

## **BGer 5A\_221/2018 vom 4. Juni 2018**

Bundesgericht, 2018-06-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_221\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_221_2018)

FR: TF 5A\_221/2018 du 4 juin 2018

IT: TF 5A\_221/2018 del 4 giugno 2018

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( ATF 143 III 140 consid. 1).

#### **E. 1.1**

Le recours est dirigé contre une décision rendue en matière civile ( art. 72 al. 1 LTF ), dans une affaire pécuniaire. Le recours en matière civile n'est en principe ouvert que si la valeur litigieuse minimale de 30'000 fr. est atteinte ( art. 74 al. 1 let. b LTF ). C'est le montant litigieux devant la dernière instance cantonale qui est déterminant ( art. 51 al. 1 let. a LTF ) et l'autorité cantonale de dernière instance doit mentionner celui-ci dans son arrêt ( art. 112 al. 1 let. d LTF ). La cour cantonale a retenu que la valeur litigieuse de la cause en question s'élevait à 10'000 fr., soit une valeur inférieure à la valeur litigieuse minimale susrappelée. Les recourants ne le contestent pas et ne prétendent pas non plus ( art. 42 al. 2 2<sup>ème</sup> phr. LTF ) que la contestation soulèverait une question juridique de principe ( art. 74 al. 2 let. a LTF ), circonstance permettant de déroger à l'exigence de la valeur litigieuse. Il s'ensuit que le recours en matière civile n'est pas ouvert en l'espèce; en conséquence, la décision n'est susceptible que du recours constitutionnel subsidiaire ( art. 113 LTF ).

#### **E. 1.2**

La cour cantonale a rendu un arrêt d'irrecevabilité sans se prononcer sur le bien-fondé de la demande. Dans un tel cas de figure, seules des conclusions cassatoires sont admissibles, à l'exclusion de conclusions sur le fond, lesquelles supposent que l'autorité précédente soit entrée en matière. En effet, s'il annule un arrêt d'irrecevabilité, le Tribunal fédéral ne statue pas lui-même sur le fond mais renvoie la cause à l'autorité d'appel ( ATF 138 III 46 consid. 1.2). Il s'ensuit l'irrecevabilité des conclusions subsidiaires en réforme (arrêt 4A\_618/2017 du 11 janvier 2018 consid. 2.2).

#### **E. 1.3**

Pour le surplus, le recours a été déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 et 117 LTF ), contre une décision finale ( art. 90 et 117 LTF ), rendue par une autorité supérieure cantonale statuant sur recours ( art. 75 et 114 LTF ), et les recourants, qui ont pris part à l'instance précédente, démontrent un intérêt juridique à la modification de la décision attaquée ( art. 115 LTF ). Le recours constitutionnel subsidiaire est donc en principe recevable.

#### **E. 2.1**

Le recours constitutionnel peut être formé pour violation des droits constitutionnels exclusivement ( art. 116 LTF ). Conformément à l' art. 106 al. 2 LTF , auquel renvoie l' art. 117 LTF , le Tribunal fédéral n'examine que les griefs constitutionnels qui sont expressément soulevés et motivés dans l'acte de recours conformément au principe

d'allégation ( art. 117 et 106 al. 2 LTF ), à savoir expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée ( ATF 139 I 229 consid. 2.2; 134 II 244 consid. 2.2, 349 consid. 3). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables ( ATF 142 III 364 consid. 2.4 et la référence).

### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 118 al. 1 LTF ). Le recourant ne peut obtenir leur rectification ou leur complètement que s'il démontre la violation de droits constitutionnels ( art. 118 al. 2 et 116 LTF ). Il doit ainsi exposer avec précision, conformément au principe d'allégation susmentionné, en quoi la constatation d'un fait, pertinent pour l'issue de la procédure, est manifestement insoutenable, c'est-à-dire en contradiction évidente avec la situation de fait, repose sur une inadvertance manifeste ou est dénuée de toute justification objective ( ATF 136 I 332 consid. 2.2; 133 III 439 consid. 3.2 et les arrêts cités).

