

La restitution de délai dans le Code de procédure civile suisse

PATRICIA DIETSCHY-MARTENET*

Mots-clés: Code de procédure civile, délai, défaut, empêchement, faute, faute légère, restitution de délai

Introduction

L'art. 148 CPC permet à une partie de se faire restituer un délai lorsqu'elle a omis d'accomplir un acte de procédure à temps ou ne s'est pas présentée à une audience à laquelle elle avait été régulièrement citée (A). Le but est de protéger les parties «contre un formalisme procédural trop rigoureux au profit de l'établissement de la vérité matérielle»¹. Le procès ne doit toutefois pas s'en trouver inutilement retardé². Cet instrument procédural est donc particulièrement intéressant puisqu'il doit composer avec les deux principes fondamentaux – contradictoires en l'occurrence –, de recherche de la vérité matérielle d'une part, et de célérité du procès d'autre part. Ces éléments ne sauraient être ignorés dans l'application des règles posées par le Code dans ce domaine. Une requête en restitution doit nécessairement être déposée et elle doit respecter certaines exigences de forme, de contenu et de délai (B). Le défaillant doit notamment rendre vraisemblable qu'il a été empêché d'agir sans faute ou moyennant une faute légère. La notion de faute est centrale et la compréhension qu'on en a présente un intérêt général non limité au CPC. La partie adverse a le droit de prendre position sur la requête (C). Le tribunal statue librement et, en principe, définitivement (D).

* Docteure en droit, avocate. Chargée d'enseignement et de cours aux Universités de Neuchâtel et de Fribourg, vice-présidente au Tribunal de prud'hommes de la Broye et du Nord vaudois.

1 Loi fédérale de procédure civile, Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts, juin 2003, p. 74.

2 Message CPC du 28 juin 2006, FF 2006 6841 ss, p. 6920; voir aussi ATF 139 III 478 c. 6.1.

A. Définition et champ d'application

I. Généralités

La restitution fait l'objet des art. 148 et 149 CPC. Elle vise les cas où la partie est défaillante, soit parce qu'elle a omis d'accomplir à temps un acte de procédure, soit parce qu'elle ne s'est pas présentée ou n'a pas été valablement représentée (art. 68 et 204 al. 3 CPC) à une audience à laquelle elle avait été régulièrement citée (art. 147 al. 1 CPC)³. La restitution peut porter sur un délai légal, tels les délais d'appel ou de recours (art. 311, 314 et 321 CPC), ou judiciaire⁴, par exemple le délai pour déposer une réponse (art. 222 CPC). Les délais de droit matériel de même que ceux prévus par le droit des poursuites ne sont pas visés⁵. La restitution peut porter sur un délai lui-même restitué⁶.

Il faut que le délai en cause soit déjà échu. S'il court toujours, c'est une requête en prolongation qui doit être déposée (art. 144 CPC). A la différence de la restitution, la prolongation ne peut porter que sur des délais fixés par le juge.

II. Défaut à l'audience de conciliation

Les conséquences du défaut à une audience de conciliation sont réglées par l'art. 206 CPC. En cas de défaut du requérant, la requête est considérée comme retirée et la cause est rayée du rôle (al. 1). Si le défaillant n'entend pas renoncer à ses prétentions, il peut en principe déposer une nouvelle requête. C'est pourquoi une partie de la doctrine exclut une restitution pour une audience de conciliation, certains relevant encore que l'art. 148 CPC parle de «tribunal» et non d'«autorité de conciliation»⁷. Un délai péremptoire peut cependant s'opposer au dépôt d'une nouvelle requête et entraîner la perte du droit d'agir. En pareil cas, «vu ces conséquences sévères», le Tribunal fédéral admet qu'une restitution soit possible⁸, à l'instar d'autres auteurs⁹.

3 TF 4C_1/2013 du 25.06.2013 c. 4.3.

4 TF 2C_1212/2013 du 28.07.2014 c. 3.2; TC FR du 11.07.2014 n° 101 2014 110 c. 2b; TC VD du 27.05.2011, JdT 2011 III 106 c. 2; BK ZPO-FREI, art. 148 N 5; BSK ZPO-GOZZI, art. 148 N 6; KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY, art. 149 N 2; MERZ in: Brunner/Gasser/Schwander (éd.), ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zurich 2011, art. 148 N 5.

5 BSK ZPO-GOZZI, art. 148 N 6; CPC-TAPPY, art. 148 N 9.

6 BK ZPO-FREI, art. 148 N 4.

7 SHK ZPO-WYSS, art. 206 N 2; TAPPY DENIS, Le déroulement de la procédure (procédure ordinaire et procédure simplifiée en première instance), in: Lukic Suzana (éd.), Le Projet de Code de procédure civile fédérale, Lausanne 2008, p. 159–233, p. 179 n. 39. Nuancés: GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkomentar, Zurich 2010, art. 206 N 3, qui n'admettent la restitution que lorsqu'une décision au sens de l'art. 212 CPC a été rendue.

8 TF 4C_1/2013 du 25.06.2013 c. 4.3.

9 BK ZPO-ALVAREZ/PETER, art. 206 N 13; CPC-BOHNET, art. 206 N 6; CPC Comm-TREZZINI, art. 206 p. 932; HONEGGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (éd.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013 (ci-après: ZK

A notre avis, la restitution doit toujours pouvoir être demandée après un défaut à l'audience de conciliation, même si les prétentions ne sont pas périmées¹⁰. En effet, le requérant peut avoir un intérêt à ce que la litispendance soit maintenue à la date de la requête initiale, par exemple pour fixer le for (art. 64 al. 1 lit. b CPC). Il est sans pertinence que l'art. 148 CPC emploie le terme de «tribunal», lequel peut désigner aussi bien le tribunal *stricto sensu* que l'autorité de conciliation. C'est par exemple le cas des art. 9 ss CPC en matière de fors ou des art. 95 ss CPC relatifs aux frais.

La restitution peut selon nous aussi être demandée par l'intimé qui fait défaut à l'audience de conciliation¹¹. Un tel défaut entraîne la poursuite de la procédure comme si aucun accord n'était intervenu (art. 206 al. 2 CPC). Or l'intimé a un intérêt à ce que la conciliation soit tentée avant qu'une demande au fond ne soit introduite, dans l'optique d'une issue rapide et à moindre frais du litige.

Admettre la restitution en procédure de conciliation ne contrevient pas au principe de célérité du procès voulu par le législateur¹², bien au contraire. Du côté du demandeur, la restitution permet d'éviter de «recommencer à zéro» le procès par le dépôt d'une nouvelle requête. Du côté du défendeur défaillant, la restitution présente l'avantage de donner l'occasion aux parties de trouver un accord et de mettre un terme au litige.

III. Défaut de réponse en procédure simplifiée

En procédure simplifiée, lorsque le tribunal a imparti un délai au défendeur pour déposer une détermination écrite (art. 245 al. 2 CPC) et que celui-ci ne procède pas à temps, la procédure doit se poursuivre sans qu'il soit tenu compte du défaut (art. 147 CPC)¹³, c'est-à-dire que le juge cite les parties aux débats (art. 245 al. 1 CPC)¹⁴. Selon la jurisprudence, les parties ont la possibilité de s'exprimer librement à deux reprises¹⁵. En cas d'absence de réponse, le défendeur a donc une seconde opportunité de se déterminer, lors d'une audience

ZPO), art. 206 N 4; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht: Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, § 20 N 25 p. 368.

10 Dans le même sens: JACQUES HALDY, Procédure civile suisse, Bâle 2014, N 575 p. 162. Comp. également: MAX EHRENZELLER, Zivilprozessordnung des Kantons Appenzell A. Rh. vom 27. April 1980, Herisau 1988, Art. 123 N 4 p. 158.

11 BK ZPO-ALVAREZ/PETER, art. 206 N 13; CPC-BOHNET, art. 206 N 6. D'un avis différent: BSK-INFANGER, art. 206 N 15; GASSER/RICKLI (n. 7), art. 206 N 3, qui n'admettent la restitution que lorsqu'une décision au sens de l'art. 212 CPC a été rendue.

