

# FR\_GERICHTE 102 2023 4 vom 5. Juni 2023

FR Kantonsgericht, 2023-06-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_102\\_2023\\_4](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_102_2023_4)

FR: FR\_GERICHTE 102 2023 4 du 5 juin 2023

IT: FR\_GERICHTE 102 2023 4 del 5 giugno 2023

## Regeste

Arrêt de la IIe Cour d'appel civil du Tribunal cantonal | Aufhebung und Einstellung der Betreuung (Art. 85 und 85a SchKG)

## Erwägungen

### E. 1.1

L'appel est recevable notamment contre les décisions incidentes de première instance, pour autant que, dans les causes patrimoniales, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions soit supérieure à CHF 10'000.- (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC). Aux termes de l'art. 237 al. 1 CPC, le tribunal peut rendre une décision incidente lorsque l'instance de recours pourrait prendre une décision contraire qui mettrait fin au procès et permettrait de réaliser une économie de temps ou de frais appréciable. Ainsi, les décisions incidentes sont des décisions qui ne mettent pas fin au procès, mais tranchent une question qui pourrait entraîner cette fin s'il était statué en sens inverse. En l'espèce, la décision attaquée tranche la question de la recevabilité de la modification des conclusions du demandeur. Il s'agit d'une décision incidente susceptible d'un appel ou d'un recours immédiat en deuxième instance cantonale. La valeur litigieuse, qui est de CHF 68'825.15, dépasse CHF 10'000.- (art. 308 al. 2 CPC), de sorte que la voie de l'appel est ouverte. La valeur litigieuse devant la Cour est identique, de sorte qu'un recours en matière civile peut être introduit au Tribunal fédéral contre le présent arrêt (art. 72, 74 al. 1 let. b LTF).

### E. 1.2

Le délai pour faire appel contre la décision attaquée est de 30 jours à compter de sa notification (art. 321 al. 1 CPC). En l'espèce, la décision attaquée a été notifiée à l'appelante le

### E. 5

décembre 2022 de sorte que le délai arrive à échéance le 20 janvier 2023 compte tenu des fêtes judiciaires (art. 145 al. 1 let. c CPC). Déposé le 16 janvier 2023, l'appel a dès lors été interjeté en temps utile. 2. 2.1. Le Tribunal a conclu à la recevabilité de la modification de la demande. Il a constaté qu'une action en annulation de poursuite au sens de l'art. 85a LP est dispensée de la procédure préalable de conciliation conformément à l'art. 198 lit. e ch. 2 CPC, alors que tel n'est pas le cas de l'action en répétition de l'indu de l'art. 86 LP, de sorte qu'un cumul ab initio de ces deux demandes ne permettrait pas de contourner l'exigence d'une procédure de conciliation préalable et que l'action en répétition de l'indu serait par conséquent irrecevable dès lors que le préalable nécessaire de la conciliation n'aurait pas été respecté. Il a ensuite examiné la modification, en cours de procédure, de l'action en annulation de la poursuite au sens de l'art. 85a LP en action en répétition de l'indu en se basant sur un avis de doctrine à propos de l'action en inscription définitive d'une

hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (non soumise à la procédure de conciliation en vertu de l'art. 198 let. h CPC), et de l'action en paiement y relative qui est soumise à la procédure de conciliation. Selon cet avis de doctrine, la possibilité de n'introduire d'abord que la demande en inscription définitive, dans le délai imparti par le juge et sans conciliation préalable, puis avant la clôture de la phase d'allégations (art. 229 al.1 et 2 CPC), de modifier (amplifier) ses conclusions en

