

Art. 65, 241, 308 ss, 328 al. 1 lit. c – SUBSTITUT DE DECISION (DESISTEMENT PARTIEL) – VOIE DE DROIT POUR CONTESTER LA VALIDITÉ DU SUBSTITUT DE DECISION (REVISION) – VOIE DE DROIT POUR CONTESTER LES EFFETS ATTRIBUÉS AU SUBSTITUT DE DECISION (APPEL OU RECOURS)

TF [5A_425/2020](#), [5A_435/2020*](#) du 15.12.2022 c. 2.6 et c. 2.7

(c. 2.6.2) Dès lors qu'ils n'ont pas la qualité de décisions, les *substituts de décision* (transaction, acquiescement ou désistement) ne peut être contestés ni par appel, ni par recours. (c. 2.6.3) La *voie de droit* disponible à leur encontre est *exclusivement la révision* selon l'art. 328 al. 1 lit. c CPC. (c. 2.6.4) La révision selon l'art. 328 al. 1 lit. c CPC permet de faire valoir que l'acte de disposition en cause n'est « pas valable », c.à.d. d'invoquer les *vices matériels et de procédure* (ATF 139 III 133 c. 1.3), notamment les vices de la volonté au sens des art. 23 ss CO (TF 4A_254/2016 du 10.7.2017 c. 4.1.1 ; 4A_441/2015 du 24.11.2015 c. 3.2). *La validité doit être distinguée de l'effet que produit le substitut de décision* et qui consiste en ce que le procès est immédiatement terminé (art. 241 al. 2 CPC ; TF 4A_451/2012 du 1.11.2012 c. 2) ; les actes des parties, pour autant qu'ils soient déposés dans les formes et considérés comme recevables par le tribunal, entrent directement en force et sont en principe exécutoires comme des décisions (art. 241 al. 2 CPC ; TF 5A_77/2012 du 14.3.2012 c. 4.2.1), sans que le tribunal ait à rendre une décision au sens juridique (TF 4A_150/2020 du 17.9.2020 c. 2.2). (c. 2.7.2) *Le pouvoir des demandeurs de disposer* de la conclusion principale et de la conclusion subsidiaire *de leur demande touche à la validité de leur déclaration de retrait*. Cela vaut également pour l'argument selon lequel un désistement n'était plus du tout possible parce que les conclusions litigieuses n'étaient plus pendantes [au moment du désistement partiel]. L'invalidité du retrait de la demande doit être invoquée par le biais de la *révision* selon l'art. 328 al. 1 let. c CPC. (c. 2.7.3) *En revanche, la question de savoir si* le tribunal d'arrondissement pouvait considérer que par le désistement des demandeurs, les *conclusions* (prétendument définitivement jugées) des défendeurs dans leur réponse et leur duplique étaient également *liquidées*, ne *concerne* pas la validité, mais *l'effet de la déclaration de retrait* de la partie adverse. *L'appréciation erronée de l'effet d'un substitut de décision n'est* toutefois *pas un motif de révision* au sens de l'art. 328 al. 1 let. c CPC. Pour faire déterminer le sort des conclusions qu'ils ont prises dans la réponse et la duplique, les défendeurs peuvent *introduire appel selon les art. 308 ss CPC*. Dans cette mesure, la Cour suprême doit entrer en matière sur l'appel et se pencher sur l'argumentation des défendeurs selon laquelle leurs propres conclusions ne sont pas visées par la déclaration de désistement des demandeurs, en raison de la double nature de l'action en partage successoral. De même, le grief selon lequel le jugement viole le principe de disposition, en ce qu'il rejette les conclusions des défendeurs sans que celles-ci aient été modifiées ou retirées, ne concerne pas la validité du désistement, mais ses effets sur les conclusions des défendeurs.