12 Message CPC du 28 juin 2006, FF 2006 6841 ss, p. 6920.

13 CPC-TAPPY, art. 245 N 9 s.; KUKO ZPO-FRAEFEL, art. 245 N 8. D'un avis différent: BK ZPO-KILLIAS, art. 245 N 13 s.; BSK ZPO-MAZAN, art. 245 N 19; ZK ZPO-HAUCK, art. 245 N 7. Ces auteurs appliquent les règles de la procédure ordinaire concernant le défaut, en particulier la fixation d'un bref délai supplémentaire au sens de l'art. 223 CPC.

14 TF 4A_65/2014 du 01.09.14 (destiné à la publication) c. 3.2.

15 ATF 140 III 312 c. 6.3.2.3.

d'instruction ou, à défaut, à l'ouverture des débats principaux (art. 229 al. 2 CPC)¹⁶. Selon les cas, il peut donc renoncer à requérir la restitution du délai et se contenter de se déterminer à l'audience.

Dans les causes pour lesquelles s'applique la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 CPC), les parties sont libres d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC)¹⁷. Le défendeur n'a dès lors pas d'intérêt à demander la restitution du délai pour déposer sa détermination écrite puisqu'il peut se déterminer librement et en tout temps jusqu'aux délibérations. Une détermination écrite doit donc être admise même si elle est remise après l'échéance du délai fixé par le juge sur la base de l'art. 245 al. 2 CPC. Il s'agit dans cette hypothèse d'un délai d'ordre dont le non-respect n'entraîne aucune sanction. En pratique, il est d'ailleurs préférable pour le tribunal de connaître la position de la partie adverse avant l'audience.

En revanche, lorsque le tribunal ordonne un échange d'écritures formel au sens de l'art. 246 al. 2 CPC et que le défendeur ne procède pas dans le délai imparti – prolongé d'office par le tribunal (art. 223 al. 1 CPC)¹⁸ –, la décision finale peut être rendue sans audience (art. 223 al. 2 CPC). Par conséquent, le défendeur a toujours un intérêt à obtenir la restitution du délai de réponse.

B. Requête en restitution

Le tribunal ne peut pas ordonner d'office la restitution d'un délai. Le défaillant doit déposer une requête en ce sens (art. 148 al. 1 CPC).

I. Compétence

La requête doit être adressée au tribunal devant lequel le défaut a eu lieu, c'est-à-dire le tribunal devant lequel l'audience doit être répétée ou auprès duquel l'acte omis doit être adressé, à moins que le droit cantonal ne désigne une autre autorité (art. 3 CPC)¹⁹. Si la restitution porte sur un délai de recours, c'est l'autorité de recours qui est compétente, sauf disposition cantonale contraire²⁰.

Le droit cantonal détermine si c'est le juge délégué ou le tribunal *in corpore* qui doit statuer²¹. A défaut de règle, le tribunal ne devrait statuer en corps que si

16 ATF 140 III 312 c. 6.3.2.3; CPC-TAPPY, art. 245 N 9.

17 ATF 139 III 457 c. 4.4.3.2.

18 L'art. 223 CPC est alors applicable par analogie: TC VD du 05.02.2013 n° 76 c. 1.2; CPC-TAPPY, art. 246 N 10; KUKO ZPO-FRAEFEL, art. 246 N 7.

19 BK ZPO-FREI, art. 149 N 6; KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY, art. 149 N 4; MARBACHER in: Baker & McKenzie (éd.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Berne 2010, art. 149 N 2.

20 BK ZPO-FREI, art. 149 N 6; BSK ZPO-GOZZI, art. 149 N 3.

21 BK ZPO-FREI, art. 149 N 6; KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY, art. 149 N 3. Voir les cantons de Bâle-Campagne (§ 3 al. 3 et 5 al. 1 lit. d Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, RS BL 221) et de Lucerne (§ 36 al. 2 lit. d Justizgesetz, RS LU 260).

la décision est susceptible de mettre un terme à la procédure; si tel n'est pas le cas, le juge délégué est compétent²².

II. Forme de la requête

La requête (*Gesuch; istanza*) doit en principe revêtir la forme écrite ou électronique (art. 130 al. 1 CPC), la forme orale n'étant pas expressément prévue par l'art. 148 CPC²³. Il doit donc s'agir d'un écrit, rédigé par traitement de texte ou à la main, comportant la signature du requérant, originale ou électronique certifiée²⁴. Si elle est formée en cours d'audience, la requête est transcrite au procès-verbal (art. 235 al. 1 lit. d CPC)²⁵ et celui-ci doit être signé par le requérant.

La présentation de la requête échappe à tout formalisme. Les faits n'ont pas à être exposés sous forme d'allégués. Une simple lettre suffit, avec l'indication des offres de preuve.

III. Contenu de la requête

1. Généralités

Le requérant doit indiquer les motifs qui l'ont empêché d'agir et fournir les moyens de preuve qui s'y rapportent²⁶. Dans la majorité des cas, la preuve est fournie par titres²⁷. D'autres moyens de preuve ne sont pas exclus, en particulier l'audition de témoins²⁸. Comme le procès ne doit pas être inutilement retardé par la procédure en restitution, de tels modes de preuve doivent être admis avec retenue.

La volonté d'obtenir un délai supplémentaire pour procéder ou la fixation d'une nouvelle audience doit ressortir de l'acte. A notre sens, une conclusion formelle en ce sens n'est pas nécessaire, puisque la requête n'est soumise à aucun formalisme. L'autorité saisie doit simplement pouvoir déduire de l'acte qu'un nouveau délai ou une nouvelle audience est sollicité²⁹. Si la requête pré-

22 BK ZPO-FREI, art. 149 N 6; CPC-TAPPY, art. 149 N 3.

23 BSK ZPO-GOZZI, art. 148 N 37; KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY, art. 148 N 9; MARBACHER (n. 19), art. 148 N 3; MERZ (n. 4), art. 148 N 19; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, (n. 7), § 17 N 15 p. 279.

24 CPC-BOHNET, art. 130 N 3 ss.

25 BK ZPO-FREI, art. 148 N 32; KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY, art. 148 N 9; ZK ZPO-STAEHELIN, art. 149 N 5. D'un avis différent: BSK ZPO-GOZZI, art. 148 N 37; MARBACHER (n. 19), art. 148 N 3; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, (n. 7), § 17 N 15 p. 280. Ces auteurs exigent l'une des formes de l'art. 130 CPC.

26 BK ZPO-FREI, art. 148 N 32; BSK ZPO-GOZZI, art. 148 N 39; MARBACHER (n. 19), art. 148 N 3; MERZ (n. 4), art. 148 N 19.

27 TC VS du 16.02.2012, RVJ 2013 127 c. 4.1.

28 BSK ZPO-GOZZI, art. 149 N 5; ZK ZPO-STAEHELIN, art. 148 N 11.

29 TC VD du 17.12.2013 n° 502 (ML/2013/350). Comp. en matière de conclusion implicite en dépens: ATF 140 III 159 c. 4.4.

sente des lacunes, factuelles ou probatoires, le juge peut selon les cas faire usage de son devoir d'interpellation (art. 56 ou 247 CPC)³⁰.

Contrairement à ce qui prévaut sous l'empire de la loi sur le Tribunal fédéral³¹, de la loi sur la procédure civile fédérale³², de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite³³ et du Code de procédure pénale suisse³⁴, le défaillant ne doit pas accomplir l'acte en même temps qu'il dépose la requête en restitution³⁵. Cette différence s'explique peut-être par le délai plus court prévu par le CPC³⁶. A notre avis, la solution du CPC est préférable puisqu'elle n'impose pas au défaillant d'accomplir un acte qui ne sera peut-être pas pris en compte.

2. *Motif du défaut*

a. *Vraisemblance*

Le requérant doit «rendre vraisemblable» que son défaut ne lui est pas imputable ou n'est imputable qu'à une faute légère (art. 148 al. 1 CPC). La vraisemblance suppose que le juge, en se basant sur des éléments objectifs, ait l'impression que le fait invoqué s'est produit, sans qu'il doive exclure la possibilité qu'il ait pu en aller différemment³⁷. Il appartient au requérant d'apporter les éléments de preuve suffisants³⁸ pour que sa version apparaisse plausible³⁹. Devant le Tribunal fédéral, la restitution est soumise à des exigences plus sévères, une preuve stricte de l'empêchement étant imposée⁴⁰. A notre sens, cette différence se justifie dès lors qu'en instances cantonales, où le pouvoir d'examen des faits est important, l'établissement de la vérité matérielle est primordial et la restitution ne doit donc pas être entravée par des questions d'ordre probatoire.