En l'occurrence, la partie " III. En fait " que les recourants ont cru utile d'introduire à la fin de leur acte de recours (p. 10 à 15) sera ignorée en tant qu'elle s'écarte des faits arrêtés par les juges précédents sans que les intéressés n'invoquent, ni a fortiori ne démontrent, leur établissement arbitraire.

### **E. 3**

Les recourants se plaignent d'une violation de l'interdiction de l'arbitraire ( art. 9 Cst. ) et du formalisme excessif ( art. 29 al. 1 Cst. ), ainsi que de leur droit d'être entendus ( art. 29 al. 2 Cst. ).

Il sera d'emblée relevé que lorsque les recourants invoquent que la cour cantonale n'aurait pas motivé sa décision conformément à l' art. 29 al. 2 Cst. , parce qu'elle n'aurait pas examiné la question de la conversion à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence pertinentes, ils méconnaissent qu'il n'y a pas de défaut de motivation du seul fait que la cour cantonale n'a pas adopté leur point de vue.

#### **E. 3.1**

Le Tribunal cantonal a constaté que l'intimée, qui entendait faire lever les oppositions frappant la mise à ban relative à la parcelle dont elle est propriétaire, avait ouvert action devant le Président du Tribunal d'arrondissement en indiquant que la valeur litigieuse de la cause en question s'élevait à 10'000 fr. Puisque ni cette somme ni la compétence du Président du Tribunal d'arrondissement en découlant n'avaient été remises en cause, la valeur litigieuse invoquée devait être tenue pour acquise. Partant, c'était à raison que le premier juge avait indiqué, au pied de la décision litigieuse, que la voie de l'appel était ouverte conformément à l' art. 308 al. 2 CPC . Les recourants, assistés d'un mandataire professionnel, avaient cependant déposé un " recours ", dont la motivation se référait en outre expressément aux dispositions relatives à la procédure de recours, en particulier à l' art. 321 al. 1 et 2 CPC . Ayant sciemment choisi la voie du recours, alors même que celle de l'appel était ouverte, il n'y avait pas lieu de convertir leur acte en appel et le recours devait être déclaré irrecevable.

#### **E. 3.2**

Les recourants considèrent que la cour cantonale se devait d'examiner d'office si les conditions de l'acte qui aurait dû être formé - en l'occurrence un appel - étaient en l'occurrence remplies. En effet, selon la doctrine et la jurisprudence pertinentes que les

juges précédents avaient ignorées, une conversion d'un recours irrecevable en celui qui est ouvert est exceptionnellement possible si cela ne nuit pas aux droits de la partie adverse. Dès lors qu'en l'espèce l'acte de recours du 18 décembre 2017 ne portait que sur des griefs qui auraient pu être examinés s'ils avaient été articulés dans le cadre d'une écriture identique intitulée " appel " et non " recours ", on ne voyait pas en quoi une conversion aurait pu porter atteinte aux intérêts de la partie adverse. Il ne faisait aucun doute que si l'écriture litigieuse avait été correctement intitulée " appel ", elle aurait été prise en compte et aurait abouti à une décision sur le fond statuant sur les griefs qu'ils avaient invoqués. Refuser dans ces conditions la conversion de l'acte litigieux revenait à violer leur droit d'être entendus et à les priver de l'accès au juge pour un détail qui n'enlevait rien au mérite des arguments qui y étaient soulevés et à la recevabilité des conclusions qui s'y trouvaient " ténorisées ". Laisser intacte la solution retenue par les juges cantonaux reviendrait à entraver de manière insupportable la mise en oeuvre de leurs prérogatives de droit matériel. D'ailleurs, aucun intérêt digne de protection n'était avancé par la cour cantonale pour justifier un tel " rigorisme de la forme ". La jurisprudence sur laquelle se fondait l'arrêt querellé manquait totalement de pertinence, dès lors qu'elle avait trait à des situations où la décision de première instance comportait une indication inexacte des voies de droit. De plus, le fait que le mémoire de recours cantonal fasse mention de l' art. 321 al. 1 et 2 CPC n'était nullement suffisant pour justifier l'irrecevabilité prononcée. Au demeurant, il était " fermement " contesté que le mandataire en cause eût sciemment fait le choix de déposer un recours au lieu d'un appel. Seule une inadvertance expliquait ce choix procédural. Cette inadvertance était guérissable par le biais d'une conversion au sujet de laquelle les juges précédents ne s'étaient pas interrogés. Ils ne pouvaient en tous les cas pas rendre leur décision d'irrecevabilité sans avoir préalablement interpellé les parties sur cette question.

