadre d'un arrêt du 16 avril 2014¹⁴⁶⁸. L'arrêt en question analyse la **question de la responsabilité du canton à la suite d'une omission du juge durant la procédure, constitutive d'un dommage patrimonial pour la partie lésée**. En effet, en vertu des art. 124 CC et 141 al. 2 aCC, « une indemnité équitable est due lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu pour l'un des époux ou pour les deux ou que les prétentions en matière de prévoyance professionnelle acquises durant le mariage ne peuvent être partagées pour d'autres motifs ». De plus selon l'ancien droit : « **Le juge communique aux institutions de prévoyance**

¹⁴⁶⁸ VGE 100.2012.65/66.

professionnelle les dispositions du jugement entré en force qui les concernent, y compris les indications nécessaires au transfert du montant prévu ». En l'espèce, le tribunal précédent avait omis de notifier l'entrée en force du jugement de divorce à l'institution de prévoyance concernée conformément à l'art. 22b al. 2 LFLP, entraînant le paiement indu de la totalité de la prestation de libre passage de 121'933.50 fr. à l'ex-époux. Fort de ce constat, le tribunal bernois a conclu à la responsabilité du canton en raison respectivement : de l'illicéité consécutive à l'omission de notification à l'institution de prévoyance fondée sur une disposition légale (consid. 4) ; de la causalité entre l'illicéité de l'omission et le dommage subi, étant admis qu'il n'y avait pas de faute prépondérante d'un tiers ou de la personne lésée (consid. 5) ; ainsi que de l'existence d'un dommage patrimonial, bien que le montant des dommages-intérêts ait été réduit de 30% en raison d'une faute concomitante légère de l'ex-époux concerné en vertu de l'art. 44 al. 1 CO (consid. 6.2 et 6.3). Les conditions, en l'espèce non contestées de base légale et d'activité publique, ne sont pas spécialement abordées. Pour le reste, le tribunal bernois détaille le comportement illicite, ainsi que ses conséquences sur la partie lésée, de manière à conclure à un montant de 50'000 fr. de dommages-intérêts¹⁴⁶⁹ :

« Nach dem Ausgeführten muss davon ausgegangen werden, dass **aufgrund der unterlassenen förmlichen Mitteilung des Ehescheidungsurteils an die Auffangeinrichtung deren Einbezug unterblieben ist und damit die Erfüllungsmodalität gemäss Art. 22b FZG nicht entstehen bzw. nicht zum Tragen kommen konnte**. Gegenüber B. könnte der Entschädigungsanspruch angesichts seiner bereits zum Scheidungszeitpunkt knappen finanziellen Verhältnisse und seiner offensichtlich fehlenden Zahlungsbereitschaft (Erheben des Rechtsvorschlags; unterlassene Überweisung der Fr. 50'000.– nach Auszahlung der gesamten Austrittsleistung; Fehlen jeglicher Mitwirkung im vorinstanzlichen Verfahren trotz Aufforderung) nicht mehr mit noch zumutbaren weiteren prozess- und vollstreckungsrechtlichen Schwierigkeiten durchgesetzt werden. **Das Verlustrisiko der Klägerin ist damit sehr wahrscheinlich. Sodann kann die Klägerin unter den gegebenen Umständen – auch bei Ergreifen zumutbarer prozess- und vollstreckungsrechtlicher Vorkehren – nicht mit einer nochmaligen Auszahlung durch die Auffangeinrichtung rechnen**. Ein Vermögensschaden in Höhe von Fr. 50'000.- ist damit grundsätzlich zu bejahen ».

Dans son commentaire de l'arrêt précité, FELLER commence par rappeler les innombrables obstacles à l'indemnisation dans le cadre d'une procédure en responsabilité de l'Etat notamment lorsque, comme en l'espèce, le demandeur réclame la compensation d'un **pur dommage financier** (consid. 4.2) et que le motif de responsabilité a trait à l'**omission d'un agent public** (consid. 4.4). Ce dernier souligne en outre les difficultés additionnelles relatives à la complexité des conditions de responsabilité individuelle, qui ne sont accessibles qu'à ceux qui se sont déjà **familiarisés avec l'immense étendue de la jurisprudence et de la littérature sur ce sujet**. Chaque condition de responsabilité (dommages, activité officielle, lien de causalité adéquat, illégalité) est subdivisée en plusieurs sous-conditions, qui doivent toutes être remplies pour que la procédure aboutisse¹⁴⁷⁰.

¹⁴⁶⁹ JAB 2014 p. 297, consid. 6.2.4 (Mise en gras ajoutée).

¹⁴⁷⁰ JAB 2014 p. 297, FELLER R., Urteil des Verwaltungsgerichts (Verwaltungsrechtliche Abteilung) vom 16. April 2014 I.S. a. gegen Kanton Bern, Commentaire du jugement VGE 100.2012.66 et VGE 100.2012.65, pp. 297-326.

Mais une fois n'est pas coutume : les conditions d'une prescription légale interdisant le comportement qui a mené au dommage patrimonial, de même que l'obligation d'agir prévue dans la loi et condamnant spécifiquement l'omission du juge étaient en l'espèce remplies. De même, les autres conditions relatives à la responsabilité de l'agent public le sont aussi, et ce en vertu du droit fédéral et de la législation bernoise en matière de responsabilité du canton. En témoigne l'art. 100 al. 1 LPers/BE : « Le canton répond du dommage que les agents, les agentes et les prestataires de services à titre accessoire ont causé à des tiers en raison d'un acte illicite commis dans l'exercice de leurs fonctions ».

1243 De manière générale, FELLER déplore toutefois le fait que d'autres solutions intermédiaires soient exclues d'office dans des cas où la responsabilité du canton serait plus difficile à faire reconnaître. En effet, selon le droit suisse c'est le **principe du « alles oder nichts » qui s'applique** : si les preuves nécessaires peuvent être fournies, la demande de réparation intégrale du préjudice aboutira (sous réserve de motifs de réduction, voir art. 105 LPers/BE, en lien avec l'art. 44 CO). Si en revanche, une condition de responsabilité n'est pas apportée, l'État ne devra aucune indemnité. En ce sens, FELLER plaide en faveur d'**indemnités compensatoires échelonnées en fonction du degré de vraisemblance d'un lien de causalité**, qui serait évalué au cas par cas et soumis à l'appréciation du juge¹⁴⁷¹. Mais nous reviendrons plus en détail sur cette question ultérieurement.

1244 Si l'on s'éloigne de la position de la personne lésée pour se mettre à la place des autorités judiciaires compétentes, le défi n'est pas moins grand. En effet, **l'identification des faits** est souvent une entreprise complexe, et ce d'autant plus que les événements importants remontent souvent à des années en arrière (dans le cas présent, environ dix ans). Dans ces conditions pour le moins malaisées, le tribunal administratif doit interpréter et appliquer des normes éloignées de son domaine de compétence (en l'espèce : droit civil et droit de la prévoyance). Une fois rendus, ces jugements doivent ensuite être insérés immédiatement et de manière aussi transparente que possible dans la pratique antérieure, de même qu'ils doivent être justifiés en détail (en l'espèce : motivation nécessaire relative à la portée de la responsabilité du lésé, respectivement à sa faute concomitante ou celle d'un tiers).

1245 En dépit de tous ces impondérables, FELLER estime qu'il n'est toutefois **pas vain d'emprunter ce parcours semé d'embûches qu'est la mise en cause de la responsabilité de l'Etat**. En témoigne cet arrêt cantonal. Parmi, les questions soulevées par cette affaire, FELLER en retient notamment deux, relatives aux conditions de responsabilité de l'Etat, dont la clarification est salutaire :

- la question du lien de causalité et de ses conditions : selon FELLER, le tribunal administratif s'est à juste titre borné à examiner d'une part s'il y avait bien un **dommage consécutif aux omissions du juge**, et le cas échéant, si cette violation avait été **(c)ommises dans le prolongement de la décision de divorce** du 2 mars 2004 (existence du dommage et lien de causalité). Il n'était en effet **pas nécessaire d'examiner si le jugement de divorce, une**

¹⁴⁷¹ JAB 2014 p. 297, FELLER R., p. 324 ss.

fois entré en force, pouvait lui-même être considéré comme le fondement de la réclamation en responsabilité de l'État. Dans la procédure de responsabilité de l'État, la légalité des actes juridiquement contraignants (décrets, décisions et jugements) ne peut plus être examinée, à quelques exceptions près (consid. 4.3.1 et 4.3.2). Le considérant 4.3.3 est d'ailleurs très clair sur ce point : l'interdiction de réexamen ne concerne pas seulement **l'acte final** en lui-même (le jugement de divorce), mais aussi **l'acte d'exécution qui en découle directement** ;

- la question du caractère illicite d'une omission : comme nous l'exposons en introduction de cette partie, le **concept d'illégalité** revêt de nombreuses facettes en ce qui concerne le droit de la responsabilité de l'État. Dans chaque cas, les questions suivantes doivent être clarifiées : S'agit-il de la responsabilité de l'État pour des actes matériels (« Realakte ») ou juridiques (« Rechtsakte ») ? L'objet du litige concerne-t-il un acte effectué/omis par un agent public dans l'exercice de sa charge ? Des intérêts juridiques absolus (intégrité corporelle, vie, patrimoine) ont-ils été violés ou s'agit-t-il d'une simple perte financière survenue sans atteinte concomitante à un droit juridiquement absolu ? Autant de questions auxquelles le juge doit répondre de manière appropriée en se basant sur les règles générales de responsabilité civile prévues par le CO, tout en intégrant les spécificités liées à l'acte et au présumé auteur de l'acte illicite (juges et autres fonctionnaires publics). En l'espèce, la responsabilité de l'État devait être jugée sur la base de **l'omission des présidents des tribunaux civils**. En cas d'omission, l'illégalité dépend de la question de savoir **si l'autorité aurait pu activement empêcher le risque du dommage et ne l'a pas fait en violation de son devoir de garant**. Là encore, le tribunal administratif n'a à juste titre pas exigé la preuve d'une violation qualifiée standard au sens d'un manquement grave à un devoir officiel (consid. 4.4.3). De telles exigences quasi-impossibles à atteindre concernant le concept d'illégalité ne s'appliquent qu'à la responsabilité de l'État concernant des **actes juridiques**¹⁴⁷².

En conclusion la condition relative à la responsabilité de l'État, nécessitant qu'un dommage patrimonial soit le résultat de la violation d'une norme protectrice du bien juridiquement, n'est **pas totalement insurmontable**. L'action peut toutefois être aisément rejetée si le juge supérieur estime que **la norme violée n'avait pas pour but de protéger ce bien juridique** et ainsi, que l'atteinte au patrimoine est un **dommage collatéral**, certes fâcheux, mais n'obligeant à aucune réparation. Il conviendra donc d'examiner, au cas par cas, si le but du législateur était d'obliger le juge à agir de façon à protéger la partie contre de potentielles atteintes

1246

¹⁴⁷² TAF A-7819/2016, du 11.08.2018. Dans cet arrêt portant sur un litige de droit public, mais avec une problématique qui pourrait aussi se rencontrer dans un procès civil, le Tribunal se **demande notamment si l'OFAC a arbitrairement retiré l'effet suspensif à un éventuel recours** de A (pilote professionnel d'avion de ligne qui s'est fait retirer sa licence à la suite d'un atterrissage dangereux considéré comme une violation des règles de l'air applicables aux aéronefs par ladite autorité).

Idem, concernant une procédure d'adoption des plans d'affectation (nature juridique qui se situe entre la norme et la décision et qui sera donc analysée au cas par cas afin de savoir s'il peut s'agir d'un acte illicite au sens de la LRECA) : ATF 144 I 318, consid. 5 et 6.

à son patrimoine. Ce n'est par exemple pas la solution à laquelle aboutit le Tribunal dans l'arrêt suivant relatif au « retard inadmissible dans l'adoption d'un plan d'affectation » considéré par le recourant et propriétaire foncier comme un acte illicite de la Commune au sens de l'art. 35 al. 1 let. b LAT¹⁴⁷³ :

1247 « Le comportement reproché à la Commune étant une omission (retard inadmissible dans l'adoption des plans d'affectation des parcelles nos ***1 et ***2), **l'illicéité revient en l'occurrence à examiner si la règle en question imposait à la Commune de prendre la mesure omise en faveur du lésé** (cf. *supra* consid. 5.5 in fine).

Dans l'examen du but de l'art. 35 al. 1 let. b LAT en lien avec la condition de l'illicéité posée par l'art. 4 LRECA/VD, il ne faut en outre pas perdre de vue que la disposition en question traite uniquement du délai dans lequel les plans d'affectation doivent être adoptés. Il ne s'agit donc pas de rechercher si la réglementation globale consacrée aux plans d'affectation a été établie dans l'intérêt des propriétaires fonciers, mais seulement de déterminer si tel est le cas de la norme transitoire prévue à l'art. 35 al. 1 let. b LAT. Sous cet angle, il faut admettre – avec la recourante – que l'obligation de planifier dans un certain délai peut avoir une influence positive pour les propriétaires, en limitant le risque que leurs terrains restent soumis pendant trop longtemps à un régime de planification ancien ou incertain. Il ressort toutefois de la jurisprudence et de la doctrine relatives à l'art. 35 al. 1 let. b LAT (cf. *supra* consid. 6.3 et 6.4) que le but de cette norme est de s'assurer que le territoire de chaque canton soit planifié conformément à la législation fédérale dans un laps de temps déterminé, notamment en réduisant les zones à bâtir surdimensionnées. L'article en question a donc été adopté dans l'intérêt de la sécurité du droit et dans celui de toute la population à une "utilisation mesurée du sol" et à une "occupation du territoire propre à garantir un développement harmonieux de l'ensemble du pays" (art. 1 al. 1 LAT; cf. art. 75 al. 1 Cst.).

