

Tribunal fédéral – 4A\_50/2021  
destiné à la publication  
1<sup>re</sup> Cour de droit civil  
Arrêt du 6 septembre 2021 (A)

### Traduction et commentaire

#### Proposition de citation :

François Bohnet, L'admission des faits et moyens de preuve nouveaux à l'ouverture des débats principaux : l'étau se resserre. Traduction et commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_50/2021, Newsletter DroitDuTravail.ch novembre 2021

### Newsletter novembre 2021

Admission des faits et  
moyens de preuve  
nouveaux à l'ouverture  
des débats principaux

Art. 228, 229 al. 2 CPC



L'admission des faits et moyens de preuve nouveaux à l'ouverture des débats principaux : l'étau se resserre. Traduction et commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_50/2021, Newsletter DroitDuTravail.ch novembre 2021

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

## I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 4A\_50/2021 du 6 septembre 2021, destiné à la publication, se penche sur le sens à donner à l'expression « à l'ouverture des débats principaux » (« *zu Beginn der Hauptverhandlung* ») employée à l'art. 229 al. 2 CPC. Cet alinéa traite de l'apport de faits et moyens de preuve nouveaux en procédure ordinaire lorsqu'il n'y a pas eu de second échange d'écritures ni de débats d'instruction.

## II. Traduction de l'arrêt<sup>1</sup>

### A. Les faits

#### A.

**A.a.** Par contrat de travail du 10 novembre 2017, la société A. SA (employeur, recourante) a engagé B. (travailleur, intimé) en qualité de Chief Executive Officer (ci-après : CEO) du « Groupe A.a. » (ci-après : Groupe A.a.) avec effet au 1<sup>er</sup> juillet 2017. Le 26 novembre 2017, l'employeur a résilié le contrat de travail en respectant le préavis contractuel au 31 décembre 2018. Le travailleur a été libéré de l'obligation de travailler pour la durée du préavis.

**A.b.** Par courriel daté du même jour, la société A.b. SA a exercé son option d'achat conformément au « Shareholders' Agreement » et a repris les actions de la société A.c. SA, propriété du travailleur, à leur juste valeur (« Fair Value »).

**A.c.** Le 9 janvier 2018, l'employeur a informé le travailleur qu'elle renonçait à la clause de non-concurrence post-contractuelle. Elle précisa toutefois que l'obligation de loyauté pendant la

---

<sup>1</sup> La traduction de l'arrêt est de Xavier Fitz, Mlaw, et François Bohnet.

période de préavis resterait entière. Par courriel du 17 avril 2018, l'employeur a rappelé au travailleur ses devoirs de fidélité et de secret professionnel après que celui-ci ait assisté à la conférence « Healthcare Business International ».

**A.d.** Par lettre du 23 novembre 2018, l'employeur a résilié les rapports de travail sans préavis sur la base de l'art. 337 CO. Le 30 novembre 2018, le travailleur a été informé par la société A.b. SA qu'il était un « bad leaver » au sens du Shareholders' Agreement et qu'il ne recevrait, pour ses actions, qu'un montant équivalant au prix qu'il avait payé. Le 6 décembre 2018, l'employeur a informé le travailleur, à sa demande, qu'il avait grossièrement violé ses obligations de fidélité à diverses reprises, en particulier son obligation de non-concurrence. Le travailleur a nié les allégations dans une lettre datée du 16 décembre 2018. Il a perçu l'intégralité du salaire du mois de novembre 2018 malgré la résiliation sans préavis du 23 novembre 2018.

## **B.**

**B.a.** Le 28 mars 2019, le travailleur a saisi l'Arbeitsgericht de Zurich à l'encontre de l'employeur, concluant à ce que celle-ci soit condamnée à lui payer les montants suivants :

- 40'926 fr. 35 bruts (salaire décembre 2018 plus cotisations LPP de l'employeur) plus intérêts à 5 % dès le 26 novembre 2018 ;
- 133'333 fr. 40 (indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO) plus intérêts à 5 % dès le 26 novembre 2018 ;
- 1'040.– fr. plus 5 % d'intérêts dès le 26 novembre 2018.

Il a en outre conclu au constat du caractère injustifié du licenciement immédiat.

Par jugement du 12 mars 2020, l'Arbeitsgericht a condamné l'employeur à verser au travailleur 38'317 fr. 30 et 16'666 fr. 70 plus intérêts. Pour le surplus, l'Arbeitsgericht a rejeté les conclusions du travailleur ; il n'est notamment pas entré en matière sur la demande en constatation, faute d'intérêt.

**B.b.** Par mémoire du 18 mai 2020, l'employeur a interjeté appel contre cette décision auprès de l'Obergericht du canton de Zurich, concluant à son annulation – dans la mesure où elle l'incrimine – et au rejet de l'action. A titre subsidiaire, la procédure devait être renvoyée à la première instance pour que celle-ci complète les faits et rende une nouvelle décision. Dans son arrêt du 4 décembre 2020, l'Obergericht a rejeté l'appel. Il a jugé que l'employeur ne parvenait pas à remettre en cause le constat de la première instance quant au caractère injustifié de la résiliation immédiate.

## **C.**

Agissant par la voie du recours en matière civile daté du 25 janvier 2021, le recourant invite le Tribunal fédéral à réformer l'arrêt de l'Obergerichts du canton de Zurich, avec suite de frais et dépens, et conclut au rejet de la demande initiale dans son intégralité ; subsidiairement, il conclut au renvoi de la procédure à l'instance précédente. De son côté, l'intimé conclut au rejet du recours. Quant à l'instance précédente, elle a renoncé à se déterminer.

## **B. Le droit**

### **2.**

La recourante fait valoir une violation de l'art. 229 al. 2 CPC, en soutenant que l'autorité précédente a tenu compte des allégations de fait que l'intimé a fait après le moment où la limitation des novas avait pris effet.

**2.1.** L'autorité précédente a considéré qu'il ressortait du procès-verbal de l'audience des débats principaux de première instance que le mandataire du défendeur avait lu ses notes de plaidoirie à partir de la page 2 pour la première fois immédiatement après l'ouverture des débats principaux. Une deuxième lecture de ses notes de plaidoirie – avec des ajouts – a eu lieu dans le cadre de la réplique. Par conséquent, ils ont été introduits dans la procédure avant que la limitation des novae ait pris effet. Le fait que le mandataire du défendeur ait été appelé à faire une nouvelle « présentation des faits » (« *Tatsachenvortrag* ») après la lecture des notes de plaidoirie, qui est restée brève, n'y change rien. Pour cette raison déjà, l'autorité précédente a estimé que l'objection de la recourante, selon laquelle – du fait que les notes de plaidoirie ne pouvaient plus être prises en compte – la présentation des faits de la défenderesse s'était limitée à une affirmation générique et non motivée, n'avait pas lieu d'être retenue.

Le mandataire de l'intimé ayant lu ses notes de plaidoirie dans le cadre de son premier tour de parole, la référence de la recourante à l'[ATF 144 III 67](#) est, pour l'autorité précédente, d'emblée erronée. Qui plus est, l'arrêt cité pouvait, selon elle, difficilement être compris en ce sens qu'il faille présenter, avant les premières plaidoiries au sens de l'art. 228 al. 1 CPC, une présentation de faits séparée, qui devrait être distinguée des premières plaidoiries et qui ne pouvait pas contenir de déclarations sur ce qui avait été précédemment exposé dans la réponse écrite. Quand bien même l'arrêt cité du Tribunal fédéral permettrait de déduire l'exigence d'une présentation des faits distincte supplémentaire, un demandeur devrait être en mesure d'exposer une présentation complète des faits, qui comprendrait également une « réplique » à la réponse. En l'espèce, la recourante et l'autorité précédente n'auraient pas dû presser l'intimé à présenter une présentation des faits qui ne lui permettait pas de se prononcer sur la réponse.

