

Analyse de l'arrêt TF 5A_108/2023 (f)

François Bohnet, Avocat spécialiste FSA droit du bail, LL.M., Dr en droit,
Professeur à l'Université de Neuchâtel

TF 5A_108/2023 (f), 20 septembre 2023

II^e Cour de droit civil

*Divorce ; Régime des biens ; Procédure
Art. 58 CPC ; Art. 85 BV ; Art. 232 CPC ; Art. 235 CPC*

Newsletter droitmatrimonial.ch janvier 2024

25 janvier 2024

L'actio duplex, les conclusions non chiffrées et les modalités du chiffrage

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 5A_108/2023, non destiné à la publication bien qu'il soit très documenté, porte sur les conclusions non chiffrées du défendeur à la procédure de divorce en matière de liquidation du régime matrimonial. Il s'intéresse aux modalités du chiffrage lors des plaidoiries finales. L'arrêt retient en particulier que le chiffrage doit intervenir au plus tard lors du premier tour des plaidoiries finales, avec les faits qui le sous-tendent.

II. Extraits et résumé de l'arrêt¹

A. Les faits

A., né en 1943, et B., née en 1942, se sont mariés en 1966 sans conclure de contrat de mariage. De leur union sont issus deux enfants, aujourd'hui majeurs, C. et D. La vie commune des parties a pris fin en 2000.

Le 25 janvier 2017, l'époux a formé une demande unilatérale en divorce.

Lors de l'audience du 7 avril 2017, les parties ont indiqué s'être entendues sur l'attribution de la propriété de la maison en France à l'époux, et sur celle de l'appartement en Valais à l'épouse.

Par réponse du 30 juin 2017, l'épouse a acquiescé au principe du divorce et pris ses conclusions concernant les effets accessoires, en particulier s'agissant de la liquidation du régime matrimonial.

Lors de l'audience du 6 octobre 2017, les parties se sont mises d'accord sur plusieurs aspects des effets accessoires de leur divorce, accord qui a été invalidé par l'époux pour erreur essentielle le 22 février 2018.

Le 20 avril 2018, le Tribunal de première instance de Genève a imparti à l'épouse un délai pour conclure sur le divorce et les effets de celui-ci, et un délai à l'époux pour répondre. L'épouse a notamment conclu à ce que le tribunal de première instance dise que les parties étaient renvoyées à faire trancher la liquidation de leur régime matrimonial dans une procédure séparée.

1. L'auteur remercie Michael Saul, assistant doctorant et avocat, pour l'aide apportée pour la partie «Extraits et résumé de l'arrêt». ↩

Le 1^{er} juin 2018, l'époux a conclu à ce que le tribunal de première instance déboute l'épouse de ses conclusions en renvoi de la liquidation du régime matrimonial à une procédure séparée.

Par jugement du 4 septembre 2018, le tribunal de première instance a notamment prononcé le divorce des parties et les a renvoyées à agir dans une procédure séparée pour liquider leur régime matrimonial.

Par arrêt du 9 avril 2019, la Cour de justice du canton de Genève a annulé le jugement de divorce et renvoyé la cause pour complément d'instruction et nouvelle décision, retenant qu'il ne se justifiait pas de renvoyer la liquidation du régime matrimonial à une procédure séparée, les parties s'étant mises d'accord sur l'attribution des biens immobiliers, seule restait litigieuse la valeur de ceux-ci.

Le 9 septembre 2019, l'époux a notamment conclu à ce que le tribunal de première instance lui attribue la part de copropriété de l'épouse sur la maison en France en contrepartie d'une soulte correspondant au 14.3% de la valeur vénale actuelle de cet immeuble.

Le 31 octobre 2019, l'épouse a notamment conclu à ce que le tribunal de première instance lui attribue la propriété de l'appartement en Valais et attribue à A. la propriété de la maison en France moyennant paiement préalable d'une soulte à déterminer après expertise et production des pièces, et liquide le régime matrimonial des parties.

Par ordonnance du 11 novembre 2019, le tribunal de première instance a notamment ordonné une expertise de la valeur des biens immobiliers, qui a été menée à chef.

Le 2 août 2021, l'épouse a sollicité la reprise de la procédure et la fixation de délais pour déposer des plaidoiries écrites. Le 5 août 2021, l'époux a sollicité l'audition de l'expert et a indiqué ne pas renoncer aux plaidoiries orales.