En définitive, c'est sans violer le droit fédéral que la Cour d'appel a retenu que l'art. 35 al. 1 let. b LAT n'avait pas pour but la protection des intérêts – notamment économiques – des propriétaires fonciers. Par conséquent, c'est sans arbitraire que les juges cantonaux ont conclu à ce que la violation de cette norme ne constituait pas un acte illicite (art. 4 LRECA/VD) au sens exigé par la jurisprudence (cf. *supra* consid. 5.5) ».

1248 Ainsi, bien que l'art. 35 LAT énonce explicitement un **devoir d'agir du canton** (« Les cantons **veillent** »), de même qu'une certaine notion d'urgence liée à cette obligation (« à ce que les plans d'affectation soient établis **à temps, mais au plus tard dans un délai de huit ans** à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi. »), son but n'est pas la protection des intérêts financiers du propriétaire foncier. L'objectif de cette loi, dont découlent le devoir de garantir du juge et cette limite relative et absolue dans le temps, consiste en une **planification territoriale optimale et donc dans l'intérêt public**. L'intérêt privé du propriétaire foncier ne fait donc pas le poids dans cette balance d'intérêts, et ne peut en aucun cas être interprété comme un but subsidiaire de l'art. 35 LAT.

1249 En s'inspirant de cette jurisprudence, certes relative à une question de droit public, nous nous sommes forcément demandé si les maximes de procédure, et plus particulièrement les maxime inquisitoire (absolue ou atténuée), peuvent jouer ce rôle de « normes protectrices du bien juridique atteint » en cas de dommage patrimonial infligé au lésé.

¹⁴⁷³ ATF 144 I 318, consid. 5.6, 6.5 et 6.8.

Ainsi, quels sont leurs buts véritables ? Pour la maxime inquisitoire sociale, son but consiste à **éviter qu'une partie faible** et à qui l'on souhaite permettre d'agir, le cas échéant sans avocat, perde son procès en raison d'allégations/d'offres de preuves mal ou insuffisamment formulées. Pour sa part, le but de la maxime inquisitoire illimitée impose au juge d'éclaircir les faits et de prendre en considération d'office tous les éléments qui peuvent être importants pour rendre une décision conforme à **l'intérêt de l'enfant**. Ainsi, si la partie perd son procès parce que le juge n'a pas agi selon les prescriptions imposées par l'art. 296 CPC, il est possible que le dommage matériel en résultant et correspondant à l'avantage patrimonial qu'aurait, le cas échéant, entraîné le gain du procès sera probablement consécutif à la violation d'une norme destinée à la protéger contre un tel préjudice. Dès lors, pour qu'une responsabilité du tribunal soit envisageable en raison d'une violation, supposée réalisée d'une maxime, il faudra que :

- cette violation ait un **effet patrimonial** (pas réalisé par exemple en matière de droit de visite ou d'autres décisions sur des questions non patrimoniales), et
- **qu'un recours n'ait pas permis d'éviter le préjudice** (par exemple parce qu'il s'agissait d'une décision exécutoire nonobstant tout recours).

Bien que cela n'est en soi pas irréalisable, la probabilité de faire face à un tel cas reste cependant très faible. Cela étant, la thèse d'une responsabilité de l'Etat fondée sur un dommage patrimonial ne doit être envisagée qu'en dernier recours et sans trop grand espoir d'aboutir, vu les nombreuses difficultés énoncées, et sans oublier la réticence à la fois naturelle et prévisible qu'aura un juge à retenir le manquement d'un autre magistrat, pour cette activité risquée qu'est l'exercice de la justice¹⁴⁷⁴.

(ii) *En cas de tort moral : analyse du critère de « gravité particulière du préjudice subi »*

Cette partie vise à envisager la possibilité, **au moins théorique**, d'un **dommage consécutif à une inaction du juge**, ayant fait perdre son droit à une partie. *A contrario*, tel ne sera pas le cas si le juge intervient en violation d'une maxime, en attirant par exemple l'attention sur une prescription que le défendeur était sur le point d'oublier. Ainsi, même en admettant l'existence d'un acte illicite (= le juge s'est départi de son impartialité de manière excédant l'art. 56 CPC), le résultat final reste bel et bien juste : le droit était effectivement prescrit et le rejet de l'action justifié au regard des art. 127 ss et 142 CO. Dans ce cas il sera à notre sens impossible de parler de dommage.

De même, il convient au préalable de justifier de l'application de l'art. 49 CO envisagée ci-après. Ainsi, si le canton fait usage de l'art. 61 al. 1 CO (responsabilité des fonctionnaires et

¹⁴⁷⁴ A toutes fins utiles, il convient encore de préciser que le procès en responsabilité se dirige contre l'Etat et ne tend donc formellement pas à une condamnation du juge concerné.

employés publics)¹⁴⁷⁵, ou si la LRCF est applicable¹⁴⁷⁶, ce serait donc par renvoi que s'applique ladite disposition. De même – dans l'affaire évoquée un peu plus loin dans le cadre du Rapport Rouiller (responsabilité pour omission d'une APAE ; cf. N 1266 ss) – il s'agirait d'un renvoi implicite à l'art. 454 al. 1 CC qui a intégré les critères de l'art. 49 CO pour l'octroi d'une réparation du tort moral¹⁴⁷⁷.

1254 Selon la définition de l'art. 49 CO, « celui qui subit une **atteinte illicite à sa personnalité** a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, **pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement** ». L'action générale en dommage-intérêts de l'art. 41 CO est donc complétée par une action en réparation du tort moral pour les cas où, selon le Message du Conseil fédéral : « l'on ne peut rester indifférent aux souffrances morales subies par la victime, même s'il n'existe aucun moyen adéquat permettant à proprement parler de les réparer. La loi doit prévoir une solution pour des atteintes particulièrement graves et se satisfaire d'une réparation aussi imparfaite soit-elle »¹⁴⁷⁸. Les conditions pour obtenir la réparation d'un tort moral sont donc les suivantes :

- Un **tort moral**, soit une souffrance physique, psychique et morale que la victime subit à la suite d'une atteinte illicite à sa personnalité ;
- La **gravité particulière du préjudice subi**, c'est-à-dire si les souffrances endurées « dépassent par leur intensité celles qu'une personne doit être en mesure de supporter seule, sans recourir au juge, selon les conceptions actuellement en vigueur »¹⁴⁷⁹.

1255 Selon la jurisprudence, on considère qu'il existe un **lien étroit entre gravité de l'atteinte et gravité de la faute**. Ainsi, la gravité des suites possibles d'un acte augmente la prudence dont il faut user pour les éviter¹⁴⁸⁰. Dans ce cas, une grave négligence peut suffire, de même que la faute propre du lésé n'exclut pas nécessairement la réparation du tort moral¹⁴⁸¹.

1256

¹⁴⁷⁵ Cf. à ce titre, pour le canton de Vaud à l'**art. 1 LRECA** s'agissant de la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents (RSV 170.11) : **al. 1** : « La présente loi règle la réparation des dommages causés illicitement ou en violation de devoirs de service dans l'exercice de la fonction publique cantonale ou communale. » ; **al. 2** « Les dispositions impératives du droit fédéral sont réservées. » et **art. 18** (le CPC applicable aux procédures fondées sur la présente loi).

¹⁴⁷⁶ Cf. **art. 6 al. 2 LRCF** : « Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit, en cas de faute du fonctionnaire, à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement. » ; **art. 9 al. 1** : « Pour le surplus, les dispositions du code des obligations sur la formation des obligations résultant d'actes illicites sont applicables par analogie aux réclamations de la Confédération résultant des art. 7 et 8. » et **art. 10** (procédure est régie par les dispositions générales de la procédure fédérale).

¹⁴⁷⁷ « Toute personne qui, dans le cadre de mesures prises par l'autorité de protection de l'adulte, est lésée par un acte ou une omission illicites a droit à des dommages-intérêts et, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie, à une somme d'argent à titre de réparation morale. ».

¹⁴⁷⁸ Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de la personnalité : art. 28 CC et 49 CO) du 5 mai 1982, FF 1982 II 703.

¹⁴⁷⁹ FF 1982 II 703.

¹⁴⁸⁰ ATF 95 II 481, JdT 1971 I 226.

¹⁴⁸¹ Concernant la négligence grave, consulter : ATF 95 II 481. Concernant la faute propre du lésé, consulter : ATF 55 II 316, JdT 1930 I 334.

L'atteinte à un bien strictement personnel est notamment possible dans les **litiges de droit matrimonial**, pour autant que cela ne concerne pas ses aspects strictement patrimoniaux (atteinte pouvant en principe être réparée autrement que pas le biais du tort moral). On pense en particulier à tous les actes de procédure menés d'office en ce qui concerne le **sort de l'enfant** dans les affaires de droit de la famille (administration lacunaire des preuves par le juge en vertu de l'art. 153 CPC ; instruction d'office au sens de l'art. 296 al. 1 CPC ; consignations des informations « nécessaires » au procès-verbal et communication aux parents prévues à l'art. 298 CPC ; mesures prises d'office dans la gestion des relations personnelles de l'enfant, notamment par des mesures de protection de l'enfant au sens de l'art. 299 al. 2 let. c ch. 2 et 300 let. f CPC, etc.). Dans ce cadre, ce sera plus vraisemblablement la violation de la maxime inquisitoire illimitée, respectivement celle de la maxime d'office qui seraient visées, en raison d'une **omission fautive du juge contraire à ce devoir d'agir d'office**. Ce cas de figure est le plus plausible étant donné que, la maxime inquisitoire illimitée et la maxime d'office sont celles qui placent le **plus de responsabilités d'office entre les mains du juge durant toute la procédure**. Cette charge accrue n'a d'ailleurs rien de surprenant vu le type de litiges qu'elle vise à encadrer et les personnes qu'elle a pour mission de protéger. Cela étant, le juge aura plus de risque de commettre des erreurs dans la gestion du litige, erreurs qui, vu le caractère hautement sensible du procès, pourront avoir des conséquences importantes pour les parties. Plus concrètement, on peut éventuellement imaginer une faute du juge – par rapport aux maximes entraînant un préjudice non patrimonial susceptible de justifier un tort moral – lorsqu'il aurait par exemple dû **prendre d'office des mesures contre un enlèvement d'enfant et, ne l'ayant pas fait à temps, prive durablement l'un des parents de voir son enfant** (et vice-versa en termes de privation pour l'enfant par rapport au parent absent).

On peut également penser à la violation de la maxime inquisitoire sociale dans le cadre d'une procédure simplifiée s'appliquant à un litige relevant de la loi sur l'égalité (harcèlement sexuel, discrimination à l'embauche, congé abusif, etc.) ; d'un litige portant sur des violences, des menaces, ou du harcèlement au sens de l'art. 28b CC ; d'un litige portant sur le droit d'accès aux données personnelles au sens de la LPD, etc. En outre, tous les domaines pour lesquels le **bien protégé/ litigieux touche à la sphère intime de la partie** au procès. On pourra retenir l'établissement lacunaire et négligent des faits et preuves d'office par le juge **en vertu de l'art. 247 al. 2 CPC** et/ou de l'art. 153 al. 2 CPC ayant empêché de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser l'atteinte dont la partie requérante étaient victime durant le procès. Là encore, il s'agira d'une omission, soit d'une violation négative de la **maxime inquisitoire sociale**, responsable de l'atteinte à la personnalité du lésé.

Serait aussi envisageable le cas où le juge n'aurait pas fait preuve de la diligence nécessaire pour vérifier l'existence de motifs sérieux rendant la continuation du mariage insupportable selon l'art. 115 CC, ou encore pour établir la volonté libre et réfléchie de divorcer des parties en vertu de l'art. 111 CC (cas de contrainte évidente, d'aveux forcés, etc.) dans le cadre d'une procédure de divorce soumise, pour les cas susmentionnées, à la **maxime inquisitoire sociale conformément à l'art. 277 al. 3 CPC**.

Bien que chacune des hypothèses envisagées ici semble, **en théorie**, remplir les critères d'une action en réparation du tort moral il appartiendra en dernier lieu au tribunal d'analyser, **en pratique**, le critère de gravité de l'atteinte, de même que l'impossibilité de réparer d'une autre manière les souffrances subies (caractère supplétif). Comme pour le dommage patrimonial, il s'agira d'un moyen qu'il sera donc plus raisonnable d'envisager comme *ultima ratio*, tant les chances de succès semblent minces. Ce, d'autant plus que **l'acte illicite invoqué ne devra pas être un jugement ayant acquis force de chose jugée et le dommage ne devra pas consister en une simple perte de chance**. Dans le cas où l'acte illicite serait effectivement un jugement définitif, il sera impossible de le retenir pour fonder la responsabilité de l'Etat étant donné que le juge saisi de l'action en dommages-intérêts, respectivement en réparation du tort moral, sera lié par cette décision. La recourant n'aura alors d'autre choix que de requérir au préalable sa **mise à néant au moyen d'une demande de révision**, si elle veut ensuite espérer pouvoir l'invoquer comme acte illicite. C'est la conclusion auquel arrive le TF dans le cadre d'un arrêt du 19 février 2019 relatif à l'action en dommage-intérêts d'un locataire après une contestation de résiliation infructueuse. Le locataire estimait en effet que le motif de résiliation (besoin propre de l'appartement pour son fils) retenu dans un premier jugement entré en force n'était qu'un prétexte pour ensuite remettre l'appartement en location à un prix plus élevé¹⁴⁸² :

1260 « Le Tribunal fédéral s'interroge donc sur la portée du jugement qualifiant la résiliation de non abusive, particulièrement en ce qui concerne la demande en dommage-intérêts ultérieure. Dans ce contexte le Tribunal fédéral rappelle que **les parties sont liées par une décision entrée en force en cas de procès subséquent**. Cette autorité de la chose jugée – ou force de chose jugée matérielle – a pour conséquence que (i) le tribunal ne peut pas entrer en matière sur une demande lorsque le litige fait déjà l'objet d'une décision entrée en force et (ii) la décision lie le tribunal dans tout procès ultérieur. [...] *In casu*, les deux procès ont pour objet de trancher le même objet, à savoir si le motif du besoin propre du bailleur existait au moment de la résiliation ou si ce motif a été invoqué de mauvaise foi. **Le jugement du Tribunal des baux, considérant le motif de besoin propre comme avéré, est donc contraignant et lie le tribunal dans le cadre du second procès**. Le Tribunal fédéral note que l'obstacle de l'autorité de la chose jugée du premier jugement **n'aurait pu être éliminé qu'au moyen d'une révision** (art. 328 ss CPC). Puisque cette dernière n'a pas été obtenue, la demande de l'ancienne locataire aurait dû être rejetée ».

