

Festschrift für  
Jolanta Kren  
Kostkiewicz

Zivilprozess und Vollstreckung national und  
international – Schnittstellen und Vergleiche

## Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche

Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz

Herausgegeben von:

Alexander R. Markus

Stephanie Hrubesch-Millauer

Rodrigo Rodriguez

Nur wenige Namen in der Schweiz sind so eng mit dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht und dem Internationalen Privatrecht der Schweiz verknüpft wie derjenige von Jolanta Kren Kostkiewicz. Für mehr als eine Generation Juristinnen und Juristen, seien es Praktiker, Studierende oder Akademiker, ist der Griff zu einem der zahlreichen Werke Jolanta Kren Kostkiewicz' mittlerweile ein zwingender Schritt auf dem Weg, in diesen Rechtsgebieten die Rechtsnorm, die Rechtsprechung dazu, eine systematische Einführung oder eine gründliche Auseinandersetzung mit einer Auslegungsfrage zu finden.

Die vorliegende Festschrift widerspiegelt Vielfalt und Reichtum des wissenschaftlichen Werkes der Geehrten. Die Beiträge der zahlreichen namhaften Autoren reichen vom Internationalen Zivil- und Verfahrensrecht, einem der zentralen Themen ihres Wirkens, über das Schiedsverfahrensrecht zum Zivilprozess- und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, einem zweiten Schwerpunkt ihrer Tätigkeit in Lehre und Wissenschaft, um in rechtsvergleichenden Betrachtungen in materielles Recht und Verfahrensrecht zu münden. Die aktuellen Revisionen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht zum internationalen Schiedsverfahrens- und Insolvenzrecht wurden mit einbezogen.

ISBN 978-3-7272-2289-4



Stämpfli Verlag



Stämpfli Verlag



---

**Zivilprozess und Vollstreckung national und international –  
Schnittstellen und Vergleiche**



A handwritten signature or set of initials in black ink, consisting of a vertical line with a loop at the top and a horizontal stroke extending to the right.

---

Alexander R. Markus  
Stephanie Hrubesch-Millauer  
Rodrigo Rodriguez  
(Herausgeber)

# **Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche**

**Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz**

Zina Conrad  
Michaela Eichenberger  
Melanie Huber-Lehmann  
Dominik Milani  
Ilija Penon  
Denise Weingart  
Daniel Wuffli  
(Co-Herausgeber)



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

---

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2018  
[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)

ISBN 978-3-7272-2289-4

Über unsere Online-Buchhandlung [www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com)  
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Judocu ISBN 978-3-0354-1529-2



© Stämpfli Verlag AG Bern

---

# Absence d'une ordonnance de preuves et déni de justice

## Commentaire de l'arrêt du TF 4A\_108/2017 du 30 mai 2017

ISABELLE CHABLOZ: Professeure associée à UniDistance et chargée de cours à l'Université de Berne<sup>1</sup>

### Sommaire

|      |  |     |
|------|--|-----|
| I.   | Introduction.....  | 440 |
| II.  | Résumé de l'arrêt.....   | 440 |
|      | A. Etat de fait.....   | 440 |
|      | B. Motifs de la décision.....  | 441 |
|      | 1. Recevabilité du recours au Tribunal fédéral.....                      | 442 |
|      | 2. Tardiveté du recours au niveau cantonal.....                          | 442 |
| III. | Commentaire.....   | 443 |
|      | A. Introduction.....   | 443 |
|      | B. Fonction(s) et contenu de l'ordonnance de preuves.....                | 444 |
|      | 1. Généralités.....  | 444 |
|      | 2. Contenu de l'ordonnance de preuves.....                               | 445 |
|      | a) Introduction.....   | 445 |
|      | b) Historique de la disposition.....                                     | 446 |
|      | c) Place et nature de l'ordonnance de preuves.....                       | 447 |
|      | 3. Conclusions intermédiaires.....                                       | 448 |
|      | C. Conséquences de l'absence d'une ordonnance de preuves.....            | 450 |
|      | 1. Introduction.....   | 450 |
|      | 2. Voies de droit.....   | 450 |
|      | 3. Conséquences.....   | 451 |
|      | a) Nécessité de l'ordonnance de preuves.....                             | 451 |
|      | b) Pas de déni de justice.....   | 453 |
|      | c) Recours contre l'administration de la preuve.....                     | 453 |
|      | d) Annulation en cas de violation effective du droit d'être entendu..... | 454 |

---

<sup>1</sup> Je remercie le Prof. MICHEL HEINZMANN, professeur ordinaire à l'Université de Fribourg, pour nos discussions enrichissantes ainsi que ses remarques constructives et CORINNE COPT, MLaw et doctorante à l'Université de Fribourg, pour la relecture formelle du présent.

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| IV. Conclusions.....     | 455 |
| Bibliographie.....       | 456 |
| Travaux législatifs..... | 457 |

## **I. Introduction**

En 2011, la jubilaire, JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, à laquelle je rends hommage par cet article, a co-organisé une journée consacrée à la preuve dans le nouveau Code de procédure civile.<sup>2</sup> Il y fut notamment question de l'ordonnance de preuves et de son contenu.<sup>3</sup>

Six ans plus tard, le Tribunal fédéral n'a toujours pas tranché la question de savoir si l'ordonnance de preuves doit répartir ou non le fardeau de la preuve. En revanche, dans l'arrêt 4A\_108/2017 du 30 mai 2017, objet du présent commentaire, il a indiqué qu'une telle ordonnance doit être rendue chaque fois qu'il y a lieu d'administrer une preuve, peu importe la procédure (ordinaire ou simplifiée) ou la maxime applicable. L'absence d'une telle ordonnance constitue, selon lui, un déni de justice qui peut être invoqué en tout temps (II).

Admettre un déni de justice en cas d'absence d'une ordonnance de preuves, n'est, selon nous, pas conforme à la nature et à la fonction de celle-ci, comme nous allons le démontrer (III).

## **II. Résumé de l'arrêt**

### **A. Etat de fait**

Il ressort de l'arrêt 4A\_108/2017 du 30 mai 2017 que par courrier du 19 avril 2016, produit en audience le même jour, la bailleresse-défenderesse Z a requis la production de la pièce 152 dans la procédure qui l'oppose au locataire-demandeur X. La pièce 152 est un rapport de police de 2014 produit dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale concernant le locataire et son épouse. Le dossier n'indique pas que les parties ont été entendues sur ce point.

Par courrier du 8 novembre 2016, avec copie aux avocats des parties, la Présidente du Tribunal des baux du canton de Vaud (ci-après: la Présidente) a

---

<sup>2</sup> Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC), RS 272; Beweisrecht der neuen ZPO, KREN KOSTKIEWICZ/MARKUS/RODRIGUEZ (édit.), Berne 2012.