Par ordonnance du 6 septembre 2021, le tribunal de première instance a ordonné la reprise de la procédure, refusé l'audition de l'expert, prononcé la clôture des débats principaux et convoqué une audience de plaidoiries finales.

Lors de l'audience de plaidoiries finales du 14 octobre 2021, l'époux a persisté dans ses conclusions du 9 septembre 2019. La soulte à verser en lien avec la maison en France était de 14,3% de 318'000 euros, soit 45'474 euros. Les conclusions en paiement figurant dans le mémoire de l'épouse du 31 octobre 2019 n'étaient pas valables dans la mesure où elles n'étaient pas chiffrées.

Quant à elle, l'épouse a persisté dans ses conclusions du 31 octobre 2019. Elle a, par ailleurs, déposé des conclusions chiffrées, datées du 14 octobre 2021, aux termes desquelles elle a fixé le montant de la soulte à verser par A. à 183'250.50 CHF. Elle a soutenu que ses conclusions étaient recevables, car elle n'était pas en mesure de les chiffrer avant la réception des rapports d'expertise. Des conclusions chiffrées avaient déjà été produites le 30 juin 2017. Elle a en outre produit un tableau contenant le calcul de la liquidation des rapports patrimoniaux entre les parties.

L'époux a répliqué concluant à l'irrecevabilité des conclusions chiffrées et du tableau produits par l'épouse.

Par jugement du 20 décembre 2021, le tribunal de première instance a notamment dissous par le divorce le mariage contracté par les parties et statué sur la liquidation du régime matrimonial.

Par arrêt du 24 novembre 2022, rendu sur l'appel de A. et l'appel joint de B., la Cour de justice a, entre autres, annulé les chiffres 2 et 3 du dispositif du jugement de première instance et statué à nouveau sur la liquidation du régime matrimonial.

Par acte posté le 1^{er} février 2023, l'époux interjette un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral contre cet arrêt. Des observations au fond n'ont pas été requises et la requête d'effet suspensif rejetée.

Par courrier du 28 juin 2023, l'avocate de l'épouse a annoncé au Tribunal fédéral que sa mandante était décédée le 21 mai 2023 et que ses héritiers, soit ses deux fils, acceptaient pleinement la

succession de leur mère. Produisant le certificat d'héritier et une procuration en sa faveur de C. et D., elle a conclu à ce qu'il soit constaté que les deux héritiers prennent de plein droit la place de feu B. dans la procédure pendante.

Le Tribunal fédéral rejette le recours, dans la mesure de sa recevabilité.

B. Le droit

1.

1.2

Titulaires en commun des biens successoraux, les deux fils des parties ont succédé à feu B., sont Consorts nécessaires et ont qualité de parties (art. 6 al. 3 et 17 al. 3 PCF, applicable par analogie selon l'art. 71 LTF).

5.

Le recourant se plaint de la violation des art. 85 et 144 CPC.

5.2

5.2.1

L'art. 85 CPC consacre une exception (temporaire) à la règle consacrée à l'art. 84 al. 2 CPC, selon laquelle l'action tendant au paiement d'une somme d'argent doit être chiffrée². L'exception vaut en particulier lorsque seule la procédure probatoire permet de fonder une créance chiffrée; le demandeur est alors autorisé à chiffrer ses conclusions après l'administration des preuves ou la délivrance par le défendeur des informations requises³.

L'art. 85 CPC n'a pas pour effet de limiter la portée de la maxime de disposition (art. 58 al. 1 CPC), dont découle l'obligation de chiffrer les conclusions. Le demandeur peut seulement différer le moment auquel il doit y procéder⁴. Le Tribunal fédéral a récemment jugé que, lorsque la partie demanderesse a bénéficié de l'exception de l'art. 85 al. 1 CPC parce qu'elle nécessitait que des preuves soient administrées pour pouvoir chiffrer sa demande, il faut comprendre par «dès que possible»⁵ la première occasion procédurale qui suit directement la phase d'administration des preuves, à savoir les plaidoiries finales⁶. Le demandeur n'est pas non plus tenu d'alléguer les faits fondant la prétention à chiffrer au fur et à mesure de la procédure probatoire. Il est également recevable à alléguer, en même temps que le chiffrage des conclusions, les faits qui sous-tendent celui-ci⁷.