1261 En admettant toutefois que l'acte illicite ne consiste pas en une décision du juge ayant acquis force de chose jugée, reste encore la question de savoir si le dommage existe réellement ou s'il ne s'agit que d'une **simple perte de chance**, faute de quoi les conditions pour la mise en cause de la responsabilité du juge ne seront pas remplies.

b. Preuve du dommage et notion de « perte de chance »

1262 C'est dans le cadre d'un arrêt du 13 juin 2007 que le TF s'est penché de manière détaillée sur la question des règles relatives au fardeau de la preuve et a refusé d'admettre la théorie de la

¹⁴⁸² SPIESS M.-H., L'action en dommages-intérêts du locataire après une contestation de résiliation infructueuse, in: <https://www.lawinside.ch/742/> (mise en gras ajoutée); cf. également : ATF 145 III 143.

perte d'une chance. En bref, l'arrêt concernait une action ouverte par un patient qui, suite à une erreur d'appréciation dans le diagnostic médical et un traitement tardif de sa méningite, avait subi des lésions neurologiques et était devenu sourd. La faute du médecin a été établie. Toutefois, le lien de causalité naturelle entre l'erreur du médecin et l'atteinte à l'intégrité corporelle du patient n'a jamais été admise par le TF, dès lors qu'il était **impossible d'affirmer avec certitude qu'une prise en charge précoce de ce dernier par l'administration d'antibiotiques aurait permis d'exclure avec certitude les complications neurologiques**. A noter que le patient réclamait alors l'octroi de **dommage-intérêts pour la perte de chance de guérir sans séquelle** et non pas pour les lésions corporelles.

La question qui se pose en l'espèce est la suivante : en considérant le critère de l'**acte illicite** consécutif à la **violation d'une maxime de procédure** et celui du **dommage** comme admis, peut-on au surplus établir que ce dommage est une conséquence directe de l'acte ou de l'omission du juge (**lien de causalité**), ou ne s'agit-il que de la perte d'une chance ? En effet, si l'on prend l'exemple du juge qui, en dépit de la maxime des débats, mentionne la prescription possible de l'action du demandeur en interpellant la partie adverse pourtant assistée d'un avocat : quel est le dommage si ce n'est la perte d'une chance, pour le demandeur, de voir son action aboutir en raison de la négligence du conseil adverse ? Peut-on affirmer avec certitude que l'avocat du défendeur n'aurait pas finalement invoqué cette prescription en temps voulu ?

1263

Cette hypothèse est pour nous l'exemple parfait d'un cas où l'établissement de la causalité n'est pas concluant. Il en serait peut-être autrement si le demandeur invoquait le grief de l'arbitraire en lien avec l'**inégalité de traitement** commise par le juge en intervenant à tort dans la procédure, plutôt que celui de la perte injuste de son procès. Dans une telle hypothèse, l'acte illicite résulterait donc de l'inégalité de traitement et le dommage du fait de ne pouvoir recouvrer une dette prescrite. Mais, même sous cet angle on peine à saisir la **gravité de l'atteinte** pourtant requise pour admettre une responsabilité pour tort moral.

1264

Ainsi, dans la majorité des cas de dommage consécutif à une violation des maximes de procédure, la réponse du juge risque donc d'être celle d'un **refus fondé sur la théorie de la différence**, respectivement sur le **rejet de l'indemnisation pour perte d'une chance**. Une réparation en faveur de la partie demanderesse pourra être allouée si cette dernière parvient à démontrer le lien de causalité naturelle et adéquate entre le dommage et l'acte illicite. Il conviendra donc de plaider le fait que la violation de la maxime de procédure par le juge a changé le cours du procès, qui aurait connu une autre issue sans l'intervention de ce dernier **et démontrer** le rapport de causalité de manière évidente (et pas seulement vraisemblable). Cela étant, la causalité sera *a priori* plus facile à établir dans des cas où le juge était seul responsable de l'établissement des faits et des moyens de preuve, de sorte qu'il était impossible que ces faits et preuves soient établis par une autre personne à un autre moment durant le procès. Ainsi des **faits mutuellement à la charge des deux parents** et sur lesquels ils auraient, d'un commun accord, décidé de ne rien communiquer dans le cadre de la procédure, mais que le juge avait le devoir d'établir conformément à son obligation de préserver les

1265

intérêts de l'enfant dans les litiges de droit de la famille, pourrait selon nous être une hypothèse valable. En effet, le devoir de collaboration des parties découlant de l'art. 296 CPC ne peut pas, à lui seul, décharger le juge de sa mission de rechercher et établir les faits d'office, *a fortiori* lorsqu'il s'agit de faits et moyens de preuve qui desservent ou incriminent les parties/parents. Le juge est dans ce cas seul responsable de la mise en lumière des faits litigieux et de la mise en œuvre appropriée des mesures qui résultent de leur constat (placement à des fins d'assistance, enquête, changement de curateur, etc.). Ainsi, un litige de droit de la famille introduit devant l'instance judiciaire de première instance dans le cadre d'un recours au sens de l'art. 450 CC et pour laquelle il apparaît que l'autorité de protection de l'adulte a clairement failli à sa tâche en ne procédant pas à la recherche et à l'administration des preuves nécessaires via des enquêtes et rapports d'expertise réguliers et ce, malgré le caractère hautement sensible et les indices convergents autour du litige en question, aura certainement violé le devoir d'établir les faits d'office qui lui incombe en vertu de l'art. 446 CC (maximes de la procédure). De même, l'autorité de première instance qui persévèrera dans ce comportement négligeant en omettant d'ordonner les mesures d'exécution nécessaires au maintien des intérêts déjà en péril du ou des enfants, se rendra potentiellement coupable des mêmes violations. Pour illustrer cet exemple nous commenterons le « rapport Rouiller », commandé par le Conseil d'Etat du canton de Vaud à la suite d'une grave affaire de maltraitance et d'abus sexuel finalement tranché par jugement du 29 mars 2018 du Tribunal criminel de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois.

- c. « Rapport Rouiller » : illustration de la mise en cause de la responsabilité de l'Etat pour négligence

1266 A la suite du jugement du 29 mars 2018 rendu par le Tribunal criminel de l'arrondissement de Broye et du Nord vaudois ayant révélé des faits d'une extrême gravité (maltraitance et abus sexuels au sein d'une famille), de même qu'un audit, sans lien avec le jugement susmentionné, ordonné par la Cour des comptes à partir d'informations « faisant état du mécontentement de citoyens se plaignant de la manière dont le SPJ [rebaptisé « Direction générale de l'Enfance et de la Jeunesse » depuis le 1^{er} septembre 2020] traitait leur dossier »¹⁴⁸³ et ayant abouti à un rapport du 17 février 2016¹⁴⁸⁴, s'est posée la question de l'efficience des mesures de protection de l'enfant adoptées par les autorités du canton de Vaud. Afin de répondre à cette interrogation, le Conseil d'Etat vaudois a donc mandaté Claude Rouiller,

¹⁴⁸³ Extrait du rapport de la Cour des comptes du 17 février 2016.

¹⁴⁸⁴ Extrait du communiqué de presse de la Cour des comptes du 2 mars 2016 (« Service de protection de la jeunesse – Mieux sécuriser les décisions clés et modifier certaines modalités de fonctionnement de la justice ») : « Depuis la révision du Code civil de 2013, **la justice de paix est l'Autorité de protection**. Alors qu'elle doit décider de la suite à donner à un signalement, le SPJ lui transmet seulement les conclusions de son appréciation de la situation, dès lors que les parents ne s'opposent pas à l'intervention. **Afin que le SPJ n'assume pas des responsabilités qui incombent à la Justice, la Cour estime que des rapports circonstanciés devraient être transmis à la Justice**. En outre, la Cour encourage le SPJ à demander plus souvent des précisions à l'Autorité judiciaire mandante lorsque le mandat confié n'est pas assez clairement défini ». (Mise en gras ajoutée).

avocat, docteur en droit et ancien président du TF, de mener une enquête sur le fonctionnement des organes compétents pour intervenir dans le domaine de la protection de la jeunesse et de l'enfance en relation avec l'affaire pénale susmentionnée¹⁴⁸⁵.

Afin de mieux cerner les tenants et aboutissants de ce rapport, il convient au préalable de présenter les faits relatifs au jugement du Tribunal criminel du 29 mars 2018 : Les époux X, tous deux affectés de divers troubles intellectuels et langagiers, se sont rencontrés dans un Centre de formation professionnelle spécialisé où ils avaient été placés par l'AI. Ils se sont mariés au début de l'année 1996 et de cette union sont nés huit enfants entre les mois de mars 1996 et janvier 2014. Tous les enfants X sont, à des degrés divers, affectés des mêmes troubles de développement que ceux diagnostiqués chez leurs parents. Une curatelle éducative a été immédiatement ordonnée pour H, la fille aînée ; mesure de protection qui fut confirmée par le Tribunal cantonal à la suite d'un recours des parents. Les enfants suivants furent également placés sous cette curatelle dès leur naissance et ont bénéficié de mesures protectrices sans interruption jusqu'à leur majorité. Ceux d'entre eux qui sont devenus majeurs sont désormais tous placés sous curatelle générale, à l'exception de H qui a fondé son propre foyer¹⁴⁸⁶.

Le 20 juillet 2015, H alors devenue majeure s'est présentée au poste de gendarmerie pour déclarer que son père avait commis sur elle des actes de violence ainsi que des actes d'ordre sexuel depuis qu'elle avait l'âge de 8 ans. Cette dénonciation a été suivie de l'arrestation du père, de l'inculpation de la mère, du retrait de leur autorité parentale et du placement des enfants encore mineurs. L'instruction pénale a par la suite révélée l'**état de délabrement social et moral** dans lequel vivait la famille X et a abouti, malgré les dénégations des deux époux, à la **condamnation du père à une peine privative de liberté de 18 ans** (pour les infractions de lésions corporelles, voies de fait, mise en danger et menace qualifiées, acte d'ordre sexuel, contrainte sexuelle aggravée, viol aggravé, tentative de viol aggravé, pornographie, inceste, complicité d'inceste et de violation du devoir d'assistance et d'éducation), **et de la mère à une peine privative de liberté de 36 mois** (pour sa complicité dans la commission de la plupart des infractions retenues pour son mari en plus de celles commises de son propre fait, à savoir : lésions corporelles, voies de fait et violation du devoir d'assistance et d'éducation)¹⁴⁸⁷.

Au terme de son enquête, Cl. Rouiller arrive à la conclusion que les agissements qui ont amené les parents X devant la justice criminelle, certes d'une gravité extrême, ne relèveraient que du fait divers s'ils ne présentaient pas une particularité des plus insolites : celle de

¹⁴⁸⁵ Communiqué de presse du Conseil d'Etat vaudois du 29 mars 2018. (Mise en gras ajoutée). Voir aussi : Rapport établi au terme de l'enquête administrative ordonnée par le Conseil d'Etat du Canton de Vaud après la découverte d'une grave affaire de maltraitance et d'abus sexuels par Claude Rouiller (avril-septembre 2018).

¹⁴⁸⁶ Rapport Rouiller, p. 13.

¹⁴⁸⁷ Rapport Rouiller, p. 13.

l'inertie de la Justice de paix et du SPJ pendant près d'une vingtaine d'années, à laquelle seule la dénonciation de la fille aînée à sa majorité a pu mettre un terme¹⁴⁸⁸.

1270 La curatelle éducative prévue à l'art. 308 CC commande à l'autorité de protection de l'enfant, **lorsque les circonstances l'exigent**, de nommer un curateur chargé d'assister les père et mère de ses conseils et de son appui dans le soin de l'enfant et, le cas échéant, de doter ce curateur des pouvoirs de surveiller les relations personnelles enfant/ parents et de représenter l'enfant pour qu'il puisse faire valoir ses droits. Le **principe de subsidiarité** veut qu'avant toute autre intervention, l'Etat invite les parents à assumer leurs devoirs familiaux. Cette mesure prend toutefois fin lorsque des faits nouveaux révèlent qu'elle n'est **plus adéquate** et que des **mesures plus incisives doivent la substituer** (retrait du droit de garde, de l'autorité parentale, etc.). En l'espèce, Cl. Rouiller considère que l'APEA et le SPJ ont maintenu indéfiniment la curatelle éducative de l'art. 308 CC alors que tout démontrait que cette mesure minimale n'était plus appropriée pour sauvegarder des intérêts des enfants X¹⁴⁸⁹ :

1271 « 8. La résistance parentale a donc conduit à une désinformation génératrice d'un optimisme déplacé qui a poussé les autorités à croire que le maintien des enfants dans leur milieu familial présentait moins de risques pour leur avenir que leur placement hors de ce milieu. Pour éviter cette désinformation, il eût fallu que l'APEA et le SPJ *entendent* de façon approfondie chaque enfant *capable de s'exprimer*, et cela hors de toute influence des parents. **En ne le faisant pas, ces organes de protection ont manqué à leur devoir** de respecter un droit fondamental, consacré notamment à l'article 12 CDE [1490]. Il eût aussi fallu que le SPJ *observe* de plus près *les autres enfants* hors de la présence des parents ».