Par ailleurs, les parties avaient été citées à l'audience des débats principaux (réplique/duplique orales) et de conciliation devant le tribunal collégial le 15 juillet 2019. Il en ressortait déjà que l'instance précédente n'avait pas compris le terme de « réplique » au sens de l'art. 228 al. 2 CPC comme un second tour de parole à l'audience des débats principaux, mais comme une présentation des faits de l'intimé après la réponse de la partie défenderesse (avec le droit de présenter des faits et des preuves sans restriction).

**2.2.** La recourante fait grief à l'instance précédente d'avoir constaté, de façon contraire au dossier, que le mandataire de l'intimé, Me Brunner, avait lu sa réplique à l'occasion de sa présentation des faits. Il ressort du procès-verbal de l'audience des débats principaux de première instance que Me Brunner n'a pas lu ses notes de plaidoirie, mais a formulé un seul allégué générique (à savoir que l'intimé n'était, jusqu'à ce jour, pas actif dans le secteur dentaire) en guise d'allégation de faits. Bien que Me Brunner ait tenté à plusieurs reprises de lire sa réplique comme s'il s'agissait d'une présentation des faits, il a été interrompu – selon la recourante – par le mandataire de cette dernière, Me Blesi. A une occasion, il avait lu jusqu'à la page 2, paragraphe 5 de ses notes de plaidoirie, ce qui explique qu'une remarque concernant ce paragraphe figure dans le procès-verbal. Le fait que l'audience des débats principaux ne se soit pas déroulée de la façon dont la première instance l'a – faussement – indiqué aurait pu être déduit par l'instance précédente, non seulement à partir de la structure du procès-verbal, mais également des indications y figurant en page 6. La recourante est d'avis que sur la base de cette constatation des faits qu'elle juge erronée, l'instance précédente a

pris en compte les allégations de faits de l'intimé formulées après la présentation des faits et donc après que la limitation des novas [*Novenschranke*] de l'art. 229, al. 2 CPC soit intervenue.

Elle ajoute que les autres déclarations de l'instance précédente n'étaient pas pertinentes, étant fondées sur ces constatations de fait irrégulières précitées. Elle soutient que l'intimé n'a lu sa réplique qu'après les présentations des faits [et que s]on allégation de faits s'est limitée à l'unique allégué consigné au procès-verbal de l'audience des débats principaux. Elle allègue, enfin, que la constatation de l'instance précédente, selon laquelle la première instance avait cité les parties pour réplique/duplique orales, est également incorrecte, ce que prouvent, d'après elle, les « remarques importantes » figurant sur la citation.

### **2.3.**

**2.3.1.** Il ressort du procès-verbal de l'audience des débats principaux de première instance que le mandataire de la recourante – après que la présidente eut terminé ses explications sur le déroulement de l'audience – a demandé « que, conformément à la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral, l'on procède d'abord aux présentations de faits (*Tatsachenvorträge*) ». Sur ce, le mandataire de l'intimé a déclaré qu'il n'avait pas de faits à ajouter, mais qu'il souhaitait s'exprimer sur « les points soulevés par la partie adverse ». Après que le mandataire de la recourante ait répondu que la réplique n'était pas une allégation de faits et insisté sur le fait que c'était bien les présentations de faits qui devaient faire l'objet de la prochaine étape de la procédure, le mandataire de l'intimé a déclaré que, dans ce cas, il se limiterait, « pour le moment, aux faits et circonstances à présenter au sujet de la réponse » (« *einstweilen auf die Fakten und Tatsachen, die zur Klageantwort zu nennen seien* »). A cet effet, il a introduit ses notes de plaidoirie au procès et les a lues à partir de la deuxième page. Le procès-verbal ne permet pas de savoir immédiatement jusqu'où Me Brunner a pu parvenir dans la lecture de ses notes. Cependant, sur la base d'une note au procès-verbal, « [à] la demande du président, Me Brunner déclare que ses commentaires sur le paragraphe 5 de la page 2 de l'acte 17 [= notes de plaidoirie] représentent un fait » – ce qui a été fait après que Me Blesi a fait remarquer que les déclarations de Me Brunner présentaient en réalité les caractéristiques, « non pas d'une présentation de faits, mais d'un mémoire de réplique » – on peut déduire que Me Brunner a lu ses notes jusqu'au paragraphe 5 de la page 2. Sur ce, Me Brunner n'a apparemment pas poursuivi son exposé, car immédiatement après, le procès-verbal contient la note selon laquelle Me Blesi a déclaré que « le Tribunal fédéral avait déclaré et confirmé à deux reprises dans l'[ATF 144 III 67](#) que la partie demanderesse doit d'abord présenter ses nouveaux faits et moyens de preuve point par point ». Ensuite, sous le titre « Me U. Brunner, docteur en droit, sur la présentation des faits », il a été indiqué que le seul fait qu'il devait présenter était « que le demandeur n'a pas été actif dans le secteur dentaire jusqu'à présent », ce qui était prouvé par les documents déjà présentés lors de la lecture des notes de plaidoirie (notamment un extrait du registre du commerce de la société C. Sàrl). Interrogé par le président, Me Brunner a expressément déclaré qu'il ne voulait pas faire d'autres déclarations sur la présentation des faits.

Il est ainsi clair que le mandataire de l'intimé avait lu ses notes de plaidoirie jusqu'au paragraphe 5 de la p. 2 lors de l'audience des débats principaux de première instance et qu'il n'a ensuite présenté qu'un seul allégué de fait. En déclarant que Me Brunner avait lu pour la première fois l'intégralité de ses notes de plaidoirie à partir de la page 2, immédiatement après l'ouverture des débats principaux, l'instance précédente s'est manifestement trompée dans son appréciation des faits. Comme il ressort du procès-verbal, Me Brunner n'a lu

l'intégralité de ses notes de plaidoirie qu'à l'occasion des premières plaidoiries (en qualité de mandataire du demandeur) après la clôture de la phase d'allégations. On peut se demander si les nouveaux faits et preuves pouvaient encore être présentés de façon illimitée à ce moment-là, ou s'ils auraient dû être soumis aux conditions de l'art. 229 al. 1 CPC.

**2.3.2.** Dans l'[ATF 144 III 67](#) cité, le Tribunal fédéral a estimé que, selon la jurisprudence, chaque partie ne dispose que de deux tours de parole 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 – s'il n'y en a pas – lors de 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), c'est-à-dire avant les premières plaidoiries des parties selon l'art. 228 CPC ([ATF 144 III 67](#), consid. 2.1). Le fait que l'expression « à l'ouverture des débats principaux » se rapporte à la phase précédant les premières plaidoiries des parties a été réaffirmé par la suite dans de nombreux arrêts (notamment l'[ATF 144 III 519](#), consid. 5.2.1 ; arrêts 4A\_431/2020 du 29 décembre 2020, consid. 6.1 ; 4A\_194/2020 du 29 juillet 2020, consid. 5.3.1 ; 5A\_641/2019 du 30 juin 2020, consid. 5.4 ; 5A\_763/2018 du 1<sup>er</sup> juillet 2019, consid. 2.1.2.2 ; 4A\_535/2018 du 3 juin 2019, consid. 4.2.1 ; 4A\_243/2018 du 17 décembre 2018, consid. 4.2.1 ; 4A\_494/2017 du 31 janvier 2018, consid. 2.4.1). L'art. 229 al. 2 CPC n'a cependant pas (encore) fait l'objet d'une discussion approfondie.