Tribunal cantonal TC Page 4 de 8 demandant aussi le paiement de sa créance, existe pour autant que les conditions de l'art. 227 al.1 CPC soient réunies, de sorte que la nouvelle demande n'est pas soumise au préalable de conciliation. Le Tribunal a constaté qu'en l'occurrence les conditions de l'art. 227 al. 1 CPC étaient remplies. De plus, il a souligné que B.\_\_\_\_\_ avait modifié ses conclusions avant la clôture de l'allégation des faits (art. 229 al. 1 et 2 CPC). Partant, le Tribunal a considéré que les conclusions prises par le demandeur au pied de sa réplique du 23 mai 2022 étaient recevables. 2.2. L'appelante conteste qu'une telle modification de la demande soit recevable. Elle relève que l'arrêt cité dans cet avis de doctrine (arrêt TF 4A\_222/2017 du 8 mai 2018) concerne une réduction des conclusions entre la délivrance de l'autorisation de procéder et le dépôt de la demande au sens de l'art. 229 al. 3 CPC dans un litige de droit du travail, donc une situation totalement différente du cas d'espèce. Elle allègue que la jurisprudence citée dans la décision attaquée est contredite par des arrêts du Tribunal fédéral plus récents. En effet, elle souligne que, contrairement à ce que retient la décision entreprise, le Tribunal fédéral a jugé (arrêt TF 4A\_368/2020 du 9 février 2021) que le cumul d'une demande en paiement lors du dépôt d'une demande en inscription définitive d'une hypothèque légale est irrecevable si la demande en paiement n'a pas été précédée d'une procédure de conciliation. Elle soutient que lorsque le débiteur souhaite faire valoir des prétentions additionnelles supposant une conciliation préalable, il doit débiter deux procédures en parallèle, quitte à demander, lorsque la procédure est la même, leur jonction. L'appelante souligne également que le Tribunal fédéral a jugé, dans plusieurs arrêts, qu'il n'était pas admissible d'introduire une action en paiement sans procédure de conciliation préalable en même temps qu'une action en libération de dette, pour laquelle la procédure de conciliation est supprimée conformément à l'art.198 let. e ch. 1 CPC, car la conciliation reste obligatoire pour l'action en paiement. De plus, l'appelante relève que la liste des exceptions à la procédure de conciliation de l'art. 198 CPC est exhaustive et que le cumul d'actions n'en fait pas partie. Elle ajoute que l'art. 198 let. h CPC, qui prévoit une exception au principe de l'exigence de conciliation de l'art. 197 CPC dans les cas où le tribunal a fixé un délai pour déposer une action, ne s'applique qu'à la demande d'inscription définitive de l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs, et non pas à la demande de condamnation au paiement du prix de l'ouvrage, présentée dans le cadre d'un cumul objectif d'actions. 2.3. De son côté, l'intimé considère que le raisonnement du Tribunal est bien fondé. Il allègue que l'arrêt cité par l'appelante (arrêt TF 4A\_368/2020 du 9 février 2021) tranche la question de savoir si, ab initio, il est possible de cumuler une demande en inscription définitive d'une hypothèque légale et une demande en paiement, le tout sans conciliation préalable. Or, il relève que si la réponse du Tribunal fédéral a été négative, cela ne dit encore rien sur la problématique posée par la présente affaire, qui est différente, à savoir la modification, en cours de procédure, d'une demande initiale fondée sur l'art. 85a LP en une demande en restitution fondée sur l'art. 86 LP. Ainsi, l'intimé estime que l'appelante ne peut tirer aucune conclusion en sa faveur de l'arrêt qu'elle cite, qui ne traite pas de la modification d'une demande au sens de l'art. 227 CPC, mais du cumul de deux demandes ab initio. L'intimé souligne que le Tribunal a bien différencié ce cumul

initial de demandes de la modification subséquente de la demande et qu'il a, à juste titre, retenu, à l'instar de la doctrine et de la jurisprudence, que, lorsqu'il y a connexité et que la procédure est identique, il est possible de modifier une demande pour laquelle une conciliation n'est pas nécessaire en une demande pour laquelle une telle conciliation initiale est obligatoire. L'intimé relève en outre que l'arrêt sur lequel se fonde le Tribunal dans sa décision (arrêt TF 4A\_222/2017 du 8 mai 2018) est parfaitement applicable au cas d'espèce puisqu'il s'agit d'une question générale de procédure et non pas d'une question spécifique au droit du travail. L'intimé considère que l'arrêt du Tribunal fédéral cité par l'appelante ne traitant pas de la modification d'une demande en cours de procédure mais du cumul initial de demandes ne saurait ainsi remettre en cause l'arrêt du Tribunal fédéral sur lequel se fonde le

Tribunal cantonal TC Page 5 de 8 Tribunal pour rendre sa décision, par ailleurs abondamment soutenu par la doctrine, qui s'est exprimée précisément à l'occasion de la publication de l'arrêt cité par l'appelante pour confirmer la possibilité de modifier une demande en cours de procédure sans passer par la procédure de conciliation aux conditions de l'article 227 al. 1 let. a CPC. Selon l'intimé, admettre la solution contraire heurterait non seulement le principe de l'économie de la procédure, mais reviendrait aussi à supposer que le législateur a voulu limiter la possibilité de modifier une demande déjà déposée sans conciliation préalable aux cas - exceptionnels - prévus par l'art. 198 CPC, dans lesquels la prétention nouvelle est aussi dispensée du préalable de conciliation, tout en étant soumise à la même procédure que la prétention initiale. Or, il soutient que tel n'a jamais été la volonté du législateur.