1272 Cl. Rouiller conclut donc à la **négligence**, doublée d'un **manque de coordination** entre le SPJ et l'APEA qui n'ont pas procédé ou fait procéder en temps opportun à une évaluation globale suffisante du degré de gravité des menaces qui pesaient sur les enfants X, malgré la survenance de faits nouveaux qui auraient dû les alerter à multiples reprises et provoquer une réaction adéquate et proportionnée de leur part¹⁴⁹¹.

1273 Après environ trois ans d'inertie durant lesquelles les mesures de curatelle éducative n'étaient plus appropriées selon le rapport établis par Cl. Rouiller, le SPJ proposa en 2006 à la Justice de paix de **placer les enfants par groupes** en commençant par les deux filles aînées. Cette proposition de placement sans restriction rigoureuse des relations personnelles (seulement retrait de la garde parentale) était accompagnée d'une autre proposition : celle de la mise en place d'une **expertise pédopsychiatrique censée légitimer le placement** par tranche de tous les (autres) enfants, soit après le retrait du droit de garde, soit après celui de l'autorité parentale¹⁴⁹².

¹⁴⁸⁸ Rapport Rouiller, p. 153.

¹⁴⁸⁹ Rapport Rouiller, pp. 156 et 158.

¹⁴⁹⁰ Art. 12 de la Convention des Nations-Unies sur les droits de l'enfant :

« Les Etats partis garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. A cette fin on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant [...] ».

¹⁴⁹¹ Rapport Rouiller, pp. 158 et 161. (Mise en gras ajoutée).

¹⁴⁹² Rapport Rouiller, p. 160.

Toutefois, après réception des conclusions négatives de cette expertise, la Justice de paix s'est ralliée à cet avis et, selon le rapport de Cl. Rouiller, sans prendre la peine de les confronter de manière approfondie aux constats et avis contraires de tous les acteurs du terrain, révoquant aussitôt le placement prononcé 6 mois plus tôt. Cela étant, le SPJ n'a ni demandé de contre-expertise, ni recours, renonçant ainsi à requérir de l'autorité judiciaire qu'elle ordonne un nouveau placement. Selon Cl. Rouiller, cette décision de la Justice de paix d'adhérer sans hésitation aux conclusions de l'expertise, montre qu'elle avait tout simplement oublié qu'elle détenait seule le **pouvoir d'Etat** et que ce pouvoir s'accompagnait du **devoir d'apprécier librement le bien-fondé** desdites conclusions.

1274

Fort de ce constat, Cl. Rouiller aboutit aux conclusions suivantes : d'une part que « les **défauts organiques de l'action du SPJ** sont graves et le lien de causalité entre ces défauts et le malheur des enfants X est incontestable ». D'autre part, pour la partie qui intéresse le plus notre sujet, que la part de responsabilité du SPJ **ne saurait exempter la Justice de paix** de la sienne¹⁴⁹³.

1275

En substance, ce rapport reproche au SPJ, en s'obstinant à maintenir la garde et l'autorité parentale des parents au sens de l'art. 308 CC (curatelle éducative), d'avoir perdu de vue le bien des enfants X qui, au vu des circonstances et grâce à un suivi plus rapproché de leur situation familiale, aurait dû justifier la mise en place de mesures protectrices plus incisives au sens des art. 310 s. CC. Cela étant, Cl. Rouiller rappelle, en sus de cette responsabilité du SPJ, celle primordiale de la Justice de paix en tant qu'autorité judiciaire de protection de l'enfance, **de piloter le mandat du SPJ, de s'assurer de la régularité et du sérieux de son suivi, d'analyser et d'interroger de manière critique les mesures prises par cette dernière, et si besoin de les rectifier et d'intervenir d'office soit pour prendre de nouvelles mesures, soit pour rappeler le SPJ à ses obligations.**

Toutes ces obligations relatives à la protection de l'enfant sont aussi bien consacrées dans des conventions internationales que dans le droit matériel et procédural suisse. Elles vont de dispositions très globales sur le bien-être de l'enfant, à de véritables règles d'application concernant la curatelle, le placement à des fins d'assistance ou encore l'examen périodique de

1276

¹⁴⁹³ Rapport Rouiller, p. 161 : « Mais cela ne saurait disculper la Justice de paix qui, en sa qualité d'autorité judiciaire de protection de l'enfance (APEA), est le pilote de l'action socio-éducative menée par le SPJ sur la base des mandats qu'elle lui confie. Normalement informée du suivi de ces mandats par le biais de rapports plurimensuels et de bilans annuels qu'elle a le devoir d'analyser de manière critique, il lui incombe d'interroger le SPJ sur les problèmes que révèlent ces documents et, le cas échéant, de modifier les mesures qui paraissent avoir échoué. Si ce type d'information ne lui parvient pas régulièrement, comme tel a été parfois le cas en l'espèce, l'APEA a le devoir d'intervenir *ex officio* pour rappeler le SPJ à ses obligations. Toute déficience dans ce pilotage est de nature à installer l'action socio-éducative dans la stagnation et l'inertie, **génératrices d'erreurs lourdes de conséquence**. Or, **l'implication insuffisante et la proactivité quasi inexistante** de la Justice de paix sont les phénomènes les plus remarquables apparus dans cette affaire. Face à une situation qui s'étiolait dans de sempiternelles mesures de peu d'effet bien qu'elles coûtassent une fortune à l'Etat, l'APEA devait **s'investir de façon incisive, exiger une information régulière et assumer un véritable suivi de la situation globale. Il lui incombait en particulier de procéder à un examen critique des contradictions** existant entre les conclusions routinières des rapports et bilans périodiques du SPJ, et les constats, fort alarmants, qui les précédaient presque toujours ». (Mise en gras ajoutée).

mesures protectrices. Ainsi, en reprenant les conditions de l'art. 61 CO en lien avec l'art. 454 CC (cf. N 1052 ss), on peut se poser la question d'une responsabilité du canton en raison des manquements du SPJ, respectivement de la Justice de paix. Le TF a en effet considéré dans un arrêt du 9 janvier 2014, que contrairement à l'art. 429 aCC, l'application de l'art. 454 CC n'est pas limité au placement à des fins d'assistance et règle de manière générale la responsabilité civile directe et causale de l'Etat. Or l'autorité de protection de l'adulte faisant également office d'autorité de protection de l'enfant en vertu de l'art. 440 al. 3 CC, il faut considérer que les dispositions réglant la responsabilité s'appliquent aussi aux mesures de protection de l'enfant¹⁴⁹⁴.

1277 Au vu de l'ensemble des faits exposés en amont, nous retenons les critères suivants comme établis :

- **L'acte illicite** : selon l'art. 454 CC, est illicite tout comportement qui n'est pas diligent. Cela étant, l'acte illicite peut consister en une application arbitraire des art. 310, 311 et 313 CC par l'autorité de protection de l'enfant (retrait du droit de déterminer le lieu de résidence, retrait d'office de l'autorité parentale, et mesures à prendre en cas de faits nouveaux). Dès lors, la question se pose de savoir si l'inaction de la Justice de paix en dépit de sa **qualité de garant** et plus généralement d'autorité judiciaire de protection de l'enfance peut également être qualifiée d'acte illicite. Au surplus il convient de relever l'extension du champ d'application de l'art. 454 CC par rapport à l'art. 429a CC en vertu du nouveau droit de la protection de l'adulte et de l'enfant du 1^{er} janvier 2013 (cf. *supra*). L'article règle de manière générale la responsabilité civile directe et causale de l'Etat, en ce sens qu'il concerne désormais **le prononcé, l'exécution ou l'omission d'une quelconque mesure de protection de l'adulte de la part d'un mandataire ou de l'autorité compétente**. Etant donné que l'autorité de protection de l'adulte fait également office d'autorité de protection de l'enfant (art. 440 al. 3 CC), les dispositions réglant la responsabilité s'appliquent aussi aux mesures de protection de l'enfant »¹⁴⁹⁵ ;
- **Le dommage** : à l'évidence, il n'est pas nécessaire de reprendre chacune des infractions retenues dans le cadre de la condamnation pénale des parents X pour admettre l'existence du dommage subi par les enfants X des années durant ;
- **Le lien de causalité** : nous partageons l'avis de Cl. Rouiller selon lequel « les défauts organiques de l'action du SPJ sont graves et **le lien de causalité entre ces défauts et le malheur des enfants X est incontestable** ». En effet, le seul élément permettant selon nous d'atténuer la responsabilité du SPJ et, *de facto*, de nuancer

¹⁴⁹⁴ ATF 140 II 92 ; JdT 2014 II p. 348.

¹⁴⁹⁵ ATF 140 III 92, JdT 2014 II 348, consid. 2.2. concernant la mise en cause de la responsabilité du Service de protection de la jeunesse à la suite du placement d'un enfant chez sa sœur, en raison de violents conflits familiaux (recours en matière civile des parents contre l'illégalité du placement de leur fils, respectivement du retrait de l'autorité parentale et du droit de garde).

le lien de causalité entre son inaction et le dommage subi serait d'admettre la **responsabilité concomitante de la Justice de paix**, en raison de son manque de diligence dans la gestion de ce dossier. La négligence de l'un n'annule toutefois pas la négligence de l'autre. Elles ne font que s'additionner pour aboutir au résultat que l'on connaît et qui ne peut en aucun cas être le résultat attendu venant des autorités de protection de l'enfant et ce, quelle que soit la résistance opposée par les parents dans le cadre d'un tel dossier (de même que la vraisemblable surcharge de travail à laquelle doit faire face ledit service).

Ce rapport accablant fait selon nous écho à la responsabilité qui pourrait être celle du tribunal (en l'espèce la justice de paix) dans la gestion négligente d'une procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille. En effet, ce dernier est tenu en vertu des dispositions spécifiques de l'art. 296 CPC, de rechercher les faits d'office en évaluant de manière critique les informations qui lui parviennent, que ce soit des parents ou des autorités de surveillance et de coordination telles que le SPJ. **Cela pourrait valoir de manière analogue à l'égard d'une juridiction matrimoniale à qui incombe des mêmes similaires dans le cadre d'un procès en divorce** notamment (art. 315a CC). Pour rappel, il incombe au tribunal d'administrer les preuves d'office lorsqu'il existe des **motifs sérieux de douter de la véracité de faits non contestés** (art. 153 al. 2 CPC). Dès lors, il paraît impensable que cette responsabilité et ce devoir d'esprit critique attendu du juge en toutes circonstances ne soit pas attendu de lui avec d'autant plus de force lorsqu'il est soumis à la maxime inquisitoire illimitée dans le cadre d'une procédure impliquant des enfants.

1278

En l'espèce, on pourrait estimer que les **conclusions négatives de l'expertise pédopsychiatrique** dans le cadre du placement des enfants X soient un **motif suffisant** pour légitimer le choix du juge en faveur d'une révocation immédiate du placement sans contre-expertise. Il convient toutefois de replacer les choses dans leur contexte : cette expertise, initialement proposée par le SPJ, ne concernait pas directement la question du placement par groupes des enfants qui semblait acquise et d'ores et déjà justifiée pour le SPJ sans devoir attendre le « feu vert » de l'expert, mais visait plutôt à déterminer si ledit placement se justifiait en vertu d'un simple retrait du droit de déterminer le lieu de résidence (retrait du droit de garde au sens de l'art. 310 CC) ou s'il nécessitait plutôt un retrait de l'autorité parentale au sens de l'art. 311 CC¹⁴⁹⁶. En ce sens, le juge de paix n'était pas en présence d'une simple demande du SPJ appuyée *a posteriori* par une expertise pédopsychiatrique, mais de deux évaluations contradictoires, dont la première était formulée par l'autorité « en charge de ce dossier » depuis des années. Certes, le SPJ n'a jamais contesté la révocation et a même renoncé à requérir tout nouveau placement auprès de la Justice de paix. Il n'en demeure pas moins qu'en se ralliant aux conclusions de l'expert sans même les confronter de manière approfondie aux constats et avis des acteurs de terrain, le Justice de paix **a failli à son rôle de garant**, de

1279

¹⁴⁹⁶ « Saisie de cette requête, la Justice de paix a ordonné ce placement hebdomadaire provisoire et mis en place l'expertise pédopsychiatrique que lui proposait aussi le SPJ **certain que cette expertise allait légitimer le placement**, par tranche, de tous les enfants, soit après retrait du droit de garde, soit après retrait de l'autorité parentale ». Rapport Rouiller, p. 160.

même qu'à son **devoir d'investigation** pourtant accrue en ce qui concerne la mise en œuvre de mesures protectrices à l'attention d'enfants mineurs.

1280 Bien qu'il n'en ait pas été question dans cette affaire, les conditions légales relatives à une **mise en cause de la responsabilité de l'Etat en raison de la gestion défailante du SPJ, respectivement de la Justice de paix** pourraient selon nous être envisagées dans les deux cas, tant elles se succèdent l'une à l'autre pour aboutir au résultat exposé précédemment. En l'espèce c'est évidemment la responsabilité pour les manquements de la Justice de paix « qui nous intéresse », dans la mesure où elle découlerait directement d'un défaut d'investigation de la part de ladite autorité, constitutive d'une violation au sens de l'art. 446 CC. Au vu des intérêts en présence, du devoir de garant du juge et de l'obligation accrue qui lui incombe de « rechercher les faits » afin d'établir la vérité matérielle, la qualification d'acte illicite nous semble **soutenable**. Elle reste néanmoins sévère et nous ne pouvons nous empêcher de nous demander si notre regard sur les choix du juge de paix n'est pas naturellement biaisé par la découverte des faits et les infractions finalement retenues devant la justice pénale. Que l'on admette ou pas la condition de l'acte illicite, cette affaire aura au moins le mérite de rappeler, de la plus douloureuse des manières, la raison d'être de ce devoir d'investigation accru du juge dans le cadre d'affaires de droit de la famille impliquant des enfants.

