

# L'absence annoncée du défendeur à l'audience de conciliation : une tare pour le demandeur ?

Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral  
4A\_416/2019 du 5 février 2020 (destiné à publication)

Le Tribunal fédéral considère, dans l'arrêt 4A\_416/2019, que le demandeur, dans le cadre d'une procédure de conciliation, est astreint à participer à l'audience de conciliation, même si le défendeur a annoncé préalablement qu'il ne s'y présentera pas. Il ne peut pas requérir, de l'autorité, une dispense de comparution personnelle et la délivrance d'une autorisation de procéder en réaction à l'annonce du défendeur. L'autorisation de procéder ne peut être délivrée que lors de l'audience de conciliation.

<b>I. L'histoire procédurale</b> .....	384
<b>II. L'appréciation juridique du Tribunal fédéral</b> .....	384
<b>III. Le commentaire</b> .....	385
1. La renonciation à la procédure de conciliation .....	385
2. Une volonté historique claire .....	386
3. Un manque de pragmatisme ? .....	387
4. La bonne foi du demandeur .....	387
5. Le projet 2020 du Conseil fédéral .....	388
<b>IV. La conclusion</b> .....	389

Citation:

ERIC CLÉMENT, L'absence annoncée du défendeur  
à l'audience de conciliation : une tare pour le deman-  
deur ?, sui generis 2020, p. 383

Eric Clément, titulaire du brevet d'avocat, assistant-doctorant et lecteur à l'Université de Fribourg (eric.clement@unifr.ch). L'auteur tient à remercier chaleureusement sa collègue Mme Christelle Herrmann-Heiniger, titulaire du brevet d'avocat, ainsi que le Prof. Michel Heinzmann pour leur relecture assidue et leurs précieuses remarques sur la présente contribution.

URL: [sui-generis.ch/148](https://sui-generis.ch/148)

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.148>

Ce(tte) œuvre est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution – Partage dans les Mêmes Conditions 4.0 International.

## I. L'histoire procédurale

- 1 Par le dépôt d'une requête de conciliation devant le juge de paix compétent, A exige de B le paiement d'un montant de CHF 30'000.- en raison de violations contractuelles.
- 2 Après avoir reçu la citation à comparaître, le représentant du défendeur informe le juge de paix que ni son client, ni lui ne prendront part à l'audience de conciliation. Au vu de cette communication, l'avocat du demandeur requiert du juge que son mandant et lui-même soient dispensés de comparaître personnellement et qu'une autorisation de procéder lui soit délivrée, sans qu'aucune audience n'ait lieu. Le juge de paix fait suite à cette requête. Une autorisation de procéder est alors remise au demandeur. Celle-ci précise, à son chiffre 1, qu'elle a été délivrée sans la tenue d'une audience de conciliation.
- 3 A introduit alors une action en paiement contre B devant le tribunal de première instance. Celui-ci la déclare irrecevable, faute d'autorisation de procéder valable. Le tribunal cantonal rejette l'appel formé par A. Ce dernier forme un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral, lequel le rejette.

## II. L'appréciation juridique du Tribunal fédéral

- 4 Avant d'aborder les critiques du recourant, le Tribunal fédéral commence par rappeler (c. 1.1) un des principes de base du CPC, « concilier d'abord, juger ensuite », déjà présent dans le projet de 2006 du Conseil fédéral<sup>1</sup>, et que l'on retrouve aujourd'hui à l'art. 197 CPC. Ce principe de conciliation préalable souffre toutefois deux types d'exceptions. Premièrement, certaines procédures ou actions, nommées à l'art. 198 CPC, ouvrent directement le chemin du tribunal du fond. Deuxièmement, une certaine marge de manœuvre est offerte aux parties par l'art. 199 CPC. En effet, d'une part, les parties peuvent renoncer à une conciliation d'un commun accord si la valeur litigieuse est d'au moins CHF 100'000.- (al. 1). D'autre part, le demandeur peut renoncer (unilatéralement) à la tenue d'une procédure de conciliation dans les trois hypothèses prévues à l'al. 2.
- 5 En l'occurrence, aucune des constellations de l'art. 198 s. CPC n'est réalisée. C'est dès lors à tort que le juge de paix a accédé à la requête du demandeur en l'exemptant

de l'audience de conciliation et en lui délivrant une autorisation de procéder. Il aurait dû, au contraire, rappeler le caractère obligatoire de la procédure de conciliation et menacer la partie d'une amende en cas de non-comparution. Ce vice ne pouvant être corrigé, l'autorisation transmise n'était pas valable (c. 1.2).