2.4. 2.4.1. Aux termes de l'art. 85a al. 1 LP, le débiteur poursuivi peut agir en tout temps au for de la poursuite pour faire constater que la dette n'existe pas ou plus, ou qu'un sursis a été accordé. Il s'agit d'une action en constatation de droit négative. Aux termes de l'art. 86 LP, celui qui a payé une somme qu'il ne devait pas, ensuite de poursuite restées sans opposition ou d'un jugement prononçant la mainlevée, a le droit de la répéter dans l'année en intentant une action en justice (al. 1). L'action est introduite au for de la poursuite ou à celui du défendeur, selon le choix du demandeur (al. 2).

2.4.2. La procédure (ordinaire ou simplifiée) est introduite par le dépôt de la demande (art. 220 et 219 CPC). Celle-ci contient notamment, dans la procédure ordinaire, les conclusions, l'indication de la valeur litigieuse et les allégations de fait (art. 221 al. 1 let. b à d CPC). L'objet du litige est déterminé par les conclusions de la demande et par les faits invoqués à l'appui de celle-ci, à savoir par le complexe de faits sur lequel les conclusions se fondent. La litispendance - qui, le cas échéant, intervient lors du dépôt de la requête de conciliation (cf. art. 62 CPC) - fixe l'objet du litige, mais le CPC apporte d'importantes exceptions à ce principe. À certaines conditions qui dépendront du stade du procès, les conclusions peuvent ainsi être modifiées après la création de la litispendance - avec ou sans modification de l'objet du litige - par production d'une prétention nouvelle ou amplifiée; la réduction des conclusions est toujours possible. Dans la procédure au fond, entre l'échange d'écritures et les débats principaux en première instance (art. 220 ss CPC), l'art. 227 al. 1 CPC prévoit que la demande peut être modifiée si la prétention nouvelle ou modifiée relève de la même procédure et que l'une des conditions suivantes est remplie: la prétention nouvelle ou modifiée présente un lien de connexité avec la dernière prétention (let. a); la partie adverse consent à la modification de la demande (let. b). Cette disposition s'applique à la procédure ordinaire et, par analogie, aux autres procédures, sauf disposition contraire de la loi (art. 219 CPC; arrêt TF 4A\_222/2017 consid. 4.1.1 et les références citées).

2.4.3. L'art. 85a LP a pour but de permettre au poursuivi d'éviter qu'il doive payer au poursuivant une dette faisant l'objet

d'une poursuite. Le poursuivi n'atteint toutefois ce but que si le juge, après avoir entendu les parties et apprécié les moyens de preuve, considère que l'action est très vraisemblablement fondée et, partant, suspend provisoirement la poursuite. Si le poursuivi n'obtient pas cette protection provisoire et que, par conséquent, la faillite est déclarée ou que les biens saisis sont réalisés, le demandeur pourra certes gagner un procès en constatation de droit poursuivi, mais paiera entre-temps la créance en poursuite soit pour éviter la saisie, la réalisation du gage ou la faillite, soit devra accepter la saisie ou la réalisation du gage et la distribution subséquente. Dans ce cas, le poursuivi dispose de l'action en répétition de l'indu selon l'art. 86 LP et il peut déjà, sur la base des art. 227 al. 1 let. a et 230 al. 1 CPC, modifier ses conclusions initiales et demander la