Par ailleurs, l'art. 85 al. 1, 2^e phrase, CPC impose aussi au demandeur, au moment où il introduit son action, d'indiquer une valeur minimale comme valeur litigieuse provisoire. Cette exigence a plusieurs justifications: elle sert en premier lieu à déterminer la compétence matérielle du tribunal et le type de procédure. Elle peut aussi être nécessaire pour fixer l'avance de frais et les sûretés⁸, une adaptation ultérieure étant possible (art. 100 al. 2 CPC).

Certes sans examiner exhaustivement cette question, le Tribunal fédéral a qualifié de formalisme

2. ATF 148 III 322, consid. 3.3; pour l'application aux conclusions relatives à la liquidation du régime matrimonial: voir arrêt TF 5A_847/2021 du 10 janvier 2023, consid. 4.2.1, publié in RSPC 2023 p. 312. ←

3. Arrêt TF 5A_847/2021 précité, consid. 4.2.2. ←

4. Arrêt TF 5A_847/2021 précité, consid. 4.2.2. ←

5. Ndlr: art. 85 al. 2, 1^{ère} phrase, CPC: «Une fois les preuves administrées ou les informations requises fournies par le défendeur, le demandeur doit chiffrer sa demande *dès qu'il est en état de le faire*» (mise en évidence ajoutée). ←

6. Arrêts TF 4A_145/2023 du 3 juillet 2023, consid. 4.3, destiné à la publication; TF 5A_847/2021 précité, consid. 4.3. ←

7. Arrêt TF 5A_847/2021 précité, consid. 9.4 et note Bastons Bulletti, in CPC Online, Newsletter du 31 mars 2023 n° 10. ←

8. Arrêt TF 4A_587/2021 du 30 août 2022, consid. 10.4, non publié in ATF 148 III 409. ←

excessif le fait d'exiger de la partie demanderesse, qui a chiffré ses conclusions sur les points où elle pouvait le faire, qu'elle indique également une valeur minimale (par exemple: «au moins 1 franc») pour le chef de demande non chiffrée – parmi d'autres –, bien qu'une valeur litigieuse ait été indiquée pour la demande, uniquement parce que le libellé de l'art. 85 al. 1 CPC semble l'exiger prétendument sans exception⁹.

5.2.2

Dans le cadre d'une procédure de divorce sur demande unilatérale, lorsque le motif de divorce est avéré, la procédure n'est pas transformée en divorce sur requête commune, même si les parties s'accordent sur le principe du divorce¹⁰. Lorsque la dissolution du mariage repose sur un seul et même motif, il ne peut pas y avoir de demande reconventionnelle s'agissant du principe du divorce, les parties visant alors le même but¹¹. En cas d'accord quant au principe du divorce, il y a une conclusion conjointe à ce sujet, faute de possibilité d'acquiescement selon l'art. 241 al. 2 CPC¹². Ce n'est que si le conjoint requiert le divorce en se fondant sur un autre motif qu'il y a une véritable demande reconventionnelle¹³.

Au vu du rapport de communauté entre les parties et des prétentions réciproques qui en découle[nt], le défendeur est fondé à prendre ses propres conclusions. En effet, en matière de liquidation du régime matrimonial, l'action est qualifiée d'*actio duplex* ou action réciproque, à savoir une action dans le cadre de laquelle la partie intimée peut déposer ses propres conclusions dans sa réponse sans devoir formellement déposer une demande reconventionnelle¹⁴. En prenant des conclusions autres qu'en admission ou rejet de la demande, le défendeur n'étend pas l'objet du litige (art. 283 al. 1 CPC)¹⁵.

Or, il n'y a pas lieu de déroger à l'exigence de conclusions chiffrées (art. 84 al. 2 CPC) dans une *actio duplex* lorsqu'une partie conclut au versement d'une somme d'argent¹⁶. Cela étant, le défendeur peut rencontrer les mêmes difficultés que le demandeur pour chiffrer ses propres conclusions indépendantes sur la liquidation de régime. Le défendeur a donc également le droit de déposer des conclusions non chiffrées aux conditions de l'art. 85 al. 1 CPC¹⁷. Le moment auquel il doit chiffrer ses conclusions doit aussi être le même que celui retenu pour le demandeur, soit les plaidoiries finales¹⁸.