1281 Dans la mesure où l'ensemble des conditions restrictives liées à la mise en cause de la responsabilité de l'Etat ou de ses employés sont admises, le justiciable lésé pourra donc tenter d'engager la responsabilité du canton selon l'art. 454 al. 3 CC, en tout cas pour les manquements d'une justice de paix comme autorité de protection. On peut également se demander s'il en sera de même pour le juge du divorce exerçant les fonctions de cette autorité pendant le procès au sens de l'art. 315a CC : « Le juge chargé de régler les relations des père et mère avec l'enfant selon les dispositions régissant le divorce ou la protection de l'union conjugale prend également les mesures nécessaires à la protection de ce dernier et charge l'autorité de protection de l'enfant de leur exécution. » (al. 1). « Le juge peut aussi modifier, en fonction des circonstances, les mesures de protection de l'enfant qui ont déjà été prises. » (al. 2).

1282 Malgré la nature publique de cette responsabilité (au moins en dehors de l'art. 454 CC, notamment s'il s'agissait d'une faute d'un juge matrimonial), les autorités judiciaires au niveau vaudois seraient les tribunaux civils (art. 14 al. 1 LRECA renvoyant aux « tribunaux ordinaires »), soit *ratione valoris* le juge de paix (<10 000 fr.), le Président (de 10 000 à 30 000 fr.), puis le Tribunal d'arrondissement (de 30 000 à 100 000 fr.) ou la Chambre patrimoniale cantonale (au dessus de 100'000 fr.) avec application du CPC à titre de droit cantonal supplétif (cf. art. 18 LRECA et 103 ss CDPJ).

1283 Pour autant que la valeur litigieuse de CHF 10'000.– soit atteinte, cette action, si elle échoue, pourra faire l'objet d'un appel au sens de l'art. 308 CPC, formé pour violation du droit ou constatation inexacte des faits.

1284 Enfin, dans la mesure où l'appel est également rejeté, se posera la question du recours au TF. A ce titre, les décisions prises dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte

seront probablement soumises au recours en matière civile en vertu de l'art. 72 al. 2 ch. 6 LTF¹⁴⁹⁷.

3. Conclusion intermédiaire

Nous concluons finalement les deux parties précédentes en retenant que **d'autres mesures sont possibles et surtout préférables**, pour assister la partie réputée faible dans le cadre de son procès et ainsi éviter, ultimement, d'aboutir à rechercher la responsabilité de son avocat ou d'un agent de l'Etat. En effet, comme nous l'avons vu, les conditions relatives à la mise en cause de ces deux responsabilités sont rarement réunies, et encore moins faciles à admettre en raison des risques inhérents liés à ce type d'activité, de la marge d'appréciation (et d'erreur) inévitable – notamment en ce qui concerne le juge – et enfin, car seules des négligences et/ou erreurs très graves pourront justifier de recourir à une telle option. Il s'agit donc ici plus de proposer une analyse exhaustive de tous les modes de réparation possibles, que d'envisager la responsabilité de l'avocat et surtout cette de l'agent de l'Etat comme une option « de premier choix ».

1285

Parmi les autres hypothèses à envisager pour garantir et renforcer les droits des parties, sans forcément s'éloigner de la maxime des débats, voire de disposition, l'on peut notamment songer à **octroyer plus généreusement l'aide judiciaire et rendre obligatoire la représentation par un avocat** (sauf exceptions restreintes), voire à **octroyer le droit d'agir comme représentant/partie à des délégués syndicaux, d'associations**, ou autre, à **supprimer certains frais judiciaires**, etc. Ce résultat aurait l'avantage de ne pas risquer d'induire le juge à une forme de partialité. En revanche cela ne raccourcirait pas le procès et serait coûteux pour l'Etat, d'où une tendance à plutôt s'écarter de la procédure ordinaire, indépendamment parfois de toute inégalité entre les parties, pour de petits litiges.

1286

En ce qui concerne les erreurs/négligences de l'avocat préjudiciables à son mandant, nous rappellerons les propos de Bellot, exposées dans le cadre de la procédure cantonale genevoise, qui gardent selon nous une certaine pertinence : « Le tribunal **ne pouvant rendre les parties victimes de la négligence de leurs avoués**, ni se priver des moyens de s'éclairer, était **contraint** d'accorder de nouveaux délais, d'ajourner encore la cause pour parvenir à son instruction ; **l'intérêt des parties lui en faisait un devoir** » (cf. N 368). Une telle option ne va, là encore, pas dans le sens d'une procédure rapide. Néanmoins, nous continuons de nous interroger quant à l'opportunité de rendre plus flexible le devoir de retenue du juge en présence d'un avocat dans certaines circonstances spécifiques.

1287

¹⁴⁹⁷ Cf. CORBOZ, Commentaire LTF, art. 72 al. 2 ch. 6 et 7 N 46 (même si les anciens art. 72 al. 2 ch. 6 et 7 n'englobaient pas ces actions). Cf. également art. 85 al. 1 let. a LTF et commentaire de CORBOZ (*ad* N 13 ss) concernant la responsabilité étatique.

4. Imputation des frais judiciaires (art. 107 al. 2, 108 CPC et 66 LTF)

1288 Une autre solution, certes moins déterminante dans ses effets, est envisageable à l'art. 107 al. 2 CPC qui prévoit que « les frais judiciaires qui ne sont pas imputables aux parties ni aux tiers peuvent être mis à la charge du canton **si l'équité l'exige** ». Selon le Message du Conseil fédéral, cet alinéa instaure donc « une responsabilité des cantons » fondée sur l'appréciation du tribunal, concernant les frais judiciaires qui, au vu des circonstances du cas d'espèce, ne peuvent raisonnablement pas être mis à la charge des parties ou des tiers¹⁴⁹⁸. Cette possibilité est également donnée au TF en vertu de l'art. 66 LTF. Le Message relatif à la LTF confirme la portée dudit article, en précisant que : « Le Tribunal fédéral a la possibilité de répartir différemment les frais judiciaires ou de renoncer à en percevoir de la partie qui succombe **lorsque les circonstances le justifient** »¹⁴⁹⁹. Sur ce point cf. N 1157 ss.

1289 Contrairement à son alinéa premier, l'art. 107 al. 2 CPC ne vise que les frais judiciaires de sorte qu'en matière de dépens, la solution reste conforme à l'adage « la faute du juge est la faute de la partie ». Selon TAPPY, cette solution relative aux dépens s'applique, dans le cas dudit art. 107 al. 2 CPC même lorsqu'un recours est rendu nécessaire par une faute d'un de ses magistrats, contrairement à ce que le TF a parfois admis sur la base de l'art. 68 LTF¹⁵⁰⁰. Seul un cas de responsabilité fondé sur une loi cantonale (ex : LRECA) ou à défaut sur l'art. 61 CO pourrait justifier de mettre les dépens à la charge de l'Etat dont dépend ce magistrat.

1290 Selon la jurisprudence, pour que les frais judiciaires soient mis à la charge de l'Etat en vertu de l'art. 107 al. 2 CPC, il faut non seulement que l'autorité de première instance ait commis une **faute**, mais encore que cette faute soit symptomatique d'une « véritable **panne de justice** »¹⁵⁰¹. Selon l'arrêt 5A_932/2016 du 24 juillet 2017, tel est le cas lorsque les fautes de procédure de l'autorité, pour lesquelles la partie intimée n'est pas responsable, ont conduit à l'admission du recours et que ladite partie intimée n'a pas déposé de conclusions ou à tout le moins, ne s'est pas identifiée à la décision attaquée¹⁵⁰² :

1291 « Durchbrechungen dazu gibt es vor allem insofern, als die rechtsmittelbeklagte Partei von der Kostenpflicht entlastet wird, wenn ein von ihr nicht mitverschuldeter Verfahrensfehler (Justizpanne) zur Gutheissung des Rechtsmittels führt und die rechtsmittelbeklagte Partei die Gutheissung des Rechtsmittels beantragt hat oder keinen Antrag gestellt bzw. sich mit dem angefochtenen Entscheid nicht identifiziert hat ».

1292

¹⁴⁹⁸ Message CPC 2006, p. 6909.

¹⁴⁹⁹ Message LTF 2001, FF 2001 p. 4104. Concernant le droit à l'anonymat de l'avocat en cas de mise à sa charge personnelle des frais au sens de l'art. 66 LTF : Revue de l'avocat 2019, p. 167, HUG D., Un droit à l'anonymat de l'avocat « défaillant » devant le Tribunal fédéral ?

¹⁵⁰⁰ A propos des frais judiciaires, voir : ATF 140 III 385, consid. 4.1, JdT 2015 II 128. Concernant la non prise en charge des dépens : CPF 22 décembre 2017/304, consid. III. Voir aussi : CR CPC-TAPPY, art. 107 N 35. Concernant la prise en charge des dépens sur la base de l'art. 68 LTF : ATF 133 I 234, consid. 3, JdT 2008 IV 19 ; TF, 4A_6/2011, du 22.03.2011, RSPC 2011 277 ; CORBOZ, Commentaire LTF, art. 68 N 23.

¹⁵⁰¹ TF, 4A_362/2013, du 5.03.2014, consid. 15.4 ; TF, 5A_737/2016, du 27.03.2017, consid. 2.3.

¹⁵⁰² TF, 5A_932/2016, du 24.07.2017, consid. 2.2.4.

Conformément à cette jurisprudence, les frais de deuxième instance peuvent donc être mis à la charge de l'Etat en vertu de l'art. 107 al. 2 CPC lorsqu'un recours aura été **nécessaire pour corriger une erreur du premier juge** et que **l'autre partie n'en est pas responsable**. Par analogie, si la violation d'une maxime de procédure devait amener à un réexamen du litige en deuxième instance et/ou devant le TF, il serait également possible de mettre les frais judiciaires relatifs à la prolongation de la procédure à la charge de l'autorité fautive. Cette problématique est, là encore, liée à l'établissement de la responsabilité de l'employé de l'Etat au sens de l'art. 61 CO, quoi qu'il faille encore démontrer la nécessité du recours, consécutive à l'erreur du magistrat.

On peut imaginer une procédure dans laquelle le principe de la maxime des débats serait violé par une intervention d'office du juge, de sorte que le droit d'être entendu de la partie n'aurait pas été respecté. Dans ce cas, et dans l'hypothèse où ce droit d'être entendu n'aurait pas été sauvegardé après coup dans le cadre de la procédure de première instance (pas de deuxième échange d'écriture, art. 225 CPC ; pas de débats d'instruction alors qu'ils seraient justifiés en l'espèce, art. 226 CPC ; nova refusés de manière arbitraire, art. 229 CPC ; refus injustifié d'un motif de révision, art. 328 CPC), la question de la responsabilité du magistrat devrait se poser, de même que les frais judiciaires devraient être mis à la charge de l'Etat, conformément aux art. 61 CO et 107 CPC, en sus d'une éventuelle restitution de ses droits pour la partie lésée lorsque cela s'avèrera possible (exclusion d'un moyen de preuve admis à tort, nouvelle expertise ordonnée, etc.).

1293

Dans le cas où un nova proprement ou improprement dit serait admis au sens de l'art. 229 CPC, sans que l'opportunité soit donnée à la partie adverse de se déterminer sur les faits ou moyens de preuve nouvellement introduits, ou du moins, sans bénéficier d'un délai raisonnable pour s'y préparer, ou encore sans que cette dernière puisse introduire elle-même d'autres allégations ou offres de preuve en rapport avec lesdits nova, alors on peut considérer qu'il y a une violation de la maxime des débats (et plus spécifiquement du « Bestreitungslast »), doublée d'une violation du droit d'être entendu. Dans une telle hypothèse, si la chance n'est pas donnée à la partie lésée de s'exprimer sur ces nouveaux moyens dans le cadre de la procédure en cours, et que cette dernière fait recours de la décision, notamment pour pouvoir intervenir sur ces questions, alors les conditions de l'art. 107 CPC et de la jurisprudence relative à cet article seraient selon nous remplies.

1294

Au surplus, il n'est pas exclu, en vertu de l'art. 108 CPC, de mettre exceptionnellement à la charge du **conseil d'une partie** des frais causés inutilement par ce dernier¹⁵⁰³. Ainsi, il n'est pas arbitraire selon la jurisprudence du TF de mettre les frais à la charge du « prétendu » avocat d'une partie qui avait sciemment déposé un acte sans avoir de procuration¹⁵⁰⁴. Il en est de même pour les frais liés à la répétition d'une audience, en raison de l'absence de

1295

¹⁵⁰³ TF, 4A_612/2014, du 3.03.2015, consid. 1.3.

¹⁵⁰⁴ TF, 5D_124/2016, du 26.09.2016, consid. 3.2.

comparution de l'avocat¹⁵⁰⁵. Enfin, la négligence fautive d'un avocat dans le cadre d'un recours grossièrement dépourvue de chance de succès introduite devant le TF réunit à la fois les conditions pour l'attribution exceptionnelle des frais judiciaires à sa charge, de même selon nous, que la mise en cause de sa responsabilité en sa qualité de mandataire¹⁵⁰⁶ :

1296 « Les frais sont en principe à la charge de la partie qui succombe (art. 278 al. 1 PPF). L'art. 156 al. 6 OJ – applicable au pourvoi par le renvoi des art. 278 al. 1 et 245 PPF – prévoit que les frais inutiles sont supportés par celui qui les a occasionnés. Sur cette base, le Tribunal fédéral peut exceptionnellement décider de mettre les frais non pas à la charge de la partie qui succombe mais à celle de son avocat personnellement. Il a jugé que **cela se justifiait lorsque l'irrecevabilité du recours interjeté pouvait d'emblée être constatée en y prêtant un minimum d'attention** [...].