<sup>3</sup> LEUENBERGER, Beweisverfügung, p. 39 ss.



requis du tribunal concerné ladite pièce. Celle-ci a été transmise au tribunal des baux le 9 novembre 2016 et une copie a été remise aux parties le 10 novembre 2016. Par courrier du lendemain, le locataire X s'est opposé à la production de cette pièce qui ne présente, à son sens, aucun lien avec la procédure. Au surplus, il a fait valoir la violation de l'art. 156 CPC et le fait qu'il n'a pas été entendu préalablement sur cette question.

Par courrier du 25 novembre 2016, le locataire X a requis le retrait immédiat de la pièce litigieuse du dossier et la destruction de toute copie en mains de la partie adverse. Il a fait valoir une violation de son droit d'être entendu et une atteinte non justifiée à sa sphère privée.

Le 29 novembre 2016, la Présidente a refusé d'ordonner le retranchement de la pièce litigieuse, au motif qu'elle avait été requise par la bailleresse par courrier du 19 avril 2016, de sorte que le locataire avait eu largement le temps de s'y opposer avant «l'ordonnance de production de cette pièce» datée du 8 novembre 2016. Sur le fond, elle a estimé que la pièce n'était pas dénuée de pertinence.

Le locataire X a recouru le 12 décembre 2016 à la Chambre des recours civile du Tribunal cantonal vaudois (ci-après: TC) qui a déclaré le recours irrecevable pour tardiveté. Elle a estimé en effet que le recours aurait dû porter contre le courrier du 8 novembre 2016 qui constitue une ordonnance de preuves complémentaire et non contre le courrier du 29 novembre 2016 qui est un refus de retrancher une pièce du dossier.

Le 28 décembre 2016, le locataire X a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre la décision du TC, concluant à sa réforme en ce sens que son recours soit déclaré recevable, que la pièce 152 soit écartée du dossier de la procédure et que la destruction de tous les exemplaires de ladite pièce, en mains de la bailleresse Z et de ses représentants, soit ordonnée, sous la menace des peines prévues à l'art. 292 CP.<sup>4</sup> Subsidiairement, il a conclu au renvoi de la cause au TC pour statuer sur le fond.

## **B. Motifs de la décision**

Après avoir examiné la recevabilité du recours contre la décision incidente rendue par le TC vaudois (1.), le Tribunal fédéral a tranché l'objet du litige, à savoir déterminer si le recours au TC était tardif ou non (2.).

---

<sup>4</sup> Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0.

## 1. *Recevabilité du recours au Tribunal fédéral*

Le Tribunal fédéral commence par rappeler que, pour des motifs d'économie de procédure, le recours contre les décisions incidentes n'est recevable que si celles-ci peuvent causer un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF) ou si l'admission du recours peut conduire à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 93 al. 1 let. b LTF).<sup>5</sup>

En l'espèce, il s'agissait de déterminer si la décision incidente de l'instance précédente risquait de causer au locataire X un dommage irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF. Selon le Tribunal fédéral, la décision refusant ou admettant des moyens de preuve offerts par les parties ne cause en principe pas de préjudice irréparable puisqu'il est normalement possible, en recourant contre la décision finale, d'obtenir l'administration de la preuve refusée à tort ou d'obtenir que la preuve administrée à tort soit écartée du dossier. Exceptionnellement, un dommage irréparable peut survenir, par exemple, lorsque le moyen de preuve refusé risque de disparaître ou qu'une partie est astreinte, sous la menace de l'amende au sens de l'art. 292 CP, à produire des pièces, susceptibles de porter atteinte à ses secrets d'affaires ou à ceux de tiers, sans que le tribunal n'ait pris des mesures aptes à les protéger.<sup>6</sup>

Selon le Tribunal fédéral, le courrier du 8 novembre 2016 n'est pas une ordonnance de preuves, mais bien directement l'administration de la preuve. En l'absence d'une telle ordonnance, le locataire X n'a pas pu recourir et a été privé de la possibilité de faire valoir que cette preuve porte atteinte à sa sphère privée et à celle de ses proches. Il y a donc lieu d'admettre un préjudice irréparable, car si cette pièce était diffusée, il ne serait plus possible de revenir en arrière.<sup>7</sup> Le Tribunal fédéral a donc considéré le recours en matière civile comme étant recevable.

## 2. *Tardiveté du recours au niveau cantonal*

Concernant l'objet du litige, il s'agit pour le Tribunal fédéral de déterminer si le recours introduit le 12 décembre 2016 était effectivement tardif ou non. Il commence par rappeler que le courrier du 8 novembre 2016, ordonnant l'administration d'une preuve, n'est pas une ordonnance de preuves.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF), RS 173.110; TF, arrêt 4A\_108/2017 du 30.05.2017, consid. 1.1.

<sup>6</sup> TF, arrêt 4A\_108/2017 du 30.05.2017, consid. 1.2.

<sup>7</sup> TF, arrêt 4A\_108/2017 du 30.05.2017, consid. 1.3.

<sup>8</sup> TF, arrêt 4A\_108/2017 du 30.05.2017, consid. 3.2.

A la question de savoir si une ordonnance de preuves est nécessaire, même dans une contestation de bail soumise à la procédure simplifiée (art. 243 al. 2 let. c CPC), à laquelle la maxime inquisitoire simple (ou sociale) s'applique (art. 247 al. 2 let. a CPC), le Tribunal fédéral répond par l'affirmative en se référant à l'art. 219 CPC. Même dans ce type de procédure, le juge doit décider quels faits doivent être prouvés et quels moyens de preuve administrer et communiquer sa décision aux parties (art. 154 CPC). L'ordonnance peut alors faire l'objet d'un recours (art. 319 let. b ch. 2 CPC) dans un délai de 10 jours (art. 321 al. 2 CPC). Il en découle, selon le Tribunal fédéral, que le droit des parties d'être entendues doit être respecté (art. 53 CPC et art. 29 al. 2 Cst.).<sup>9</sup> Lorsque, comme dans le cas d'espèce, l'administration de la preuve n'est pas précédée d'une ordonnance de preuves, non seulement les règles des art. 154 s. CPC, mais également le droit d'être entendu du demandeur sont violés. Le fait que la partie adverse savait depuis sept mois que la pièce litigieuse avait été requise n'y change rien. Comme l'omission d'un acte par le tribunal peut faire l'objet d'un recours en tout temps (art. 319 let. c et 321 al. 4 CPC), le recours n'est pas tardif.<sup>10</sup>

Pour ces motifs, le Tribunal fédéral a donc admis le recours en matière civile, annulé la décision du TC et renvoyé la cause pour nouvelle décision.<sup>11</sup>

### III. Commentaire

#### A. Introduction

L'ordonnance de preuves est régie par l'art. 154 CPC: «Les ordonnances de preuves sont rendues avant l'administration des preuves. Elles désignent en particulier les moyens de preuve admis et déterminent pour chaque fait à quelle partie incombe la preuve ou la contre-preuve. Elles peuvent être modifiées ou complétées en tout temps»,<sup>12</sup> c'est-à-dire jusqu'au moment où la décision est rendue.<sup>13</sup>

Le présent arrêt qualifie, à raison, l'ordonnance de preuves comme étant une décision d'instruction. Selon le Tribunal fédéral, celle-ci a pour fonction de garantir le droit des parties d'être entendues et est nécessaire dès qu'une

<sup>9</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101; TF, arrêt 4A\_108/2017 du 30.05.2017, consid. 3.1.