30 BK ZPO-FREI, art. 148 N 36. Large dans le devoir d'interpellation: BSK ZPO-GoZZI, art. 148 N 39.

31 Art. 50 al. 1 LTF (RS 173.110).

32 Art. 13 al. 1 PCF (RS 273).

33 Art. 33 al. 4 LP (RS 281.1).

34 Art. 94 al. 2 CPP (RS 312.0).

35 KGer GR du 10.03.2011 n° ZK1 11 12; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, (n. 7), § 17 N 15 p. 280.

36 Cf. *infra* B/IV/1.

37 ATF 132 III 715 c. 3.1; 132 III 140 c. 4.1.2; 130 III 321 c. 3.3, JdT 2005 I 618: «Un fait est déjà établi comme vraisemblable lorsque certains éléments parlent en faveur de son existence, même si le tribunal tient encore pour possible qu'il ne se soit pas produit.»; 120 II 393 c. 4c, JdT 1995 I 571.

38 TF 4A_673/2012 du 21.11.2012 c. 2.3: le seul fait de se référer, de manière toute générale, aux problèmes de circulation rencontrés par les automobilistes au centre-ville de Lausanne pour justifier d'être arrivé tardivement à l'audience ne suffit pas; OGer UR du 25.04.2013 n° OG Z 13 2; OGer ZH du 07.03.2013 n° RT130040 c. 3.4.3; BK ZPO-FREI, art. 148 N 36; KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY, art. 148 N 9; MARBACHER (n. 19), art. 148 N 10.

39 Comp. URS W. STUDER/VIKTOR RÜEGG/HEINER EIHOLZER, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, § 90/91 N 1.

40 TF 1C_464/2008 du 25.11.2008 c. 5.2; YVES DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, Berne 2008, art. 50 N 1359; BSK BGG-AMSTUTZ/PETER, art. 50 N 14.

b. Personne visée

Le motif invoqué peut concerner la partie ou son représentant⁴¹, légal ou conventionnel. En cas de représentation, il faut que la partie *et* son représentant aient été empêchés d'agir sans faute ou moyennant une faute légère⁴². Il suffit ainsi que l'empêchement de la partie *ou* de son mandataire soit moyennement ou gravement fautif pour que la restitution soit refusée⁴³. A notre sens, si le mandataire n'a pas averti son mandant de son impossibilité d'agir à temps ou, le cas échéant, si cet avertissement a eu lieu trop tardivement pour prendre les mesures utiles, on ne saurait reprocher à la partie de n'avoir pas procédé elle-même dans le délai. Autrement dit, le manque d'information ou une information tardive du représentant sont des motifs non fautifs pour le représenté. Reste ensuite à déterminer si l'empêchement du mandataire est non ou légèrement fautif.

Le mandataire professionnel est soumis à un devoir de diligence accru. Il doit le cas échéant déposer l'acte de sa propre initiative pour permettre de sauvegarder le délai, même s'il n'est pas en mesure d'obtenir les instructions nécessaires de son client⁴⁴. Il lui appartient également de procéder aux vérifications faciles à effectuer pour s'assurer du respect du délai, par exemple du paiement d'une avance de frais en appelant le greffe du tribunal ou la banque⁴⁵. Les erreurs commises par le représentant sont opposables au représenté⁴⁶, notamment lorsque l'avocat a faussement indiqué que le délai de recours était suspendu pendant les fêtes⁴⁷.

Les actes des auxiliaires, tels que les secrétaires, stagiaires, collaborateurs ou encore un établissement bancaire chargé de procéder à un transfert de fonds, doivent être imputés à la partie ou son mandataire, même si ceux-ci ont satisfait à leur devoir de diligence en donnant notamment des instructions claires et pré-

41 TF 5A_393/2013 du 17.10.2013 c. 2; Loi fédérale de procédure civile, Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts, juin 2003, p. 74; KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE/MYRIAM GEHRI, *Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts*, 9^e éd., Berne 2010, N 147 p. 221. Comp. art. 50 al. 1 LTF et 13 al. 1 PCF.

42 Comp. TF 1C_464/2008 du 25.11.2008 c. 5.3 relatif à l'art. 50 LTF et ATF 114 II 181 c. 2 relatif à l'art. 35 OJ. Comp. également OMAR MARBACH/FRANZ KELLERHALS, *Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern*, 5^e éd., Berne 2000, art. 288 N 6b.

43 Comp. TF 1C_464/2008 du 25.11.2008 c. 5.3 relatif à l'art. 50 LTF.

44 TF 1C_464/2008 du 25.11.2008 c. 5.3; ATF 114 II 181 c. 2: restitution refusée malgré le coma du demandeur l'ayant empêché de donner des instructions à son avocat; BK ZPO-FREI, art. 148 N 18.

45 TF 4C.2/2005 du 30.03.2005 c. 4.2: l'ordre de virement bancaire concernant l'avance de frais litigieuse n'avait pas été transmis à la banque en raison d'une panne informatique due à une coupure générale de courant. Le Tribunal fédéral a estimé que l'avocat n'avait pas fait preuve de la diligence suffisante en attendant de connaître l'avis d'un spécialiste en informatique quant aux conséquences de la panne, parce qu'il devait vérifier immédiatement si l'ordre de virement avait eu lieu.

46 ATF 114 Ib 67 c. 2c; TF 2C_1212/2013 du 28.07.2014 c. 3.2; 5G_1/2013 du 23.03.2013 c. 3.1; 8C_345/2009 du 2.06.2009 c. 1.2.

47 TF 5G_1/2013 du 23.03.2013 c. 3.1.

cises qui n'auraient pas été respectées⁴⁸. Une application de l'art. 55 CO, relative à l'exonération de responsabilité de l'employeur, n'entre pas en ligne de compte⁴⁹. Cela correspond à la jurisprudence rendue sous l'empire de l'OJ, reprise par la suite en lien avec l'art. 33 al. 4 LP⁵⁰. Rien n'indique qu'il faille s'écarter de cette jurisprudence dans l'application de l'art. 148 CPC. Pour reprendre les termes du Tribunal fédéral, «une pratique plus souple pourrait pousser les parties à multiplier les auxiliaires afin de s'exonérer de leur responsabilité quant à l'observation des délais judiciaires»⁵¹. A notre sens, le juge peut en revanche se montrer plus large dans l'appréciation du caractère non ou légèrement fautif lorsque l'empêchement est le fait d'un auxiliaire.

Lorsque la cause réunit des consorts simples, chaque consort défaillant doit disposer d'un motif justifiant l'empêchement (cf. art. 71 al. 3 CPC) et chacun d'eux doit requérir la restitution⁵². En cas de consorité nécessaire, le motif non ou légèrement fautif de l'un des consorts est suffisant⁵³. La requête d'un seul d'entre eux suffit (art. 70 al. 2 CPC)⁵⁴.

3. Absence de faute ou faute légère

a. Généralités et notions

Le défaut doit découler d'une absence de faute ou d'une faute légère⁵⁵. Le législateur a souhaité reprendre la solution connue dans plusieurs codes de procédure civile cantonaux⁵⁶. L'art. 148 CPC se distingue des conditions posées par la LTF, la PCF, la LP et même le CPP, qui imposent tous que le défaillant ait été empêché d'agir sans faute (art. 50 al. 1 LTF, 13 al. 1 PCF, 33 al. 4 LP et 94 al. 1 CPP)⁵⁷. Lors des délibérations devant le Conseil des Etats, le Projet-CPC avait été modifié en ce sens que le défaut ne devait pas être imputable à faute⁵⁸. Le Conseil national a par la suite repris la solution de la faute légère prévue par le

48 TC FR du 11.07.2014 n° 101 2014 110 c. 2b; BK ZPO-FREI, art. 148 N 29. MARBACHER (n. 19), art. 148 N 8. D'un avis différent: BSK ZPO-GOZZI, art. 148 N 16 s.; KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY, art. 148 N 8; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, (n. 7), § 17 N 14 p. 279.