L'avocat de la recourante a fondé la qualité pour se pourvoir en nullité de sa cliente sur l'ancien art. 270 PPF, **soit une norme révisée il y a plus de deux ans**. L'indication des voies de recours contenue dans l'arrêt attaqué était formulée en termes généraux et n'a pu être la source d'aucune confusion [...]. Dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2001, l'art. 270 PPF prive le lésé non victime LAVI de la qualité de se pourvoir en nullité. Cette modification a fait l'objet de plusieurs arrêts publiés [...]; elle a aussi été commentée en doctrine, notamment dans une publication de la Fédération suisse des avocats [...]. **On doit attendre d'un avocat qui procède devant le Tribunal fédéral qu'il maîtrise cette évolution législative. Cela s'impose d'autant plus dans le cas concret. En effet, l'ordonnance présidentielle adressée à l'avocat de la recourante pour le versement de sûretés en garantie des frais (cf. art. 150 OJ) mentionnait expressément "votre pourvoi paraît voué à l'échec [...]"**. Ce nonobstant, l'avocat n'a pas retiré le pourvoi et les sûretés requises ont été versées. **Dans ces conditions, il doit assumer seul les frais de la procédure devant le Tribunal fédéral, qu'il a inutilement provoqués** ».

C. Mécanismes procéduraux d'anticipation du dommage consécutif à la violation des maximes de procédure

1. Limitation de la procédure à une question déterminée : celle des maximes de procédure applicables (art. 125 let. a CPC)

1297

¹⁵⁰⁵ CREC 13 mars 2013/79.

¹⁵⁰⁶ ATF 129 IV 206, consid. 2. Voir aussi : TF, 5A_870/2017, du 2.11.2017, consid. 7 :

« L'avocate a recopié sans discernement des dispositions légales et de la jurisprudence, s'est trompée tout au long de son mémoire dans la désignation de l'autorité précédente, et semble complètement ignorer la procédure applicable devant le Tribunal fédéral régie par la LTF, puisqu'elle a soutenu que le recours portait sur une cause patrimoniale, partiellement critiqué la procédure de première instance plutôt que la motivation de l'arrêt attaqué, produit une pièce postérieure à l'arrêt entrepris, méconnu le caractère partiellement incident de la décision déferée, partant, les conditions de recevabilité de son recours sur ce point et négligé la cognition du Tribunal fédéral limitée par l'art. 98 LTF, ne soulevant ainsi pas un seul grief de manière conforme à l'exigence minimale de motivation. Un tel mémoire, rédigé par une avocate inscrite au barreau, s'apparente à une demande grossièrement dépourvue de chance de succès [...], à laquelle la mandataire devait renoncer ». Voir aussi, concernant le droit à l'anonymat de l'avocat en cas de mise à sa charge personnelle des frais au sens de l'art. 66 LTF : Revue de l'avocat 2019, p. 167, HUG D., Un droit à l'anonymat de l'avocat « défaillant » devant le Tribunal fédéral ?

L'objet de l'art. 125 CPC est de permettre au tribunal d'organiser le procès différemment, **en statuant sur certaines questions ou conclusions en amont du reste de la procédure, ou encore en joignant ou en divisant certaines causes**, et ainsi **mieux structurer la gestion des problématiques intrinsèques au litige**. Nous y reviendrons plus en détail ultérieurement, mais cette simplification du procès n'aboutit toutefois pas à des décisions portant sur l'existence de l'instance au sens des art. 59 s. CPC. Pour cette raison, elles sont susceptibles d'être déléguées à l'un des membres du tribunal, conformément à ce que prévoit l'art. 124 al. 2 CPC. En fonction de la décision rendue par le juge concernant la simplification du procès, celle-ci pourra uniquement faire l'objet d'un **recours au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC**. Enfin, selon un arrêt de 2013 du Tribunal cantonal bernois, cette disposition ne peut s'appliquer en deuxième instance, que pour autant qu'elle serve un « **objectif procédural significatif** »¹⁵⁰⁷. Ainsi, bien que le Message du Conseil fédéral ne dise rien à ce sujet et en l'absence de jurisprudence fédérale, peut-être pourrait-on envisager la possibilité de limiter la procédure au sens de l'art. 125 CPC à la question des maximes procédurales applicables, pour autant qu'elle soit **décisive**.

Bien qu'elle ne soit pas exhaustive, la liste de l'art. 125 CPC propose cinq options dans lesquelles le juge peut prendre d'office ou sur requête les décisions destinées à simplifier le procès :

1298

- **Let. a** : elle permet de « limiter la procédure à des questions ou à des conclusions déterminées ». Cette limitation est facultative. SCHEUWLY souligne, dans ce cadre, l'importance de ne pas confondre la limitation de l'instruction et des débats avec la faculté de rendre une décision incidente remplissant les conditions de l'art. 237 CPC. Dans cette dernière hypothèse le recours immédiat est alors obligatoire et la décision ne peut plus être attaquée ultérieurement dans le recours contre la décision finale¹⁵⁰⁸. Il peut par exemple s'agir d'une **question relative à la prescription ou à la légitimation** qui, si elle est exclue, rendra *de facto* les questions juridiques subséquentes obsolètes. La seconde limitation permet elle aussi de limiter la procédure à des **questions ou à des conclusions déterminées**. Pour autant, celles-ci n'auront **pas d'incidence sur l'existence de l'instance** (décision ni finale, ni incidente). Elles permettront par exemple de qualifier un contrat au cœur du litige. La décision découlant de cette question ne sera ni finale ni incidente. Elle facilitera simplement la résolution du litige ;
- **Let. b et c** : qu'il s'agisse de **jonction** ou de **division des causes**, le critère pertinent sera celui de l'opportunité (« le tribunal peut »). Ainsi, le juge ordonnera ou non une telle mesure pour autant qu'elle soit opportune et qu'elle simplifie le procès. Il

¹⁵⁰⁷ « Verfahrensbeschränkung im Rechtsmittelverfahren : Die Möglichkeit einer Verfahrensbeschränkung vor Rechtsmittelinstanz ist in der Zivilprozessordnung nicht explizit vorgesehen. Eine solche ist nach Auffassung der Kammer **zulässig, wenn sie einem sinnvollen prozessualen Zweck dient** ». Arrêt ZK 13 55, du 23.10.2013. (Mise en gras ajoutée).

¹⁵⁰⁸ PC CPC-SCHNEUWLY, art. 125 N 3 et 4.

n'en est toutefois pas de même lorsque des critères précis se dégagent (cf. art. 70 CPC) ;

- **Let. d :** le **renvoi de la demande reconventionnelle à une procédure séparée** permet au juge de trancher dans une procédure distincte les conclusions reconventionnelles, de façon à ce qu'elles soient jugées indépendamment de la prétention principale. Cette hypothèse ne vaut naturellement que pour autant que les conditions posées pour une demande reconventionnelle soient remplies (for, identité des procédures et valeur litigieuse selon les art. 14 et 224 CPC)¹⁵⁰⁹.

¹²⁹⁹ D'après ce bref exposé, et plus particulièrement en ce qui concerne la let. a, il nous semblerait possible de faire usage de l'art. 125 CPC comme **moyen de poser une question anticipée au tribunal relative aux maximes de procédure applicables**. A ce titre, HALDY nous rappelle que l'énumération de ladite disposition « n'est pas exhaustive, le tribunal ayant toute latitude [...] pour prendre d'office ou sur requête les décisions destinées à simplifier le procès »¹⁵¹⁰, sauf à imaginer un abus de son pouvoir d'appréciation. Or l'opportunité d'une telle **question préalable de procédure**, qui respecterait selon nous la lettre de la loi, aurait le double avantage :

- **D'éviter** ou du moins de **prévenir les conséquences liées à leur mauvaise application**. On peut en effet partir du principe que, lorsque l'application des maximes de procédure est suffisamment incertaine pour justifier une question préalable auprès du tribunal, ce dernier motivera dans sa décision les raisons justifiant l'application de telle ou telle maxime, ainsi que les conséquences que leur application engendre ;
- **D'ouvrir une voie de recours** contre la décision, et plus précisément contre l'application que l'on estime éventuellement erronée des maximes de procédure concernées. Cela permettra soit de contester le régime qui a été déterminé, soit, à défaut d'aboutir dans le sens espéré par le recourant, d'obtenir une clarification sur les motifs qui ont menés à cette décision sur recours. En ce sens elle sera un **avertissement** pour ce dernier **quant au régime plus ou moins protecteur auquel il sera soumis durant la suite de la procédure**.

¹³⁰⁰ Au vu de ces différents arguments, nous estimons qu'une question préalable de procédure en lien avec l'application des maximes procédurales serait possible, et peut-être dans certains cas, bénéfique. En ce sens, et conformément à la let. a de l'art. 125 CPC, il pourrait être exigé du juge qu'il protocalle la procédure applicable ainsi que les maximes applicables, lorsque la question semble faire débat auprès des parties et mérite une clarification. Par exemple, bien que cette question ne fasse désormais plus débat, une **question préalable de procédure en**

¹⁵⁰⁹ Dans le cas contraire, les conclusions reconventionnelles non conformes à ces règles doivent étre déclarées irrecevables et non renvoyées à une procédure séparée.

¹⁵¹⁰ CR CPC-HALDY, art. 125 N 4.

lien avec les maximes aurait pu être celle (désormais résolue) des maximes applicables dans le cadre d'une procédure en fixation des contributions d'entretien, lorsque l'enfant passe l'âge de la majorité au cours du procès en divorce¹⁵¹¹. Une telle décision remplirait l'objectif de simplification de la procédure, dès lors qu'elle éviterait d'éventuelles lacunes, interpellations (évitables) des parties, extension de délai, etc. aboutissant du même coup à une **économie de procédure**. Il s'agirait également d'une « assurance » pour le juge dans la mesure où, selon le principe de la bonne foi, les parties concernées par cette décision seraient dans une certaine mesure « déçues » du droit de se plaindre du fait que le juge ait appliqué une certaine maxime s'ils n'ont pas contesté quand ils le pouvaient ladite décision¹⁵¹². De même, on peut supposer que le principe de bonne foi s'appliquera en principe aussi dans le cas où la maxime de procédure applicable découle implicitement de la décision du juge rendue quant à la procédure applicable (cf. art. 247 al. 2 CPC). La limite a une telle solution est bien entendu celle d'être en mesure d'anticiper les probables difficultés ou questions liées à l'application de telle ou telle maxime dans le cadre de la procédure à venir. Ainsi, si les parties ou leur conseil ne soupçonnent pas la complexité de la procédure entamée en ce qui concerne la charge d'allégation, de substantification et la part plus ou moins importante jouée par le juge dans ce cadre, alors il va de soi que l'existence même d'une telle option ne changera rien au problème. Impossible en effet d'anticiper un problème que l'on n'imagine pas exister.

Enfin, dès lors que la question relative à l'application des maximes de procédure ne peut pas donner lieu à une décision susceptible de mettre fin au procès, nous n'explorerons pas l'hypothèse de l'art. 125 let. a en lien avec l'art. 237 CPC.

On peut également se demander – en cas de dissociation des conclusions principales et reconventionnelles selon l'art. 125 let. b CPC – s'il serait possible d'imaginer que les maximes applicables deviennent différentes dans les deux parties du procès ? Nous pensons surtout à des conclusions reconventionnelles inférieures à CHF 30'000.– dans un litige de droit du travail plus important au principal. La question pourrait également se poser, à l'inverse, en cas de conclusions reconventionnelles en négation pour le tout opposées, comme le permet la jurisprudence malgré l'art. 224 al. 1 CPC à une action partielle limitée à 30'000 fr.

2. Modification de la valeur litigieuse en cas de conclusions reconventionnelles en négation de droit dans le cadre d'une action partielle (art. 86 et 224 CPC)

En vertu de l'art. 224 al. 1 CPC, la demande reconventionnelle (soit « [l']action introduite par le défendeur contre le demandeur dans le procès pendant ») n'est admissible que si la

¹⁵¹¹ JdT 2019 II p. 37, P. MEIER, Entretien de l'enfant majeur – un état des lieux (2/2) et références citées à la note 147. Voir aussi : BOHNET, in : Bohnet/Dupont, Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant : procédure et mise en œuvre, p. 29 ss. Voir aussi : ATF 139 III 328.

¹⁵¹² TF, 5A_347/2018, du 26.10.2018, consid. 3.1 à 3.3. Voir aussi, concernant la notion de formalisme excessif ainsi que l'examen d'office des conditions de recevabilité : TF, 4A_429/2018, du 14.09.2018, RSPC 2019, p. 59, note de BOHNET.

procédure de la demande principale lui est applicable. Si la demande principale est soumise à la procédure simplifiée, une demande reconventionnelle soumise à la procédure ordinaire ne pourra **en principe** pas être introduite. L'objectif de cette règle est **d'éviter les difficultés liées à l'application simultanée de deux procédures distinctes** au sein d'un même procès, **soit à l'attraction qui pourrait faire perdre à un plaideur le bénéfice d'une procédure simple et rapide**, respectivement d'une procédure destinée à sauvegarder les intérêts d'une partie réputée faible¹⁵¹³.

1304 Dans l'intervalle, la jurisprudence a toutefois admis certaines exceptions à cette règle :

- ATF 143 III 506 : comme le résume FRANCEY « lors d'une procédure simplifiée, l'art. 224 al. 1 CPC n'autorise pas le dépôt d'une action reconventionnelle soumise à la procédure ordinaire. **Ces principes ne s'appliquent toutefois pas pour une action partielle proprement dite et une demande reconventionnelle visant à faire constater l'inexistence de l'entier de la dette dont la valeur litigieuse dépasserait 30'000 fr. Dans ce cas, les deux prétentions s'examinent en procédure ordinaire** »¹⁵¹⁴. Cette jurisprudence ne clarifie toutefois pas la question de savoir si cette possibilité est aussi ouverte lors d'une action partielle improprement dite ;
- ATF 145 III 299 : Le TF ne résout pas la question de la distinction entre action partielle proprement dite et improprement dite, mais (comme le résume là encore FRANCEY) « retient que cette différence n'a pas d'influence sur la recevabilité de l'action reconventionnelle. En effet, **la condition de la même procédure posée à l'art. 224 al. 1 CPC ne s'applique pas lorsque l'action partielle engendre une incertitude qu'il se justifie de lever au moyen d'une action en constatation de l'inexistence de la dette au sens de l'art. 88 CPC, peu importe le type d'action partielle en cause.** »¹⁵¹⁵ ;
- ATF 147 III 172 : vient confirmer le fait que le défendeur peut agir en constatation négative de droit sans égard à l'exigence de la même procédure prévue à l'art. 224 al. 1 CPC, qu'une action partielle soit proprement ou improprement dite¹⁵¹⁶ ;
- TF 4A_395/2021 du 7.10.2021 : La jurisprudence n'exige pas une « atteinte à la liberté de mouvement économique » en matière d'intérêt à l'action reconventionnelle en constatation négative en cas d'action partielle.