#### **2.3.2.1. Cette jurisprudence a été critiquée en doctrine.**

**2.3.2.1.1.** LEUENBERGER estime ainsi que l'[ATF 144 III 67](#) est incohérent. Dans le cas d'une réplique ou d'une duplique écrites, les novae ne seraient pas non plus présentés dans un mémoire avant les écritures, mais dans le contexte des écritures. Selon LEUENBERGER, « à l'ouverture des débats » aurait bien pu être interprété dans le sens de « lors des premières plaidoiries ». Néanmoins, il serait clair que les faits nouveaux ne pouvaient plus être soulevés sans limitation dans les réplique et duplique (art. 228 al. 2 CPC) des premières plaidoiries (CHRISTOPH LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2018, 1<sup>re</sup> partie : Zivilprozessrecht im internen Verhältnis, RJN 156/2020, pp. 101 ; *idem*, Note zum urteil 4A\_338/2017 vom 24. November 2017, RSPC 2018, p. 117 ; également ERICH KAUFMANN, Noven in der Hauptverhandlung [Art. 229 ZPO] – Was heisst « zu Beginn der Hauptverhandlung » ?, in : Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2019, p. 83 s.).

**2.3.2.1.2.** SOGO/BAEHLER vont même plus loin en critiquant la décision comme étant peu convaincante. Selon eux, l'expression « à l'ouverture des débats principaux » doit être interprétée comme se rapportant à la réplique et la duplique (probablement au sens de l'art. 228 al. 2 CPC) (SOGO/BAEHLER, Aktenschluss im summarischen Verfahren, PJA 2020, ndbp 20).

**2.3.2.1.3.** TAPPY ne critique pas explicitement la jurisprudence du Tribunal fédéral, mais s'y oppose dès lors qu'il adopte un point de vue différent tout en s'y référant. Selon lui, l'art. 229 al. 2 CPC doit être compris en ce sens que de nouveaux faits et preuves peuvent encore être introduits dans la procédure « au début des premières plaidoiries » (DENIS TAPPY, in : Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2<sup>e</sup> éd. 2019, n. 19 *ad* art. 229 CPC ; *id.*, *loc. cit.*, n. 13 sur l'art. 228 CPP). Cependant, ses explications ne contiennent aucune justification à ce sujet.

**2.3.2.1.4.** BOHNET critique cette jurisprudence comme étant trop formaliste. Selon lui, elle complique inutilement la procédure, car il faut distinguer entre les faits qui n'ont pas encore

été introduits dans la procédure et ceux qui l'ont déjà été et qui peuvent donc être repris dans le cadre des premières plaidoiries des parties (FRANÇOIS BOHNET, Note sur l'arrêt 4A\_338/2017 du 24 novembre 2017, RSPC 2018, p. 117). Ailleurs, BOHNET qualifie la jurisprudence, sans autre justification, de « stricte » (*id.* : Restriction de la possibilité d'alléguer en procédure sommaire [arrêt 4A\_557/2017], Newsletter [bail.ch](https://bail.ch) d'avril 2018, <<https://bail.ch/bail/page/newsletter>> [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021], p. 4) ou de discutable en procédure ordinaire et dénuée de sens en procédure simplifiée (*id.* : Ecritures, maximes de procédure et débats dans le procès civil social, in : Le procès civil social, 2018, N 37).

**2.3.2.1.5. HEINZMANN**, pour sa part, souligne que les premières plaidoiries des parties devraient donner aux parties l'occasion de se prononcer sur l'état de fait. Il n'est donc pas possible de comprendre pourquoi la phase d'allégations devrait être avancée. Pour lui, cette restriction prive dans une large mesure les premières plaidoiries de leur fonction, sans que des raisons d'économie de procédure ne l'imposent (MICHEL HEINZMANN, Newsletter ZPO Online du 7 février 2018, Bemerkungen zum Urteil BGer 4A\_338/2017, <<https://zpo-cpc.ch/newsletter>> [consulté le 30 avril 2021] ; *id.* : Allégation et contestation – le ping-pong procédural, DC 2019 p. 141).

**2.3.2.1.6. SOGO/NAEGELI** se veulent également critiques, affirmant que l'[ATF 144 III 67](#) soulève des questions tant en termes de forme que de contenu. Pour eux, le Tribunal fédéral a repris une question dans un *obiter dictum* sans que cela fût nécessaire et y a répondu, sans autre justification, en s'écartant délibérément de sa jurisprudence antérieure. Ils estiment, de plus, que la solution prescrite n'est pas très praticable. Ils y voient une source d'erreur considérable, car les tribunaux et les parties pourraient aisément faire abstraction des présentations de faits non prévues par la loi (sur cette question, SOGO/NAEGELI, in : Kurzkomentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3<sup>e</sup> éd. 2021, N 17a *ad* art. 229 CPC).

**2.3.2.1.7. BRUGGER, en revanche, salue cette jurisprudence.** Il interprète l'[ATF 144 III 67](#) en ce sens que les faits et moyens de preuve nouveaux doivent être allégués, resp. produits dans une déclaration distincte, qui précède les premières plaidoiries, qu'il appelle un « Tatsachenvortrag » (présentations de faits). Dans ces allégués, seuls les nouveaux faits et moyens de preuve devaient être présentés, tandis que toutes les autres déclarations allant au-delà des faits et moyens de preuve nouveaux devaient être réservées pour les premières plaidoiries. Si une partie plaide dans ses présentations de faits, le tribunal doit la renvoyer aux premières plaidoiries. Après cette deuxième occasion pour les parties de s'exprimer de manière illimitée, la phase d'allégation est close (cf. sur cette question DANIEL BRUGGER, Der Tatsachenvortrag « zu Beginn » der Hauptverhandlung [Art. 229 Abs. 2 ZPO], PCEF 45/2020, p. 26).

Cette séparation stricte entre les présentations de faits et les premières plaidoiries tient compte de la nature orale de la procédure. Ainsi, les parties peuvent tout d'abord se concentrer sur la formulation de nouvelles allégations, la présentation ou la demande de nouvelles preuves et la contestation des allégations de la partie adverse. Dans les premières plaidoiries, elles n'auraient plus à se soucier d'affirmer et de nier, mais pourraient se concentrer sur la justification de leur demande et convaincre le tribunal de leur position (BRUGGER, loc. cit., p. 27). Qui plus est, une telle approche améliorerait l'égalité des armes, car sinon le défendeur devrait répondre immédiatement (ou tout au plus après une courte pause) à la présentation orale du demandeur, que ce dernier a pu préparer sur la base de la réponse écrite. Cette inégalité serait atténuée par la présentation des faits, car il identifierait

clairement les nouveaux faits et moyens de preuve individuels du demandeur, ce qui permettrait au défendeur de répondre plus facilement de manière adéquate (BRUGGER, loc. cit., p. 27). A ceux qui s'opposent à une présentation séparée des faits, du fait qu'une telle présentation compliquerait inutilement la procédure, BRUGGER oppose que, si la préparation de l'audience des débats principaux peut prendre plus de temps, elle la simplifie tant pour les parties (en se concentrant d'abord sur les affirmations, puis sur sa motivation) que pour le tribunal (en dressant un procès-verbal) (BRUGGER, loc. cit., p. 27 s.). Bien qu'il ne soit pas exclu que des doublons se produisent entre les présentations de faits et les premières plaidoiries des parties, ceux-ci pourraient être réduits au minimum si le tribunal ne citait les parties aux débats principaux que s'il n'y a pas lieu à s'attendre à de nombreux nouveaux faits et moyens de preuve (BRUGGER, loc. cit., p. 28).