<sup>10</sup> TF, arrêt 4A\_108/2017 du 30.05.2017, consid. 3.2.

<sup>11</sup> TF, arrêt 4A\_108/2017 du 30.05.2017, consid. 4.

<sup>12</sup> Dans les textes italiens et français, ordonnance et preuve («ordonnances de preuves», «ordinanze sulle prove») sont au pluriel alors que le texte allemand utilise le singulier («Beweisverfügung»).

<sup>13</sup> BSK ZPO-GUYAN, art. 154 N 8; SCHWEIZER, art. 154 N 12.

preuve doit être administrée. Il en déduit que l'absence d'une telle ordonnance constitue un déni de justice que les parties peuvent invoquer en tout temps (*supra* II.B.2).

Dans le cas d'espèce, le raisonnement du Tribunal fédéral ne porte pas à conséquence, car l'administration de la preuve causait un préjudice irréparable et la preuve méritait d'être écartée du dossier. Si tel ne devait pas être le cas, admettre un déni de justice serait problématique et surtout contraire à la nature de l'ordonnance de preuves, comme nous allons le voir.

Pour pouvoir déterminer les conséquences de l'absence d'une ordonnance de preuves et plus généralement d'une violation de l'art. 154 CPC (C), il est essentiel de se pencher plus avant sur sa/ses fonction/s et son contenu (B).

## **B. Fonction(s) et contenu de l'ordonnance de preuves**

### *1. Généralités*

Il ressort du présent arrêt que l'ordonnance de preuves a pour fonction d'informer les parties et de leur permettre d'exercer leur droit d'être entendues.<sup>14</sup> Ainsi, dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a considéré qu'il ne suffisait pas que le locataire X sache que l'édition de la pièce litigieuse avait été requise par la bailleresse Z pour que son droit d'être entendu soit respecté.<sup>15</sup> Selon lui, une ordonnance de preuves était à cet égard nécessaire.

Une partie de la doctrine reconnaît une fonction d'information à l'ordonnance de preuves,<sup>16</sup> voire une fonction de contrôle.<sup>17</sup> Cette dernière fonction est surtout évoquée par les auteurs qui sont d'avis que le fardeau objectif de la preuve doit être réparti dans l'ordonnance de preuves (*infra* 2.a). Selon ces auteurs, faute d'une telle répartition, l'ordonnance de preuves n'apporterait rien dans la plupart des cas, car elle ne contiendrait souvent aucun nouvel élément par rapport aux écritures.<sup>18</sup> La seule fonction unanimement admise par la doctrine est une fonction organisationnelle interne (autrement dit une fonction d'ordre).<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> TF, arrêt 4A\_108/2017 du 30.05.2017, consid. 3.2.

<sup>15</sup> TF, arrêt 4A\_108/2017 du 30.05.2017, consid. 3.2.

<sup>16</sup> Voir p. ex. GUYAN, ZZZ, p. 4 s.; LEU, art. 154 N 29; PASSADELIS, art. 154 N 2.

<sup>17</sup> LEU, art. 154 N 32; Dans ce sens, voir ég. OGer ZH, arrêt RB170016 du 26.06.2017, ZR 116/2017 140 ss, consid. 4.3.1.

<sup>18</sup> GUYAN, ZZZ, p. 6; HILL, p. 291; LEU, art. 154 n. 91.

<sup>19</sup> Parmi de nombreux autres, BRÖNNIMANN, art. 154 N 3 s. («Programm des Beweisverfahrens»); BSK ZPO-GUYAN, art. 154 N 1; GUYAN, ZZZ, p. 5 («Prozessprogramm»); LEU, art. 154 N 27 s. («Drehbuch oder Prozessprogramm»).

Pour se déterminer sur le rôle de l'ordonnance de preuves, il faut par conséquent préalablement examiner son contenu.

## 2. *Contenu de l'ordonnance de preuves*

### a) **Introduction**

L'arrêt 4A\_108/2017 du 30 mai 2017 est très vague sur le contenu de l'ordonnance de preuves. Il mentionne seulement que le juge doit décider quels faits doivent être prouvés et quels moyens de preuve il est nécessaire d'administrer et communiquer sa décision par une ordonnance de preuves.<sup>20</sup> L'art. 154 CPC n'est pas plus explicite, puisqu'il indique que l'ordonnance de preuves doit désigner en particulier les moyens de preuve admis et déterminer pour chaque fait à quelle partie incombe la preuve ou la contre-preuve.

La question est en particulier controversée de savoir si l'ordonnance de preuves doit répartir le fardeau de la preuve ou uniquement le fardeau de l'allégation subjectif.<sup>21</sup> Le fardeau de la preuve consiste à établir qui, du titulaire du droit ou de sa partie adverse, doit supporter les conséquences de l'échec de la preuve d'un fait (art. 8 CC).<sup>22</sup> Il s'agit d'une question de droit matériel qui ne joue un rôle qu'en cas d'échec de la preuve.<sup>23</sup> Le fardeau de l'allégation subjectif découle de la maxime des débats et suppose que les parties allèguent les faits sur lesquels elles fondent leur prétention.<sup>24</sup> Il s'agit d'une question de procédure.<sup>25</sup>

Cette divergence se retrouve dans les pratiques cantonales. A titre d'exemples, les tribunaux zurichois, bernois et argoviens répartissent le fardeau de la preuve dans l'ordonnance de preuves,<sup>26</sup> alors que les tribunaux des cantons de Vaud et Neuchâtel ne semblent pas le faire.<sup>27</sup>

<sup>20</sup> TF, arrêt 4A\_108/2017 du 30.05.2017, consid. 3.1.