1305 Dans son avant-projet, le Conseil fédéral avait proposé que « les demandes reconventionnelles, comme le cumul d'actions, soient également admises lorsqu'elles ne sont pas

¹⁵¹³ HOHL, tome I, N 656 ; COLOMBINI, art. 224, p. 734, 1.3.1. et références citées ; LEUENBERGER, in : Sutter-Somm et al., ZPO Komm., art. 224, n° 1 s. ; I. MEIER, p. 225 s.

¹⁵¹⁴ FRANCEY J., La même procédure exigée lors d'une action reconventionnelle (art. 224 al. 1 CPC), in: <https://www.lawinside.ch/499/>. Cf. également : CURCHOD N./GONCZY G., L'action partielle, PJA 8/2019, p. 803 ss.

¹⁵¹⁵ FRANCEY J., L'action partielle improprement dite et l'action reconventionnelle, in: <https://www.lawinside.ch/783/>.

¹⁵¹⁶ RSPC 2021 2545 et note de BOHNET; Ius.focus 2021 40 et note de SPINNER.

soumises à la même procédure que la demande principale, à la condition que ces prétentions aient un lien de connexité (voir l'art. 224, al. 1^{bis} et 2, AP-CPC) ». Cette proposition a été critiquée, d'aucuns rejetant notamment la condition de la connexité, l'admissibilité générale des demandes reconventionnelles qui ne sont pas régies par la même procédure, ou encore la proposition d'appliquer certains principes de la procédure simplifiée dans la procédure ordinaire. Le Conseil fédéral a dès lors renoncé à ces dispositions et propose, à ce jour, de simplement compléter l'art. 224 CPC en ajoutant un nouvel al. 1^{bis} reformulé comme suit :

Ibis La demande reconventionnelle est également admise et jugée avec la demande principale dans la procédure ordinaire dans les cas suivants:

a. la prétention invoquée reconventionnellement relève de la procédure simplifiée du seul fait de la valeur litigieuse alors que la demande principale est jugée dans la procédure ordinaire;

b. la demande reconventionnelle conclut à la constatation de l'inexistence d'un droit ou d'une relation juridique, alors que la demande principale ne porte que sur une partie de la prétention découlant de ce droit ou de cette relation juridique et relève ainsi de la procédure simplifiée du seul fait de la valeur litigieuse.

Le Message du Conseil fédéral de 2020 précise encore, à propos de la let. a, que « [C]ette solution est justifiée étant donné que le défendeur a le choix entre introduire une action séparée relevant de la procédure simplifiée et déposer une demande reconventionnelle soumise à la procédure ordinaire; il **ne doit de ce fait pas non plus faire l'objet d'une protection spécifique**. Le plus souvent, le défendeur aura intérêt, ne serait-ce que pour des **raisons de rapidité et d'efficacité**, à faire une demande reconventionnelle. La possibilité d'y recourir même si des procédures différentes sont applicables **répond à un besoin pratique** et est, de l'avis de certains auteurs de doctrine, déjà admissible selon le droit en vigueur »¹⁵¹⁷. Le Conseil fédéral ajoute en outre, concernant la let. b que « ce ne sont d'ailleurs pas que des **considérations d'économie de procédure**, mais aussi et surtout la **protection des intérêts légitimes des parties** et le **principe de l'égalité de traitement** qui justifient que l'action en constatation de droit négative soit également admise dans ce cas »¹⁵¹⁸.

Il s'agit-là d'une question complexe et non définitivement fixée (puisqu'un changement est en discussion devant les Chambres fédérales), mais qui, dans l'état actuel de la jurisprudence, pourrait modifier les maximes de procédure applicables : ainsi c'est tout le procès qui passe, en cas de conclusions reconventionnelles négatives pour le tout, en procédure ordinaire, ce qui pourrait faire tomber l'application de la maxime inquisitoire résultant initialement de l'art. 247 al. 1 CPC, et non simplement d'une application différenciée de la maxime inquisitoire, respectivement de la maxime des débats aux faits et preuves concernant la demande principale d'une part, et la demande reconventionnelle d'autre part (comme cela existe par exemple en matière d'effets du divorce selon l'art. 277 al. 1 et 3 CPC). Il faut dire que

¹⁵¹⁷ Message CPC 2020, p. 2667.

¹⁵¹⁸ Message CPC 2020, p. 2668.

l'inverse aurait sûrement été difficilement praticable, s'agissant de prétentions « croisées », mais portant en fait sur une partie et son complément, d'une seule prétention

1308 Faisant le parallèle avec les conclusions formulées dans la partie précédente, il semble qu'une telle hypothèse puisse, en l'état, être une source de confusion pour les parties s'agissant des procédures, respectivement des maximes applicables, notamment si le demandeur a choisi d'ouvrir une action partielle justement pour profiter des avantages liés à la procédure simplifiée (simplicité, maxime inquisitoire simple, etc.). Raison pour laquelle nous réitérons les propositions formulées *supra*.

Conclusion

Sur la genèse des maximes de procédure : quel bilan après des siècles d'expérimentation ?

Les maximes de procédure correspondent à un mode de fonctionnement du procès que l'on souhaite plus ou moins social, plus ou moins « intrusif » pour les parties ou exigeant pour le juge, que ce soit de manière supplétive ou d'office. Elles trouvent leur sens dans **la recherche** – comme but principal ou secondaire – **de l'établissement de la vérité (formelle ou matérielle), respectivement de la conviction du juge**. Cela étant, elles cristallisent une volonté, une vision relative à la **place de l'individu et à l'étendue de l'autonomie qu'il convient de lui accorder ou, à l'inverse, de l'assistance qui doit lui être offerte, d'office ou sous certaines conditions**. Il en résulte des modèles tantôt libéraux, tantôt plus sociaux et axés sur l'idée d'un Etat-providence. Chaque modèle a sa raison d'être, ses motivations, **ses intérêts et inconvénients**. D'un côté le risque d'abus de la part du juge, la perte d'autonomie, voire de contrôle des parties sur l'objet du litige, de même que sur sa résolution. De l'autre, le risque d'abus de la part de la partie réputée forte (notamment via des manœuvres dilatoires), respectivement de désavantage de la partie faible, de ralentissement de la procédure, de même que la question plus globale de la place du juge dans le procès (confiné au rôle de « simple spectateur »).

1309

A l'image de l'Allemagne qui fit en son temps le choix d'un modèle entièrement bâti autour du principe de la maxime des débats et s'opposant fermement au modèle social autrichien fondé sur la maxime inquisitoire, **l'histoire à notre sens a montré qu'un modèle très (trop) tranché n'a jamais entièrement convaincu en tant que tel, qu'il dut être adapté, nuancé**, pour finalement se rapprocher presque naturellement du modèle autrichien et ainsi embrasser ses propres contradictions. La preuve en est que les maximes procédurales de GÖNNER, qui ont pourtant fait l'objet de vifs et longs débats, n'ont jamais été expressément consacrées dans la procédure civile allemande. Elles furent ainsi longtemps condamnées à ne rester que de simples « élucubrations doctrinales ».

1310

Après avoir aussi bien tiré profit de l'expérience des pays limitrophes que des codifications cantonales, les maximes procédurales sont désormais consacrées dans la loi en tant que principes de procédure, et revêtent – comme pour tout principe juridique suisse – leur lot d'atténuations et d'exceptions. De définitions doctrinales diverses et fluctuantes, les maximes de procédure sont donc finalement entrées dans la législation. Force est toutefois de constater

1311

que leur consécration législative, de même que celle de leurs nombreuses atténuations ne pallient pas de manière totalement satisfaisante toutes **les insuffisances et incertitudes liées à leur mise en œuvre.**

1312 L'aperçu historique du droit romano-canonique, puis pandectiste aura donc eu le mérite de **mettre en lumière les réflexions sous-jacentes à la genèse des maximes de procédure** et de **questionner leur logique et leur contenu respectif**, qui n'eut de cesse d'être précisés au fil du temps. Ce n'est toutefois que grâce et à partir de leur entrée dans les codes de procédure civile cantonaux, dans certaines dispositions procédurales spéciales du droit privé fédéral, puis désormais dans le code de procédure civile fédéral, que se pose concrètement la question de leur portée et de leur éventuelle sanction en cas de violation.

Sur leur nature : portée, limites et solution proposée

1313 Les maximes de procédure, en tant qu'outils de classification et principes d'organisation du procès civil, doivent permettre de donner **une ligne directrice au procès en fonction de ses protagonistes et du type de litige de droit privé.** De même, elles doivent permettre **de simplifier la conduite et la direction du procès, en fonction des cas d'espèce** qui se présentent devant le juge concerné. Elles permettent en théorie de mettre une étiquette sur chaque litige et d'en fournir un « mode d'emploi ». A l'image du langage de programmation, les maximes de procédure seraient une sorte d'algorithme, soit un ensemble de règles opératoires dont l'application permettrait de résoudre un problème énoncé au moyen d'un nombre infini d'opérations. En ce sens le Code de procédure civile serait la « notice » de ce programme exécutable par un juge, un avocat, ou n'importe quelle personne **familière de ce langage.** Ainsi en rentrant les paramètres et variables requis pour la résolution du problème énoncé, le code nous fournirait les règles opératoires nécessaires à la compréhension et la gestion du litige devant le tribunal. Par exemple :

1314 Divorce + sorts des enfants mineurs =

- maxime des débats et maxime de disposition concernant le régime matrimonial et contributions d'entretien du futur ex-époux +
- maxime inquisitoire sociale et maxime de disposition pour le reste de la procédure +
- maxime inquisitoire illimitée et maxime d'office concernant les enfants mineurs.

1315 Or, si les maximes de procédure sont comparables à un algorithme en ce qui concerne les variables qu'elles doivent prendre en considération, elles s'en éloignent dès lors qu'elles ne peuvent être résolues par une simple formule, tant les paramètres qu'elles ont à prendre en considération, respectivement à gérer, sont fluides, parfois inédits et dans tous les cas propres à chaque litige (concernant la proposition susmentionnée, la question de l'enfant devenu majeur en cours de procédure s'est par exemple posée en pratique). Ainsi, ce modèle de

résolution est à la fois séduisant et jusqu'à un certain point satisfaisant, tout en restant par essence réducteur et pas toujours adapté et/ou adaptable à certaines circonstances complexes à gérer en pratique.

Si la genèse des maximes de procédure nous apprend (entre autres) que **la logique du « tout ou rien » n'est pas viable** et doit forcément être nuancée, leur consécration pratique nous enseigne au surplus que les **exceptions législatives et prétoriennes suffisent rarement à résoudre l'immense diversité de litiges privés** qui sont présentés devant le juge. Au vu du caractère par essence imparfait de la systématisation des maximes dans le procès civil, le meilleur remède consisterait selon nous **à accorder une place accrue au devoir d'interpellation du juge, afin de faire le lien de manière plus effective entre principes de l'accusatoire et de l'inquisitoire.**

Pour reprendre le raisonnement de FELLMANN¹⁵¹⁹ : l'exécution des créances juridiques en procédure civile est l'une des alternatives que l'État met à la disposition du citoyen pour pouvoir faire respecter ses droits et préserver la paix juridique. Aider les parties à faire valoir leurs droits est donc une tâche de l'État, dont s'acquitte le tribunal. La façon dont il le fait **instaure, maintient, altère ou détruit** la confiance du citoyen dans le système judiciaire et l'État de droit. Il s'agit donc ni plus ni moins d'un **devoir de l'État que le juge doit accomplir**. Il ne peut se dispenser de cette tâche sous le « prétexte paresseux » que les parties ne lui ont pas apporté tout ce dont il a besoin pour son jugement et ainsi leur dénier le droit l'exécution de leurs prétentions. Il **doit prendre les devants et agir** de manière proactive s'il s'avère que les parties ou leurs avocats ont échoué dans cette tâche. Le juge doit poser des questions et chercher le dialogue avec les parties s'il observe des lacunes dans les faits litigieux qui contrarient l'application voulue de la loi. Il se doit d'autant plus d'agir ainsi que, dans de nombreux cas, ce n'est qu'au cours de ces échanges que l'on comprend comment les choses se sont réellement passées et ce qui doit être corrigé.

On peut de notre point de vue supposer que les parties, notamment de bonne foi, préfèrent présenter leur affaire au juge en personne et ne trouvent pas de réelle plus-value ou satisfaction à la passivité judiciaire¹⁵²⁰. Pour reprendre les mots d'OBERHAMMER auxquels nous

¹⁵¹⁹ FELLMANN, p. 293. Extrait reproduit ci-dessous : «Die Parteien zu ihrem Recht zu verhelfen, ist also eine staatliche Aufgabe, die im Einzelfall das Gericht wahrnimmt. Und die Art wie es dies tut, begründet, erhält oder zerstört in vielen Fällen das Vertrauen des Bürgers in die Justiz und in den Rechtsstaat. Es ist also nichts weniger als eine staatstragende Aufgabe, die der Richter zu erfüllen hat. Dieser Aufgabe darf er sich nicht mit der faulen Ausrede entledigen, die Parteien hätten ihm nicht alles vor den Richterstuhl getragen, was er für sein Urteil brauche, und die Durchsetzung ihrer Rechtsansprüche für immer und ewig (weil nun *res iudicata*) verdammen. Er hat vom Richterstuhl aufzustehen und selbst nach dem Rechten zu sehen, wenn die Parteien oder ihre Anwälte - was vorkommen soll - versagen. Der Richter muss nachfragen, mit den Parteien (und ihren Anwälten) das Gespräch suchen, wenn er bei der Rechtsfindung auf Lücken im Sachverhalt stösst, welche die ins Auge gefasste Rechtsanwendung durchkreuzen. Er soll dies umso mehr tun, als sich in vielen Fällen erst im Gespräch herausstellt, wie es wirklich war, vor allem aber, wie es sein müsste».