**2.3.2.1.8. D'autres auteurs se rallient à la jurisprudence du Tribunal fédéral** sans la commenter (p. ex. BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 10<sup>e</sup> éd. 2018, chap. 5 N 42 ; STAEHELIN/STAEHELIN/BACHOFNER, in : *Zivilprozessrecht*, 3<sup>e</sup> éd. 2019, § 10 N 40b et § 21 N 9a).

**2.3.2.2. Avant l'ATF 144 III 67**, la doctrine s'interrogeait déjà sur le sens à donner à l'expression « à l'ouverture des débats principaux ».

**Selon la conception la plus restrictive**, les faits et éléments de preuve nouveaux devraient être introduits **avant les premières plaidoiries** des parties (ainsi FABIENNE HOHL, *Procédure civile*, vol. I, 2<sup>e</sup> éd. 2016, N 1331 ; *id.* *Procédure civile*, vol. II, 2<sup>e</sup> éd. 2010, N 1196 ; DOMINIK MILANI, *Die Handhabung der Eventualmaxime im vereinfachten Verfahren unter besonderer Berücksichtigung von Art. 229 Abs. 2 ZPO*, Jusletter du 16 mai 2011, N 61).

**Le pôle opposé** était formé par les auteurs qui voulaient encore admettre des faits et moyens de preuve nouveaux (à savoir LAURENT KILLIAS, in : *Berner Kommentar*, vol. I, 2012, N 19 **dans la réplique et la duplique au sens de l'art. 228 al. 2 CPC** *ad* art. 229 CPC ; DANIEL WILLISEGGER, in : *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3<sup>e</sup> éd. 2017, N 8 et N 38 *ad* art. 229 CPC).

- **Une position médiane** a été adoptée par ceux qui faisaient valoir que les faits et moyens de preuve nouveaux devaient tout de même être pris en compte sans restriction s'ils étaient présentés **au cours des premières plaidoiries** au sens de l'art. 228 al. 1 CPC, certains auteurs exigeant que ces faits nouveaux soient présentés **tout au début des premières plaidoiries** (HOFMANN/LÜSCHER, *Le Code de procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd. 2015, p. 212 ; RAFAEL KLINGLER, *Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2010, N 421), **tandis que d'autres ne préconisaient pas une telle restriction** (ainsi THOMAS ENGLER, in : *ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2<sup>e</sup> éd. 2015, N 3a *ad* art. 229 CPC ; CHRISTOPH LEUENBERGER, in : *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO]*, 3<sup>e</sup> éd. 2016, N 12 *ad* art. 229 CPC ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2<sup>e</sup> éd. 2016, N 11.109 ; SEBASTIEN MORET, *Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2014, N 214 et s. ; ÉRIC PAHUD, *Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Kommentar*, 2<sup>e</sup> éd. 2016, N 21 *ad* art. 229 CPC ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, 2<sup>e</sup> éd. 2013, § 10 N 40b ; également pour le stade des premières plaidoiries, mais sans qu'il soit clair si cela comprend également la réplique et la duplique au sens de l'art. 228 al. 1 CPC : GASSER/RICKLI, in : *Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kurzkomentar*, N 7 *ad*

art. 229 CPC ; NAEGELI/MAYHALL, in : *Kurzkommentar ZPO*, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2<sup>e</sup> éd. 2014, N 16 *ad* art. 229 CPC ; MICHAËL WIDMER, in : *Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO]*, Stämpfli Handkommentar, 2010, N 3 *ad* art. 229 CPC).

**2.3.3.** Il convient sur cette base de déterminer ce qu'il faut entendre par l'expression « à l'ouverture des débats principaux ».

**2.3.3.1. La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale).** Si le libellé n'est pas tout à fait clair et si plusieurs interprétations sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme au regard de tous les éléments d'interprétation. Il tiendra notamment compte de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique). Il doit en outre rechercher le but de la règle, son esprit, ainsi que les valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique). Il doit, encore, tenir compte de la situation systématique de la norme dans son contexte, ainsi que de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Le Tribunal fédéral s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme et ne privilégie aucune méthode d'interprétation ([ATF 146 III 217](#), consid. 5 ; [145 III 324](#), consid. 6.6 ; [144 III 29](#), consid. 4.4.1 ; [131 III 314](#), consid. 2.2 ; [121 III 460](#), consid. 4a/bb ; avec les renvois).

**2.3.3.2. La version allemande** de l'art. 229 al. 2 CPC indique que de nouveaux faits et preuves peuvent être présentés sans limitation « zu Beginn der Hauptverhandlung » [*« au début des débats principaux »*]. Le législateur semble comprendre qu'il s'agit d'un moment antérieur aux débats principaux « proprement dits », puisque l'alinéa 1 de l'art. 229 CPC dispose que les nouveaux faits et preuves ne sont « admis [...] aux débats principaux » que dans des conditions limitées. Les premières plaidoiries en vertu de l'article 228 du CPC sont présentées « in der Hauptverhandlung » [*« aux débats principaux »*], c'est-à-dire en tout cas pendant les débats principaux. Le fait qu'elles se tiennent immédiatement après l'ouverture, au début des débats principaux, n'est pas expressément indiqué dans le Code de procédure civile. Le fait que la loi parle, à l'art. 229 al. 2 CPC, du début des débats principaux et ne se réfère pas aux premières plaidoiries mentionnées plus haut à l'art. 228 CPC indique que l'expression « zu Beginn der Hauptverhandlung » se réfère à un moment différent de celui de « nach der Eröffnung der Hauptverhandlung ».

Contrairement à la version allemande, **le texte français** fait référence à l'ouverture des débats principaux à la fois à l'art. 229 al. 2 CPC et à l'art. 228 al. 1 CPC, bien que la formulation diffère. **Alors que de nouveaux faits et preuves peuvent être introduits « à l'ouverture des débats principaux », les premières plaidoiries sont faites « une fois les débats principaux ouverts ».** Cette dernière formulation fait référence à un processus achevé, à savoir le moment où l'audience des débats principaux a déjà été ouverte. En revanche, « à l'ouverture » signifie un moment à l'ouverture [ndT : dans le sens allemand de « Eröffnung »], qui précède donc les premières plaidoiries. La version française du Code de procédure civile confirme ainsi la constatation faite à partir du libellé de la version allemande que l'art. 229 al. 2 CPC se réfère à un moment différent de celui de l'art. 228 CPC, le texte français permettant de déduire que le premier moment, c'est-à-dire celui au sens de l'art. 229 al. 2 CPC, précède le second.