Le recourant estime qu'il n'a pas renoncé à la procédure de conciliation (c. 1.3). Il affirme qu'il sied de distinguer l'hypothèse de l'art. 199 CPC, dans laquelle la renonciation conjointe se manifeste par l'introduction d'une action directe au tribunal du fond, et la situation de la présente affaire, dans laquelle le défendeur a décidé, de son propre chef, de ne pas participer à l'audience de conciliation. Pour des raisons d'économie de procédure, il considère qu'il avait le droit de ne pas prendre part à une procédure de conciliation qui s'avérerait être inutile au vu de la déclaration de la partie adverse. Son recours pose ainsi la question de savoir si le demandeur doit tout de même participer à l'audience de conciliation, ce alors que le défendeur a préalablement indiqué qu'il n'y participerait pas (c. 2).

Pour répondre à cette question, le Tribunal fédéral rappelle l'obligation de comparution personnelle exprimée à l'art. 204 CPC, laquelle s'écartere de la règle générale de l'art. 68 CPC. À l'image de l'objectif mené par la conciliation, cette disposition vise la réunion des parties afin de tenter de mettre en place un véritable dialogue entre elles (c. 3.1). L'autorité de conciliation est d'ailleurs tenue d'examiner le respect de cette obligation.

S'il s'avère qu'une partie est absente sans motif de dispense, celle-ci fait défaut (c. 3.2). L'art. 206 CPC distingue trois hypothèses. En cas de défaut du demandeur, la requête est considérée comme retirée. La procédure devient alors sans objet et le juge raye l'affaire du rôle (al. 1). En cas de défaut de défendeur, le juge procède comme si la conciliation n'avait pas abouti à un accord et applique les art. 209 à 212 CPC (al. 2). Si les deux parties font défaut, la procédure devient sans objet et le juge la raye du rôle (al. 3).

En procédant à une interprétation historique de l'art. 199 al. 1 CPC (c. 4.1), le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que la volonté du législateur était de restreindre les facultés des parties de déroger au principe de la conciliation préalable obligatoire (c. 4.1.3). L'art. 199 al. 1 CPC délimite de manière claire la possibilité de renoncer à une procédure de conciliation. Seul un litige patrimonial d'une valeur litigieuse d'au moins CHF 100'000.- permet une renonciation d'un commun accord. En-dessous de ce montant, les parties sont tenues de participer à une procédure de conciliation, sauf application de l'art. 198 CPC ou de l'art. 199 al. 2 CPC (c. 4.1.4).

<sup>1</sup> Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC) (FF 2006 6841), p. 6936 (cit. Message CPC 2006).

- 10 Le Tribunal fédéral balaie l'argument du recourant selon lequel il n'a en réalité pas fait fi de la procédure de conciliation vu qu'il a déposé une requête, mais qu'il a uniquement renoncé, avec le défendeur, à la tenue d'une audience (c. 4.2). La procédure de conciliation se composant avant tout d'une audience de conciliation, la déclaration des parties de ne pas y participer, même après le dépôt d'une requête de conciliation, équivaut à une renonciation conjointe à la procédure de conciliation en tant que telle. Or, une telle renonciation est proscrite si le litige présente une valeur litigieuse inférieure à CHF 100'000.- (art. 199 al. 1 CPC *a contrario*). Dans un tel cas de figure, les parties n'ont pas le choix. Elles doivent se conformer à cette obligation, quand bien même aucune ne le désire (c. 4.2.2). Par conséquent, si le défendeur déclare préalablement qu'il ne participera pas à l'audience de conciliation, l'autorité ne peut pas dispenser le demandeur de son obligation de comparaître (c. 4.2.3).
- 11 Le Tribunal fédéral examine ensuite deux avis doctrinaux qui critiquent le manque de pragmatisme de ce régime. Selon la première critique, cette situation crée une rigidité aux dépens du seul demandeur. Alors que celui-ci est obligé de se déplacer à une audience, le défendeur bénéficie, quant à lui, d'un jour de libre (c. 4.3.1)<sup>2</sup>. Le Tribunal fédéral reconnaît, sur ce point, une différence de traitement entre le demandeur et le défendeur. Toutefois, celle-ci résulte de la volonté du législateur par application de l'art. 206 CPC (c. 4.3.2).
- 12 La deuxième critique concerne le fait que la présence du demandeur ne peut être imposée s'il est manifeste que l'audience de conciliation ne pourra pas se dérouler conformément à son but et que celui-ci ne pourra, par conséquent, pas être atteint. Si l'autorité de conciliation transmet une autorisation de procéder au demandeur, le défendeur ne pourra pas avancer, lors de la procédure au fond, la violation du préalable de la conciliation obligatoire. À défaut, il agirait de manière contradictoire. Étant lui-même à l'origine de cet échec, son comportement constituerait un abus de droit (c. 4.4.1)<sup>3</sup>.
- 13 L'existence d'une autorisation de procéder valable est une condition de recevabilité. Le tribunal doit l'examiner d'office (art. 60 CPC), indépendamment des observations formulées par le défendeur. En outre, les règles de procédure civile, appartenant au droit public, sont de nature impérative. Ainsi, même en cas de mauvaise application du droit, le droit de procédure civile laisse peu