En revanche, il n'y a pas lieu d'exiger du défendeur qu'il indique une valeur minimale comme valeur litigieuse provisoire. En effet, le Tribunal fédéral a déjà jugé qu'il ne fallait pas faire preuve de formalisme excessif dans l'application de cette exigence et les motivations à l'origine de celle-ci n'ont qu'une portée restreinte dans la situation du défendeur à la demande unilatérale en divorce. Or, il n'y a pas d'extension du litige lorsque le conjoint défendeur prend des conclusions en liquidation du régime matrimonial. La compétence matérielle et le type de procédure applicable peuvent se déterminer sans la valeur minimale de ces conclusions indépendantes, mais non reconventionnelles. A supposer que le tribunal doit astreindre le défendeur à une avance de frais (la réponse à cette question n'est pas uniforme et dépend des circonstances¹⁹), le montant d'une telle avance n'est

-
9. Arrêt TF 4A_587/2021 précité, consid. 10.5. ←
10. ATF 142 III 713, consid. 4.1. Ndla: voir ég. art. 291 CPC. ←
11. ATF 142 III 713 précité, consid. 4.2. ←
12. Bohnet, Mais que veut donc dire «conclure reconventionnellement au divorce»? , analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_18/2020, Newsletter DroitMatrimonial.ch février 2021, p. 4. ←
13. ATF 142 III 713 précité, consid. 4.3.3. ←
14. ATF 102 II 151, consid. 2; ATF 95 II 65, consid. 2a; arrêts TF 5A_779/2021 du 16 décembre 2022, consid. 3.3.2; TF 5A_88/2020 du 11 février 2021, consid. 8.3, publié in RSPC 2021 p. 247; TF 5A_621/2012 du 20 mars 2013, consid. 4.1; voir aussi Bohnet, in CR CPC, 2^e éd., 2019, n° 20 s. ad Intro. art. 84-90 CPC. ←
15. Bohnet, L'*actio duplex* (doppelseitige Klage), en particulier en droit matrimonial, in Alea jacta est: Santé!, Mélanges en l'honneur d'Olivier Guillod, 2021, p. 123 ss, p. 124, 128, 130 ss (cité: *actio duplex*). ←
16. Arrêt TF 5A_779/2021 précité, consid. 3.3.2. ←
17. Dorschner, in BSK ZPO, 3^e éd., 2017, n° 15 ad art. 84 CPC. ←
18. Voir *supra* consid. 5.2.1. ←
19. Voir: arrêt TF 5A_18/2020 du 23 novembre 2020, consid. 3.2; not. Bähler, in BSK ZPO, 3^e éd., 2017, n° 5 ad art. 291 CPC; Bohnet, *actio duplex*, p. 128; Stoudmann, in PC CPC, 2020, n° 16 ad art. 98 CPC; Tappy, in CR CPC, 2^e éd., 2019, n° 34 ad art. 291 CPC. ←

souvent pas influencé par cette valeur. En outre, pour le défendeur, le tribunal peut se limiter à demander une avance de frais pour l'administration des preuves requises. Enfin, cette valeur n'aidera souvent pas de manière décisive le demandeur au divorce à se défendre et celui-ci est en principe en mesure d'évaluer le risque du procès qu'il a lui-même engagé²⁰.

5.3

En l'espèce, l'ex-épouse a donc chiffré à temps ses conclusions en le faisant lors des plaidoiries finales. Il s'agissait de la première occasion pour s'exprimer, après réception du rapport d'expertise et de l'ordonnance du 6 septembre 2021, où le tribunal a prononcé la clôture des débats principaux et convoqué une audience de plaidoiries finales. En sa qualité de partie défenderesse à la procédure en divorce dans laquelle le motif du divorce était avéré, il n'y avait pas lieu d'exiger de l'ex-épouse qu'elle indique une valeur litigieuse minimale provisoire.

6.

6.1

Le recourant reproche à l'autorité cantonale d'avoir considéré que le tableau déposé par son ex-épouse à l'audience de plaidoiries finales était recevable à titre de notes de plaidoirie et soutient que cela violerait l'art. 232 al. 2 CPC.