<sup>21</sup> Pour une répartition du fardeau de la preuve, BSK ZPO-GUYAN, art. 154 N 2; LE MÊME, ZZZ, p. 5 s.; LEU, art. 154 N 7 et 71-84; MÜLLER, p. 490 s.; et parmi d'autres qui ne fondent pas vraiment leur position, BRÖNNIMANN, art. 154 N 3; PASSADELIS, art. 154 N 2; SCHWEIZER, art. 154 N 5 et N 9 s.; Pour une répartition du fardeau de l'allégation subjectif, BRÄNDLI, N 487; HASENBÖHLER, art. 154 N 6 et 15; LEUENBERGER, Beweisverfügung, p. 44 ss; LE MÊME, ZZZ, p. 110 s.

<sup>22</sup> Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210; HOHL, N 2080 ss.; ATF 125 III 78, consid. 3b; TF, arrêt 4A\_243/2017 du 30.06.2017, consid. 3.2.2.

<sup>23</sup> TF, arrêt 4A\_514/2016 du 06.04.2017, consid. 3.4.1.

<sup>24</sup> HOHL, N 1258.

<sup>25</sup> TF, arrêt 4A\_514/2016 du 06.04.2017, consid. 3.4.1.

<sup>26</sup> Voir LEUENBERGER, Beweisverfügung, p. 49 ss.

<sup>27</sup> Conclusion tirée de documents fournis par des praticiens et tribunaux des différents cantons.

La controverse ainsi que ces différences de pratiques découlent, d'une part, de pratiques antérieures divergentes et sont, d'autre part, alimentées par les travaux préparatoires et un texte peu clair (b). Outre, l'approche littérale et historique,<sup>28</sup> il y a lieu, pour trancher cette controverse, de tenir compte de la place de l'ordonnance dans la procédure, de son rôle et de sa nature (c).<sup>29</sup>

## **b) Historique de la disposition**

L'avant-projet du Code de procédure civile suisse (ci-après: AP-CPC) consacrait deux dispositions à l'ordonnance de preuves. L'art. 218 AP-CPC traitait de l'ordonnance de preuves (simple) et l'art. 219 AP-CPC de l'ordonnance de preuves qualifiée.

L'ordonnance de preuves (simple) devait, selon l'art. 218 AP-CPC, désigner la partie chargée de la preuve, les faits à prouver et les moyens de preuve, ainsi que fixer les avances y relatives. Le rapport explicatif précisait que l'ordonnance devait désigner la partie qui supporte le fardeau subjectif de la preuve.<sup>30</sup>

Une ordonnance de preuves qualifiée était prévue à l'art. 219 al. 1 AP-CPC pour les causes dont l'état de fait est complexe, contenant: (a) l'indication précise de chacun des faits à prouver, (b) la désignation de la partie à laquelle incombe la preuve principale et la contre-preuve, (c) le délai dans lequel les parties doivent déposer la liste de leurs preuves. Selon l'al. 2, les parties auraient ainsi dû désigner parmi les moyens de preuve invoqués dans leur mémoire ceux qu'elles entendaient administrer à l'appui des faits spécifiés dans l'ordonnance (liste des preuves). Après notification de la liste aux parties, le tribunal aurait dû décider quelles preuves il retenait (al. 3). L'ordonnance de preuves qualifiée était issue de la procédure civile zurichoise divisée en deux phases (*Beweisauflagebeschluss* und *Beweisanretungsschrift*).<sup>31</sup> Contrairement à l'ordonnance simple, l'ordonnance qualifiée devait, selon le rapport explicatif, établir la partie qui supporte le fardeau (objectif) de la preuve selon l'art. 8 CC.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> Dans certains arrêts récents, le Tribunal fédéral n'a pas hésité à aller à l'encontre du texte de la loi, voir en particulier ATF 143 III 495, consid. 2.2.2.3 s. et ATF 143 III 506, consid. 3.

<sup>29</sup> Concernant les méthodes d'interprétation de la loi, voir ATF 142 IV 389, consid. 4.3.1 ou arrêt 2C\_327/2017 du 12.09.2017, consid. 5.5.

<sup>30</sup> Rapport, p. 108; Les travaux préparatoires sont disponibles sur le site: <[http://proceduracivile.ch/page/fra/lavori\\_preparatori.html](http://proceduracivile.ch/page/fra/lavori_preparatori.html)> (consulté le 11.10.2017).

<sup>31</sup> Rapport, p. 109.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

En procédure de consultation, les art. 218 et 219 AP-CPC furent vivement critiqués. Il fut principalement reproché à l'art. 218 d'être trop imprécis et à l'art. 219 d'être trop compliqué et trop lourd à appliquer.<sup>33</sup> Il a ainsi été relevé que la détermination de la charge de l'administration des preuves et des faits à prouver, ainsi que la désignation des moyens de preuve étaient de la responsabilité des parties.<sup>34</sup>

Le projet ne reprit pas les dispositions sur l'ordonnance de preuves. Dans son message, le Conseil fédéral indiqua néanmoins qu'avant l'administration des preuves: «le tribunal doit toujours indiquer les faits à prouver, la partie qui a la charge de la preuve et si la partie adverse est autorisée à apporter la contre-preuve et par quels moyens».<sup>35</sup> Le Conseil national, sur proposition de sa commission, réintroduisit l'ordonnance de preuves à l'art. 152 al. 1 dans les termes que l'on connaît.<sup>36</sup> Le Conseil des Etats se rallia à cette proposition, mais la transféra dans une disposition séparée (art. 151a qui devint finalement l'art. 154 CPC), modification à laquelle le Conseil national adhéra.<sup>37</sup>

Sans surprise, l'argument principal des tenants d'une répartition du fardeau objectif de la preuve repose sur le texte de la loi qui reprend, cela est indiscutable, la terminologie de l'art. 219 AP-CPC.<sup>38</sup> Le texte en lui-même n'est cependant pas aussi clair puisque, comme le relève LEUENBERGER, le fardeau de la contre-preuve n'a pas à être attribué, vu que celle-ci est toujours autorisée.<sup>39</sup> Il ne fait pas de doute non plus que le législateur n'a pas voulu reprendre le système zurichois tel qu'il était prévu à l'art. 219 AP-CPC.

Dès lors, l'art. 154 CPC est un «bricolage» de dernière minute et il ne faut pas attacher une trop grande importance à sa lettre. Pour définir, la fonction et le contenu de l'ordonnance de preuves, il est préférable de tenir compte de sa place dans la procédure et de sa nature.

### c) Place et nature de l'ordonnance de preuves

L'ordonnance de preuves doit intervenir avant l'administration des preuves. En procédure ordinaire, comme en procédure simplifiée, l'ordonnance de preuves est en principe rendue après que les parties ont épuisé leurs deux

<sup>33</sup> Voir le classement des réponses à la procédure de consultation, p. 582 ss.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>35</sup> Message relatif au Code de procédure civile suisse, 6841 ss, p. 6949.

<sup>36</sup> BO 2008 CN 946.

<sup>37</sup> BO 2008 CE 726 et BO 2008 CN 1636 s.