Tribunal cantonal TC Page 6 de 8 restitution du montant payé sous contrainte de poursuite pour autant que les deux actions relèvent de la même procédure et soient fondées sur la même prétention. Le paiement de la créance est en outre un fait nouveau. Par ailleurs, les deux actions s'excluent mutuellement : soit la dette mise en poursuite a déjà été payée ou un produit de l'exécution a été distribué de sorte que l'action prévue à l'art. 86 LP est ouverte ou alors ce n'est pas encore le cas et les actions fondées sur les art. 85 ou 85a LP peuvent être intentées (BSK SchKG I-BANGERT, 3ème éd. 2021, art. 85a LP, n. 10 et 10a et les références citées). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, entre la délivrance de l'autorisation de procéder et le dépôt de la demande, une réduction des conclusions est admissible sans autre (art. 227 al. 3 1er phr. CPC). Une nouvelle conclusion présentant un lien de connexité avec la prétention invoquée en procédure de conciliation est également recevable. En effet, si une nouvelle conclusion peut être ajoutée sans préalable de conciliation après le dépôt de la demande conformément à l'art. 227 al. 1 CPC, il doit en aller de même lorsque la modification intervient après la délivrance de l'autorisation de procéder, dans la demande (arrêt TF 4A\_222/2017 du 8 mai 2018 consid. 4.1.2). En revanche, le Tribunal fédéral a jugé que la liste des exceptions à l'exigence d'une procédure de conciliation, selon l'art. 198 let. a à h CPC, est exhaustive. Ainsi, si la conclusion initiale est dispensée du préalable de conciliation, comme c'est le cas d'une demande en inscription définitive d'une hypothèque légale, une modification intervenue lors du dépôt d'une telle demande, par l'ajout d'une demande en paiement de la créance de l'entrepreneur, est irrecevable si la demande en paiement n'a pas été précédée d'une procédure de conciliation (art. 198 let. h CPC). La fixation d'un délai ne se rapporte qu'à la demande en inscription définitive de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, et non à la demande en paiement (arrêt TF 4A\_368/2020 du 9 février 2021 consid. 2.2). Une conclusion en paiement ne peut pas non plus être présentée, en cumul d'actions, avec une action en libération de dette dispensée de conciliation préalable, à moins que la prétention ajoutée à l'introduction de l'action en libération de dette s'analyse comme un accessoire de l'inexistence de la dette (arrêts TF 4A\_592/2021 du 6 juillet 2022 consid. 4.2.; TF 4A\_262/2018 du 31 août 2018; TF 4A\_176/2019 du 2 septembre 2019 consid. 4.3). Dans le commentaire de l'arrêt TF 4A\_368/2020 du 9 février 2021, BASTONS BULLETTI relève que le plaideur qui veut cumuler les deux demandes a donc la possibilité d'y procéder ultérieurement, c'est-à-dire de n'introduire d'abord que la demande en inscription définitive, dans le délai imparti par le juge et sans conciliation préalable (art. 198 lit. h CPC), puis avant la clôture de la phase d'allégation (art. 229 al. 1 et 2 CPC), de modifier (amplifier) ses conclusions en demandant aussi le paiement de sa créance. En effet, si les conditions de l'art. 227 al. 1 CPC sont réunies, la nouvelle demande n'est pas soumise au préalable de conciliation. Dès lors que la condition de connexité avec la demande initiale

(art. 227 al. 1 lit. a CPC) est réalisée, cette modification est en principe admise, sous condition toutefois que la procédure applicable demeure inchangée (art. 227 al. 1 CPC; BASTONS BULLETTI, Demandes de l'entrepreneur en paiement et en inscription définitive d'une hypothèque légale – un cumul (encore) compliqué, 2021-N8, in newsletter CPC Online du 25 mars 2021). 2.5. En l'espèce, l'appelante se fonde sur plusieurs arrêts du Tribunal fédéral dans lesquels il a jugé le cumul d'actions initial irrecevable en raison de l'absence de conciliation obligatoire pour l'une des deux actions (par exemple : action en paiement et action en libération de dette ou demande d'inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs et action en paiement : en particulier les arrêts TF 4A\_368/2020 du 9 février 2021 consid. 2.2; TF 4A\_262/2018 du 31 août 2018; TF 4A\_176/2019 du 2 septembre 2019 consid. 4.3). Il convient toutefois de distinguer cette situation dans laquelle une demande dispensée du préalable de conciliation est cumulée au moment du dépôt avec une action pour laquelle la procédure de conciliation est