### **E. 3.3.1**

Lorsque le recourant choisit par erreur un certain type de recours au lieu d'un autre, celui-là est irrecevable. Toutefois, dans certaines circonstances, il peut y avoir conversion: l'autorité de recours traite le recours irrecevable comme un recours d'un autre type s'il en remplit les conditions. Cette conversion résulte de l'application du principe de l'interdiction du formalisme excessif ( art. 29 al. 1 Cst. ; FABIENNE HOHL, Procédure civile, Tome II, 2ème éd. 2010, n° 2228 p. 408 s.; YVES DONZALLAZ, Commentaire de la LTF, 2008, n° 1021 p. 444; MARTIN H. STERCHI, in Berner Kommentar, ZPO, 2012, n° 2 ad art. 311 CPC ).

Au niveau de la LTF, la jurisprudence a ainsi admis que l'intitulé erroné d'un recours ne nuit pas à son auteur, pour autant que les conditions de recevabilité du recours qui aurait dû être interjeté soient réunies ( ATF 136 II 489 consid. 2.1; 135 III 441 consid. 3.3; 134 III 379 consid. 1.2), et sous la réserve qu'il soit possible de convertir le recours dans son ensemble, une conversion étant exclue si certains griefs relèvent de la voie de droit choisie alors que d'autres devaient être soulevés dans un autre recours ( ATF 134 III 379 consid. 1.2; critique: VALENTIN RÉTORNAZ, L'interdiction du formalisme excessif en procédure civile, 2014, n

os 1103 ss p. 723 s.).

La conversion des recours est en principe possible même si la partie concernée est représentée par un mandataire professionnel (RÉTORNAZ, op. cit., n° 1102 p. 722 et les arrêts cités à la note infrapaginale 4010). Sous l'OJ, le Tribunal fédéral a toutefois jugé que

la conversion était exclue lorsqu'un recourant, assisté d'un avocat, avait consciemment choisi le recours en réforme, alors qu'il ne devait pas ignorer que cette voie était erronée ( ATF 129 IV 276 consid. 1.1.4

in fine ; 120 II 270 consid. 2). Cette restriction applicable aux avocats avait déjà été retenue à l'aune du droit cantonal de procédure civile applicable avant l'entrée en vigueur du CPC ( ATF 113 Ia 84 consid. 3d; cf. ég. ATF 108 Ia 209 consid. 3). Quelques arrêts rendus sous l'empire de la LTF la reprennent par référence à l' ATF 120 II 270 précité (arrêts 5A\_383/2008 du 8 janvier 2010 consid. 1.3; 5D\_73/2008 du 13 février 2009 consid. 1.3; 5D\_75/2007 du 6 juin 2008 consid. 1.2). Plusieurs autres arrêts admettent en revanche la conversion sans préciser si une telle restriction est ou non maintenue (voir les arrêts cités par RÉTORNAZ, op. cit., p. 722 note infrapaginale 4010; en faveur de l'inapplicabilité de la jurisprudence rendue sous l'OJ aux recours soumis à la LTF: ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2ème éd. 2013, § 25 n° 23 p. 482).