Comme dans la version allemande, le **texte italien** de l'art. 229 al. 2 CPC indique que de nouveaux faits et preuves peuvent être présentés à l'ouverture des débats principaux



(« all'inizio del dibattimento »). Les deux versions linguistiques sont également identiques pour ce qui est de l'art. 228 al. 1 CPC (« [n]ach Eröffnung der Hauptverhandlung », resp. « [a]perto il dibattimento »), si bien que ce qui a été dit à propos du texte allemand vaut également pour la version italienne.

**Par conséquent, l'interprétation littérale (*sprachlich-grammatikalische Element*) suggère que « à l'ouverture des débats principaux » signifie un moment dans le temps avant les premières plaidoiries des parties au sens de l'art. 228 CPC.**

**2.3.3.3.** Les actuels art. 228 s. CPC correspondent aux art. 224 s. du Projet du Conseil fédéral pour un Code de procédure civile suisse (P-CPC ; FF 2006 7068). Alors que l'art. 224 P-CPC a été incorporé sans modification dans le Code de procédure civile actuel et constitue désormais son art. 228 CPC, l'art. 225 al. 1 P-CPC contenait une disposition qui s'écartait de l'art. 229 al. 2 CPC. Selon cette disposition, les parties pouvaient « [...] alléguer des faits ou produire des moyens de preuve nouveaux jusqu'à la fin des premières plaidoiries ». La Commission du Conseil des Etats (Premier Conseil) chargée de l'examen préalable a proposé de modifier l'art. 225 al. 1 P-CPC de manière que les faits et moyens de preuve nouveaux ne soient admis aux débats principaux que « s'ils [let. a] sont produits sans retard ; et [lit. b] s'ils ne pouvaient être invoqués antérieurement en dépit de la diligence requise » (BO 2007 p. 529). Ainsi, la phase d'allégation devait être clôturée avant les débats principaux. Le Conseil national a rejeté cet amendement et approuvé le projet du Conseil fédéral (BO 2008 N 964). Une minorité a (même) proposé que les « nouvelles allégations, exceptions et contestations » soient pris en compte sans restriction « jusqu'à la fin des dernières plaidoiries » (BO 2008 N 964 s.). Alors que le Conseil des Etats a continué à s'en tenir à la version de sa commission (BO 2008 S 728), **la Commission du Conseil national a proposé de supprimer l'art. 225 al. 1 P-CPC et d'ajouter un alinéa 2<sup>bis</sup> à l'art. 225 P-CPC, qui correspond presque mot pour mot à l'actuel art. 229 al. 2 CPC (« S'il n'y a pas eu de deuxième échange d'écritures, ni de débats d'instruction, des faits et moyens de preuve nouveaux sont admis à l'ouverture des débats principaux »).** Lors des débats aux Conseils, cette proposition a été unanimement décrite comme une solution de compromis (Thanei, Aeschbacher, Widmer-Schlumpf, Lüscher et Vischer, BO 2008 N 1629 ss ; Janiak, BO 2008 E 883). D'une part, le postulat de l'accélération de la procédure et l'argument des coûts exigeraient que les nova soient exclus (aux débats principaux) ; d'autre part, le postulat de l'établissement de la vérité exigerait un droit des novas le plus large possible (Thanei, AB 2008 N 1629 ; de même Fluri et Vischer, BO 2008 N 1630 s.). Cette solution de compromis a ensuite été soutenue par le Conseil national (BO 2008 N 1631) et le Conseil des Etats (BO 2008 E 883).

**Du fait que la solution proposée par le Conseil fédéral (interdiction des novas après les premières plaidoiries des parties) a été rejetée comme étant trop large et que celle du Conseil des Etats (interdiction des novas avant l'audience des débats principaux) a été rejetée comme étant trop restrictive et que les Conseils ont eu l'intention de trouver un compromis, on peut conclure que, dans tous les cas, le point de vue représenté dans la doctrine est contraire à l'interprétation historique, qui veut permettre de nouveaux faits et preuves tout au long des premières plaidoiries des parties, c'est-à-dire également dans la réplique et la duplique au sens de l'art. 228 al. 2 CPC.** Il n'est pas clair, en revanche, si le Conseil fédéral, avec sa proposition de tenir compte des faits et moyens de preuve nouveaux « jusqu'à la fin des premières plaidoiries », entendait également inclure la réplique et la duplique au sens de l'art. 228 al. 2 CPC (= art. 224 al. 2 P-CPC). Si cela était vrai, on pourrait

déjà parler de compromis si les novas ne pouvaient être introduits sans restriction que lors des premiers allégués dans chaque cas. Si, en revanche, on comprenait la phrase comme signifiant que le Conseil fédéral voulait exclure la réplique et la duplique, l'expression « à l'ouverture des débats principaux » devrait signifier un moment avant les premières plaidoiries des parties, sans quoi il ne pourrait être question de compromis.

**Un indice du fait que la clôture de la phase d'allégations devait intervenir avant les premières plaidoiries se trouve dans la prise de parole de LÜSCHER pour la Commission des affaires juridiques du Conseil national (BO 2008 N 1630), qui a proposé l'art. 225 al. 2<sup>bis</sup> P-CPC. Selon lui, il devait être possible, en vertu de cette disposition, d'introduire de nouveaux faits et preuves dans la procédure avant le début de l'audience des débats principaux, sans restriction. Bien que cette déclaration soit en contradiction avec le libellé de l'art. 225 al. 2<sup>bis</sup> P-CPC (« à l'ouverture des débats principaux »), elle peut être considérée comme une indication que, de l'avis de la Commission, les faits et moyens de preuve nouveaux ne devraient être admissibles dans les premières plaidoiries que dans une mesure limitée.**

**Par conséquent, on peut conclure de l'interprétation historique que des faits et moyens de preuve nouveaux ne peuvent plus être apportés sans restriction, en tout cas dans la réplique et la duplique au sens de l'art. 228 al. 2 CPC.** L'examen de l'évolution historique de la norme plaide plutôt en faveur de l'hypothèse selon laquelle la limitation des novas prend effet avant les premières plaidoiries des parties déjà.

**2.3.3.4. Au niveau systématique, il convient de noter que rien ne peut être déduit de la structure de l'art. 229 CPC qui puisse contribuer à la résolution de la question à laquelle il faut répondre ici. Il en va de même pour l'intégration de la disposition au niveau du chapitre (« Débats principaux », art. 228-234 CPC) ainsi qu'aux niveaux supérieurs de la systématique de la loi.**

**2.3.3.5. La disposition de l'art. 229 al. 2 CPC vise à garantir que les parties puissent disposer de deux tours de parole illimités.** Cet objectif est atteint indépendamment du fait que cette déclaration soit faite au cours des premières plaidoiries ou auparavant (séparément). Comme indiqué dans la genèse de la norme (consid. 2.3.3.3 ci-dessus), le législateur a voulu, avec l'art. 229 al. 2 CPC, trouver un compromis entre l'intérêt d'accélérer la procédure (et la réduction des coûts qui en découle) d'une part et l'intérêt de découvrir la vérité de la manière la plus libre possible d'autre part. Chacun des moments proposés dans la doctrine pour la clôture de la phase d'allégations rend également justice à ces deux intérêts, car ils se situent tous dans l'audience des débats principaux (et non avant) et retardent tous la procédure de la même manière. **Que cette disposition ait été destinée à d'autres objectifs, comme cela est parfois discuté dans la doctrine (par exemple, la simplification des débats principaux ou le renforcement de l'égalité des armes), ne peut être déduit des travaux préparatoires.**

La finalité de la disposition ne permet donc pas de déterminer si l'expression « à l'ouverture des débats principaux » se réfère à un moment précédant les premières plaidoiries des parties, ou plutôt aux premières prises de paroles dans le cadre des premières plaidoiries au sens de l'art. 228 al. 1 CPC, voire aux réplique et duplique au sens de l'art. 228 al. 2 CPC.