Tribunal cantonal TC Page 7 de 8 obligatoire, de celle où la demande non soumise à la procédure de conciliation est modifiée subséquemment, en cours de procédure, par une demande soumise à la procédure de conciliation, qui est celle qui nous occupe en l'occurrence. En effet, le demandeur, qui avait initialement déposé une action en constatation négative de la dette au sens de l'art. 85a LP, a modifié ses conclusions dans sa réplique en action en répétition de l'indu au sens de l'art. 86 LP étant donné qu'il avait payé la dette dans l'intervalle. Dans ce cas, la jurisprudence et la doctrine admettent la modification de la demande pour autant que les conditions de l'art. 227 al. 1 CPC soient réunies. Peu importe en outre que l'arrêt TF 4A\_222/2017 du 8 mai 2017 sur lequel se fonde notamment BASTONS BULLETTI dans son article porte au fond sur une affaire de droit du travail puisqu'il s'agit d'une question générale de procédure relevant du CPC. Le raisonnement est par ailleurs identique même si l'amplification des conclusions a eu lieu, dans l'arrêt du Tribunal fédéral, entre la délivrance de l'autorisation de procéder et le dépôt de la demande alors que dans le présent cas la modification a eu lieu après le dépôt de la demande. De plus, contrairement à ce que soutient l'appelante, même si l'arrêt TF 4A\_368/2020 du 9 février 2021 a été rendu postérieurement à l'arrêt TF 4A\_222/2017 du 8 mai 2017, il ne remet pas en cause ce dernier dès lors qu'il ne traite pas de la modification ultérieure d'une demande mais bien du cumul initial de deux demandes. C'est du reste dans son commentaire de l'arrêt TF 4A\_368/2020 du 9 février 2021 que BASTONS BULLETTI a réitéré son opinion qu'une modification de la demande en cours de procédure est possible aux conditions de l'art. 227 al. 1 CPC même si la nouvelle demande est soumise à la procédure de conciliation alors que la demande initiale ne l'est pas. Pour le surplus, l'appelante ne conteste pas que les conditions de l'art. 227 al. 1 CPC sont remplies, ce que la Cour ne peut que constater puisque les deux actions, fondées respectivement sur les art. 85a LP et 86 LP, sont soumises à la procédure ordinaire, eu égard à la valeur litigieuse supérieure à CHF 30'000.- pour chacune d'elles, et que la nouvelle prétention présente manifestement un lien de connexité avec les premières conclusions. A cela s'ajoute que la modification de la demande est fondée sur des faits nouveaux, soit le paiement de la dette, et qu'elle a eu lieu avant la clôture de la phase d'allégation (art. 229 CPC). Compte tenu de ce qui précède, c'est à juste titre que le Tribunal a admis la modification de la demande de l'intimé, sans qu'il doive entamer une nouvelle procédure en passant par la conciliation. 3. Les frais de la procédure d'appel sont mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). 3.1. Ils comprennent notamment les frais judiciaires dus à l'Etat, fixés globalement à CHF 1'000.- qui seront perçus sur l'avance de frais du même montant versée

par l'appelante le 13 mars 2023. 3.2. Aux termes de l'art. 105 al. 2 CPC, le tribunal fixe les dépens selon le tarif, soit le Règlement sur la justice du 30 novembre 2010 (RJ; RSF 130.11). Lorsque, comme en l'espèce, la cause ne figure pas dans les cas de fixation globale des dépens, ceux-ci font l'objet d'une fixation détaillée (art. 65 RJ). Celle-ci est effectuée en tenant compte notamment du temps nécessaire à la conduite du procès dans des circonstances ordinaires ainsi que des intérêts en jeu (art. 63 al. 3 RJ). Elle a lieu sur la base d'un tarif horaire de CHF 250.- (art. 65 RJ) qui peut être majoré selon la valeur litigieuse dans les causes de nature pécuniaire (art. 65 et 66 RJ). En revanche, les opérations de correspondance et communications téléphoniques qui ne sortent pas du cadre d'une simple gestion administrative du dossier telles que des courriers de transmission, des requêtes de prolongation de délai ou de renvoi d'audience ne donnent droit qu'à un montant forfaitaire de CHF 500.- au maximum, respectivement de CHF 700.- si la cause a suscité une correspondance d'une ampleur

Tribunal cantonal TC Page 8 de 8 extraordinaire (art. 67 RJ). Selon l'art. 68 RJ, les débours nécessaires à la conduite du procès sont remboursés au prix coûtant, sous réserve de ce qui suit : l'autorité fixe forfaitairement les frais de copie, de port et de téléphone à 5 % de l'indemnité de base sans majoration (art. 65 al. 2 RJ). Enfin, le taux de la TVA est de 7.7 % (art. 25 al. 1 LTVA). 3.3. La liste de frais de Me Olivier Carrel du 16 mars 2023 ne prête pas le flanc à la critique et la Cour retient qu'il a consacré 5.5 heures à la présente cause, ce qui correspond à des honoraires de CHF 1'375.-, lesquels doivent être majorés pour tenir compte de la valeur litigieuse (CHF 68'825.15 = 24.36 %). S'y ajoutent les débours par CHF 68.75 et la TVA par CHF 136.95. Par conséquent, les dépens en faveur de B.\_\_\_\_\_ sont fixés à CHF 1'915.65, TVA par CHF 136.95 comprise, pour l'appel. la Cour arrête : I. L'appel est rejeté. II. Partant, la décision rendue le 30 novembre 2022 par le Tribunal civil de l'arrondissement de la Veveyse est confirmée. III. Les frais de la procédure d'appel sont mis à la charge de A.\_\_\_\_\_. Les frais judiciaires sont fixés à CHF 1'000.- et seront prélevés sur l'avance de frais du même montant effectuée le 13 mars 2023. Les dépens en faveur de B.\_\_\_\_\_ sont fixés à CHF 1'915.65, TVA par CHF 136.95 comprise. IV. Notification. Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa notification. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Fribourg, le 5 juin 2023/say La Présidente La Greffière-rapporteure

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