49 ATF 114 Ib 67 c. 2c et d; 107 Ia 168 c. 2a; TF 5A_30/2010 du 23.03.2010 c. 4.1; 1P.151/2002 du 28.05.2002 c. 1.2; BK ZPO-FREI, art. 148 N 10.

50 ATF 114 Ib 67 c. 2c et d, 107 Ia 168 c. 2a et TF 4C.2/2005 du 30.03.2005 c. 4.1, rendus sous l'empire de l'art. 35 OJ; TF 5A_30/2010 du 23.03.2010 c. 4.1, relatif à l'art. 33 LP.

51 TF 5A_30/2010 du 23.03.2010 c. 4.1.

52 BK ZPO-FREI, art. 148 N 33.

53 BK ZPO-FREI, art. 148 N 10; BSK ZPO-GOZZI, art. 148 N 13.

54 BK ZPO-FREI, art. 148 N 33; BSK ZPO-GOZZI, art. 148 N 36.

55 Le Message CPC (du 28 juin 2006, FF 2006 6841 ss), p. 6920, indique que le défaillant doit parvenir à «présenter une excuse adéquate».

56 Loi fédérale de procédure civile, Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts, juin 2003, p. 74.

57 TF 5A_393/2013 du 17.10.2013 c. 2.1.

58 BO CE 2007 514 ad art. 146 P-CPC, séance du 14.06.2007.

Conseil fédéral⁵⁹. Lors des divergences, le Conseil des Etats a adhéré sans difficulté à la décision du Conseil national⁶⁰. Il n'est pas possible de connaître les arguments des uns et des autres sur cette problématique, car les procès-verbaux des différents débats ne contiennent aucune trace d'interventions parlementaires. En ce qui concerne le CPP en revanche, alors que l'Avant-projet et le Projet du Code admettaient une faute légère⁶¹, la disposition a été modifiée aux Chambres pour éviter tout problème d'interprétation de cette notion⁶². A notre avis, le but visé par le législateur, d'«établissement de la vérité matérielle»⁶³, particulièrement important devant les instances cantonales, lesquelles ont un pouvoir d'examen des faits considérable, justifie la plus grande souplesse du CPC et prévaut sur les risques d'interprétations différentes, voire contradictoires. Il faut regretter que cette solution n'ait pas été retenue dans le CPP.

Un empêchement non fautif signifie une impossibilité objective ou subjective d'agir à temps⁶⁴. Par impossibilité objective, on vise par exemple une catastrophe naturelle, une interruption des communications postales ou téléphoniques ou une coupure générale de courant⁶⁵. Par impossibilité subjective, un obstacle qui met la partie hors d'état de s'occuper de ses affaires et de charger un tiers de s'en occuper pour elle ou une erreur excusable⁶⁶.

La notion de faute est celle du droit des obligations⁶⁷. La faute légère vise tout comportement ou manquement qui, sans être acceptable ou excusable, n'est pas particulièrement répréhensible⁶⁸. Une négligence grave suppose quant

59 BO CN 2008 945 ad art. 146 P-CPC, séance du 12.06.2008.

60 BO CE 2008 726 ad art. 146 P-CPC, séance du 29.09.2008.

61 Voir art. 107 AP-CPP et 92 P-CPP.

62 BO CE 2006 1008 ad art. 92 P-CPP, séance du 07.12.2006, intervention de DICK MARTI: «Le Conseil fédéral prévoit la restitution du délai lorsque aucune faute n'est imputable à la partie, mais aussi en cas de faute légère. La commission a estimé que dans ce domaine il fallait qu'il y ait une clarté totale. La notion de «faute légère» est susceptible d'engendrer des problèmes d'interprétation. Il est dès lors préférable d'y renoncer.». Voir également BSK StPO-RIEDO, art. 94 CPP N 33, qui relève, sans l'expliquer, la différence entre le CPP et le CPC sur ce point.

63 Loi fédérale de procédure civile, Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts, juin 2003, p. 74.

64 ATF 119 II 86 c. 2a, JdT 1994 I 55; TF 8C_294/2013 du 18.06.2013 c. 3; 5A_30/2010 du 23.03.2010 c. 4.1.

65 TF 4C.2/2005 du 30.03.2005 c. 4.

66 ATF 119 II 86 c. 2a, JdT 1994 I 55; TF 5A_30/2010 du 23.03.2010 c. 4.1; 2C_319/2009 du 26.01.2010 c. 4.1.

67 PIERRE TERCIER et PASCAL PICHONNAZ définissent la faute comme «un manquement de la volonté aux devoirs imposés par l'ordre juridique», in: *Le droit des obligations*, 5^e éd., Genève/Zürich/Bâle 2012, p. 417 N 1893.

68 TF 4C.10/2001 du 07.08.2001 c. 3; CR CO I-WERRO, art. 41 N 70; HENRI DESCHENAUX/PIERRE TERCIER, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Berne 1982, N 42 p. 86; WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band I, Berne 2012, N 566 p. 198; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Band II, Zurich 2014, p. 177 N 2971: «Das hätte sie [die Person] besser nicht getan!»; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, art. 41 CO N 34: «Das kann passieren.»; comp. ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI, *Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976*, Zurich 2002, § 199 N 36.

à elle la violation de règles de prudence vraiment élémentaires qui s'imposent impérieusement à toute personne raisonnable⁶⁹. La différence entre faute légère et faute grave ne peut pas être délimitée en tant que telle mais relève de l'appréciation du juge en fonction des circonstances du cas d'espèce⁷⁰. Le tribunal appelé à statuer dispose d'une grande marge d'appréciation⁷¹. La faute n'est toutefois pas légère si l'on peut reprocher au défaillant une conduite négligente du procès⁷², notamment si celui-ci a volontairement ignoré le délai⁷³.

b. Casuistique

aa. Maladie, accident, naissance et décès

Un accident, une maladie – s'ils sont d'une certaine gravité⁷⁴ –, la perte d'un proche⁷⁵ ou la naissance d'un enfant⁷⁶ peuvent constituer des empêchements non fautifs.

A elle seule, la production de certificats médicaux n'est pas suffisante, le requérant doit expliquer le type de maladie ou d'accident en cause et l'influence de celui-ci sur les possibilités d'agir à temps⁷⁷. L'avocat incapable de travailler pour cause de maladie ou d'accident doit, dès qu'il est en mesure de le faire, se substituer un mandataire – à moins que la complexité de l'affaire ne s'y oppose⁷⁸ – ou attirer l'attention de son client sur la nécessité de sauvegarder le délai et ne peut pas simplement attendre d'être rétabli⁷⁹. Il doit ainsi rendre vraisemblable que la maladie ou l'accident l'a mis hors d'état d'agir de l'une ou l'autre manière⁸⁰. Si l'hospitalisation est planifiée à l'avance, des mesures préventives doivent être entreprises. Une maladie subite ou une hospitalisation

69 ATF 119 II 443 c. 2a; 96 II 172 c. 3a, JdT 1972 I 83; TF 4C.92/2007 du 31.07.2007 c. 3.2; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (n. 68), p. 177 N 2973; HAUSER/SCHWERI (n. 68), § 199 N 48; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, art. 41 CO N 34.

70 Loi fédérale de procédure civile, Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts, juin 2003, p. 74; BSK ZPO-GOZZI, art. 148 N 11; MERZ (n. 4), art. 148 N 17.

71 TC VD du 05.11.2013 n° 575 (HC/2013/16) c. 4a; CJ GE du 29.04.2013 n° ACJC/527/2013 c. 7.7.1; OGer UR du 25.04.2013 n° OG Z 13 2; OGer ZH du 27.01.2012 n° RU110057-O/U c. 2.2.5.

72 Loi fédérale de procédure civile, Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts, juin 2003, p. 74.

73 CJ GE du 30.08.2013 n° ACJC/1030/2013 c. 4.2; TC VD du 05.11.2013 n° 575 (HC/2013/16) c. 4a; BK ZPO-FREI, art. 148 N 19; CPC-TAPPY, art. 148 N 16.

