

Tribunal fédéral – 5A_788/2017, destiné à la publication **Newsletter octobre 2018**

II^{ème} Cour de droit civil
Arrêt du 2 juillet 2018 (f)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

François Bohnet, Maxime inquisitoire illimitée et novas en appel, Newsletter DroitMatrimonial.ch octobre 2018

Modification du jugement de divorce ; maxime inquisitoire ; novas en procédure d'appel ;

**Art. 317 al. 1 CPC ;
278 al. 2, 286 al. 2 CC**

Maxime inquisitoire illimitée et novas en appel ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_788/2017 du 2 juillet 2018

François Bohnet

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 5A_788/2017 du 2 juillet 2018, destiné à la publication, retient que les conditions strictes d'admission des faits et moyens de preuves nouveaux en appel (art. 317 al. 1 CPC) ne s'appliquent pas lorsque la cause est régie par la maxime inquisitoire illimitée. Il en avait jugé différemment dans l'ATF 138 III 625, mais selon ce nouvel arrêt, seulement pour la maxime inquisitoire sociale.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

A l'appui d'un appel dans une procédure en modification de jugement de divorce, la défenderesse, à l'encontre de laquelle un revenu hypothétique a été retenu, dépose un certificat médical pour attester de son incapacité de réaliser des gains et donc de verser une contribution d'entretien pour ses enfants. Celui-là est écarté du dossier par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud, qui rejette l'appel et confirme le jugement de première instance.

La défenderesse attaque ce prononcé devant le Tribunal fédéral, en faisant entre autres valoir que ce certificat médical n'aurait pas dû être écarté du dossier.

B. Le droit

La recourante reproche à la Cour d'appel d'avoir violé l'article 317 al. 1 CPC en écartant le certificat médical qu'elle avait produit à l'appui de son appel au motif qu'il aurait pu être fourni plus tôt dans la procédure de première instance. La Cour d'appel a en effet estimé que, quand bien même il était postérieur au jugement de première instance, ledit certificat aurait pu être produit auparavant faute d'évolution de l'état de santé de la recourante ; le fait que cette dernière invoque qu'elle n'avait saisi quels faits et preuves étaient déterminants qu'en prenant connaissance du jugement de première instance ne pouvant fonder son droit (consid. 4.1). La recourante qualifie le raisonnement susmentionné de « totalement absurde »

à mesure que le certificat en question (du 19 mai 2017) a été établi après le prononcé du Tribunal (24 avril 2017) et qu'elle avait déjà produit un certificat médical antérieurement le 9 février 2016. De plus, au vu de la maxime inquisitoire applicable, elle estime que la Cour d'appel ne pouvait refuser la pièce litigieuse sans arbitraire et formalisme excessif (consid. 4.2).

La question ayant été tranchée au fond, et non au stade de mesures provisionnelles, le Tribunal fédéral peut procéder à un libre examen des normes légales relatives à l'apport des faits et des preuves en procédure d'appel, en particulier lorsque la maxime inquisitoire (illimitée) s'applique (consid. 4.2.1).

L'article 317 al. 1 CPC prévoit que les faits et moyens de preuve nouveaux sont admis en appel pour autant qu'ils soient invoqués sans retard (let. a) et qu'ils n'aient pas pu l'être en première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Ces conditions sont cumulatives (arrêt 5A_456/2016 du 28 octobre 2016 consid. 4.1.1). S'agissant des vrais novas, la condition de nouveauté est sans autre réalisée et seule celle de l'allégation immédiate doit être examinée. En ce qui concerne les pseudo novas, il appartient au plaideur qui entend les invoquer devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément pour lesquels le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance (ATF 143 III 42, consid. 4.1 ; arrêt 5A_756/2017 du 6 novembre 2017 et les références).

Les conditions de l'article 317 al. 1 CPC sont applicables même lorsque la cause est soumise à la maxime inquisitoire sociale (ATF 142 III 413, consid. 2.2.2 ; 138 III 625, consid. 2.2 ; cf. CHRISTOPH HURNI, *Zum Rechtsmittelgegenstand im Schweizerischen Zivilprozessrecht*, 2018, nos 229-231, p. 74/75). En matière matrimoniale, la jurisprudence n'a toutefois pas encore tranché la question de savoir si ces conditions s'appliquent telles quelles lorsque la maxime inquisitoire illimitée s'applique, notamment lorsqu'est en jeu une question relative à un enfant mineur (art. 296 al. 1 CPC ; arrêts 5A_468/2017 du 18 décembre 2017, consid. 7.1.2 ; 5A_792/2016 du 23 janvier 2017, consid. 3.3 et l'arrêt cité).