de place au détournement de règles claires, surtout lorsque la volonté du législateur est – comme ici (supra ch. 9) – manifeste. Pour ces raisons, une objection du défendeur durant la procédure au fond ne constituerait pas un abus de droit (c. 4.4.2)<sup>4</sup>.

Le Tribunal fédéral est conscient que ce régime peut créer de la frustration chez le demandeur, celui-ci étant obligé de se déplacer à une audience potentiellement inutile. Cela étant, ce n'est que lors de son ouverture qu'il sera certain que le défendeur ne s'y présentera pas et qu'aucune discussion ne pourra avoir lieu. Il n'est pas exclu qu'un rappel de son obligation de comparaître puisse le faire changer d'avis (c. 4.4.3).

Au vu de ce qui précède, dans l'éventualité où le défendeur affirme, dès le départ, qu'il ne se présentera pas à l'audience de conciliation, l'autorité a l'obligation de maintenir l'audience et doit lui rappeler son obligation de comparaître. Elle ne peut pas exempter le demandeur de comparaître, celui-ci étant ainsi obligé de prendre part à l'audience, ne serait-ce que pour se procurer l'autorisation de procéder (c. 4.5).

### III. Le commentaire

#### 1. La renonciation à la procédure de conciliation

Le présent arrêt pose les jalons des possibilités offertes aux parties de renoncer, d'un commun accord, à la procédure de conciliation, en dehors des cas prévus par l'art. 198 CPC. Son résultat confirme que cette faculté est exclusivement réglée à l'art. 199 CPC. À la lecture de cette disposition, il sied de distinguer deux hypothèses selon la valeur du litige. Si celle-ci est de CHF 100'000.- ou plus, une renonciation commune est admissible (al. 1). En revanche, si ladite valeur n'est pas atteinte, seules les hypothèses visées à l'al. 2 entrent en ligne de compte. Dans ce cas, il ne s'agit pas d'une renonciation commune, le choix appartenant au seul demandeur (al. 2 *in fine*).

En dehors de ces hypothèses, il n'existe aucune possibilité de faire fi de cette obligation, même si dès le départ, aucune des parties ne souhaite réellement transiger (cf. c. 4.2.2 ; supra ch. 10). Si, comme en l'espèce, la valeur litigieuse n'atteint pas CHF 100'000.-, les parties ne peuvent pas renoncer d'un commun accord à la procédure de conciliation. Elles devront tout de même passer par la case « conciliation ».

2 Dans ce sens : DOMINIK GASSER / RAHEL MÜLLER / TAMARA PIETSCH-KOJAN, Ein Jahr Schweizerische ZPO – ein Erfahrungsbericht, Revue de l'avocat 2012, p. 9.

3 Dans ce sens : MARTIN SCHMID, Praktische Fragen zum Schlichtungsverfahren, PCEF 2011, p. 187.

4 Critique sur ce point : IVO SCHWANDER, Notes à l'arrêt Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 5. Februar 2020, BGer 4A\_416/2019 (zur amtlichen Publikation bestimmt), PCEF 2020, p. 78 ss.