**2.3.3.6. Alors que les interprétations systématique et téléologique n'apportent aucun éclairage sur le sens de l'art. 229 al. 2 CPC, l'interprétation littérale suggère que l'expression « à l'ouverture des débats principaux » désigne un moment antérieur aux premières**

**plaidoiries des parties au sens de l'art. 228 CPC.** L'interprétation historique va dans le même sens. Dans le cadre d'une appréciation globale, il y a donc lieu de constater que des faits nouveaux (qui comprennent également les contestations de faits ; arrêt 4A\_498/2019 du 3 février 2020 consid. 1.5) et les preuves doivent être introduites au procès avant les premières plaidoiries, conformément à l'art. 229 al. 2 CPC. Cette présentation (illimitée) au début de l'audience des débats principaux doit donc être distinguée des premières plaidoiries des parties, mentionnées à l'art. 228 CPC.

**Il faut certes concéder aux auteurs qui rejettent un tel procédé en faisant valoir tant qu'il n'est pas praticable et qu'il complexifie la procédure, qu'une telle séparation occasionne aux parties plus de travail de préparation de l'audience et que le temps que prend l'audience principale pourrait (marginale) augmenter, mais ces inconvénients sont compensés par le fait que les nouveaux éléments doivent ainsi être formulés clairement pour la partie adverse et le tribunal, ce qui décharge le tribunal et favorise aussi l'égalité des armes.**

**2.3.4.** En l'espèce, ni un second échange d'écritures ni une audience d'instruction n'ont eu lieu, raison pour laquelle il était loisible aux parties de présenter des faits et moyens de preuve nouveaux à l'ouverture des débats principaux (art. 229 al. 2 CPC). Ainsi qu'il a été expliqué ci-dessus, il ressort du procès-verbal de l'audience des débats principaux de première instance que le mandataire de l'intimé a tenté de lire ses notes de plaidoirie après l'ouverture de l'audience, mais qu'il en a, à plusieurs reprises, été empêché par le mandataire de la partie adverse, lequel invoquait l'absence de caractère de « présentation des faits » de ses déclarations. La direction de la procédure de première instance a approuvé cette intervention, car elle n'a enregistré dans le procès-verbal qu'une affirmation factuelle de l'intimé sous la rubrique « présentation de faits ». L'intimé n'ayant pas contesté (en substance) les allégations du mémoire de réponse du recourant (cf. [ATF 141 III 433](#), consid. 2.6), celles-ci devraient être considérées comme admises dans la mesure où les contestations ultérieures de l'intimé dans les premières plaidoiries au sens de l'art. 228 CCP ne devaient pas être prises en compte comme des vrais novas ou des pseudo novas au sens de l'art. 229 al. 1 CPC.

**2.3.5.** On peut se demander si l'intimé a été privé du droit d'introduire des faits et moyens de preuve nouveaux en temps utile et, en particulier, de contester les allégations que la recourante a faites au cours de l'échange d'écritures, en raison du comportement du mandataire de la recourante et de l'approbation de celui-ci par la première instance.

**2.3.5.1.** L'autorité précédente a considéré, dans le sens d'une motivation subsidiaire, que la recourante et la première instance n'auraient pas dû presser l'intimé dans une présentation de faits qui ne permettait pas de se prononcer sur la réponse à la demande.

**2.3.5.2.** Après que le mandataire de la recourante a requis, suite aux commentaires de la présidente sur le déroulement de l'audience, « que, conformément à la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral, l'on procède en premier aux présentations de faits », le mandataire de l'intimé a déclaré « qu'il n'avait pas de faits à présenter, mais souhaitait s'exprimer sur les points de la partie adverse ». Le mandataire de la recourante ayant insisté « pour que les parties exposent d'abord les faits et moyens de preuve nouveaux et passent ensuite seulement aux plaidoiries », il a déclaré qu'il « se limiterait pour l'instant aux faits et moyens de preuve à exposer par rapport à la réponse ». Pour cette raison apparemment, il s'est abstenu (pour l'instant) de lire la première page de ses notes de plaidoirie, laquelle contenait, entre autres, les conclusions. Au lieu de cela, il a commencé sa présentation sur la

deuxième page. Sur ce point, après avoir introduit par la formulation « Le fait est que : », quatre affirmations sont faites. Viennent ensuite les commentaires sur la réponse du défendeur (« En ce qui concerne les différents points de la réponse : »), dans lesquels l'intimé confronte son point de vue aux allégations formulées dans la réponse et conteste ainsi (partiellement) celui de la recourante. Tant les quatre allégations susmentionnées que les commentaires sur la réponse constituent des faits nouveaux. Les premiers ont été partiellement complétés par de nouveaux moyens de preuve. Contrairement à l'avis du mandataire de la recourante, il ne s'agit pas de moyens qui auraient dû être présentés dans le cadre des premières plaidoiries. Au contraire, ces déclarations sont, tant par leur contenu que par leur forme, telles qu'elles l'auraient été – dans le cas d'un second échange d'écritures – dans une réplique écrite, où les affirmations factuelles de la partie adverse sont reconnues ou contestées.

**Dès lors, le mandataire de la recourante a agi de façon contraire à la bonne foi (art. 52 CPC) lorsque, alors que le mandataire de l'intimé voulait présenter des faits, il a interrompu la lecture de son confrère et a insisté pour que les faits et moyens de preuve nouveaux soient présentés point par point, ce qui a fait que l'intimé n'a pas pu lire intégralement ses notes avant les premières plaidoiries. Si ce dernier avait pu lire ses notes sans entrave, les faits et moyens de preuve auraient été introduits au procès « à l'ouverture des débats principaux » au sens de l'art. 229 al. 2 CPC et auraient dû être pris en compte sans tenir compte de l'art. 229 al. 1 CPC.** En protégeant les interventions (injustifiées) du mandataire de la recourante, alors qu'elle aurait dû appliquer d'office le droit (de procédure) (art. 57 CPC) et en assurer le respect dans le cadre de sa mission de conduite du procès (art. 124 al. 1 1<sup>re</sup> phrase CPC), la première instance a privé l'intimé de son droit de présenter de façon illimitée les faits et moyens de preuve nouveaux à l'ouverture des débats principaux. Cela constitue également une violation de l'art. 52 CPC. Comme l'intimé ne doit subir aucun désavantage de ce comportement contraire à la bonne foi, les faits nouveaux présentés dans le cadre de la première prise de parole dans les premières plaidoiries au titre de l'art. 228 CPC doivent être pris en compte de façon illimitée, c'est-à-dire sans tenir compte de la limitation des *novas* de l'art. 229 al. 1 CPC, comme l'a fait à juste titre (dans le résultat) l'instance précédente. Dès lors que la recourante se plaint à divers endroits de son mémoire de recours que l'autorité précédente n'aurait pas dû tenir compte des déclarations de l'intimé dans sa réplique et aurait dû fonder son jugement sur les siennes, demeurées incontestées, il n'y a donc pas lieu de la suivre.

**2.4.** Par conséquent, contrairement à ce que soutient la recourante, on ne perçoit aucune violation de l'art. 229 al. 2 CPC en l'espèce.