<sup>38</sup> GUYAN, ZZZ, p. 5 s.; LEU, art. 154 N 75 ss.; MÜLLER, p. 490 s.

<sup>39</sup> LEUENBERGER, ZZZ, p. 110 s.

chances de faire valoir sans restriction de nouveaux moyens de preuve.<sup>40</sup> Par conséquent, contrairement à ce que prévoyait le système zurichois qui avait inspiré l'art. 219 AP-CPC (*supra* b), une liste des preuves ne peut pas être fournie après que l'ordonnance de preuves a été rendue. Ainsi, si une partie se voit attribuer le fardeau de la preuve d'un fait pour lequel elle n'a pas allégué de moyens de preuve, elle ne peut plus y remédier. De même, si une partie a prouvé un fait dont elle ne supportait en réalité pas le fardeau, cette question sera irrelevante (puisque le fardeau de la preuve ne joue un rôle qu'en cas d'échec de la preuve).

Au surplus, comme cela ressort très bien du présent arrêt,<sup>41</sup> l'ordonnance de preuves est une décision d'instruction (art. 124 al. 1 CPC).<sup>42</sup> La compétence d'édicter une telle ordonnance appartient au tribunal. Néanmoins, dans la mesure où la conduite du procès peut être déléguée à l'un des membres du tribunal (art. 124 al. 2 CPC), la compétence d'établir l'ordonnance de preuves peut également l'être.<sup>43</sup> Le fardeau de la preuve étant une question de droit matériel (*supra* a), cette question ne devrait pas être tranchée dans une ordonnance de preuves, éventuellement rendue par un juge délégué.

Enfin, le droit d'être entendu ne confère pas aux parties le droit de se prononcer sur l'appréciation juridique d'une affaire faite par un tribunal.<sup>44</sup> Le tribunal applique le droit d'office (art. 57 CPC) et peut ainsi se baser sur une autre disposition que celle invoquée par les parties, sans avoir à attirer préalablement l'attention des parties sur l'existence de tel ou tel problème de droit et sans aviser une partie du caractère décisif d'un élément de fait.<sup>45</sup>

### 3. *Conclusions intermédiaires*

Même si le texte de l'art. 154 CPC a été inspiré par le système zurichois qui prévoyait une répartition du fardeau de la preuve au stade de l'ordonnance de

---

<sup>40</sup> ATF 141 III 481, consid. 3.2.4; 140 III 312, consid. 6.3.2.3. En procédure ordinaire, les deux chances sont généralement épuisées avant l'audience des débats, du moins s'il y a deux échanges d'écritures ou un échange d'écritures et une audience d'instruction. En procédure simplifiée, elle est au plus tard épuisée au début de l'audience des débats (un échange d'écritures et/ou une audience d'instruction devant obligatoirement avoir eu lieu avant ce stade).

<sup>41</sup> TF, arrêt 4A\_108/2017 du 30.05.2017, consid. 1.2.

<sup>42</sup> Voir p. ex. BRÖNNIMANN, art. 154 N 5; HILL, p. 227; LEU, art. 154 N 24.

<sup>43</sup> Dans ce sens, BRÄNDLI, N 486; GUYAN, art. 154 N 1; HALDY, N 525; LEUENBERGER, Beweisverfügung, p. 47; LE MÊME, ZZZ, p. 112; LEU, art. 154 N 40. Selon HOFMANN/LÜSCHER, p. 131, le droit cantonal détermine si le tribunal ou le juge instructeur est compétent.

<sup>44</sup> GÖKSU, art. 53 N 12.

<sup>45</sup> ATF 130 III 35, consid. 5.



preuves, le déroulement des travaux préparatoires montre qu'il n'y a pas lieu d'accorder une trop grande importance à la lettre de cette disposition.

Au contraire du système zurichois, le CPC prévoit que les moyens de preuve doivent en principe avoir été allégués avant que l'ordonnance de preuves ne soit rendue. Par conséquent, le surcroît de travail engendré par une répartition du fardeau de la preuve à ce stade paraît disproportionné par rapport au bénéfice pour les parties. Ce d'autant plus que la question du fardeau de la preuve se pose uniquement si la preuve d'un fait n'a pas été apportée.

Il ne faut pas oublier non plus que l'ordonnance de preuves est une simple décision d'instruction qui peut être modifiée en tout temps et déléguée au juge instructeur. Il n'est donc pas cohérent qu'elle tranche une question matérielle lorsque la compétence de trancher l'affaire appartient à un collège de juges. Du reste, le droit des parties d'être entendues ne leur confère ni le droit d'être informées sur la règle de droit applicable ni sur le caractère décisif d'un fait.

Il ressort de ces éléments que, lorsque la maxime des débats ou la maxime inquisitoire simple (ou sociale) s'applique,<sup>46</sup> l'ordonnance de preuves doit uniquement établir, sur la base des faits et moyens de preuves correctement allégués, ceux qui sont contestés, non notoires et pertinents (art. 150 CPC) et indiquer parmi les moyens de preuves allégués, lesquels seront administrés pour les établir. Elle doit également indiquer si le moyen en question sert à la preuve ou à la contre-preuve de ce fait. Ce n'est que si la maxime inquisitoire illimitée s'applique (art. 153 al. 1 CPC) ou qu'une preuve est administrée d'office en vertu de l'art. 153 al. 2 CPC, que le juge va éventuellement au-delà des allégués des parties. Certes, l'ordonnance peut contenir des éléments supplémentaires, tels que la fixation des avances de frais ou déjà l'administration de la preuve, mais ces éléments sont facultatifs.<sup>47</sup>

En conclusion, l'ordonnance de preuves a ainsi un rôle avant tout organisationnel et vise à informer les parties du déroulement de la procédure probatoire.

---

<sup>46</sup> Sur la distinction entre maxime inquisitoire simple et illimitée, voir ATF 141 III 569, consid. 2.3.

<sup>47</sup> LEU, art. 154 N 50.

## C. Conséquences de l'absence d'une ordonnance de preuves

### 1. Introduction

Selon le Tribunal fédéral, lorsque, comme dans le cas présent, une ordonnance de preuves fait défaut et que celle-ci est obligatoire, le risque d'un préjudice difficilement réparable n'est pas nécessaire pour que le recours soit recevable (art. 319 let. b ch. 2 et 321 al. 4 CPC).<sup>48</sup> Un tel manquement constitue, selon lui, un déni de justice qui peut être invoqué en tout temps (art. 319 let. c CPC).<sup>49</sup>

Dans un cas similaire rendu durant la même période,<sup>50</sup> la Cour suprême zurichoise n'a pas considéré qu'il y avait déni de justice, mais a admis le recours dirigé directement contre la décision d'administration de la preuve, car celle-ci pouvait causer un préjudice difficilement réparable au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC.<sup>51</sup>

Même si les tribunaux ont l'obligation de rendre une ordonnance de preuves (3.a), son absence ne constitue, à notre avis, pas un déni de justice (3.b), car cela est contraire à la nature de l'ordonnance de preuves et au système des voies de droit prévu par le législateur (2). Il faudrait donc privilégier l'approche adoptée par le tribunal zurichois (3.c). Autre est la question de savoir si une violation de l'art. 154 CPC doit automatiquement conduire à annuler l'administration des preuves (3.d).