- 18 La renonciation au sens de l'art. 199 al. 1 CPC peut intervenir de deux manières. Premièrement, le demandeur introduit directement une action au fond devant le tribunal compétent avec l'accord exprès ou tacite du défendeur<sup>5</sup>. Deuxièmement, les parties conviennent de renoncer à la procédure après le dépôt de la requête de conciliation<sup>6</sup>. Dans ce dernier cas, l'autorité de conciliation doit, à notre sens, rayer l'affaire du rôle. Aucune autorisation de procéder n'est remise au demandeur.
- 19 Une communication du défendeur annonçant – comme en l'espèce – son absence à l'audience de conciliation, suivie d'une requête du demandeur sollicitant l'annulation de la procédure et de l'audience, équivalent à une renonciation commune à la tenue d'une procédure de conciliation<sup>7</sup>.
- 20 En revanche, se pose la question de l'approche à adopter lorsque l'initiative provient, cette fois-ci, du demandeur. Dans un tel cas, sa communication doit être transmise au défendeur afin qu'il puisse prendre position. Celui-ci peut sans autre adhérer à l'avis de la partie adverse. La procédure de conciliation serait ainsi annulée et l'autorité de conciliation rayerait l'affaire du rôle. En revanche, il sied de se montrer très prudent en l'absence de réaction du défendeur. Un accord par actes concluants est exclu. Le demandeur devra alors tout de même se présenter à l'audience de conciliation pour éviter que l'affaire soit rayée du rôle (art. 206 al. 1 CPC).
- 21 Précisons ici que la simple communication du demandeur ne signifie pas encore que celui-ci fait défaut au sens de l'art. 147 al. 1 CPC (cf. c. 4.4.3). Ainsi, l'autorité de conciliation ne pourra constater son absence et rayer l'affaire du rôle qu'à l'audience de conciliation.

## 2. Une volonté historique claire

- 22 Comme l'affirme le Tribunal fédéral (supra ch. 10), lorsque la valeur du litige n'atteint pas CHF 100'000.-, le

demandeur est dans l'obligation de participer à l'audience de conciliation, quand bien même le défendeur annonce préalablement qu'il n'y participera pas. Une déclaration des parties de ne pas participer à l'audience de conciliation équivaut à une renonciation conjointe, laquelle est proscrite par l'art. 199 al. 1 CPC.

La volonté historique du législateur confirme cette affirmation (cf. c. 4.1). Alors que l'avant-projet élaboré par la Commission d'experts prévoyait une certaine liberté des parties quant à la tenue ou non d'une procédure de conciliation, du moins s'agissant des litiges pour lesquels la procédure simplifiée n'était pas applicable (soit not. si la valeur litigieuse excédait CHF 20'000.-; art. 192 al. 1 et 3 AP-CPC 2003 en relation avec art. 237 let. g AP-CPC 2003), l'étau s'est resserré avec le projet du Conseil fédéral. Prenant en compte les critiques émises lors de la procédure de consultation<sup>8</sup>, le Conseil fédéral a restreint la marge de manœuvre des parties en élevant la valeur du litige permettant un choix dans la tenue ou non d'une conciliation. Le montant minimal a été augmenté de CHF 20'000.- (art. 237 let. g AP-CPC 2003) à CHF 100'000.- (art. 196 al. 1 P-CPC 2006). En outre, le Conseil fédéral a souligné le principe de la conciliation préalable obligatoire comme un principe fondamental du Code, lequel ne peut connaître d'exceptions que par l'application de l'actuel art. 198 s. CPC<sup>9</sup>.

Il est donc faux d'affirmer, comme le recourant l'a fait (cf. c. 4.2.1), qu'il n'a en soi pas renoncé à la procédure de conciliation, mais seulement à l'audience de conciliation. Renoncer à l'audience équivaut *de facto* à une renonciation à la procédure (supra ch. 19). En effet, l'audience est l'essence même de la procédure de conciliation (cf. c. 4.2.2). Admettre une telle solution dénaturerait l'orientation prônée par le Code lors de son élaboration.

Au vu de ce qui précède et de la formulation non équivoque de l'art. 199 al. 1 CPC, le Tribunal fédéral a estimé qu'il n'y avait aucun indice contraire permettant de croire que la formulation employée ne reflétait pas le véritable sens voulu par le législateur (cf. c. 4.1.3).

En outre, les conséquences différentes de la non-comparution pour le demandeur et le défendeur, imposées par l'art. 206 CPC, résultent d'une réelle volonté du législa-

5 Message CPC 2006 (n. 1), p. 6937. Pour un approfondissement quant à l'accord tacite du défendeur, cf. not. PASCAL GROLIMUND / EVA BACHOFNER, Die Klagebewilligung als Prozessvoraussetzung – Zum Obligatorium des Schlichtungsverfahrens und zum persönlichen Erscheinen an der Schlichtungsverhandlung, in: Fankhauser et al. (édit.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung – FS für Professor Thomas Sutter-Somm, Zurich 2016, p. 137 ss.

6 C. 4.2.2 de l'arrêt commenté ; GUILLAUME JÉQUIER, Note à l'arrêt 4A\_416/2019 du 5 février 2020, RSPC 2020, p. 140.

7 JÉQUIER (n. 6), p. 140. Comp. LUCA ELLENBERGER, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_416/2019 vom 5. Februar 2020, A. gegen B., Schlichtungsverfahren, Verzicht, Klagebewilligung, Säumnis, Mitteilung des Nichterscheinens, PJA 2020, p. 654, affirmant qu'il ne s'agit en soi pas d'une renonciation commune, mais d'une réaction du demandeur à la suite d'une renonciation unilatérale du défendeur.