S'agissant des voies de droit du CPC, une majorité d'auteurs est, de manière générale, favorable au principe de conversion, préconisant notamment une application analogique de la solution pratiquée par le Tribunal fédéral (cf. IVO W. HUNGERBÜHLER/MANUEL BUCHER, in DIKE Kommentar-ZPO, Alexander Brunner et al. (éd.), 2ème éd. 2016, n° 13 ad art. 311 CPC et les auteurs cités à la note infrapaginale 27, spéc. BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, n° 866 p. 366 s. [et n° 927 p. 398 ss]). Certains auteurs se penchent explicitement sur la question de savoir si la conversion est admissible lorsque, comme en l'espèce, le recours émane d'un avocat qui a expressément désigné la voie de droit choisie. Ainsi, PETER REETZ (in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), 3ème éd. 2016, n° 51 ad Vorbemerkungen zu den Art. 308-318) considère que, dans cette hypothèse, la conversion ne doit être admise qu'avec la plus grande retenue. La conversion ne serait dès lors admissible que si l'intitulé erroné de l'acte de recours procède d'une inadvertance manifeste (loc. cit.) ou si, à l'évidence, aucune atteinte aux droits de la partie adverse n'en résulterait (FRANCESCA VERDA CHIOCCETTI, in Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero, Vol. 2, 2ème éd. 2017, n° 94 ad Osservazioni preliminari agli Art. 308-334). ANDREAS LIENHARD (Die materielle Prozessleitung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2013, n° 751 ss p. 342 ss) se positionne en faveur du refus de la conversion lorsque la partie est assistée d'un avocat, à tout le moins dans les procédures qui ne sont pas soumises à la maxime inquisitoire simple ou illimitée. Une violation du devoir de diligence (

Prozessorgfalt ) peut en effet être opposée à l'avocat, que les voies de droit aient ou non été correctement indiquées dans la décision de première instance (dans le même sens: VERDA CHIOCCETTI, op. cit., n° 95 ad Osservazioni preliminari agli Art. 308-334; KARL SPÜHLER, in Basler Kommentar, ZPO, 3ème éd. 2017, n° 17a ad Vorbemerkungen zu Art. 308-334 [en général]). STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (op. cit., loc. cit.) sont en revanche d'avis que, même dans le cas d'une partie représentée par un avocat, la conversion d'un acte de recours mal intitulé devrait être admise pour autant que celui-ci remplisse les conditions du recours qui aurait dû être formé (dans le même sens apparemment: STERCHI, op. cit., n° 2 i.f. ad art. 311 CPC ).

Sous l'empire du droit cantonal de procédure, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que l'arrêt publié aux ATF 120 II 270 - qui avait été cité par l'autorité cantonale valaisanne

pour fonder son refus de convertir un appel en pourvoi en nullité - visait le cas spécifique où le recourant, assisté d'un mandataire professionnel, choisit expressément une voie de droit alors qu'il ne peut ignorer que celle-ci n'est pas ouverte au vu de la jurisprudence constante approuvée par la doctrine unanime (arrêt 5A\_112/2010 du 4 juin 2010 consid. 3.3; STÉPHANE ABBET, Le principe de la bonne foi en procédure civile, in SJ 2010 II p. 221 ss, 246 s.). Il était donc contraire à l'interdiction du formalisme excessif de refuser la conversion alors que le choix du moyen de droit recevable présentait des difficultés et n'était pas facilement reconnaissable par un mandataire professionnel. La même approche a été suivie dans une affaire où le CPC était applicable à la voie de droit cantonale. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé qu'un avocat devait clairement se rendre compte que la valeur litigieuse de 10'000 fr. n'était pas atteinte en cas d'acquiescement partiel laissant un solde inférieur à ce montant, même si les voies de recours avaient été incorrectement indiquées dans la décision attaquée. La décision de la Cour suprême du canton de Berne (ZK 12 240 du 27 juin 2012) refusant de convertir l'appel irrecevable en recours n'était dès lors pas arbitraire ni ne contrevenait au principe de la bonne foi (arrêt 4D\_77/2012 du 20 novembre 2012 consid. 3 et 5). Dans une affaire ultérieure, dans laquelle la recourante avait toutefois procédé en instance cantonale sans le concours d'un avocat, le Tribunal fédéral a appliqué par analogie la jurisprudence valant pour les recours régis par la LTF ( ATF 134 III 379 consid. 1.2), considérant qu'un acte mal intitulé ne devait pas être d'emblée déclaré irrecevable mais au besoin converti (arrêt 4A\_137/2013 du 7 novembre 2013 consid. 7.1 non publié aux ATF 139 III 478 ).