6.2

6.2.1

Selon le Message relatif au CPC, si les plaidoiries sont orales, la remise de notes de plaidoiries complémentaires est interdite, contrairement à ce qui était prévu dans l'avant-projet²¹. Si une majorité d'auteurs admet la possibilité de déposer des notes de plaidoiries, la question demeure controversée en doctrine²².

6.2.2

Le Tribunal fédéral rappelle les règles relatives à la retranscription des allégués présentés oralement en audience dans le procès-verbal (art. 235 al. 1, 1^{ère} phrase, et al. 2, 1^{ère} phrase, CPC)²³.

6.2.3

Lorsque les plaidoiries finales sont orales (art. 232 al. 1 CPC), la partie qui est en droit de reporter le chiffrage de ses conclusions ainsi que les allégués qui le sous-tendent peut le faire au plus tard au premier tour de parole²⁴. Le tribunal doit alors protocoler ces éléments dans leur substance (art. 235 al. 2, 1^{ère} phrase, CPC), étant donné que ceux-ci n'ont pas pu faire l'objet d'une précédente écriture. L'exercice peut certes se révéler laborieux suivant les faits à alléguer. Il ne faut néanmoins pas oublier que le plaideur n'est admis à alléguer que les faits résultant des éléments découverts au terme de l'administration des preuves nécessaires au chiffrage de sa créance. A moins que les conditions de l'art. 229 CPC ne soient remplies, tout autre fait relatif aux conditions de sa prétention doit être considéré comme nouveau et, partant, irrecevable à ce stade de la procédure. Contrairement à ce qu'il a jugé au sujet des faits et moyens de preuve nouveaux (art. 229 al. 2 CPC)²⁵,

20. Stalder, Rechtsbegehren in familienrechtlichen Verfahren, in FamPra.ch 1/2014 p. 43 ss, p. 56 s. ←

21. Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, [FF 2006] 6841, p. 6950. ←

22. Voir not. *pro* Engler, in OFK ZPO Kommentar, 2^e éd., 2015, n° 1 ad art. 232 CPC; Killias, in BK ZPO, 2012, n° 7 ad art. 232 CPC; Leuenberger, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3^e éd., 2016, n° 6 ad art. 232 CPC; Pahud, in DIKE-Kommentar ZPO, 2^e éd., 2016, n° 3 ad art. 232 CPC; Sogo/Naegeli, in Kuko ZPO, 3^e éd., 2021, n° 2 s. ad art. 232 CPC; Sutter-Somm/Seiler, in CHK, 2021, n° 3 ad art. 232 CPC. *Contra* Heinzmann/Pasquier, in PC CPC, 2020, n° 2 ad art. 232 CPC; Hofmann/Lüscher, Le Code de procédure civile, 3^e éd., 2023, p. 256; Willisegger, in BSK ZPO, 3^e éd., 2017, n° 6 ad art. 232 CPC. Voir ég.: Tappy, *op. cit.*, n° 17 ad art. 232 CPC; Heinzmann, note sur l'arrêt TF 4A_28/2021 du 18 mai 2021, in RSPC 2021 p. 446. ←

23. ATF 143 IV 408, consid. 8.2; ATF 130 II 473, consid. 4.1; ATF 124 V 389, consid. 3a et 4a; arrêt TF 5A_704/2021 du 1^{er} mars 2022, consid. 4.2 et les références. ←

24. Baumann Wey, Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO, 2013, n° 514; Dorschner, *op. cit.*, n° 22 ad art. 85 CPC. ←

le Tribunal fédéral n'a pas exigé une séparation rigoureuse entre les conclusions chiffrées et les allégués y relatifs, d'une part, et les autres développements de la plaidoirie, d'autre part. Néanmoins, le plaideur est non seulement en droit mais serait aussi avisé de (faire) procéder à une dictée au procès-verbal de ces points avant de prononcer la suite de sa plaidoirie.

6.3

En l'espèce, la question de la recevabilité des notes de plaidoirie – qui consistent en un document du 14 octobre 2021 intitulé «conclusions chiffrées (après expertise)», ne contenant aucune motivation, et un tableau récapitulatif tenant compte de l'ensemble des chiffres résultant des preuves administrées (dont les expertises) – n'a pas à être exhaustivement tranchée. Leur recevabilité est en tout cas donnée en l'occurrence, au vu des circonstances particulières de la présente cause, not. les lacunes du procès-verbal de l'audience. Le grief de violation des art. 232 et 52 CPC doit être rejeté.