8 Message CPC 2006 (n. 1), p. 6937. Cf. Département fédéral de justice et police (DFJP), Classement des réponses à la procédure de consultation concernant l'avant-projet relatif à une loi fédérale sur la procédure civile suisse (PCS), Office fédéral de justice (édit.), Berne 2004, p. 479 ss (cit. DFJP Classement des réponses).

9 Message CPC 2006 (n. 1), p. 6936 s. Voir ég. : Décision du tribunal fédéral 4A\_208/2019 du 30 janvier 2020 c. 3.

teur (cf. c. 4.3.2). Celle-ci ressortait déjà de l'art. 200 AP-CPC 2003. Malgré quelques critiques émises lors de la procédure de consultation<sup>10</sup>, cette volonté de distinction a été confirmée, par le Conseil fédéral, lors de l'élaboration de l'art. 203 P-CPC 2006. La formulation de l'art. 206 CPC ne laisse d'ailleurs aucune marge de manœuvre à l'autorité<sup>11</sup>.

### 3. Un manque de pragmatisme ?

27 Bien que la solution arrêtée puisse provoquer certaines critiques – légitimes – de la part des praticiens (cf. c. 4.3.1), le dénouement choisi par le Tribunal fédéral nous paraît juste. Au vu de la clarté du texte légal et de la volonté du législateur (supra ch. 23), un autre résultat aurait été inconcevable. Il est certes vrai qu'il n'y a rien de plus frustrant, pour le demandeur, que de devoir se rendre à une audience, alors que la partie adverse a préalablement signalé qu'elle ne s'y présentera pas. Outre la perte de temps, il devra éventuellement s'acquitter de frais – en soi inutiles – s'il est p.ex. assisté d'un avocat.

28 La présence du demandeur à l'audience de conciliation est un prérequis dans l'application d'un des principes fondamentaux du Code : « concilier d'abord, juger ensuite » (supra ch. 4). Cette obligation de tentative de conciliation préalable constitue une solution qui a fait ses preuves. Il s'agit en effet, pour les parties, d'une méthode efficace et économique de règlement des litiges<sup>12</sup>. C'est donc cet aspect qu'il sied de percevoir comme pragmatique et, par conséquent, de protéger en instaurant un respect strict de cet impératif, lequel se traduit, dans un premier temps, par la présence du demandeur à l'audience de conciliation. Sa participation constitue ainsi la première carte du château, sans laquelle celui-ci s'écroulerait dès le départ.

29 En outre, comme le souligne le Tribunal fédéral, déclarer ne pas venir et être réellement absent lors de l'audience sont deux choses différentes, l'une n'ayant pas automatiquement l'autre pour conséquence. Il se peut en effet que le défendeur change d'avis dans l'intervalle et décide finalement d'y participer. Certains praticiens diront que cela ne concerne qu'une infime proportion. Quand bien même ! Celle-ci doit être prise en considération. Ce n'est en effet que lors de l'ouverture de l'audience qu'il est en soi possible d'exclure toute participation du défendeur. Sa simple déclaration annonçant qu'il ne prendra pas part à l'audience ne le rendant pas encore

défaillant (art. 147 CPC). Aucune présomption définitive de son absence ne peut ainsi être effectuée avant le début de l'audience de conciliation (cf. c. 4.4.3)<sup>13</sup>.

Par ailleurs, ce pragmatisme instauré par le Code est, dans un second temps, confirmé par le projet de modification du Code qui a notamment pour but d'encourager le défendeur à se présenter à l'audience (infra ch. 39).

### 4. La bonne foi du demandeur

Dans son mémoire, le recourant n'a formulé aucun grief fondé sur la protection de la bonne foi (art. 5 al. 3 et art. 9 Cst. ; art. 52 CPC), alors qu'il aurait sans doute pu le faire – du moins à première vue – puisqu'il a agi à la suite de la décision d'une autorité lui ayant délivré, à la suite de sa requête, une autorisation de procéder. Le recourant aurait dès lors pu invoquer qu'il s'était comporté de bonne foi, sur la base d'une décision d'une autorité compétente l'ayant finalement mené à agir de manière préjudiciable à ses intérêts<sup>14</sup>.