74 TF 9C_796/2012 du 28.12.2012 c. 3.1; 4A_534/2010 du 05.10.2010 c. 3.1.

75 TF 5A_896/2012 du 10.01.2013 c. 3.2; 5A_383/2012 du 23.05.2012 c. 2.2; 5A_566/2007 du 26.11.2007 c. 3.

76 CJ GE du 18.10.2013 n° ACJC/1245/2013 c. 1.

77 TF 8C_294/2013 du 18.06.2013 c. 3.2; 6B_318/2012 du 21.01.2013 c. 1.3; 2C_697/2012 du 16.07.2012 c. 2.2.

78 TF 8C_15/2012 du 30.04.2012 c. 1.

79 ATF 119 II 86 c. 2a, JdT 1994 I 55; TF 5A_393/2013 du 17.10.2013 c. 2.2; 6B_318/2012 du 21.01.2013 c. 1.2; OGer UR du 25.04.2013 n° OG Z 13 2.

80 CJ GE du 08.11.2013 n° ACJC/1306/2013: «aucun élément ne permet de retenir que la fracture de la clavicule en question ait diminué les capacités intellectuelles du conseil de l'appelant».

d'urgence ne permettent en revanche pas d'exiger de telles mesures⁸¹. Par exemple, une radiothérapie planifiée à l'avance qui empêche l'avocat de recourir dans le délai légal de dix jours n'est pas un motif non fautif, le mandataire devant s'attendre à recevoir la décision litigieuse et prendre des mesures pour se substituer un tiers⁸². A notre avis, si l'avocat pouvait partir du principe, sur la base d'un avis médical, qu'il pourrait reprendre en partie son activité professionnelle, une faute légère doit être admise.

bb. Erreurs, surcharge de travail et absence

Le défaut découlant d'une erreur de transmission imputable à la poste constitue un empêchement sans faute⁸³, sauf si l'erreur est évidente, par exemple lorsque le défaillant a remis au guichet deux avis de retrait distincts et qu'un seul pli lui a été délivré en retour⁸⁴.

Un renseignement erroné de l'autorité est une erreur excusable, en particulier lorsqu'il porte sur les voies de droit, les moyens pour utiliser ceux-ci (par exemple la date de notification) ou encore l'autorité compétente, à moins que l'erreur ait été manifestement reconnaissable, c'est-à-dire que la simple lecture de la disposition pertinente aurait permis de se rendre compte du vice⁸⁵. Une personne non assistée et sans connaissances juridiques particulières n'a toutefois pas à se méfier d'un renseignement donné par l'autorité et à contrôler celui-ci en recherchant et en consultant la législation pertinente⁸⁶. S'agissant d'un mandataire professionnel, il faut à notre avis admettre une faute seulement légère de celui qui n'a pas vérifié l'indication erronée. Si l'Etat lui-même se trompe, c'est bien que «ça peut arriver», pour reprendre la définition de la faute légère proposée par certains auteurs⁸⁷. En revanche, si le recours est déposé devant une instance incompétente alors que la décision attaquée indique de manière correcte les voies de recours, il n'y a en principe pas de faute légère puisque l'on peut attendre du justiciable ou de son mandataire qu'il prenne connaissance du jugement litigieux et qu'il adresse son acte à la bonne autorité⁸⁸. Selon les cir-

81 TF 5A_393/2013 du 17.10.2013 c. 2.2; 5D_166/2012 du 07.02.2013 c. 4.3.6; 5C.36/2005 du 07.03.2005 c. 3.

82 TF 5A_393/2013 du 17.10.2013 c. 2.4.

83 ATF 104 II 61 c. 2; TF 5C.36/2005 du 07.03.2005 c. 3.

84 TF 5C.36/2005 du 07.03.2005 c. 3.

85 ATF 135 III 374 c. 1.2.2.1. SJ 2009 I 358; 127 II 198 c. 2c; TF 2C_319/2009 du 26.01.2010 c. 4.1; 5A_33/2008 du 26.02.2008 c. 2.3; KGer SG du 16.07.2013 n° BO.2012.80 c. II/2c; TC VD du 04.03.2013 n° 94 (ML/2013/63): le défaillant doit indiquer la date de son entretien téléphonique et le nom de son interlocuteur, afin que l'affirmation puisse être vérifiée; KGer SG du 07.08.2012 n° BO.2012.34 c. II/3a/aa; TC VD du 28.07.2011 n° 178 (HC/2011/396) c. 1; TC VD du 27.05.2011, JdT 2011 III 106 c. 2.

86 Comp. CourEDH, arrêt Gajtani Violette c. Suisse n° 43730/07, du 09.09.2014, par. 72 et ATF 135 III 374 c. 1.2.2.2, SJ 2009 I 358.

87 Cf. *supra* n. 68.

88 OGer ZH du 27.01.2012 n° RU110057-O/U c. 2.2.5.

constances, on pourrait admettre une faute légère lorsque l'acte mentionne la bonne autorité mais est envoyé, par erreur, à une autre autorité. Par exemple, un avocat confie à sa secrétaire le soin d'envoyer deux recours, dans des dossiers distincts, le même jour mais à deux tribunaux cantonaux différents et celle-ci intervertit les lettres d'accompagnement de chacun des recours. Il faut encore réserver les cas où le recours est adressé à temps au tribunal qui a rendu la décision attaquée («*iudex a quo*»), car celui-ci doit transmettre l'acte à l'autorité compétente et le délai de recours est sauvegardé⁸⁹. La question de la restitution ne se pose donc plus.

Une surcharge de travail n'est pas un motif non fautif, pas plus qu'une erreur de calcul du délai ou de transcription dans l'agenda⁹⁰. Ces motifs peuvent selon les cas représenter une faute légère. Le requérant devra expliquer de manière circonstanciée en quoi a consisté la surcharge de travail et pourquoi des mesures utiles n'ont pas pu être prises⁹¹. De même, la partie ou son mandataire doivent faire état de circonstances particulières ayant entraîné une erreur de calcul ou de transcription⁹² et apporter les éléments de preuve suffisants⁹³. A défaut, ces motifs pourraient systématiquement être invoqués pour obtenir (trop) facilement la restitution d'un délai, ce qui contreviendrait au principe de célérité du procès voulu par le législateur⁹⁴. Compte tenu du devoir de diligence accru que l'on peut exiger d'un mandataire professionnel, l'erreur de calcul n'est en principe pas une faute légère⁹⁵.

Lorsque la partie était absente au moment de la notification de l'acte qui contient le délai manqué, l'empêchement n'est fautif que si cette partie devait s'attendre à recevoir des notifications judiciaires, c'est-à-dire lorsqu'une procédure était déjà engagée à son encontre; en pareil cas, il lui appartient de prendre les mesures utiles pour que son courrier lui soit transmis d'une manière ou d'une autre⁹⁶. La faute pourrait être qualifiée de légère selon les circonstances,

89 TF 4A_476/2014 du 09.12.2014 c. 3 et 4 (destiné à la publication).

90 TF 5A_383/2012 du 23.05.2012 c. 2.2. Comp. BARBARA MERZ, *Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung*, 2^e éd., Berne 2007, § 70 N 5b.

91 BSK ZPO-GOZZI, art. 148 N 31 ; GASSER/RICKLI (n. 7), art. 148 N 2. Selon ces auteurs, il doit s'agir d'une surcharge *exceptionnelle et imprévisible* de travail. D'un avis différent: TC VD du 09.10.2012 n° 352 (HC/2012/645) c. 3: une surcharge professionnelle ne saurait être assimilée à une faute légère; BK ZPO-FREI, art. 148 N 21.

92 La Chambre patrimoniale cantonale du canton de Vaud a admis une faute légère de l'avocat qui invoquait que le délai de duplique n'avait pas été inscrit dans son agenda, voir TF 4A_171/2013 du 16.05.2013 c. 1.1. D'un avis différent: SPÜHLER/DOLGE/GEHRI (n. 41), N 146 p. 221: une erreur de calcul constitue une faute grave.