2023-N8 **Voies de droit en cas de fin (partielle) du procès par acte de disposition des parties**
– Une précision qui en appelle d'autres

Note F. Bastons Bulletti

1 Dans un procès en partage successoral, les demandeurs et les défendeurs ont pris des conclusions. Une première décision est partiellement annulée sur appel des demandeurs et la cause est renvoyée au tribunal sur divers points. Dans la procédure sur renvoi devant le tribunal, les demandeurs retirent certaines de leurs conclusions (relatives à l'attribution d'actions ordinaires et d'actions à droit de vote privilégié reçues par les défendeurs). Le tribunal prend acte de ce retrait et raye du rôle les conclusions retirées. Il en déduit qu'il n'y a plus lieu de statuer sur l'attribution des actions, de sorte que les conclusions divergentes que les *défendeurs* ont formulées sur ce point (relatives à l'attribution d'actions ordinaires reçues par l'un des demandeurs) sont également liquidées. Les défendeurs introduisent appel et recours - notamment - sur cette question. D'une part, ils soutiennent que les demandeurs ne pouvaient plus valablement retirer leurs conclusions, car au moment de ce retrait, celles-ci avaient déjà été définitivement tranchées, de sorte qu'ils ne pouvaient plus en disposer. D'autre part, ils affirment que ce retrait ne peut pas affecter leur propre conclusion en attribution d'actions, dès lors que celle-ci a été formulée dans le cadre d'une *actio duplex*, et qu'en outre, elle aussi a été définitivement tranchée avant le désistement partiel des demandeurs. Le tribunal d'appel déclare irrecevables l'appel et le recours sur ces points, au motif que la validité du désistement (partiel) ne peut être contestée que par la voie de la révision (art. 328 al. 1 lit. c CPC). Les défendeurs recourent au TF et obtiennent partiellement gain de cause.

2 La question tranchée dans le présent arrêt, destiné à publication, est uniquement de savoir si le TC a déclaré à raison l'appel irrecevable, c-à-d de déterminer quelle est la **voie de droit ouverte pour contester la fin partielle du procès sans jugement** ; il ne s'agit en revanche pas de se prononcer sur le *bien-fondé* des griefs relatifs au retrait partiel de la demande ou aux effets de ce retrait. En réponse à la question dont il est saisi, le TF opère une distinction :

- si la contestation porte sur la **validité de l'acte de disposition lui-même** (transaction, désistement ou acquiescement), y compris, comme en l'espèce, sur le pouvoir de disposer des prétentions objets de cet acte – prétentions qui selon les défendeurs, avaient déjà été définitivement tranchées dans l'arrêt de renvoi du juge d'appel -, c'est l'art. 328 al. 1 lit. c CPC qui s'applique. Dans ce cas, seule la révision pour les motifs énoncés à l'art. 328 al. 1 lit. c CPC est recevable, dès lors qu'il n'existe pas de décision qui pourrait être l'objet d'un appel.

- Si en revanche la contestation concerne les **effets que le tribunal a attribués à l'acte de disposition** (soit, en l'espèce, l'effet de liquider les conclusions prises par les défendeurs sur le même thème que les conclusions que les demandeurs ont retirées), c'est alors une décision du tribunal – en l'espèce exprimée, dans le dispositif du jugement, par le rejet de toutes autres conclusions - qui est en cause, et c'est la voie de droit de l'appel, ou du recours *stricto sensu*, qui est ouverte.

3 En ce qui concerne la **contestation de l'acte de disposition**, la solution n'est pas nouvelle : le TF confirme sa jurisprudence, établie depuis son **arrêt de principe ATF 139 III 133** c. 1.2 - 1.3 (note sous art. 241, C.), dans lequel il a posé deux règles : 1) la *radiation du rôle* n'est pas