7.

Le grief de violation de l'art. 58 CPC est également rejeté.

III. Analyse

A. Chiffrage et liquidation du régime matrimonial

Plusieurs arrêts récents rendus en matière de liquidation du régime matrimonial portent sur le régime juridique des conclusions non chiffrées. Ce fut tout d'abord le cas d'un arrêt du 25 avril 2019²⁶ qui retient que faute de chiffrage des conclusions de la demanderesse en liquidation du régime matrimonial, aucun montant ne pouvait lui être alloué à ce titre. La demanderesse n'avait en l'occurrence jamais procédé au chiffrage : elle s'était contentée de conclure à ce que la liquidation soit effectuée sur la base des pièces mentionnées durant la plaidoirie, puis, lors de la dernière audience tenue devant le premier juge, avait simplement persisté dans ses conclusions. Or le chiffrage des conclusions en liquidation du régime matrimonial constitue une condition de recevabilité de la demande et conclure à ce que la liquidation du régime matrimonial soit ordonnée est insuffisant²⁷.

B. Moment du chiffrage

Si cet arrêt du 25 avril 2019 ne tranchait donc pas la question du moment du chiffrage en première instance, puisqu'il n'était de toute manière pas intervenu, le Tribunal fédéral relevait dans ses considérants qu'«une fois les preuves administrées ou les informations requises fournies par le défendeur, le demandeur doit toutefois chiffrer sa demande dès qu'il est en état de le faire (art. 85 al. 2, 1^{ère} phr., CPC), autrement dit, dès que possible»²⁸. On pouvait donc en déduire que le demandeur ne devait pas tarder pour chiffrer et que si le juge pouvait lui fixer un délai pour ce faire, il n'en avait pas l'obligation. Il revenait ainsi à la partie de ne pas tarder pour annoncer le montant de sa conclusion²⁹.

Le Tribunal fédéral a cependant jugé dans une affaire ultérieure du 10 janvier 2023³⁰, toujours en matière de liquidation du régime matrimonial, que la partie devait chiffrer à la première occasion procédurale qui suit directement la phase d'administration des preuves. Il a en effet considéré que, d'une part, le demandeur n'a pas à actualiser régulièrement ses conclusions après l'exécution de chaque mesure d'instruction, sauf à porter atteinte au principe d'économie de procédure et que, d'autre part, il suffit en tout cas que le demandeur chiffre sa demande dans les plaidoiries finales, puisque c'est lors de celles-ci que les parties doivent se prononcer sur le résultat de l'administration des preuves. Le demandeur n'est pas tenu de le faire immédiatement – par exemple dans un délai de 30 jours – après la clôture ou même pendant l'administration des preuves. Cette solution a été

25. ATF 147 III 475. ←

26. Arrêt TF 5A_368/2018 du 25 avril 2019, consid. 4.3.4. ←

27. Confirmé dans l'arrêt TF 5A_847/2021 du 10 janvier 2023, consid. 4.3; voir ég. *infra*. ←

28. Arrêt TF 5A_368/2018 précité, consid. 4.3.3. ←

29. Dans ce sens, Bohnet, Les conclusions en procédure civile suisse : articulation et chiffrage, in: Bohnet/Dupont (édit.), Les conclusions en procédure, Bâle/Neuchâtel 2018, p. 33 N 78 s. et les réf. ←

30. Arrêt TF 5A_847/2021 précité, consid. 4.2.2 et 4.3. ←

reprise dans un arrêt du 3 juillet 2023³¹ destiné à la publication portant sur une affaire de droit de préemption. A nouveau, le chiffrage des conclusions dépendait de la production d'une expertise qui a été discutée et critiquée par les parties jusqu'à un stade très avancé de la procédure («jusqu'au bout»)³².