Il est admis que, conformément au principe de la bonne foi, une autorité doit éviter toute conduite propre à tromper le justiciable<sup>15</sup>. De ce fait, une décision erronée – comme c'est le cas en l'espèce – d'une autorité peut astreindre celle-ci à consentir, au justiciable, un avantage contraire aux dispositions actuellement applicables, pour autant que (1) son intervention ait été effectuée envers des personnes déterminées et dans un cas concret, (2) que ses agissements aient respecté ou soient censées avoir respecté les limites qui lui sont imposées, (3) que l'inexactitude n'ait pas été décelable immédiatement par la partie, (4) que sur la base de la décision, la partie ait adapté son attitude sur laquelle elle ne saurait revenir sans subir de dommage et, enfin, (5) que le cadre légal n'ait pas été modifié dans l'intervalle<sup>16</sup>.

En l'espèce, la seule condition sujette à discussion est la troisième. Toutes les autres conditions semblent être satisfaites. En effet, au vu de l'état de fait retenu par le Tribunal fédéral, il nous est difficile de déterminer si l'erreur finalement accomplie par l'autorité, à savoir la délivrance d'une autorisation de procéder sans la tenue d'une audience de conciliation, était ou non immédiate-

10 Cf. DFJP Classement des réponses (n. 8), p. 523 s.

11 Décision du tribunal fédéral 4A\_588/2019 du 12 mai 2020 c. 6.3.

12 Message du 26 février 2020 relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit) (FF 2020 2607), p. 2625 (cit. Message CPC 2020).

13 Cf. ég. ANNETTE DOLGE / DOMINIK INFANGER, Schlichtungsverfahren nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, Zurich 2012, p. 127; ELLENBERGER (N. 7), p. 655 s.; CLAUDE SCHRANK, Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Bâle 2015, N 469.

14 JÉQUIER (n. 6), p. 140.

15 ATF 129 II 361 c. 7.1 (non publié au JdT) ; STÉPHANE ABBET, Le principe de la bonne foi en procédure civile, SJ 2010 II 221, p. 241.

16 Parmi d'autres : ATF 131 II 627 c. 6.1 et les réf. citées (non publié au JdT).

ment décelable par le demandeur. Ce grief n'ayant pas été soulevé par le recourant, cet élément n'est nullement établi. Cela ne veut toutefois pas pour autant dire que le recourant n'était pas conscient qu'il n'avait finalement pas le droit d'être dispensé de comparution personnelle et de recevoir une autorisation de procéder<sup>17</sup>. Pour rappel, le Tribunal fédéral affirme que le Code est clair quant aux possibilités de renoncer de manière commune à la procédure de conciliation (art. 199 al. 1 CPC) et de se faire dispenser de comparaître personnellement à l'audience (art. 204 al. 3 CPC ; supra ch. 9 et 25). En suivant cet avis, il apparaît a priori délicat de justifier l'ignorance du recourant, lequel était, pour rappel, assisté d'un mandataire professionnel. Compte tenu de ce constat, il semble alors justifié de douter de l'impossibilité, pour un avocat, de déceler immédiatement l'erreur qui en a résulté, surtout que la valeur du litige était inférieure à CHF 100'000.-, rendant ainsi inenvisageable l'application de l'art. 199 al. 1 CPC. Il faudrait, en revanche, se montrer plus conciliant si la partie s'était défendue seule et n'avait aucune expérience dans le domaine.

34 En outre, le fait que le recourant ait requis une dispense de comparaître à l'audience de conciliation et la délivrance d'une autorisation de procéder ne démontre en rien qu'il ne pouvait pas déceler l'inexactitude qui allait en découler<sup>18</sup>. Dans le cas contraire, chaque requête déposée auprès d'une autorité satisferait cette condition, ce qui est intolérable du point de vue de la sécurité du droit. Il est en effet notoire que le contenu d'une requête est parfois basé sur des fondements douteux. Une analyse au cas par cas doit être réalisée. À nouveau, il nous paraît juste de se montrer, dans ce cas, plus tolérant envers une partie non représentée par un avocat et n'ayant aucune expérience dans le domaine.

35 Au vu de ce qui précède et compte tenu de l'avis du Tribunal fédéral quant à la clarté du texte légal, il nous est permis de douter, dans le cas d'espèce, du bien-fondé du grief s'appuyant sur la protection de la bonne foi si celui-ci avait été soulevé devant les juges fédéraux<sup>19</sup>.