### **E. 3.3.2**

En l'espèce, les recourants étaient assistés d'un mandataire professionnel devant l'autorité cantonale. Ils reconnaissent que l'indication des voies de droit du premier juge était correcte et, ce faisant, ne contestent pas que la valeur litigieuse était de 10'000 fr. comme indiqué par l'intimée dans son action ouverte devant le Président du Tribunal d'arrondissement. Ils soutiennent toutefois en substance que l'intitulé erroné de leur acte de recours procède d'une inadvertance de leur avocat et qu'une conversion ne nuirait de toute façon pas à leur partie adverse. S'il est vrai qu'une conversion ne porterait pas atteinte aux droits de l'intimée dans la mesure notamment où la cour cantonale ne lui a pas transmis l'acte litigieux pour se déterminer (cf. LIENHARD, op. cit., n° 748 p. 340), l'on ne peut en revanche considérer que le choix de la voie du recours au sens des art. 319 ss CPC est dû à une inadvertance manifeste du mandataire des recourants. Il ne saurait être question d'une simple erreur de plume dans la dénomination de la voie de droit. Il s'agit bien plutôt, au vu de la motivation explicite présentée dans le corps de l'acte (cf.

supra let. B), d'un choix délibéré de ne pas suivre la voie de l'appel mentionnée au pied de la décision de première instance et d'introduire en lieu et place un recours (cf. à ce sujet SEILER, op. cit., n° 927 p. 398 s.). Or un mandataire professionnellement qualifié ne peut ignorer que la voie du recours n'est pas ouverte lorsque, comme en l'espèce, la valeur litigieuse de 10'000 fr. est atteinte ( art. 308 al. 2 et 319 let. a CPC ). Dans ces circonstances particulières, il n'apparaît nullement insoutenable de retenir une négligence grossière à charge de l'avocat des recourants justifiant de refuser la conversion de l'acte litigieux. Partant, la décision d'irrecevabilité attaquée ne peut être taxée d'arbitraire ou d'excessivement formaliste. Elle ne saurait dès lors être constitutive d'une violation de la garantie de l'accès au juge ( art. 29a Cst. ). En effet, cette garantie n'empêche pas l'autorité cantonale de refuser d'entrer en matière sur un recours, lorsqu'il ne satisfait pas aux

exigences formelles posées (arrêt 1C\_593/2016 du 11 septembre 2017 consid. 3).

Les recourants soutiennent encore que la cour cantonale aurait dû " interpellier les parties " sur la question d'une conversion de leur acte de recours avant de rendre son arrêt d'irrecevabilité. Une telle affirmation péremptoire ne respecte à l'évidence pas les exigences de motivation accrues découlant du principe d'allégation (cf.

supra consid. 2.1). Les recourants n'exposent pas précisément sur quelle base et pour quels motifs une telle interpellation aurait dû intervenir. Ils ne contestent en particulier pas le mode procédural de l' art. 322 al. 1 CPC suivi par la cour cantonale. Ils ne prétendent pas non plus que celle-ci se serait appuyée sur des arguments juridiques inconnus dont elle ne pouvait prévoir l'adoption. Enfin, à juste titre, ils ne soutiennent pas que la cause d'irrecevabilité reposerait sur un vice de forme justifiant qu'un délai leur soit imparti pour le réparer ( art. 132 al. 1 CPC ).

Il suit de là qu'autant que recevable, la critique des recourants doit être rejetée.

#### **E. 4**

En définitive, le recours en matière civile est irrecevable et le recours constitutionnel subsidiaire rejeté dans la mesure de sa recevabilité, aux frais de leur auteur ( art. 66 al. 1 LTF ). Ceux-ci devront en outre verser des dépens à sa partie adverse ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.