¹⁵²⁰ A ce sujet, cf. TROLLER A., Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus, Bâle, 1945, p. 74: «im allgemeinen nicht ein Zurücktreten der richterlichen Aktivität". Vielmehr drängten sie "oft eine freie Aussprache mit dem Richter und lassen sich nur schwer davon überzeugen, dass er sich mit dem in den Rechtsschriften dargebotenen Prozessstoff begnügen müsse. Insbesondere Parteien mit gutem Gewissen möchten dem Richter noch persönlich ihren Fall darlegen oder wenigstens bei einer Erörterung der Streitsache zwischen ihrem Anwälte und dem Richter zugegen sein,

adhérons pleinement : l'interpellation du juge est l'une des **réalisations essentielles du développement du droit procédural**. Elle se base sur l'idée qu'un **juge actif est un complément essentiel aux parties**, qui restent principalement responsables au sens de l'art. 55 et 58 CPC. Ce devoir d'interpellation ne relève pas d'une idéologie de « l'Etat fort », mais de la **mise en œuvre de l'intuition selon laquelle le juge qui pose des questions a plus de chances de parvenir à une compréhension des faits de la cause qu'un « juge-arbitre »** qui se contente d'observer silencieusement les parties. Il convient néanmoins de garder à l'esprit que la conduite des procédures par le tribunal dépend de **juges bien préparés, juridiquement bien qualifiés et raisonnablement sûrs d'eux**¹⁵²¹.

1319 Nous sommes donc de l'avis que – à défaut de mieux – le devoir d'interpellation du juge constitue le meilleur correctif aux incohérences et imprécisions qui demeurent concernant l'application des maximes de procédure dans le cadre du procès civil. **Le tribunal doit donc faire plus largement usage de l'espace offert par l'art. 56 CPC**, permettant ainsi aux parties (et éventuellement à leur conseil) de ne passer à côté de rien de substantiel dans le cadre de la résolution de leur litige privé. Or cette **question est d'autant plus primordiale quand on sait à quel point il est difficile pour une partie d'obtenir une quelconque réparation ou restitution** lorsque cette opportunité de « se rattraper » ne lui a pas été offerte.

1320 A titre complémentaire, et comme nous l'avons évoqué à titre de conclusion intermédiaire (cf. N 1285 ss), d'autres options sont également envisageables pour garantir et renforcer les droits des parties, sans forcément s'éloigner de la maxime des débats, voire de disposition. Il peut s'agir d'**octroyer plus généreusement l'aide judiciaire** et **rendre obligatoire la représentation par un avocat** (sauf exceptions restreintes), voire d'**octroyer le droit d'agir comme représentant/partie à des délégués syndicaux, d'association**, ou autre, **supprimer certains frais judiciaires**, etc. Ce résultat aurait l'avantage de ne pas risquer d'induire le juge à une forme de partialité. En revanche cela ne raccourcirait pas le procès et serait plus coûteux pour l'Etat, d'où une tendance à plutôt s'écarter de la procédure ordinaire, indépendamment parfois de toute inégalité entre les parties, pour de petits litiges.

Sur leur sanction : envisager la restitution plutôt que la réparation *stricto sensu* ?

1321 «Die beste Rechtsvorschrift ist wertlos, wenn nicht dafür gesorgt ist, dass sie praktisch durchgeführt und ihre Verletzung geheilt werden kann»¹⁵²².

1322 Cette citation – faisant office de préambule à la dernière partie de notre conclusion – souligne l'importance, pour ne pas dire la nécessité de conséquences pratiques, consécutives à la

sie möchten die ihnen unheimliche, allen andern Lebensgewohnheiten widersprechende, richterliche Passivität beseitigen.»

¹⁵²¹ KUKO-ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 56 N 1 s.

¹⁵²² GAFNER, Vorwort p. 1.

violation d'une norme juridique. Fort de ce constat et au vu des différentes options envisagées dans le cadre de ce travail, notre proposition serait d'admettre – en cas de violation de l'une des maximes de procédure – **la restitution au sens des art. 148 et 147 al. 1 CPC**, à raison du caractère incomplet des allégués sans faute grave de leur auteur. En effet, la restitution suppose l'existence d'un défaut¹⁵²³, ainsi que la vraisemblance d'une absence de faute ou d'une faute seulement légère. Bien que l'art. 148 CPC soit spécifiquement prévu dans le cas d'une audience manquée ou de l'inobservation d'un délai, l'art. 147 al. 1 CPC dispose de manière plus générale « [qu']une partie est défaillante **lorsqu'elle omet d'accomplir un acte de procédure dans le délai prescrit** ou ne se présente par lorsqu'elle est citée à comparaître ». Prenant en considération cette définition du défaut comme pouvant être une **omission d'accomplir un acte procédural**, nous avons exploré la possibilité de son application par analogie au cas de violation d'une maxime de procédure. Cela reviendrait d'une certaine manière à ressusciter la réforme telle qu'elle était permise jusqu'en 2010 en procédure civile vaudoise ou neuchâteloise, institution qui tirait d'ailleurs ses origines de la *restitutio* romaine. Néanmoins, il ne s'agit-là que d'un raisonnement *de lege ferenda*, dans la mesure où l'état de procédure civile actuelle n'admet pas un tel résultat et ne tend *a priori* pas à l'admettre dans le futur.

Vu sous deux angles différents, il pourrait s'agir soit d'un défaut consécutif à la violation de la maxime des débats **par la partie plaignante seule ou via une faute légère de son mandataire**, soit d'un défaut à la suite d'une violation du devoir d'interpellation ou de la maxime inquisitoire **par le juge**. A noter encore que la notion de « faute légère » ne sera vraisemblablement pas appréciée de la même manière selon qu'il s'agit d'une faute du plaideur seul ou de celle de son mandataire, les attentes quant à leurs connaissances juridiques étant différentes. On devrait donc admettre plus facilement une **faute seulement légère de la part du plaideur non assisté**.

L'hypothèse d'une application extensive de la restitution en cas de violation d'une maxime de procédure *de lege ferenda* (consécutive à une omission d'accomplir un acte de procédure) et notamment d'une violation de la maxime inquisitoire par le juge s'avèrerait satisfaisante sous de nombreux aspects puisqu'elle permettrait :

- **d'intervenir rapidement** à la suite d'une lacune relative à l'établissement des faits et des moyens de preuve y-relatifs (économie de procédure) ;
- **de corriger les lacunes inhérentes au procès sans pénaliser la partie défaillante** qui, faute de mieux, aurait dû procéder sans cette opportunité d'alléguer certains faits et moyens de preuve potentiellement décisifs durant le procès ;
- **de corriger l'inaction fautive du juge**, sans aller jusqu'à envisager la mise en cause de sa responsabilité qui, en soi, n'a que très peu de chances d'aboutir ;

¹⁵²³ Soit l'inobservation d'un délai, hypothèse bien moins probable, respectivement pertinente dans le cadre de notre analyse.

- elle laisserait enfin une **grande marge de manœuvre au tribunal** (libre appréciation), lui permettant d'intégrer de nombreux facteurs dans sa pesée d'intérêts et ainsi d'évaluer au cas par cas la pertinence d'une restitution au regard de tous les points susmentionnés.

1325 Subsidiairement et en admettant que le représentant de la partie ait commis une faute dépassant la faute légère, la question de la **mise en cause de sa responsabilité** (par exemple consécutive à un défaut de substantification) pourra se poser. Il s'agit bien entendu d'une hypothèse **peu probable en raison des risques inhérents à l'activité d'avocat**, mais qui méritait néanmoins d'être abordée ici. Après analyse des conditions restrictives auxquelles la responsabilité du mandataire pourrait être engagée selon l'art. 398 CO, il semblerait que seul un « **procès fictif** » mené par la partie lésée démontrant ce qui aurait dû être correctement plaidé lors du premier procès et en quoi cela aurait affecté le résultat du procès, puisse permettre à ladite procédure d'aboutir. **En l'occurrence, la question ne porte donc ni sur la « justice » ni sur l'autorité de la décision prise par l'autorité inférieure**, mais seulement sur celle de **savoir si le résultat aurait pu être différent si le représentant concerné avait fait valoir ce qui était nécessaire et pertinent**. Cela étant et pour reprendre les propos de DROESE, le problème pourrait être désamorcé si la procédure civile n'était pas comprise comme un processus quelconque, passé et potentiellement dommageable qui suit ses propres lois de causalité, mais comme **une procédure soumise à la même exigence de correction qu'une procédure en responsabilité**¹⁵²⁴.

1326 Au-delà de l'obtention éventuelle de dommages-intérêts consécutifs à l'admission (peu probable) de la responsabilité de l'avocat, c'est selon nous la mise en place d'une restitution par le juge, admettant qu'il y a eu un manquement de la part de ce dernier ayant passablement altéré, voire réduit à néant les chances de succès de son mandant qui importerait le plus. Dans la mesure où ce ne serait pas vraiment la responsabilité de l'avocat qui serait recherchée, mais plutôt la **justification permettant d'admettre une restitution** pour la partie lésée, on pourrait imaginer – dans le cadre d'une démarche visant à obtenir ladite restitution – que des conditions moins restrictives puissent être admises, dans la mesure où elles n'auraient **pas les mêmes conséquences** pour ce dernier. Dans ce cas donc, pas de conséquence négative pour le représentant (sauf à établir manquement grave de sa part), mais une issue positive pour la partie « lésée » via cette nouvelle chance de pouvoir plaider correctement sa cause.

¹⁵²⁴ Note de DROESE in: RSPC 6/2019, p. 492.

Index

- Actions de la loi N **24 ss**, 109
- Fardeau de l'allégation (*Behauptungspflicht/-last*) N 506 ss, 672, 677, 682, **683 ss**, 691, 701, 765
- Fardeau de la contestation (*Bestreitungspflicht/-last*) N 350, 672, 677, 682, **686 ss**, 699, 701
- Gönner, Nikolaus Thaddäus von N 14, 22, 130, 135, **140 ss**, 563, 1310
- Interpellation (devoir d'-) N 218, 227, 253, 533, 698, 702, **766 ss**, **792 ss**, 828 ss, 1080
- accrue N 477, 780, 794, 812, **815 ss**, 828 ss, 834, 968, 1225
 - simple N 573, 780 s., 826
- Klein, Franz N 255, **298 ss**, **315 ss**, 970
- Maxime des débats
- en droit commun allemand N 145 ss
 - exceptions et atténuations N 702
 - jurisprudence antérieure à 2011 N 504 ss
 - jurisprudence récente N 703 ss
 - principe N 670 ss
 - en procédure romano-canonique N 112
- Maxime de disposition
- en droit commun allemand N 186 ss
 - jurisprudence antérieure à 2011 N 498 ss
 - jurisprudence récente N 907 ss
 - principe N 894 ss
 - en procédure romano-canonique N 121 ss
- Maxime inquisitoire sociale
- distinction (interpellation accrue) N 815 ss
 - jurisprudence récente N 858 ss
 - principe N 828 ss
 - en procédure simplifiée N 965 ss
 - en procédure sommaire N 972 ss
 - dans les procédures spéciales de droit matrimonial N 981 ss
- Maxime inquisitoire illimitée (/pure)
- jurisprudence récente N 858 ss
 - principe N 841 ss
 - dans les procédures applicables aux enfants dans les affaires de droit de la famille N 1004 ss
 - et sanction pénale (art. 292 CP) N 1093 ss
- Maxime d'office
- jurisprudence antérieure à 2011 (confusion avec la « maxime officielle ») N 459 ss
 - jurisprudence récente N 939 ss
 - principe N 933 ss
 - dans les procédures applicables aux enfants dans les affaires de droit de la famille N 1004 ss
- Maximes de procédure
- dans le canton de Genève N 337 ss
 - dans le canton de Vaud N 375 ss

- dans le canton de Zurich N 406 ss
 - en droit commun allemand N 176 ss
 - en droit procédural autrichien p. 95 ss
 - en droit procédural français N 273 ss
 - en droit procédural prussien N 298 ss
 - en procédure pénale N 1018 ss
 - au stade de l'appel et du recours N 961 ss
- Nova
- en cas de violation de la maxime inquisitoire en première instance N 1129 ss
 - en procédure d'appel et de recours N 868 ss, **961 ss, 385 ss**
 - résultant de la décision de l'autorité précédente N 1198 ss
- Principe *iura novit curia* N 30, 65, 92 ss, 190, 274, **459 ss, 575, 588, 698**
- Principe *ne ultra petita partium* N 121, 274, 311, **498 ss, 520, 915**
- Procédure
- civile fédérale N 448 ss
 - *extra-ordinem* N 25, **34 ss, 109**
 - formulaire N **24 ss, 38, 109**
 - romano-canonique N **19 ss, 51 ss, 112 ss, 121 ss, 273, 375, 377**
- Rapport Rouiller N 1056, 1236, 1253, **1266 ss**
- Responsabilité de l'avocat N 750 ss, **1039 ss, 1221 ss, 1285**
- Responsabilité de l'employé de l'Etat N 1292, **1236 ss**
- Restitution *de lege ferenda* N **1076 ss, 1321 ss**
- Substanziierungspflicht/-last* N 670, **691 ss**