C. *Actio duplex* et moment du chiffrage

L'arrêt commenté présente l'intérêt de porter sur des conclusions de la partie défenderesse au divorce. Celle-ci peut elle aussi prendre des conclusions en paiement non chiffrées lorsque les conditions de l'art. 85 CPC sont réunies, soit dans le cadre d'une demande reconventionnelle, soit à l'occasion d'une *actio duplex* comme la liquidation du régime matrimonial. Comme le retient le Tribunal fédéral (consid. 5.2.2), il serait excessivement formaliste d'exiger dans un tel cas l'indication d'une valeur minimale comme valeur litigieuse provisoire (art. 85 al. 1 CPC) puisque l'objet du litige reste le même: la liquidation du régime matrimonial. La procédure applicable et le tribunal compétent demeurent identiques, les sûretés ne sont pas de mise (art. 99 al. 3 let. b CPC) et la question des frais judiciaires ne se pose pas nécessairement³³.

Le Tribunal fédéral confirme que le chiffrage doit intervenir au plus tard lors des plaidoiries finales, également pour la partie défenderesse (consid. 5.2.1-5.3). Pour la première fois, le Tribunal fédéral, citant la thèse de Baumann Wey et le commentaire bâlois, précise que le chiffrage doit intervenir lors du **premier tour de parole** (consid. 6.2.3). Il convient de noter que le chiffrage dépendait en l'espèce, comme dans les arrêts précédents, du résultat d'expertises. Il n'est pas certain que le Tribunal fédéral aurait jugé dans le même sens si les informations nécessaires au chiffrage avaient dépendu, par exemple, de documents transmis à l'appui de la réponse. Dans ce cas hypothétique, le demandeur aurait été en état de chiffrer sa demande dans sa réplique³⁴. Comme le souligne d'ailleurs le Tribunal fédéral «le demandeur est alors autorisé à chiffrer ses conclusions après l'administration des preuves ou la délivrance par le défendeur des informations requises»³⁵.

D. Faits sous-tendant le chiffrage

Concernant les modalités du chiffrage, hormis sa temporalité, le Tribunal fédéral retient au consid. 5.2.1, citant l'arrêt 5A_847/2021 précité, consid. 9.4, que «*le demandeur n'est pas non plus tenu d'alléguer les faits fondant la prétention à chiffrer au fur et à mesure de la procédure probatoire. Il est également recevable à alléguer, en même temps que le chiffrage des conclusions, les faits qui sous-tendent celui-ci*». Il ne s'agit cependant pas de nouveaux allégués, mais d'une simple concrétisation: il ne résulte pas en effet de ce considérant de l'arrêt 5A_847/2021 que les faits sous-tendant le chiffrage avaient en l'espèce été allégués au stade des plaidoiries finales: au contraire le Tribunal fédéral retenait que les allégués de la demanderesse dans ses écritures (demande et réplique) étaient suffisants «*pour que la cour cantonale puisse se fonder sur un récapitulatif des avoirs bancaires produit par le recourant pour vérifier les dires de l'intimée*». Autrement dit, le chiffrage n'implique en principe pas l'allégation de nouveaux faits: il constitue la **concrétisation de la prétention** sur la base des faits allégués et il demeure dans le cadre de ceux-ci. Si en revanche la partie demanderesse découvre de véritables faits nouveaux³⁶ à l'occasion de l'administration des preuves, elle doit respecter les exigences de l'art. 229 CPC si elle entend les faire valoir. Il en va ainsi si elle découvre un bien immobilier qu'elle n'avait pas allégué dans ses écritures.

Ainsi, le chiffrage intervient lors des plaidoiries finales (au premier tour), soit au moment où la partie

31. Arrêt TF 4A_145/2023 précité. ←

32. Sur cet arrêt, voir Bohnet/Varin, Le moment du chiffrage des conclusions / le sort du droit de préemption en cas de transfert aux héritiers en raison de leur futur droit de succession, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_145/2023, Newsletter immodroit.ch août 2023. ←

33. Voir en ce sens CJ GE, arrêt CACJC/1184/2016 du 9 septembre 2016, consid. 2.1. ←

34. Bohnet/Varin, *op. cit.*, p. 5. ←

35. Arrêt TF 5A_847/2021 précité, consid. 4.2.2, cité au consid. 5.2 de l'arrêt commenté. ←

36. Pour des développements sur la distinction entre fait exorbitant au sens propre et au sens impropre (déjà couvert par les allégués), voir Fitzi, Les faits exorbitants en procédure civile, in: Bohnet (édit.), Les faits en procédures civile, pénale et administrative, Neuchâtel/Bâle 2023, p. 57 ss. ←

se prononce sur le résultat de l'administration des preuves, en mettant en relation ses allégués avec les preuves administrées lui permettant de chiffrer ses prétentions. Ces développements ne constituent pas une nouvelle allégation de fait, mais la concrétisation des faits déjà allégués.