Ce n'est en effet que sous l'angle restreint de l'arbitraire (art. 9 Cst.) que le Tribunal fédéral a jugé que l'application stricte de l'article 317 CPC dans le cadre d'une procédure de MPUC ou de MProv de divorce soumise à la maxime inquisitoire (illimitée) ne pouvait en soi être qualifiée de manifestement insoutenable et qu'on pouvait dès lors exiger des parties qu'elles agissent avec diligence conformément à l'article 317 al. 1 let. b CPC (arrêts 5A_933/2015 du 23 février 2016, consid. 6.2 ; 5A_22/2014 du 13 mai 2014, consid. 4.2, in RSPC 2014, p. 456 et la jurisprudence citée).

De très nombreux auteurs (cf. arrêt 5A_541/2015 du 14 janvier 2016, consid. 5.2 et les références ; CHRISTOPH REUT, *Noven nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2017, n° 357, p. 203 s. et les auteurs cités à la note infrapaginale n° 1020, p. 203), de même que certaines décisions cantonales (cf. les décisions citées par REUT, op. cit., note infrapaginale n° 1030), sont favorables à une large prise en compte des novas dans les procédures matrimoniales soumises à la maxime inquisitoire illimitée et admettent ainsi les faits et moyens de preuves nouveaux en deuxième instance même si les conditions restrictives de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réalisées (contra, notamment : TC FR du 04.08.2017, 101 2017 115, consid. 2a ; TC NE du 12.11.2012, CACIV.2012.21, consid. 2, in RJN 2012, p. 248 ; KG BL du 23.08.2016, 400 16 198, consid. 3 ; plus nuancé [novas admissibles en appel

indépendamment de l'art. 317 al. 1 CPC lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée] : par ex. TC VD du 14.03.2011, HC/2011/131, consid. 2 *in fine*, in JT 2011 III 43 et in RSPC 2011, p. 319 avec référence à HOHL, Procédure civile, Tome II, 2^e éd. 2010, p. 438, n° 2415).

Lorsque, comme en l'espèce, le procès est soumis à la maxime inquisitoire illimitée (art. 296 al. 1 CPC), il convient de considérer que l'application stricte de l'art. 317 al. 1 CPC n'est pas justifiée. En effet, selon l'art. 296 al. 1 CPC, le juge d'appel doit rechercher lui-même les faits d'office (*von Amtes wegen erforschen*) et peut donc, pour ce faire, ordonner d'office l'administration de tous les moyens de preuve propres et nécessaires à établir les faits pertinents pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant (cf. ATF 128 III 411, consid. 3.2.1 ; arrêts 5A_528/2015 du 21 janvier 2016, consid. 2 ; 5A_876/2014 du 3 juin 2015, consid. 4.3.3). Dans cette mesure, il y a lieu d'admettre que, lorsque la procédure est soumise à la maxime inquisitoire illimitée, les parties peuvent présenter des *novas* en appel même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies.

Le certificat médical en cause, bien que l'argumentation de la recourante visant à l'admettre au dossier soit sans pertinence, aurait donc dû être déclaré recevable en appel compte tenu du raisonnement qui précède (consid. 4.2.2).

III. Analyse

La question semblait avoir été définitivement réglée dans un arrêt de principe du 28 août 2012 (ATF 138 III 625, consid. 2.2.2) : l'art. 317 al. 1 CPC régit de manière complète et autonome la possibilité pour les parties d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux en procédure d'appel. Le Tribunal fédéral relevait d'ailleurs qu' « *On ne discerne aucune trace d'une volonté du législateur de faire une exception pour les cas où le juge établit les faits d'office* ». Il a ainsi exclu toute application analogique de l'art 229 al. 3 CPC (autorisant l'allégation de faits et de moyen de preuves nouveaux jusqu'à la clôture des débats de première instance lorsque le juge établit les faits d'office) en procédure d'appel. Le principe semblait posé également en cas de maxime inquisitoire illimitée : « *Que le juge doive établir les faits d'office signifie qu'il peut de lui-même ordonner des mesures probatoires et compléter l'état de fait qui lui a été présenté. La maxime inquisitoire ne dit pas jusqu'à quel moment les parties, elles, peuvent invoquer des faits ou des moyens de preuve nouveaux. Cette question est régie, en première instance, par l'art. 229 al. 3 CPC et, en appel, par l'art. 317 al. 1 CPC* ».