## 5. Le projet 2020 du Conseil fédéral

36 À ce jour, le Code donne peu de moyens pour encourager le défendeur à prendre part à l'audience de conciliation. En effet, son absence n'a que peu d'incidence (cf. art. 206 al. 2 CPC). Généralement, il perd tout au plus le droit, en raison du principe de la bonne foi (art. 52 CPC), de faire valoir certaines objections ultérieurement, dans le cadre de l'action au fond, alors qu'il aurait déjà pu les

soulever lors de ladite audience. Selon les circonstances, il faut néanmoins ne pas minimiser le tort que son absence peut entraîner dans la sauvegarde de ses droits.

Aujourd'hui, l'autorité de conciliation peut sanctionner le défendeur absent par une amende disciplinaire conformément à l'art. 128 CPC. Pour ce faire, il faut que son comportement ait perturbé le déroulement de la procédure (al. 1) ou ait constitué un procédé téméraire ou de mauvaise foi (al. 3). L'autorité doit, en outre, avoir informé préalablement les parties qu'elles encourent une telle sanction en cas de défaut<sup>20</sup>. Le but est notamment d'éviter une absence du défendeur qui pourrait biaiser, sans sanction, la volonté du législateur de tenter la conciliation obligatoire (cf. c. 3.3). L'application de l'art. 128 CPC reste toutefois exceptionnelle, des circonstances qualifiées étant exigées<sup>21</sup>. À titre d'illustration, le défendeur, informant l'autorité de son absence la veille de l'audience de conciliation, ne remplit pas les conditions d'application de l'art. 128 CPC<sup>22</sup>.

En l'espèce, force est de constater que le défendeur, par l'annonce de son absence à l'audience de conciliation, n'a aucunement perturbé le déroulement de la procédure ou agi de façon téméraire ou de mauvaise foi au sens de l'art. 128 CPC. Il n'aurait aucunement pu faire l'objet d'une sanction disciplinaire.

Le Conseil fédéral propose, dans le cadre de la révision actuelle du Code, de renforcer la mise en œuvre de l'obligation de conciliation préalable et, simultanément, d'atténuer la différence de traitement entre le demandeur et le défendeur en cas de non-comparution à l'audience de conciliation (art. 206 CPC)<sup>23</sup>. En effet, il suggère que la partie défaillante – quelle qu'elle soit – puisse être punie d'une amende d'ordre de CHF 1'000.- au plus par l'autorité de conciliation (art. 206 al. 4 P-CPC 2020). Ainsi, une partie, ne comparaisant pas personnellement à l'audience et ne se faisant pas représenter, peut être sanctionnée, indépendamment des modalités spécifiques imposées par l'actuel art. 128 CPC<sup>24</sup>. Comme cela prévaut actuellement (supra ch. 37), les parties devront être informées de cette possible sanction avant son prononcé, p.ex. dans la citation à comparaître<sup>25</sup>.

20 ATF 141 III 265 c. 5.2 et 5.4 (non publié au JdT).

21 ATF 141 III 265 c. 3 ss (non publié au JdT) ; Décision du tribunal fédéral 4A\_500/2016 du 9 décembre 2016 c. 2.

22 Décision du tribunal fédéral 4A\_500/2016 du 9 décembre 2016 c. 3 et 4.

23 Département fédéral de justice et police (DFJP), Rapport explicatif relatif à la modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité) du 2 mars 2018, Office fédéral de la justice (édit.), Berne 2018, p. 65 s.

24 Message CPC 2020 (n. 12), p. 2664 s.

25 Message CPC 2020 (n. 12), p. 2665 ; RENATO BUCHER, Übersicht über die Teilrevision der Zivilprozessordnung, Jusletter du 6 avril 2020, N 56.

17 Contra : JÉQUIER (n. 6), p. 142.

18 Contra : JÉQUIER (n. 6), p. 142.

19 Contra : JÉQUIER (n. 6), p. 143.

40 À juste titre, cette proposition a été généralement bien accueillie lors de la procédure de consultation<sup>26</sup>. Certains la considèrent toutefois d'inutile, voire contreproductive, car ils estiment qu'il serait utopique d'attendre d'une partie contrainte à prendre part à une audience de conciliation qu'elle soit ouverte au dialogue si elle ne l'est pas de base<sup>27</sup>. Certes, certaines parties resteront toujours récalcitrantes. Cela étant, il nous semble réducteur de schématiser la répercussion de la menace d'une amende disciplinaire de cette manière. En effet, la participation personnelle des parties à l'audience de conciliation a pour but de les encourager à trouver un terrain d'entente<sup>28</sup>. Ce n'est que lors de l'audience que les parties réaliseront réellement si elles sont prêtes à faire un pas vers l'autre. Plusieurs facteurs non négligeables, tels que le cadre solennel de la salle, les explications du juge ou l'attitude de la partie adverse, peuvent amener la partie à se remettre en question. C'est p.ex. uniquement à ce moment-là que certaines parties se rendent réellement compte des investissements et des risques tant financiers que personnels qu'une procédure engendre, surtout lorsque la valeur litigieuse est « faible ». Comme souligné par le Tribunal fédéral, l'expérience montre que c'est lors de tels litiges que le taux de liquidation par voie de transaction est important (cf. c. 4.1.2). Et comme il est bien connu en pratique, un mauvais accord vaut mieux qu'un bon procès.