### III. Commentaire

L'[ATF 140 III 312](#), consid. 6.3.2.3 avait posé le principe selon lequel les parties ont deux chances d'alléguer et de proposer des preuves sans restriction en procédure ordinaire. Il indiquait que ces deux possibilités prenaient la forme soit d'un double échange d'écritures, soit d'un échange d'écritures puis d'une audience d'instruction, soit enfin, en se référant à LEUENBERGER, TAPPY ET NAEGELI/MAYHALL, d'un échange d'écritures puis des premières prises de parole dans le cadre des premières plaidoiries. Trois ans et demi plus tard, l'[ATF 144 III 67](#), consid. 2.1 n'avaient pas manqué de surprendre la doctrine, puisque, tout en reprenant les principes posés dans ce précédent, il nuançait la troisième hypothèse, la jugeant imprécise, et retenait sous forme d'*obiter dictum* que la deuxième faculté d'alléguer sans restriction devait

dans ce cas intervenir *avant* les premières plaidoiries des débats principaux. Aucune référence ne venait agrémente cette affirmation. Deux mois plus tard, le Tribunal fédéral reprenait sa nouvelle formule, dans l'arrêt 4A\_494/2017 du 31 janvier 2018, consid. 2.4.1, RSPC 2018 193. Il ne faisait alors plus même référence à l'[ATF 140 III 312](#), tout comme dans l'[ATF 144 III 519](#), consid. 5.2.1, du 8 octobre 2018. Puis, en juin 2019, l'arrêt 4A\_535/2018 du 3 juin 2019, consid. 4.2.1, RSPC 2019 387, reprenait à nouveau cette formule, en faisant alors référence à un auteur, DANIEL BRUGGER, greffier de la Cour, dans un article paru en 2019<sup>2</sup>.

L'arrêt 4A\_50/2021 du 6 septembre 2021 reprend l'analyse, en partant de l'affirmation posée dans l'[ATF 144 III 67](#). L'approche de l'[ATF 140 III 312](#) n'est plus évoquée. Pourtant, elle avait tout son sens. L'*élément clé*, dégagé par le Tribunal fédéral dans l'[ATF 144 III 67](#), est celui de la double chance d'alléguer. Il ressort clairement des débats parlementaires. Alors que le projet du Conseil fédéral autorisait les parties à alléguer et proposer des preuves jusqu'à la fin des premières plaidoiries, le texte adopté, fruit d'un compromis aux Chambres fédérales – le Conseil des Etats voulant interdire toute allégation et nouveau moyen de preuve aux débats principaux, sauf cas de novae et pseudo-novae – donne en effet aux parties deux chances d'alléguer. Et LUSCHER<sup>3</sup> présentait ainsi les choses devant le Conseil national : « *Ce compromis de la majorité de la commission permet donc, par le biais de trois exceptions que j'ai présentées, de faire en sorte que la partie ou l'avocat ayant oublié des faits - quelle qu'en soit la raison - peut les présenter avant le début des débats principaux. Il existe donc toujours au moins une deuxième chance et cela permet de satisfaire le droit de la procédure civile.* » La troisième exception était précisément la possibilité d'alléguer des faits et de proposer des preuves sans restriction au début des débats principaux faute d'avoir eu l'occasion de le faire dans un second échange d'écritures ou à une audience de débats d'instruction. En d'autres termes, le compromis portait sur la garantie de pouvoir alléguer une seconde fois en toute circonstance.

Entre la version du Conseil fédéral et celle du Conseil des Etats, la différence essentielle était la possibilité d'alléguer et de proposer des preuves sans restriction jusqu'à la fin des premières plaidoiries dans le projet (qu'il y ait eu un second échange d'écritures ou des audiences de débats d'instruction), alors que la clôture de la phase d'allégations devait intervenir en toute hypothèse avant les débats principaux dans la version du Conseil des Etats. Ainsi, le compromis portait sur la garantie d'une seconde chance, matérialisée par la possibilité d'alléguer aux débuts des débats principaux *lorsqu'il n'y avait pas eu de double échange ou de débats d'instruction*. Il est donc inexact de retenir, comme le fait le Tribunal fédéral dans l'arrêt 4A\_50/2021, consid. 2.3.3.3, qu'il n'y aurait plus eu de compromis si le nouveau texte devait être compris comme permettant d'alléguer et de proposer des preuves sans restriction jusqu'à la fin des premières plaidoiries. Le projet du Conseil fédéral l'autorisait en effet en toute hypothèse (i.e. y compris si les parties avaient déjà fait usage de leurs deux possibilités de s'exprimer), alors que le texte voté (art. 229 al. 2 CPC) ne permet une telle allégation et offre de preuves que s'il n'y a pas eu de double échange d'écritures ou de débats d'instruction. Autant dire qu'il est inexact de soutenir que le point de vue représenté dans la doctrine est contraire à l'interprétation historique.

---

<sup>2</sup> BRUGGER DANIEL, Der Tatsachenvortrag « zu Beginn » der Hauptverhandlung, PCEF 2019 22.

<sup>3</sup> LUSCHER, BO CN 2008 1630.

Quant à la prise de parole de LUSCHER, à laquelle se réfère le Tribunal fédéral en soutien de sa compréhension du compromis, elle ne saurait, à notre sens, servir de fondement à une interprétation historique, puisqu'il s'agit en réalité d'un lapsus<sup>4</sup>. Dans leur ouvrage, HOFMANN/LÜSCHER<sup>5</sup> retiennent du reste que le compromis auquel le Conseil national est parvenu portait sur une possibilité d'alléguer sans restriction *au début des premières plaidoiries* s'il n'y avait pas eu de double échange d'écritures ou de débats d'instruction.

Partant de là, il nous semble que l'approche du Tribunal fédéral perd son assise.

Par ailleurs, et contrairement à ce qu'il affirme (consid. 2.3.3.4), *l'interprétation systématique* du texte montre que, dans le projet du Conseil fédéral, les premières plaidoiries constituent le premier acte des débats principaux, puisque l'art. 224 P-CPC qui leur est consacré est le premier du chapitre dédié aux débats principaux. On retrouve cette structure dans le texte voté (art. 228 CPC). Alors que l'art. 225 al. 1 P-CPC autorisait l'allégation de faits et moyens de preuve nouveaux jusqu'à la fin des premières plaidoiries, l'art. 229 CPC ne reprend pas ce principe, puisqu'il débute par les hypothèses restrictives des nova et pseudo-nova (al. 1), pour ensuite seulement poser l'exception d'une allégation sans restriction aux débuts des débats principaux lorsqu'il n'y a pas eu de second échange d'écritures ou d'audience de débats d'instruction (al. 2). La structure démontre ainsi que les parlementaires n'avaient pas en tête de créer une nouvelle étape dans les débats principaux, précédant les premières plaidoiries, car sinon, ils auraient prévu une phase précédant les premières plaidoiries dans un article placé avant l'art. 228 CPC. Leur intention était uniquement de limiter les hypothèses dans lesquelles l'allégation sans restriction était possible dans la première phase des débats principaux (et donc d'empêcher une telle allégation à ce stade si deux échanges étaient déjà intervenus). A noter d'ailleurs que le Tribunal fédéral a lui-même eu l'occasion de dire que les débats principaux sont structurés en trois phases : « *On en déduit que les délibérations commencent après la clôture des débats principaux (titre du chapitre 3), lesquels comprennent les différentes phases suivantes: les premières plaidoiries (art. 228 CPC), l'administration des preuves (art. 231 CPC) – pour autant qu'elles n'aient pas encore été intégralement administrées dans le cadre de débats d'instruction que le tribunal aurait d'ores et déjà pu ordonner en vertu de l'art. 226 CPC – et les plaidoiries finales (art. 232 CPC)* » (ATF 138 III 788 consid. 4.2).