### 2. Voies de droit

L'ordonnance de preuves peut, comme la plupart des autres décisions d'instruction,<sup>52</sup> faire l'objet d'un recours uniquement lorsqu'elle cause un préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 2 CPC). Quant au recours en matière civile, il est ouvert, s'agissant d'une décision incidente au sens de la LTF, que si la décision est susceptible de causer un dommage irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF).<sup>53</sup> Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le pré-

<sup>48</sup> TF, arrêt 4A\_108/2017 du 30.05.2017, consid. 3.2.

<sup>49</sup> Voir ég. LEU, art. 154 N 199.

<sup>50</sup> OGer ZH, arrêt RB170016 du 26.06.2017, ZR 116/2017 140 ss.

<sup>51</sup> OGer ZH, arrêt RB170016 du 26.06.2017, ZR 116/2017 140 ss, consid. 3.4.

<sup>52</sup> Lorsque la loi le prévoit, certaines décisions d'instruction peuvent faire l'objet d'un recours dans les 10 jours, (art. 319 let. b ch. 2 et 321 al. 2 CPC). Tel est p. ex. le cas de la décision concernant la récusation (art. 50 al. 2 CPC) ou de celle concernant l'avance de frais (art. 103 CPC).

<sup>53</sup> TF, arrêt 4A\_108/2017 du 30.05.2017, consid. 1.2; ATF 138 III 333, consid. 1.3.1; 134 III 188, consid. 2.1 et 2.2.

judice irréparable doit être un préjudice juridique alors que le préjudice difficilement réparable peut également être un dommage de fait.<sup>54</sup> La notion de préjudice difficilement réparable est donc plus large que celle de préjudice irréparable.

Dans le cas présent, le Tribunal fédéral examine uniquement la recevabilité du recours en matière civile et donc le préjudice irréparable (qui constitue aussi un préjudice difficilement réparable). A son avis, le préjudice irréparable résulte du fait que la partie a été privée du droit d'invoquer que l'administration de la pièce litigieuse porte atteinte à sa sphère privée et à celle de ses proches par le risque de sa divulgation.<sup>55</sup> Il a donc déclaré le recours recevable.

En l'occurrence, le recourant a démontré un préjudice irréparable. Par conséquent, le Tribunal fédéral n'a pas eu à se prononcer sur la question de savoir si l'absence même d'une ordonnance de preuves cause un tel préjudice. Tel n'est, à notre avis, pas le cas. En effet, si le tribunal de seconde instance rend une décision incidente se prononçant sur les conséquences de l'absence d'une telle ordonnance, celle-ci peut faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral uniquement si elle cause un préjudice irréparable au recourant, comme dans le cas présent (art. 93 al. 1 let. a LTF). Ce n'est que si la seconde instance refuse de se prononcer sur cette question qu'il existe un déni de justice qui peut être attaqué en tout temps devant le Tribunal fédéral, selon l'art. 94 LTF. Par conséquent, si le Tribunal fédéral a tranché la présente affaire, ce n'est pas parce que le tribunal de première instance a omis de rendre une ordonnance de preuves, mais bien parce que l'administration de la preuve causait un préjudice irréparable au recourant. En l'absence d'un tel préjudice, les conséquences de l'omission auraient uniquement pu être examinées dans le moyen ouvert contre la décision au fond.

### 3. *Conséquences*

#### a) **Nécessité de l'ordonnance de preuves**

Dans le présent arrêt, le Tribunal fédéral indique qu'une ordonnance de preuves est nécessaire même dans la procédure simplifiée avec application de la maxime inquisitoire.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> ATF 137 III 380, consid. 2; TF, arrêt 4A\_415/2014 du 12.01.2015, consid. 2 (non publié à l'ATF 141 III 80).

<sup>55</sup> TF, arrêt 4A\_108/2017 du 30.05.2017, consid. 1.3.

<sup>56</sup> TF, arrêt 4A\_108/2017 du 30.05.2017, consid. 3.1.

Tout d'abord, il faut noter que les textes allemand et italien divergent du texte français et prévoient que les ordonnances «nécessaires» («*erforderlich*» ou «*necessary*») sont rendues. Selon le texte français de l'art. 154 CPC, les ordonnances de preuves sont rendues avant l'administration des preuves. Il semble donc en découler que chaque fois qu'il y a lieu d'administrer une preuve, une ordonnance de preuves est nécessaire, peu importe la procédure. Une grande majorité de la doctrine se prononce en faveur d'une telle interprétation.<sup>57</sup>

Le Tribunal fédéral se réfère à l'art. 219 CPC, selon lequel les dispositions de la procédure ordinaire s'appliquent par analogie aux autres procédures, faute d'une disposition contraire de la loi, pour justifier l'application de l'art. 154 CPC à la procédure simplifiée.<sup>58</sup> Un tel détour n'est pas nécessaire puisque l'art. 154 CPC est contenu dans les dispositions générales du titre 10 sur la preuve et non dans les dispositions relatives à la procédure ordinaire. Pour la même raison, une ordonnance de preuves est également nécessaire en procédure sommaire, pour autant qu'une preuve doive être administrée.<sup>59</sup> Comme il ressort du présent arrêt, par administration de la preuve, il ne faut pas seulement comprendre les preuves administrées en audience selon l'art. 231 CPC,<sup>60</sup> mais également toute action du tribunal nécessaire à accéder à un moyen de preuve, telle l'édition d'un titre, voire à écarter un moyen de preuve du dossier.<sup>61</sup> Ainsi, si tous les documents invoqués à titre de preuves ont été fournis par les parties, le tribunal n'a pas besoin de rendre une ordonnance de preuves.<sup>62</sup> La question de savoir si une audience a lieu ou non n'est donc pas déterminante.<sup>63</sup>

En ce qui concerne la forme, l'ordonnance de preuves ne doit pas nécessairement être rédigée en la forme écrite.<sup>64</sup> Une ordonnance de preuves orale figurant au procès-verbal suffit également (art. 235 al. 1 let. e CPC).