L'arrêt commenté indique (consid. 6.2.3), concernant le chiffrage et les allégués qui le «sous-tendent», que « *Le tribunal doit alors protocoler ces éléments dans leur substance (art. 235 al. 2, 1^{ère} phr., CPC), étant donné que ceux-ci n'ont pas pu faire l'objet d'une précédente écriture. L'exercice peut certes se révéler laborieux suivant les faits à alléguer* ». A notre sens, il convient de distinguer le chiffrage des «allégués qui le sous-tendent». Concernant le chiffrage lui-même, la verbalisation s'impose en vertu de l'art. 235 al. 1 let. d CPC. Pour les faits qui le «sous-tendent», dans la mesure où il ne s'agit pas de faits nouveaux (comme le retient lui-même le Tribunal fédéral), mais d'une simple concrétisation des faits déjà allégués, une verbalisation est possible, mais n'est pas impérative, car il s'agit simplement de développements des parties sur le résultat de l'administration des preuves qui figurent dans la plaidoirie orale ou écrite. En tout cas, il ne peut pas être fait le reproche à la partie d'un défaut d'allégués faute de mention au procès-verbal.

Le Tribunal fédéral retient de plus que « *Contrairement à ce qu'il a jugé au sujet des faits et moyens de preuves nouveaux (art. 229 al. 2 CPC), le Tribunal fédéral n'a pas exigé une séparation rigoureuse entre les conclusions chiffrées et les allégués y relatifs, d'une part, et les autres développements de la plaidoirie, d'autre part. Néanmoins, le plaideur est non seulement en droit mais serait aussi avisé de (faire) procéder à une dictée au procès-verbal de ces points avant de prononcer la suite de sa plaidoirie* ». Si l'exigence d'une séparation rigoureuse (entre faits et moyens de preuve nouveaux et ceux qui ne le sont pas) résulte de l'ATF 147 III 475, en revanche, le Tribunal fédéral n'avait à notre connaissance jamais traité la question en matière de faits sous-tendant le chiffrage des conclusions, l'arrêt 5A_847/2021, consid. 9.4, auquel il semble faire implicitement référence, se fondant au contraire sur les allégués de la demande et de la réplique. Du reste, la doctrine n'envisage pas d'allégation des faits qui sous-tendent le chiffrage, retenant a priori que la question ne se pose pas: soit lesdits faits sont déjà compris dans les allégués, soit la partie a découvert des faits nouveaux et doit les alléguer selon les modalités de l'art. 229 CPC. Il n'est pas exceptionnel qu'une partie doive détailler dans sa plaidoirie orale ou écrite, et ce alors que ses conclusions sont chiffrées (une partie pourrait du reste chiffrer ses conclusions alors même que les conditions de conclusions non chiffrées auraient été remplies), des éléments résultant d'une expertise ou d'un autre moyen de preuve, sans qu'une indication au procès-verbal ne s'impose. Dans ce contexte, il aurait été intéressant que le Tribunal fédéral tranche la question de l'admissibilité des notes de plaidoiries (en cas de plaidoiries orales), qui demeure controversée plus de dix ans après l'entrée en vigueur du code³⁷.

Proposition de citation

François Bohnet, L'actio duplex, les conclusions non chiffrées et les modalités du chiffrage; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_108/2023, Newsletter droitmatrimonial.ch janvier 2024

37. Voir Message CPC, FF 2006 6841, p. 6950. En doctrine, p. ex.: Bohnet, Procédure civile, 3^e éd., Neuchâtel/Bâle 2021, N 1263; CR CPC-Tappy, art. 232 CPC N 17; KommZPO-Leuenberger, art. 232 CPC N 6; DIKE ZPO-Pahud, art. 232 CPC N 3; BSK ZPO-Frei/Willisegger, art. 232 CPC N 3. ←