une décision ; elle n'intervient que pour le bon ordre, après que l'acte de disposition de l'objet du procès (transaction, désistement ou acquiescement) a déjà directement mis fin au procès. Dès lors, en tant que telle elle ne peut pas faire l'objet d'une voie de droit ; 2) *l'acte de disposition* produit certes les effets d'une décision entrée en force (art. 241 al. 2 CPC). Il n'est cependant qu'un substitut de décision, et non une décision judiciaire, de sorte que les voies de droit prévues par le CPC pour contester ces dernières ne s'y appliquent pas. Il résulte de l'art. 328 al. 1 lit. c CPC que la révision est la seule voie de droit prévue pour le contester. Elle suppose que l'acte de disposition ne soit « pas valable », ce qui inclut les vices matériels ou de procédure, notamment les vices de la volonté (ATF 139 précité, c. 1.3). Le présent arrêt précise encore qu'une contestation quant au pouvoir de disposer de l'objet du litige relève de l'art. 328 al. 1 lit. c CPC, précisément car elle touche à la validité – selon le droit de procédure - de l'acte de disposition.

4 L'arrêt 139 précité n'envisageait cependant que le cas d'un vice affectant (prétendument) l'acte de disposition lui-même, sans se prononcer sur **d'autres cas de contestation** envisageables, notamment le cas où, comme en l'espèce, la contestation porte **sur les effets de l'acte de disposition**. Dès lors que ceux-ci consistent dans les « effets d'une décision entrée en force » (art. 241 al. 2 CPC), la solution donnée ici, soit la possibilité d'un appel ou d'un recours aux fins de contester l'appréciation du tribunal quant aux effets de l'acte de disposition, semble trouver application dans les cas de contestation concernant (1) la fin immédiate du procès – ainsi lorsqu'il est contesté, comme en l'espèce, que l'acte de disposition ait mis fin à la procédure sur certains points -, (2) l'entrée en force et l'autorité de chose jugée de l'acte de disposition – p.ex. lorsque le tribunal a pris acte d'un désistement d'action au sens de l'art. 65 CPC, alors que le demandeur soutient n'avoir déclaré qu'un désistement d'instance, sans autorité de chose jugée – ou (3) son caractère exécutoire – p.ex. lorsque le tribunal, en rayant la cause du rôle, prononce aussi des mesures d'exécution directe (art. 236 al. 3 et 337 CPC) qui sont contestées ; si celles-ci sont contestées séparément, il semble cependant que seul le recours *stricto sensu* est alors recevable (cf. art. 309 lit. a CPC).

5 Dans la mesure où il **exclut dans ces cas la voie de la révision**, l'arrêt est entièrement convaincant. Comme le TF le relève, la question des effets à attribuer à l'acte de disposition est distincte de la question de la validité de cet acte, qui est seule visée par le motif de révision prévu par l'art. 328 al. 1 lit. c CPC. De plus, dans la mesure où l'appréciation de ces effets émane du *tribunal*, la voie de la révision selon cette disposition – dont l'objet ne peut être que l'acte de disposition des *parties* – est d'emblée exclue. Enfin, dès lors que la révision relève du juge qui a prononcé la décision (cf. art. 328 al. 1 CPC), elle reviendrait, lorsque la contestation porte sur les effets de l'acte de disposition, à faire examiner par son auteur lui-même, et sans éléments nouveaux, l'erreur de procédure qui est invoquée ; elle équivaldrait ainsi à une reconsidération, que le CPC ne prévoit pas. Par ailleurs, il ne s'agit pas non plus de contester l'acte de radiation du rôle, mais bien une décision du tribunal qui va au-delà d'un simple acte déclaratif et s'ajoute à celui-ci, puisque le juge se prononce sur les effets du substitut de décision. Il est dès lors conforme au système des voies de droit que cette décision du tribunal soit sujette à appel ou recours, selon la valeur litigieuse.

6 Il est cependant relativement fréquent que la **contestation** porte non pas sur la validité de l'acte de disposition, ou sur les effets que produit cet acte, mais **sur l'existence même d'un tel acte, c'est-à-dire sur le fait même que le procès ait pris fin, ne serait-ce qu'en partie**. Le présent

arrêt ne se prononce pas directement sur cette question, même s'il rappelle avoir laissé ouverte la question de la voie de droit disponible dans ce cas-là (c. 2.6.4 de l'arrêt et TF 5A_327/2015 du 17.6.2015 c. 1.2 - 1.3, note sous art. 241, C.). Il se pose dès lors la question de savoir si, au vu du présent arrêt, il faut admettre que dans ce cas aussi, la voie de l'appel ou du recours est ouverte.