<sup>57</sup> BRÖNNIMANN, art. 154 N 8; GUYAN, ZZZ, p. 3; LEUENBERGER, Beweisverfügung, p. 47 et PASSADELIS, art. 154 N 7 ss, sont d'avis qu'une ordonnance de preuves doit être rendue avant toute administration de preuve. MEIER, p. 312 s., est d'avis que pour des motifs d'économie de procédure, même en cas d'administration des preuves, une ordonnance n'est pas forcément nécessaire.

<sup>58</sup> TF, arrêt 4A\_108/2017 du 30.05.2017, consid. 3.2.

<sup>59</sup> Dans le même sens, BRÖNNIMANN, art. 154 N 8.

<sup>60</sup> LEU, art. 154 N 17, est d'avis qu'une ordonnance de preuves n'est requise en procédure sommaire que lorsque ni les moyens de preuve ni le degré de preuve ne sont limités et qu'une audience a lieu.

<sup>61</sup> Dans le même sens, LEUENBERGER, Beweisverfügung, p. 43.

<sup>62</sup> Dans le même sens, LEUENBERGER, Beweisverfügung, p. 43. D'un autre avis, GUYAN, ZZZ, p. 15.

<sup>63</sup> D'un autre avis, BSK ZPO-GUYAN, art. 154 N 13.

<sup>64</sup> BRÖNNIMANN, art. 154 N 7; BSK ZPO-GUYAN, art. 154 N 12; LEU, art. 154 N 34 ss; PASSADELIS, art. 154 N 10.

## b) Pas de déni de justice

Le présent arrêt ne tient pas suffisamment compte de la nature de l'ordonnance de preuves. En effet, il considère implicitement qu'une telle ordonnance doit permettre aux parties de contrôler la procédure probatoire et de recourir pour faire valoir, notamment, que l'administration d'un moyen de preuves porte atteinte à des intérêts dignes de protection au sens de l'art. 156 CPC.<sup>65</sup>

Or, le CPC ne prévoit pas la possibilité de recourir contre cette ordonnance. Pour des raisons d'économie de procédure, elle ne peut être attaquée indépendamment de la décision finale que lorsqu'elle cause au niveau cantonal un préjudice difficilement réparable et au niveau fédéral un préjudice irréparable (*supra* 2).<sup>66</sup> Il est donc contraire au système d'admettre que l'absence d'une telle décision peut être remise en cause en tout temps et en l'absence d'un quelconque préjudice.<sup>67</sup> Il ne faut pas oublier non plus qu'il s'agit une décision d'instruction qui peut être modifiée ou complétée en tout temps (art. 154 *i.f.* CPC).

Par conséquent, même si une telle ordonnance est en principe nécessaire, il est contraire au système des voies de droit prévu pour les décisions d'instruction d'admettre que son absence constitue un déni de justice.

## c) Recours contre l'administration de la preuve

Dans le cas présent, le Tribunal fédéral a indiqué qu'un recours n'était pas ouvert contre la décision de retirer la pièce litigieuse du dossier.<sup>68</sup> Or, cette décision est, comme l'ordonnance de preuves ou la décision d'administrer une preuve, une décision d'instruction au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC. Le Tribunal fédéral est, du reste, déjà entré en matière sur un recours dirigé contre une décision d'administrer une preuve.<sup>69</sup>

Il découle du principe de la bonne foi (art. 52 CPC) que si, comme dans le cas présent, l'administration d'une preuve est ordonnée en l'absence d'une ordonnance de preuves et qu'une partie est d'avis que cela viole son droit d'être entendue, elle doit faire valoir ce grief immédiatement auprès du tribunal qui

<sup>65</sup> TF, arrêt 4A\_108/2017 du 30.05.2017, consid. 3.1.

<sup>66</sup> ATF 141 III 80, consid. 1.2; 134 III 188, consid. 2.2.

<sup>67</sup> D'avis qu'une violation si grave de la procédure peut conduire à une cassation de la décision, LEU, art. 154 N 201.

<sup>68</sup> TF, arrêt 4A\_108/2017 du 30.05.2017, consid. 1.3.

<sup>69</sup> TF, arrêt 5A\_421/2013 du 19.08.2013, consid. 1.3; arrêt 5A\_603/2009 du 26.10.2009, consid. 3.1.

a ordonné l'administration du moyen de preuve.<sup>70</sup> Elle ne peut pas simplement attendre et faire valoir ce grief au cas où les choses tourneraient mal.

La conception selon laquelle seule l'ordonnance de preuves et non pas la décision d'administrer la preuve ou de retirer la preuve du dossier peut faire l'objet d'un recours est trop formaliste. Cette ordonnance ne peut en effet pas, de par la loi, faire l'objet d'un recours, contrairement à d'autres décisions d'instructions (p. ex. la décision concernant la récusation [art. 50 al. 2 CPC] ou celle concernant les frais [art. 103 CPC]).

Dans le cas présent, le Tribunal fédéral aurait, à notre avis, dû admettre que le recours était ouvert contre le refus d'ordonner le retranchement de la pièce litigieuse aux conditions de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC. Ce n'est que si l'instance de recours avait déjà été amenée à se prononcer sur ce grief, par exemple dans un recours dirigé contre la décision d'administrer le moyen de preuve, qu'elle aurait dû refuser d'entrer en matière.

#### **d) Annulation en cas de violation effective du droit d'être entendu**

Dans le présent cas, l'administration de la preuve portait atteinte à des intérêts dignes de protection d'une partie (art. 156 CPC), ce qui justifiait déjà de l'annuler.<sup>71</sup> En l'absence d'une telle violation, la question se pose de savoir si la seule violation de l'art. 154 CPC peut conduire au même résultat. Tel n'est pas le cas, comme nous allons le voir.

Lorsque la maxime des débats s'applique, seuls les moyens de preuve allégués par les parties à l'appui des faits qu'elles invoquent peuvent être administrés. Par conséquent, dans un tel cas, l'ordonnance de preuves ne devrait pas contenir de «nouveaux» moyens de preuve. De plus, comme les parties ont un droit à la preuve (art. 152 CPC et art. 29 al. 2 Cst.),<sup>72</sup> elles peuvent, sauf indication contraire donnée par le tribunal, partir du principe que les moyens allégués seront administrés, pour autant que les avances de frais requises soient fournies (art. 102 CPC).

L'ordonnance de preuves n'a donc pas pour but d'informer les parties sur les moyens de preuve allégués, tout au plus sur ceux qui ont été retenus et qui vont être administrés. Comme nous l'avons vu (*supra* B.3), elle n'a pas non plus vocation à répartir le fardeau de la preuve. Par conséquent, l'absence

---

<sup>70</sup> Voir p. ex., ATF 141 III 210, consid. 5.2; 135 III 334, consid. 2.2; 130 III 66, consid. 4.3 et TF, arrêt 4A\_12/2017 du 19.09.2017, consid. 4.2.2.