41 Lors de la procédure de consultation, une remarque intéressante, déjà soulevée concernant l'art. 200 AP-CPC 2003<sup>29</sup>, a été formulée. Son auteur estime qu'il serait plus adéquat que la partie défaillante dédommage l'autre partie pour les frais occasionnés, au lieu que l'autorité lui inflige une amende disciplinaire<sup>30</sup>. Cette possibilité existait déjà, par le passé, dans la législation cantonale lucernoise (§ 192 al. 2 ZPO-LU)<sup>31</sup>. Cette obligation aurait le mérite d'être introduite dans le Code, à titre complémentaire ou alternatif, à l'amende d'ordre. En effet, malgré l'absence du défendeur, le sort des frais relatifs à la conciliation est reporté à la procédure au fond (art. 207 al. 2 CPC), sauf proposition de jugement (art. 210 s. CPC) ou

décision (art. 212 CPC). Il est certes théoriquement possible que le tribunal du fond prenne en compte l'absence du défendeur à l'audience de conciliation lors de la répartition des frais (art. 107 CPC), mais cette hypothèse reste à sa libre appréciation. Par conséquent, une spécification de cette obligation à l'art. 206 CPC ou à l'art. 207 CPC serait louable. Elle inciterait encore plus les parties à participer à l'audience de conciliation.

En tout état de cause, il sied de maximiser la présence des parties lors de l'audience, car seule une comparution personnelle favorise les chances de succès de trouver un terrain d'entente<sup>32</sup>.

## IV. La conclusion

Lors d'une procédure de conciliation, le demandeur est tenu de participer à l'audience, même si le défendeur lui a déjà fait savoir qu'il n'y prendra pas part. À défaut, sa requête sera considérée comme retirée (art. 206 al. 1 CPC). Il ne peut pas requérir une dispense de comparution personnelle et une autorisation de procéder (art. 209 CPC) de la part de l'autorité compétente en réaction à l'annonce du défendeur (supra ch. 10 et 16 ss).

Bien que cette situation puisse entraîner de la frustration chez le demandeur, la clarté du texte légal et la volonté du législateur démontrent qu'il s'agit d'un choix délibéré dont les parties et l'autorité ne peuvent pas s'en écarter. L'obligation de conciliation préalable est un principe fondamental prôné par le Code qu'il sied de préserver (supra ch. 9 et 22 ss).

Dans le futur, la différence de traitement en cas de non-comparution du demandeur et du défendeur sera quelque peu atténuée si le Parlement décide de faire suite à la proposition du Conseil fédéral, en acceptant qu'une partie défaillante à l'audience de conciliation puisse être sanctionnée d'une amende disciplinaire, ce sans critères particuliers (art. 206 al. 4 P-CPC 2020), contrairement à ce qui prévaut actuellement (supra ch. 37 ss). Une telle introduction renforcerait le principe de conciliation préalable qui est si cher au législateur et qui a fait ses preuves dans le passé.

26 Département fédéral de justice et police (DFJP), Synthèse des résultats de la procédure de consultation relative à la révision du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité) du 29 janvier 2020, Office fédéral de la justice, Berne 2020, p. 37 s. (cit. DFJP Synthèse des résultats).

27 Département fédéral de justice et police, Remarques générales, par article et relatives au rapport explicatif et autres propositions, Office fédéral de la justice, Berne 2020, p. 247 ss. ; du même avis : ELENBERGER (n. 7), p. 657 s. ; ARNAUD NUSSBAUMER, La renonciation d'un commun accord à la procédure de conciliation, www.lawinside.ch, p. 2.

28 Décision du tribunal fédéral 4A\_588/2019 du 12 mai 2020 c. 6.2.

29 Cf. DFJP Classement des réponses (n. 8), p. 523.

30 DFJP Synthèse des résultats (n. 27), p. 38.

31 DFJP Classement des réponses (n. 8), p. 523.

32 Message CPC 2006 (n. 1), p. 6939.