7 Plusieurs **arrêts cantonaux** ont adopté cette solution, en admettant que la **radiation du rôle** est alors **sujette à appel ou recours**, selon la valeur litigieuse (cf. not. OGer/ZH du 4.3.2011 [PD110003-O/U] c. 2.1, note sous art. 241, C.). Cette jurisprudence a été confirmée même après la publication de l'ATF 139 précité (cf. notes *ibid.*, en part. OGer/ZH du 11.10.2013 [RU130051] c. 2c : contestation de l'existence d'un acquiescement ; appel recevable ; *ég.* OGer/ZH du 18.3.2014 [RU 130067] c. 2 et 3 : contestation de l'existence d'une transaction ; appel ou recours recevables ; OGer/ZH du 20.3.2014 [NP130033] c. 2 : contestation de l'avènement d'une transaction, prétendument révoquée à temps : appel recevable ; *ég.* TC/NE du 11.2.2014 [CACIV.2013.44] c. 1 : contestation, déjà élevée avant la radiation du rôle, relative à l'avènement d'une transaction ; appel recevable ; *ég.* KGer/SZ du 24.8.2020 [ZK2 2019 55] c. 2.a : contestation de l'existence d'un acquiescement ; recours *stricto sensu* - seul – recevable, la radiation du rôle étant qualifiée d'« autre décision » au sens de l'art. 319 lit. b CPC). Les motifs de ces décisions sont analogues à ceux retenus dans le présent arrêt : tout comme la question des effets de l'acte de disposition, la question de l'existence même d'un tel acte – qui inclut aussi celle de la nullité de cet acte, p.ex. en raison de l'absence de pouvoirs du représentant qui a opéré l'acte, ou de l'indisponibilité de l'objet du litige (application de la maxime d'office, art. 58 al. 2 CPC), ou faute de signature du procès-verbal (OGer/ZH du 18.3.2014 précité, c. III. 1-2 ; TC/NE du 11.2.2014 précité, c. 1 et 2) - est distincte de celle de savoir si l'acte de disposition est ou non « valable » au sens de l'art. 328 al. 1 lit. c CPC. En effet, le plaideur prétend d'emblée que la procédure n'est pas achevée, càd qu'il n'existe pas de substitut de décision, équivalant à une décision « entrée en force » selon les art. 241 al. 2 et 328 al. 1 CPC. En outre, là encore, il n'est pas adéquat que l'autorité qui a cru à l'existence d'un tel substitut de décision, et a en conséquence rayé la cause du rôle, doive réexaminer sa propre appréciation, dans le cadre d'une procédure de révision au sens de l'art. 328 al. 1 lit. c CPC. Il faut bien plutôt qu'une juridiction supérieure puisse être directement saisie de cette question, dans le cadre d'une voie de droit classique (appel ou recours).

8 Comme il le rappelle dans le présent arrêt (c. 2.6.4), le **TF** ne s'est pas prononcé, jusqu'à présent, sur ces pratiques. Cependant, il n'a pas toujours imposé la voie de la révision. Sans aller jusqu'à admettre que lorsque l'existence même d'un acte de disposition de l'objet du litige est contestée, la radiation du rôle (ou son équivalent : « annotation » d'un prétendu acquiescement, ou attestation d'entrée en force d'une proposition de jugement) aurait le caractère d'une décision qui pourrait faire l'objet d'une voie de droit, il a néanmoins admis que si le tribunal retient à tort que le procès a pris fin en raison d'un tel acte, il commet un **déni de justice**, qui peut être l'objet d'un **recours *stricto sensu*** selon l'art. 319 lit. c CPC (cf. notes sous art. 241, C. : ATF 141 III 489 c. 9.3 et 9.4 [n.p.] : le défendeur qui conteste avoir acquiescé à la demande peut invoquer, dans un recours, un déni de justice ; TF 4A_593/2017 du 20.8.2018 c. 3.2.2 n.p. in ATF 144 III 404, note in newsletter du 4.10.2018, excluant la possibilité d'une révision lorsque l'autorité de conciliation admet à tort qu'une proposition de jugement [art. 211 CPC] n'a pas été l'objet d'une opposition dans le délai, au motif que la proposition n'a alors pas acquis les effets d'une décision définitive au sens de l'art. 328 al. 1