<sup>71</sup> TF, arrêt 4A\_108/2017 du 30.05.2017, consid. 1.3.

<sup>72</sup> Voir p. ex. ATF 142 II 218, consid. 2.3; 137 II 266, consid. 3.2; ATF 138 V 125, consid. 2.1.

d'une ordonnance de preuves ou le fait que son contenu soit incomplet ne viole pas, en soi, le droit des parties d'être entendues.

Ce n'est que si le tribunal décide d'aller au-delà ou de s'écarter des réquisitions des parties et qu'il n'en informe par les parties (par une ordonnance de preuves) que leur droit d'être entendues est violé. Tel est le cas si le tribunal décide d'administrer d'office un moyen de preuve, soit parce que la maxime inquisitoire s'applique (art. 153 al. 1 CPC), soit parce qu'il existe des motifs sérieux de douter de la véracité d'un fait non contesté (art. 153 al. 2 CPC). De même, une telle ordonnance doit informer les parties, lorsque le tribunal décide d'écarter un moyen de preuve, parce que, par exemple, il n'a pas été invoqué à temps, qu'il est illicite ou sur la base d'une appréciation anticipée des moyens de preuve.<sup>73</sup>

#### **IV. Conclusions**

Dans le présent arrêt (non destiné à la publication), le Tribunal fédéral tranche, à juste titre, par l'affirmative, la question de savoir si une ordonnance de preuves est obligatoire même en procédure simplifiée avec application de la maxime inquisitoire. Il en déduit, à tort, que l'absence d'une telle ordonnance constitue un déni de justice.

L'analyse des travaux préparatoires qui ont conduit à adopter l'art. 154 CPC ainsi que la nature et la place de l'ordonnance de preuves dans la procédure montrent que l'importance de celle-ci ne doit pas être surestimée. L'ordonnance de preuves vise essentiellement à informer les parties du déroulement de la procédure probatoire. Elle a plus un rôle organisationnel qu'un rôle de contrôle.

Lorsqu'une preuve est administrée en l'absence d'une ordonnance de preuves et que cela entraîne une violation de l'art. 156 CPC qui n'a pas pu être invoquée, il en résulte un préjudice difficilement réparable qui, contrairement à l'avis du TF, devrait pouvoir être invoqué dans un recours dirigé directement contre la décision d'administrer la preuve, voire contre le refus de retirer ladite pièce du dossier. La violation de l'art. 156 CPC suffira alors à faire annuler l'administration de la preuve.

En l'absence d'un préjudice difficilement réparable, le grief de la violation de l'art. 154 CPC (pour absence d'ordonnance ou ordonnance incomplète) ne devrait pouvoir être invoqué que dans le moyen de droit ouvert contre la décision au fond. La seule violation de l'art. 154 CPC ne devrait alors pas suffire

---

<sup>73</sup> Pour un article récent sur l'appréciation anticipée des preuves, voir p. ex. TANNER, p. 735 ss. Pour un arrêt récent, ATF 140 I 285, consid. 6.3.1.

à faire annuler la décision ainsi que l'administration des preuves. Une telle conséquence ne devrait intervenir que lorsque le recourant ou l'appelant démontre en quoi l'absence ou le contenu (incomplet) de cette ordonnance constitue une violation de son droit d'être entendu.

## **Bibliographie**

- BRÄNDLI BEAT, *Prozessökonomie im schweizerischen Recht, Grundlagen, bundesgerichtliche Rechtsprechung und Auswirkungen im schweizerischen Zivilprozess*, thèse, Berne 2013 (cité BRÄNDLI)
- BRÖNNIMANN JÜRGEN, in: HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS P. (édit.), *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I*, Berne 2012 (cité BRÖNNIMANN)
- GÖKSU TARKAN, in: BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (édit.), *DIKE-Kommentar zur ZPO, 2e éd.*, Zurich/St-Gall 2016 (cité GÖKSU)
- GUYAN PETER, *Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO*, ZZZ 2011, p. 3 ss (cité GUYAN, ZZZ)
- GUYAN PETER, in: SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (édit.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3e éd.*, Bâle 2017 (cité BSK ZPO-GUYAN)
- HALDY JACQUES, *Procédure civile suisse*, Bâle 2014 (cité HALDY)
- HASENBÖHLER FRANZ, in: SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3e éd.*, Zurich/St-Gall 2016 (cité HASENBÖHLER)
- HILL DAVID, *Muss gemäss ZPO die Beweislast in der Beweisverfügung verteilt werden?*, BJM 2014, p. 225 ss (cité HILL)
- HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, *Le Code de procédure civile, 2e éd.*, Berne 2015 (cité HOFMANN/LÜSCHER)
- HOHL FABIENNE, *Procédure civile, Tome I, Introduction et théorie générale, 2e éd.*, Berne 2016 (cité HOHL)
- LEU CHRISTIAN, in: BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (édit.), *DIKE-Kommentar zur ZPO, 2e éd.*, Zurich/St-Gall 2016 (cité LEU)



- LEUENBERGER CHRISTOPH, Die Beweisverfügung, in: KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/MARKUS ALEXANDER/RODRIGUEZ RODRIGO (édit.), Beweisrecht der neuen ZPO: Chancen und Risiken, Berne 2012, p. 39 ss (cité LEUENBERGER, Beweisverfügung)
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Die Beweisverfügung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZZZ 2011, p. 109 ss (cité LEUENBERGER, ZZZ)
- MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zurich 2010 (cité MEIER)
- MÜLLER HEINRICH ANDREAS, Beweisen nach der ZPO, in: BREITSCHMID PETER/JENT-SØRENSEN INGRID/SCHMID HANS/SOGO MIGUEL (édit.), Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung: Festschrift für ISAAK MEIER zum 65. Geburtstag, Zurich 2015, p. 487 ss (cité MÜLLER)
- PASSADELIS NICOLAS, in: BAKER & MCKENZIE (édit.), Commentaire Stämpfli, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Berne 2010 (cité PASSADELIS)
- SCHWEIZER PHILIPPE, in: BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS (édit.), Code de procédure civile commenté, Bâle 2011 (cité SCHWEIZER)
- TANNER MARTIN, Antizipierte Beweiswürdigung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, PJA 2015, p. 735 ss (cité TANNER)

## **Travaux législatifs**

- Rapport de la commission d'experts accompagnant l'avant-projet du Code de procédure civile suisse de juin 2003 (cité rapport)
- Message relatif au Code de procédure civile suisse du 28 juin 2006, FF 2006 p. 6841 ss (cité message relatif au Code de procédure civile suisse)
- Classement des réponses à la procédure de consultation, Avant-projet relatif à une loi fédérale sur la procédure civile suisse (PCS), 2004, p. 582 ss (cité classement des réponses à la procédure de consultation)