93 TC VS du 16.02.2012, RVJ 2013 127 c. 4.2: «A supposer l'erreur d'agenda avérée, il lui aurait été aisé de déposer, à l'appui de sa demande de restitution, une copie de la page de son aide-mémoire établissant que la séance avait bel et bien été notée le 24 août 2011 en lieu et place de la veille. Faute de l'avoir fait, l'appelant ne saurait prétendre avoir rendu vraisemblable son erreur d'agenda.».

94 Message CPC du 28 juin 2006, FF 2006 6841 ss, p. 6920.

95 Dans le même sens: TC VD du 02.11.2012 n° 456 (ML/2012/270).

96 BSK ZPO-GOZZI, art. 148 N 23.

par exemple si, à l'issue des débats principaux, le juge indique aux parties que la décision ne sera pas rendue avant plusieurs semaines et que la notification du jugement intervient finalement quelques jours plus tard.

cc. Retard lié au trafic routier ou ferroviaire

Un retard à l'audience en raison d'un trafic routier intense non prévisible, d'une panne ou d'un accident de voiture⁹⁷ ou encore de perturbations du trafic ferroviaire⁹⁸ doit en principe être considéré comme une faute légère. Les problèmes de circulation dans un centre-ville ou sur des axes autoroutiers réputés pour leur surcharge ne sont pas des faits notoires dont le défaillant peut se prévaloir sans avoir à les rendre vraisemblables⁹⁹. Il faut par ailleurs que la partie ait suffisamment anticipé cette surcharge.

dd. Problèmes informatiques

Une panne ou un virus informatiques peuvent être considérés comme un empêchement non fautif si le défaillant démontre avoir pris les mesures nécessaires pour réparer le problème et avoir adressé l'acte litigieux dès que possible¹⁰⁰.

ee. Changement de mandataire

Le défaut lié à un changement de mandataire ne constitue pas une faute légère, la partie devant se renseigner de l'échéance du délai auprès de son précédent représentant¹⁰¹.

ff. Oubli ou perte

Le simple oubli de se présenter à l'audience, d'exécuter ou d'envoyer un acte n'est pas une faute légère¹⁰². La perte de l'acte judiciaire portant notification de la décision litigieuse est «une étourderie et non un événement imprévisible excusable»¹⁰³, qui pourrait néanmoins, selon les circonstances, être qualifiée

97 BSK ZPO-GOZZI, art. 148 N 26, Comp. également: OGer TG du 21.02.1995, RBOG 1995 198 N 49 c. 2 lit. c; MERZ (n. 89), § 70 N 5b.

98 BSK ZPO-GOZZI, art. 148 N 26.

99 Comp. TF 4A_673/2012 du 21.12.2012 c. 2.3.

100 TC VD du 04.07.2013 n° 180 (2013/498) c. 1e: en l'espèce, l'avocat n'avait pas pu envoyer à temps le recours, pourtant déjà prêt, en raison d'un virus affectant son système informatique et avait contacté le jour même un informaticien qui s'était emparé du disque dur et n'avait été en mesure de récupérer l'acte que deux jours plus tard. La restitution a été accordée, la Cour ayant estimé que le défaillant avait démontré par pièces la véracité du motif allégué et établi que celui-ci s'était produit indépendamment de sa volonté.

101 TF 2C_1073/2012 du 06.11.2012 c. 2.2.1; comp. TF 1C_249/2008 du 09.06.2008 c. 1.2.

102 TC FR du 11.07.2014 n° 101 2014 110 c. 2: oubli d'envoyer le mémoire de recours; TC VS du 16.02.2012, RVJ 2013 127 c. 4.2; Président Chambre de conciliation de Boudry du 19.10.2011, RJN 2011 217; MERZ (n. 4), art. 148 N 18; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI (n. 41), N 146 p. 221.

103 TF 1P.151/2002 du 28.05.2002 c. 1.2: en l'espèce, la secrétaire de l'avocat mandaté avait déposé le jugement litigieux sur des cartons contenant des feuilles de papier à côté de la machine

de faute légère, par exemple si l'acte a été perdu dans le cadre du déménagement de la partie défaillante¹⁰⁴.

IV. Délai pour déposer la requête

1. Généralités

La requête doit être déposée au plus tard dix jours après que le motif d'empêchement a disparu (art. 148 al. 2 CPC). Ce délai, plus court que celui de 30 jours prévu dans la LTF (art. 46) et le CPP (art. 94 al. 2), s'explique par la volonté du législateur de ne pas trop retarder le procès¹⁰⁵. Ce bref délai se justifie à notre sens aussi par le fait que le défaillant ne doit pas déposer l'acte dans le même délai. On peut donc exiger de lui qu'il agisse plus rapidement.

Le *dies a quo* est le jour où cesse l'empêchement, pour autant qu'à ce moment le défaillant connaisse ou ait dû connaître son défaut¹⁰⁶. La partie ne doit pas attendre de recevoir une décision d'irrecevabilité de l'acte qu'elle a déposé tardivement¹⁰⁷ ou un jugement au fond rendu par défaut.

L'empêchement prend fin dès que l'intéressé est à nouveau apte à agir en personne ou à charger un tiers d'exécuter l'acte à sa place¹⁰⁸. Si le motif concerne le mandataire, le Tribunal fédéral considère que l'empêchement peut déjà cesser dès le moment où l'avocat peut attirer l'attention de son client sur la nécessité d'observer le délai¹⁰⁹.

Les délais de l'art. 148 CPC sont suspendus pendant les fêtes (art. 145 al. 1 CPC)¹¹⁰, à moins que la restitution ne soit requise dans le cadre d'une procédure de conciliation ou d'une procédure sommaire (art. 145 al. 2 CPC), pour autant que le tribunal ait rendu les parties attentives à l'absence de suspension¹¹¹.

à photocopier se trouvant dans les locaux de l'étude et, pour une raison inexplicable, la décision avait glissé derrière les cartons et avait été découverte fortuitement plus d'un mois après.

104 Mais non de son mandataire professionnel, vu le devoir de diligence accru que l'on peut exiger de lui.

105 Message CPC (n. 55), p. 6920; Loi fédérale de procédure civile, Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts, juin 2003, p. 74.

106 BSK ZPO-GOZZI, art. 148 N 41; MARBACHER (n. 19), art. 148 N 13; MERZ (n. 4), art. 148 N 22; ZK ZPO-STAEHELIN, art. 148 N 14.

107 TF 5A_801/2013 du 21.01.2014 c. 3.3 et 5A_846/2012 du 04.11.2013 c. 7.3–7.4, relatifs à l'art. 33 LP.

108 ATF 119 II 86 c. 2a, JdT 1994 I 55; TF 5A_896/2012 du 10.01.2013 c. 3.2.

109 ATF 119 II 86 c. 2a, JdT 1994 I 55.

110 KGer SG du 07.08.2012 n° BO.2012.34 c. II/4b: le délai de six mois de l'art. 148 al. 3 CPC est suspendu pendant les fêtes.

111 ATF 139 III 78 c. 5.

2. *Décision finale rendue par défaut*

Lorsque la restitution porte sur une décision finale rendue par défaut, l'art. 148 al. 3 CPC prévoit un délai absolu de six mois depuis l'entrée en force de celle-ci. On vise l'entrée en force formelle¹¹², c'est-à-dire que la décision n'est plus susceptible d'appel au sens des art. 308 ss CPC¹¹³.

C. **Prise de position de la partie adverse**

La partie adverse a le droit de prendre position sur la requête en restitution (art. 149 CPC), dans un délai fixé par le juge. Un délai de dix jours – prolongeable (art. 144 al. 2 CPC) ou restituable (art. 148 CPC) le cas échéant – semble raisonnable, dans un souci de rapidité.

La prise de position a lieu par écrit, selon les mêmes principes que pour la requête¹¹⁴. Si celle-ci est présentée en audience, le juge peut d'après nous exiger une prise de position séance tenante, par dictée au procès-verbal. Selon les circonstances, un délai pour déposer une détermination écrite peut se justifier.

A notre avis, le tribunal ne peut pas statuer sans entendre la partie adverse, même lorsque la requête apparaît d'emblée irrecevable ou mal fondée¹¹⁵. Si telle avait été la volonté du législateur, l'art. 149 CPC aurait été formulé en ce sens¹¹⁶. Par ailleurs, compte tenu du très large pouvoir d'appréciation du tribunal, une telle requête pourrait finalement être admise au motif que la partie adverse y consent expressément.