CPC, et admettant le recours pour déni de justice, dès lors que l'autorité a omis à tort de délivrer une autorisation de procéder).

9 Dans le cadre de la **modification du CPC**, le projet du Conseil fédéral prévoit de reprendre en partie, dans la loi, la solution donnée par les jurisprudences cantonales précitées (supra N 7), en ouvrant la voie du recours *stricto sensu* contre la décision de rayer l'affaire du rôle (art. 241 al. 3, 2^e phr. nouvelle, cf. P-CPC du 26.2.2020, 2699). Le Message précise que ce recours ne sera ouvert que lorsqu'en raison de vices de forme ou de fond conduisant à la nullité de l'acte de disposition (et ainsi à son inexistence, cf. A. Baeckert/R. Wallmüller, Rechtsmittel bei Beendigung des Verfahrens durch Entscheidsurrogat, PCEF 2014/2015, p. 15 ss, 23, auquel renvoie le Message), la radiation a été prononcée à tort (Message du 26.2.2020, 2670 s. ; cf. à ce sujet newsletter du 13.9.2018 [arrêt TF 4A_249/2018]). Cependant, les récents débats aux Chambres ont pris une autre tournure : sans commentaire ni discussion, le Conseil des Etats a biffé la proposition du Conseil fédéral ; simultanément, il a complété l'art. 328 al. 1 lit. c CPC pour préciser que la révision est ouverte lorsqu'il est invoqué que le substitut de décision n'est pas valable « pour des motifs de nature formelle ou matérielle » (BO 2021 E 684 et 692) ; le Conseil national a ensuite adhéré à cette modification, là encore sans discussion (BO 2022 N 708). Le législateur signifie ainsi qu'il entend consacrer la jurisprudence de l'ATF 139 précité (supra N 3).

10 La **reprise de cette jurisprudence dans la loi** n'apporte cependant pas plus de précisions sur la **portée** de celle-là. Les Chambres ont certes biffé la proposition d'aménager un recours (*stricto sensu*) contre la *radiation du rôle*. Ainsi, les solutions données par les arrêts cantonaux précités, lorsque la contestation porte sur l'existence ou la nullité d'un acte de disposition (appel ou recours contre la radiation du rôle, v. supra N 7), semblent écartées. En revanche, cette modification législative n'invalidé à notre avis pas – pas plus que l'ATF 139 précité, auquel le présent arrêt se réfère – la solution donnée ici, qui concerne la contestation des *effets* d'un acte de disposition, càd. qui vise le cas où le tribunal, au-delà du simple acte déclaratif de radiation du rôle, a apprécié ces effets ; il s'agit alors pas de remettre en cause la validité de l'acte de disposition, ni de contester la radiation du rôle, mais de faire vérifier cette appréciation par une juridiction supérieure. La modification du CPC ne nous semble pas non plus exclure la solution d'un recours *stricto sensu pour déni de justice* (supra N 8) lorsque la contestation porte sur l'existence même d'un acte de disposition. En effet, même si un recours est exclu de manière générale contre la radiation du rôle, il n'en reste pas moins qu'un refus injustifié du juge de continuer la procédure et de rendre une décision finale – quel qu'en soit le motif, y compris la prétendue existence d'un substitut de décision - s'analyse comme un déni de justice formel, visé par l'art. 319 lit. c CPC, de sorte que ce recours reste ouvert ; il ne s'agit pas de voir dans la radiation du rôle une décision sujette à recours - qualification que le législateur rejette manifestement – mais un refus de rendre une décision, càd. un déni de justice formel.