Cependant, dans plusieurs arrêts ultérieurs non publiés au recueil officiel (TF 5A_933/2015 du 23.02.2016, consid. 6.2 et 5A_22/2014 du 13.05.2014, consid. 4.2), le Tribunal fédéral avait laissé entendre que dans la mesure où l'ATF 138 III 625 portait sur une affaire concernant la maxime inquisitoire sociale, la question n'avait en réalité pas été tranchée en matière matrimoniale en cas de maxime inquisitoire illimitée. L'arrêt 5A_788/2017 destiné à la publication fait très rapidement sienne cette analyse, se contentant d'indiquer que d'après la jurisprudence « *les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC sont applicables même lorsque la cause est soumise à la maxime inquisitoire sociale* ». Rien dans l'analyse de l'ATF 138 III 625 ne laissait pourtant entendre que les principes posés étaient limités aux causes soumises à la maxime inquisitoire sociale.

Quant à la conclusion à laquelle parvient le Tribunal fédéral, elle est posée tout aussi rapidement. Le Tribunal fédéral évoque les auteurs favorables à une plus large prise en

compte des novas en cas de maxime inquisitoire illimitée et la jurisprudence plutôt défavorable à cette dérogation à la règle, puis déclare tout de go que l'application stricte de l'art. 317 al. 1 CPC n'est pas justifiée en cas de maxime inquisitoire illimitée, car « *selon l'art. 296 al. 1 CPC, le juge d'appel doit rechercher lui-même les faits d'office (von Amtes wegen erforschen) et peut donc, pour ce faire, ordonner d'office l'administration de tous les moyens de preuve propres et nécessaires à établir les faits pertinents pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant* ».

Le Tribunal fédéral laisse clairement entendre que l'analyse doit être différente selon que la procédure est régie par la maxime inquisitoire sociale ou la maxime inquisitoire illimitée. Puisque le juge doit *rechercher* les faits d'office (*erforschen*, selon la version allemande de l'art. 296 al. 1 CPC) et non seulement les *établir* d'office comme dans le cadre de la maxime inquisitoire sociale (*feststellen*, selon la version allemande de l'art. 247 al. 2 CPC), l'art. 317 al. 1 CPC doit être nuancé dans les causes concernant les enfants dans les affaires du droit de la famille. Le Tribunal fédéral se contente de déclarer que, lorsque la procédure est soumise à la maxime inquisitoire illimitée, les parties peuvent présenter des novas en appel même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies. Il ne précise pas en revanche si l'art. 229 al. 3 CPC s'applique désormais par analogie dans un tel cas.

Si l'on veut concilier la brève argumentation à l'appui de la solution que le Tribunal fédéral retient dans l'arrêt 5A_788/2017 du 2 juillet 2018 avec les développements de l'ATF 138 III 625, il faut à notre sens considérer que le principe fondamental demeure inchangé, à savoir que le moment ultime auquel les parties peuvent invoquer des faits ou des moyens de preuve nouveaux est fixé en première instance, par l'art. 229 al. 3 CPC et, en appel, par l'art. 317 al. 1 CPC. Cependant, si l'art. 317 al. 1 CPC s'applique pleinement lorsque la cause est régie par la maxime inquisitoire sociale, en revanche, l'application est plus nuancée en cas de maxime inquisitoire illimitée. On sait désormais que des moyens de preuve nouveaux peuvent être invoqués avec l'appel, et donc probablement avec la réponse à l'appel, même s'ils avaient pu l'être en première instance en faisant preuve de la diligence requise (abandon de l'exigence de l'art. 317 al. 1 let. b CPC). Il en va logiquement de même pour les faits. En revanche, rien ne dit qu'il faille aller plus loin encore et admettre des pseudo novas après l'appel et la réponse à l'appel. En d'autres termes, on devrait sans doute maintenir l'exigence de l'art. 317 al. 1 let. a CPC selon laquelle les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard. Cette précision sera peut-être l'objet d'un prochain arrêt du Tribunal fédéral.