D. **Décision du tribunal et voies de recours**

I. **Généralités**

Le tribunal statue en principe sans tenir audience¹¹⁷. Des débats oraux peuvent avoir lieu si le tribunal les estime utiles (art. 124 al. 1 CPC)¹¹⁸ notamment pour obtenir des précisions des parties ou pour procéder à l'audition de témoins.

Selon la lettre de la loi, le tribunal «peut» accorder la restitution (art. 148 al. 1 CPC). Cela signifie à notre avis que le juge dispose d'une grande marge

112 OGer ZH du 30.05.2013 n° RE120005 c. 3a; BK ZPO-FREI, art. 148 N 89; BSK ZPO-GoZZI, art. 148 N 44; ZK ZPO-STAEHELIN, art. 148 N 14.

113 ATF 139 III 486 c. 3.

114 Cf. *supra* B/II.

115 OGer ZH du 18.11.2013 n° RT130191-O c. 4d; OGer ZH du 07.03.2013 n° RT130040 c. 3.4.3. Cette autorité applique l'art. 253 CPC par analogie.

116 Comp. art. 253, 312 al. 1, 322 al. 1 et 330 CPC.

117 BSK ZPO-GoZZI, art. 149 N 4; KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY, art. 149 N 1.

118 KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY, art. 149 N 1.

d'appréciation¹¹⁹ quant à déterminer si l'empêchement est non ou légèrement fautif. Lorsqu'il considère que tel est le cas, le tribunal *doit* accorder la restitution¹²⁰. Dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, le juge doit mettre en balance le but d'établissement de la vérité matérielle d'une part et la célérité du procès d'autre part, tous deux voulus par le législateur¹²¹.

Pour apprécier le caractère non ou légèrement fautif de l'empêchement, le juge doit prendre en considération le type de délai (légal ou judiciaire) et le type d'acte à accomplir¹²². Pour un même motif, la restitution peut donc être admise ou rejetée selon par exemple que le défaut concerne la rédaction d'un mémoire de recours ou le non-versement d'une avance de frais. Le juge devrait être plus sévère si le délai a déjà été restitué¹²³. Il doit cependant toujours tenir compte de la situation personnelle du défaillant¹²⁴. Le seul fait que la partie adverse ne s'oppose pas à la restitution n'oblige pas le tribunal à admettre la requête¹²⁵. Cela peut en revanche faire pencher la balance en faveur d'une faute seulement légère.

II. Effets de la décision

Lorsque le tribunal admet la requête, il fixe soit un nouveau délai pour accomplir l'acte soit la tenue d'une nouvelle audience qui remplace la précédente (art. 148 al. 1 CPC). En principe, le délai devrait être de même durée que celui qui a été restitué. Le juge est toutefois complètement libre et peut décider d'un délai plus long ou plus court – même lorsque le délai restitué est un délai légal –, pour autant que cela reste raisonnable¹²⁶. Le fait que le requérant jouisse déjà du temps pris par la procédure de restitution (dépôt de la requête dans les dix jours, prise de position de la partie adverse, décision du tribunal) peut justifier un délai réduit¹²⁷. Les circonstances du cas d'espèce restent cependant déterminantes.

Les actes, ordonnances et décisions qui ont été rendus après le délai restitué sont annulés, la procédure étant reprise au jour du défaut¹²⁸. Il s'agit bien d'an-

119 Cf. *supra* B/III/2–3.

120 BSK ZPO-GOZZI, art. 148 N 4; MERZ (n. 4), art. 148 N 6; comp. encore: HAUSER/SCHWERI (n. 68), § 199 N 9. D'un avis différent: BK ZPO-FREI, art. 148 N 3. Plus nuancé: HALDY (n. 10), N 572 p. 162 et n. 669.

121 Voir les réf. aux n. 1 et 2.

122 TF 9C_796/2012 du 28.12.2012 c. 3.1; TC FR du 11.07.2014 n° 101 2014 110 c. 2b; TC VD du 02.11.2012 n° 456 (ML/2012/270); BK ZPO-FREI, art. 148 N 5.

123 BK ZPO-FREI, art. 148 N 4.

124 TC VD du 05.11.2013 n° 575 (HC/2013/16) c. 4a; CJ GE du 29.04.2013 n° ACJC/527/2013 c. 7.7.1; OGer UR du 25.04.2013 n° OG Z 13 2.

125 OGer ZH du 07.03.2013 n° RT130040 c. 3.4.3; BK ZPO-FREI, art. 148 N 3; KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY, art. 149 N 2; MERZ (n. 4), art. 149 N 4. D'un avis différent: BSK ZPO-GOZZI, art. 148 N 34.

126 BK ZPO-FREI, art. 149 N 9; Message CPC (n. 55), p. 6920.

127 OGer ZH du 23.01.2012 n° NQ110053/O-U c. 2.1.

128 BSK ZPO-GOZZI, art. 149 N 8; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (n. 7), § 17 N 16 p. 280.

nulation et non de nullité puisque ceux-ci ont été rendus valablement. La décision doit indiquer précisément quels actes ou décisions sont annulés mais aussi quels actes de procédure doivent être répétés et dans quel délai¹²⁹.

En cas de rejet de la requête, la procédure suit son cours sans qu'il soit tenu compte du défaut (art. 147 al. 2 CPC). Il faut réserver les dispositions légales contraires, soit les art. 206 CPC en procédure de conciliation et les art. 223 et 234 CPC en procédure ordinaire.

III. Frais

Les frais liés à la procédure de restitution sont renvoyés à la décision finale¹³⁰ (art. 104 al. 1 CPC), à moins que la restitution ne soit requise après l'entrée en force d'une décision (art. 148 al. 3, 223 al. 2 ou 234 al. 1 CPC) ou après que la cause a été rayée du rôle (art. 206 al. 1 et 3 et 234 al. 2 CPC). Dans ces hypothèses, le juge statue sur les frais dans la décision sur restitution en cas de rejet de la requête. Si la restitution est accordée, le juge a le choix de répartir immédiatement les frais, en vertu de l'art. 104 al. 2 CPC¹³¹, ou de renvoyer ceux-ci à la décision finale (art. 104 al. 1 CPC)¹³².

Même si la requête est admise, les frais doivent en principe être mis à la charge du défaillant sur la base de l'art. 108 CPC (frais causés inutilement)¹³³, voire de l'art. 107 al. 1 lit. f CPC (répartition en équité), ce même si la partie adverse a conclu au rejet de la requête.

IV. Voies de recours

1. Au niveau cantonal

Selon l'art. 149 CPC, le tribunal statue «définitivement», l'idée est que le procès ne soit pas retardé¹³⁴. D'après le texte légal, aucune voie de recours n'est donc ouverte. Le Tribunal fédéral a cependant tempéré ce principe en admettant un recours dans les cas où le refus de la restitution entraîne la perte définitive de l'action ou d'un moyen d'action¹³⁵, le motif lié à la célérité du procès n'étant

129 MARBACHER (n. 19), art. 148 N 17.

130 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (n. 7), § 17 N 16a p. 280.

131 CPC-TAPPY, art. 149 N 10.

132 ZK ZPO-STAEHELIN, art. 149 N 5, exige toujours qu'une décision séparée soit rendue.

133 BK ZPO-FREI, art. 149 N 13 s.; BSK ZPO-GOZZI, art. 149 N 9; CPC-TAPPY, art. 149 N 10; KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY, art. 149 N 4; MERZ (n. 4), art. 149 N 5; ZK ZPO-STAEHELIN, art. 149 N 5.