11 La situation demeure ainsi incertaine à plusieurs égards. S'il faut saluer le présent arrêt, qui reconnaît que la révision n'est pas toujours la voie de droit adéquate lorsque le procès a pris fin par un acte de disposition, il faut relever, outre l'**incertitude** résultant des travaux législatifs en cours, deux **difficultés de délimitation** :

- D'une part, il n'est pas toujours aisé de distinguer si la contestation porte sur l'existence de l'acte de disposition, ou sur ses effets : l'hésitation est p.ex. permise lorsque le tribunal estime

qu'un substitut de décision a mis fin au litige envers certains consorts, alors que ceux-ci contestent l'avoir acceptée. Si l'on considère qu'il s'agit là d'une appréciation quant aux effets de l'acte de disposition, selon le présent arrêt la voie de l'appel ou du recours est ouverte, selon la valeur litigieuse. Si l'on retient qu'il s'agit d'une appréciation quant à l'existence de l'acte, le recours *stricto sensu* pour déni de justice – ou, si l'on exclut cette voie, la révision – devrait être seul ouvert (cf. N 10 supra).

- D'autre part, il est moins aisé encore de déterminer la voie de droit lorsqu'il est prétendu que l'acte de disposition est nul. Cette question concerne certes l'existence d'un substitut de décision, dès lors qu'un acte nul est inexistant ; un recours pour déni de justice serait alors envisageable (supra N 8). Cependant, l'ATF 139 précité, comme la modification de l'art. 328 al. 1 lit. c CPC adoptée par les Chambres, semblent imposer aussi la voie de la révision lorsque des motifs de nullité sont invoqués (cf. ég. le présent arrêt [c. 2.7.2], renvoyant à la voie de la révision pour contester le pouvoir des demandeurs de disposer de l'objet du litige et dès lors, la validité du retrait d'action: dès lors que l'absence de pouvoir de disposer de l'objet du litige a pour conséquence la nullité de l'acte de disposition, il faut en déduire que pour le TF, des causes de nullité de l'acte de disposition relèvent aussi de la révision selon l'art. 328 al. 1 lit. c CPC: en d'autres termes, l'invalidité visée par cette disposition vise aussi les cas de nullité).

12 Dans le doute, le plaideur prudent devra introduire chacune des voies de droit entrant en considération. Il faut cependant relever des **difficultés de coordination**, dès lors que notamment, les délais et l'autorité de recours diffèrent selon qu'il s'agit de la révision, de l'appel ou du recours. Si l'existence même d'un substitut de décision est contestée dans un recours pour déni de justice, le recourant pourra demander la suspension de la procédure de révision selon l'art. 328 al. 1 lit. c CPC jusqu'à droit connu sur ce recours. Si outre la validité de l'acte de disposition au sens de l'art. 328 al. 1 lit. c CPC, les effets attribués à cet acte sont contestés par appel ou recours, il serait logique de requérir la suspension de la procédure d'appel ou de recours jusqu'à droit connu sur la demande de révision ; dans ce contexte, l'Obergericht de Zurich a déjà jugé que bien que selon l'art. 328 al. 1 CPC, la révision vise une « décision entrée en force », elle peut, dans ce cas, être requise avant même l'écoulement du délai d'appel (cf. OGer/ZH du 3.12.2021 (RU210075-O) c. 4.4 et réf., note sous art. 241, C.).

Proposition de citation :

F. Bastons Bulletti in newsletter CPC Online 2023-N8, n°...



Code annoté
www.zpo-cpc.ch

Qu'est-ce que le CPC Online ?

Le CPC Online est un Code de procédure civile annoté et en ligne. Destiné au praticien, il est mis à jour en continu avec la dernière jurisprudence fédérale et cantonale en la matière. Une simple recherche vous permet de trouver rapidement les réponses à vos questions de procédure civile. Pour le tester, rendez-vous sur www.ZPO-CPC.ch/test-gratuit