Il nous semble ainsi vain de procéder, sous l'angle de *l'interprétation littérale*, à des distinctions byzantines entre un « processus d'ouverture non achevé » et « l'après-ouverture » pour distinguer l'ouverture des débats principaux des premières plaidoiries (consid. 2.3.3.2). Sans doute que personne ne s'est intéressé à une telle distinction lors de l'adoption du texte, une telle approche n'existant à notre connaissance dans aucun code cantonal en vigueur à l'époque.

---

<sup>4</sup> LUSCHER, BO CN 2008 1630. Ce n'est du reste pas de la seule confusion : dans sa prise de position sur le même sujet, AESCHBACHER présentait la proposition du Conseil fédéral comme plus large que celle du Conseil des Etats (BO CN 2008 1629). Et LUSCHER énonçait également les choses de manière erronée dans sa première prise de position : « *Le Conseil des Etats a serré la vis, il a été beaucoup plus strict, en ce sens qu'il a considéré, lorsqu'il a voté ce projet dans un premier temps et lorsqu'il y est revenu dans un deuxième temps, que les faits nouveaux ne pouvaient être allégués que jusqu'à la fin des premières plaidoiries, c'est-à-dire lors du premier échange d'écritures* ».

<sup>5</sup> Le Code de procédure civile, 2<sup>e</sup> éd. 2015, p. 212.

Certes, on pourrait nous rétorquer que le texte voté aurait gagné en clarté si l'art. 229 al. 2 CPC avait repris la formulation de l'art. 225 al. 1 P-CPC, en limitant l'hypothèse d'un apport libre des faits et des preuves jusqu'à la fin des premières plaidoiries dans les cas où il n'y aurait pas eu de second échange d'écritures ou d'audience de débats d'instruction. C'est ici que l'on pourrait rejoindre l'avis exprimé dans l'[ATF 140 III 312](#), consid. 6.3.2.3 selon lequel le CPC ne retient cette deuxième chance d'alléguer dans cette hypothèse que lors des premières prises de parole dans le cadre des premières plaidoiries (et non plus en réplique et duplique de l'art. 228 al. 2 CPC). En toute hypothèse, on ne saurait donner un poids déterminant à l'interprétation littérale du texte, compte tenu de son manque de précision.

Reste l'*interprétation téléologique*, qui a les faveurs de la doctrine nettement majoritaire. Dès lors que le but l'art. 229 al. 2 CPC est d'assurer une deuxième chance d'alléguer et de proposer des preuves sans restriction lorsqu'il n'y a pas eu de second échange d'écritures ou d'audience de débats d'instruction, cette disposition doit être interprétée dans un sens permettant sa réalisation. Or, en posant des exigences particulièrement subtiles en matière d'allégation en début des débats principaux, la jurisprudence détourne la norme de son but pour des motifs contestables d'égalité des armes et d'ordre de la procédure. Il suffit de voir les échanges auxquels les parties ont dû se résoudre au vu de leur appréciation divergente de la « nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral » (consid. 2.1-2.3.1), pour se rendre compte de son caractère difficilement praticable devant les tribunaux de première instance.

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le relever<sup>6</sup>, la distinction entre faits à proprement parler nouveaux et simples rappels de faits déjà allégués ou détails donnés à ceux-ci suite aux prises de position de la partie adverse peut se révéler complexe. Comme le relève LEUENBERGER (cité au par. 2.3.2.1.1. de l'arrêt commenté), en cas de second échange d'écritures, les parties ne distinguent pas dans leur réplique et duplique ce qui est véritablement nouveau de ce qui ne l'est pas. Or il n'en résulte aucune difficulté pratique. C'est bien en revanche la solution inverse qui complexifie les débats. Si rien de « nouveau » sous l'angle factuel et probatoire ne peut être apporté lors des premières plaidoiries, le rôle de celles-ci se limite en pratique à une répétition de ce qui a été déjà dit et à d'éventuels développements en droit. Or, devant bien des tribunaux, on constate que ces premières plaidoiries ont peu de portée lorsqu'il y a déjà eu un second échange d'écritures ou une deuxième possibilité d'alléguer lors de débats d'instruction. Dans l'approche de la doctrine majoritaire, elles ont donc essentiellement un rôle lorsqu'il n'y a pas eu de double échange d'écritures ou d'audience de débats d'instruction.

Au vu de cette jurisprudence, désormais clairement assumée, et pour éviter toute difficulté supplémentaire, il conviendrait dès lors que les tribunaux, à l'ouverture des débats principaux, lorsqu'il n'y a pas eu de double échange d'écritures ou d'audience de débats d'instruction ayant permis d'alléguer de nouveaux faits et de nouvelles preuves, et avant de céder la parole aux parties pour leurs premières plaidoiries, leur demande si elles ont des faits et moyens de preuves à ajouter. Il convient également que les parties puissent s'exprimer oralement de la manière la plus souple, sans qu'il leur soit refusé tout développement de faits qui pourraient ne se révéler être qu'une répétition d'allégués précédents. C'est également à cette occasion

---

<sup>6</sup> FRANÇOIS BOHNET, L'allégation des faits et leur contestation en procédure civile : principes et modalités, in : BOHNET/DUPONT, Dix ans de procédure civile suisse, Bâle/Neuchâtel 2020, p. 31 ss, N 72 ss, 75.

que le demandeur devra prendre position sur les faits nouveaux allégués en réponse, à savoir sur des allégués ne correspondant pas à de simples réponses aux allégués de la demande.

On ne résiste pas à l'envie de citer pour conclure un extrait du rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur le projet de Code de procédure civile neuchâtelois, datant du 15 novembre 1875 et qui visait à simplifier l'ancienne procédure coutumière, alors encore en vigueur à Neuchâtel. Celle-ci prévoyait en effet que les parties devaient présenter de manière séparée les faits ne consistant qu'en une contestation de ceux allégués par le demandeur (« négative ») et les faits distincts du défendeur (« fins de non-recevoir ») qui, dans le vocabulaire actuel, seraient qualifiés de faits nouveaux, consistant en des objections du défendeur. Le Conseil d'Etat relevait que cette distinction était impraticable et avait créé des difficultés insolubles dans la vie des prétoires : *« Ici se soulève assez fréquemment un gros incident. Le champ des fins de non-recevoir est très vaste. Où s'arrête la fin de non-recevoir ? Où commence la négative ? Eternel sujet de discussion pour les vieux praticiens et pour les juges. En examinant les exceptions présentées par le défendeur sur négative, le demandeur arrive assez facilement à trouver que telle manière d'exposer les faits, tel allégué contenu dans les exceptions, telle preuve présentée à l'appui constitue une fin de non-recevoir sur laquelle les rôles auraient dû être intervertis et pour laquelle lui, le demandeur, aurait dû avoir la parole le dernier »*<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur le projet de code de procédure civile du 15 novembre 1875, in : Code de procédure civile de la République et Canton de Neuchâtel, les trois premiers titres avec rapports et procès-verbaux, La Chaux-de-Fonds 1879, p. 150