134 Message CPC (n. 55), p. 6920; ATF 139 III 478 c. 6.

135 ATF 139 III 478: en l'espèce, une locataire avait contesté son congé mais ne s'était pas présentée à l'audience de conciliation, si bien que l'autorité avait rayé la cause du rôle (art. 206 al. 1 CPC); comme la contestation du congé est soumise à un délai de péremption de 30 jours (art. 273 CO), le refus de la restitution entraînait la perte du droit d'agir. Jurisprudence confirmée in: TF 4A_343/2013 du 13.01.2014 c. 5 (en matière de bail également).

pas mis à mal¹³⁶. Cela vise en particulier les hypothèses où la prétention est soumise à un délai de péremption de droit matériel – tels les délais prévus aux art. 263, 533 et 929 CC ou 230, 273, 336b al. 2 et 706a CO – ou procédural, par exemple les délais pour agir des art. 209, 211 al. 3 CPC et 83 al. 2 LP ou les délais d’appel ou de recours (art. 311, 314 et 321 CPC)¹³⁷. Le rejet de la restitution est alors une décision finale, susceptible d’appel ou de recours selon que la valeur litigieuse de CHF 10 000.– est ou non atteinte (art. 308 al. 1 lit. a et al. 2 et art. 319 lit. a CPC)¹³⁸. Le tribunal supérieur ne doit vérifier que si l’autorité de première instance n’a pas outrepassé son pouvoir d’appréciation, en ne tenant pas compte d’éléments de fait pertinents ou en qualifiant la faute de légère au lieu de grave, et inversement¹³⁹.

L’admission ou le refus de la restitution peuvent toujours être attaqués dans le cadre d’un appel ou d’un recours contre la décision finale¹⁴⁰. Si une décision par défaut a été rendue (art. 234 al. 1 CPC), le défaillant qui demande la restitution doit s’assurer de respecter le délai de dix jours pour demander la motivation écrite de la décision au fond (art. 239 al. 2 CPC). A réception des considérants écrits, si la décision sur restitution n’a pas encore été rendue, le défaillant devrait déposer parallèlement un appel ou un recours contre la décision finale afin de sauvegarder ses droits dans l’hypothèse où le délai ne lui était pas restitué¹⁴¹. En effet, la procédure de restitution ne suspend pas le délai d’appel ou de recours. L’autorité supérieure devrait quant à elle ordonner la suspension de la procédure de recours jusqu’à droit connu sur la requête en restitution.

2. *Au niveau fédéral*

Un recours au Tribunal fédéral est ouvert pour autant que la décision sur restitution ait été rendue par un tribunal cantonal de dernière instance (art. 75 LTF)¹⁴² et qu’elle constitue une décision finale (art. 90 LTF), par exemple la décision de l’autorité supérieure rejetant la restitution du délai d’appel ou de recours¹⁴³. S’il s’agit d’une décision incidente, le recourant doit démontrer un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 lit. a LTF)¹⁴⁴. Or, comme la décision sur restitution peut être

136 ATF 139 III 478 c. 6.1.

137 ATF 139 III 478 c. 6.2, qui cite expressément les exemples tirés des art. 273, 336b CO et 209 CPC; TC FR du 11.07.2014 n° 101 2014 110 c. 5, en matière de délai de recours manqué.

138 TF 4A_137/2013 du 07.11.2013 c. 7 (non publié à l’ATF 139 III 478).

139 Comp. HAUSER/SCHWERI (n. 68), § 199 N 32.

140 ATF 139 III 478 c. 6.3; TF 4A_171/2013 du 16.05.2013 c. 2.2; KGer SG du 16.06.2014 n° BO.2014.16 c. 2a; OGer ZH du 07.10.2011 n° NG110010-O/U c. 7.

141 HALDY (n. 10), N 573 p. 162.

142 TF 4A_171/2013 du 16.05.2013 c. 2.1; 4A_281/2012 du 22.03.2013 c. 1, DB 2013 p. 42.

143 Comp. TF 4A_137/2013 du 07.11.2013 c. 7.3 (non publié à l’ATF 139 III 478).

144 TF 4A_171/2013 du 16.05.2013 c. 2.2.

attaquée dans le cadre d'un recours contre la décision finale, un tel préjudice n'est *a priori* pas envisageable¹⁴⁵.

Conclusion

La problématique de la restitution n'est pas simple à résoudre puisqu'elle fait face à deux principes contradictoires: le renforcement des chances d'établir la vérité matérielle par l'octroi d'un délai supplémentaire ou la fixation d'une nouvelle audience d'une part et la célérité du procès, d'autre part. Le Code tient compte de ces deux préoccupations. D'un côté, il admet que l'empêchement soit fondé sur un motif légèrement fautif seulement. De l'autre, il impose un délai court, de dix jours, pour déposer la requête en restitution et prive la décision de toutes voies de recours.

Le juge jouit d'un très large pouvoir d'appréciation s'agissant du motif d'empêchement, avec le risque d'importantes différences de pratiques au niveau intercantonal, voire intracantonal. Si des lignes directrices peuvent être tracées, les circonstances du cas d'espèce demeurent toujours déterminantes. Un devoir de diligence accru doit en tout cas être exigé des mandataires professionnels.

La restitution est une institution nécessaire puisqu'elle vise à «réparer» un certain formalisme procédural. En ce sens, la solution du législateur de l'accorder en cas de faute légère seulement doit être approuvée. Cela ne doit cependant pas avoir pour conséquence de déresponsabiliser les parties et leurs mandataires, qui ne craindraient plus de laisser s'écouler un délai sans agir. Le large pouvoir d'appréciation accordé au juge permet certainement de se prémunir contre un tel risque et d'être assuré que les éventuels abus dans ce domaine seront sanctionnés.

Résumé

La restitution de délai fait l'objet de l'art. 148 du Code de procédure civile suisse. Elle permet à une partie qui a omis d'accomplir un acte de procédure à temps ou qui ne s'est pas présentée à une audience d'obtenir un délai supplémentaire ou la fixation d'une nouvelle audience. Des exigences de forme, de délai et de contenu sont posées. Le défaillant doit en particulier rendre vraisemblable qu'il a été empêché d'agir sans faute ou moyennant une faute légère. Lorsque la partie est représentée, le mandataire doit lui aussi avoir été empêché d'agir. Un devoir de diligence accru est exigé des mandataires professionnels.

145 TF 4A_171/2013 du 16.05.2013 c. 2.1.

En admettant une faute seulement légère, le CPC se montre plus souple que d'autres lois fédérales. La distinction entre faute grave et légère ne peut pas être délimitée en tant que telle mais dépend des circonstances d'espèce. Une casuistique, dégagée de la jurisprudence et de la doctrine, permet néanmoins d'en tracer les contours. Le juge dispose dans tous les cas d'un large pouvoir d'appréciation. Dans un souci de célérité de la procédure, le Code ne prévoit aucune voie de recours directe contre la décision sur restitution. Le TF admet cependant une exception, lorsque le refus de restituer entraîne la perte de l'action ou du moyen d'action.

Zusammenfassung

Die Wiederherstellung der Frist wird in Art. 148 der schweizerischen Zivilprozessordnung geregelt. Die Wiederherstellung erlaubt einer Partei, die es versäumt hat, eine Verfahrenshandlung fristgerecht durchzuführen oder die nicht rechtzeitig zu einem Termin erschienen ist, eine Nachfrist zu erhalten oder zu einem Termin erneut vorgeladen zu werden. Die Anforderungen an Form, Frist und Inhalt sind definiert. Die säumige Partei muss insbesondere glaubhaft machen, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Falls eine Partei vertreten ist, muss auch ihr Rechtsbeistand ausser Stande gewesen sein, die Verfahrenshandlung fristgerecht vorzunehmen. Dem berufsmässigen Vertreter obliegt eine besondere Sorgfaltspflicht. Da sie ein leichtes Verschulden zulässt, ist die ZPO weniger streng als anderer Bundesgesetze. Zwischen schwerem und leichtem Verschulden kann nicht allgemein, sondern nur mit Bezug auf konkrete Umstände unterschieden werden. Eine aus Rechtsprechung und Lehre abgeleitete Kasuistik erlaubt dennoch, die groben Linien zu ziehen. In jedem Fall verfügt der Richter über einen weiten Ermessensspielraum. Mit Rücksicht auf die Zügigkeit des Verfahrens sieht die Zivilprozessordnung kein Rechtsmittel gegen den Wiederherstellungsentscheid vor. Das BGer lässt jedoch eine Ausnahme zu, sofern das Verweigern der Wiederherstellung der Frist zum definitiven Verlust der Klage oder eines Angriffsmittels führt.