Code de procédure civile

Dernière modification : 21.10.2025

PDF créé le : 07.10.2026

OK
COMMENTAIRE EN LIGNE
LE COMMENTAIRE JURIDIQUE
EN OPEN ACCESS

TABLE DES MATIÈRES

..... 5

..... 53

..... 85

Art. 142 CPC 107

..... 123

..... 151

..... 163

..... 175

Vorb. zu Art. 213 – 218 CPC 181

..... 221

..... 235

Art. 239 CPC 245

..... 271

Vorb. zu Art. 261 – 269 ZPO und Art. 261 ZPO 279

..... 333

Art. 407f CPC 363

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 6 CPC

Un commentaire de Andreas Schneuwly

PROPOSITION DE CITATION

Andreas Schneuwly, Commentaire de l'art. 6 CPC, in: Lorenz Droese (édit.), Commentaire en ligne du Code de procédure civile

Citation abrégée: OK-Schneuwly, art. 6 CPC N. XXX.

Art. 6 Tribunal de commerce

[1] Les cantons peuvent instituer un tribunal spécial qui statue en tant qu'instance cantonale unique sur les litiges commerciaux (tribunal de commerce).

[2] Un litige est considéré comme commercial aux conditions suivantes:

a. l'activité commerciale d'une partie au moins est concernée;

b. un recours en matière civile au Tribunal fédéral peut être intenté contre la décision;

c. les parties sont inscrites au registre du commerce suisse ou dans un registre étranger équivalent.

[3] Le demandeur peut agir soit devant le tribunal de commerce soit devant le tribunal ordinaire, si toutes les conditions sont remplies mais

que seul le défendeur est inscrit au registre du commerce suisse ou dans un registre étranger équivalent.

[4] Les cantons peuvent également attribuer au tribunal de commerce:

a. les litiges mentionnés à l'art. 5, al. 1;

b. les litiges relevant du droit des sociétés commerciales et coopératives.

[5] Le tribunal de commerce est également compétent pour statuer sur les mesures provisionnelles requises avant litispendance.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 9
A. Historique 9
B. But de la norme 9
C. Tribunaux de commerce en tant que tribunaux spécialisés 10
II. Bases de la compétence matérielle des tribunaux de commerce 10
A. Examen de la compétence matérielle 10
1. Principe d'examen 10
2. Moment de l'examen 11
3. Moment auquel la compétence matérielle doit être disponible au plus tard 11
4. Perpetuatio fori 12
B. Dé- et prorogation et comparution 12
C. Ordres judiciaires de la juridiction gracieuse 13
D. Exécution 14
1. Exécution en nature 14
2. Affaires judiciaires du droit de la poursuite pour dettes et de la faillite 15
E. Nature matérielle de la prétention 16
F. Attraction de compétences et concours de compétences 17
III. litiges commerciaux (art. 6 al. 2 CPC) 19
A. Activité commerciale (art. 6 al. 2 let. a CPC) 19
1. Principes fondamentaux 19
2. Existence d'une activité commerciale 20
3. Lien avec le litige 20
B. Exigence de valeur litigieuse (art. 6 al. 2 let. b CPC) 21
1. Bases 21
2. Valeur litigieuse minimale 22
3. Proposition de lege ferenda 22
C. Inscription au registre du commerce (art. 6 al. 2 let. c CPC) 23
1. Fondements 23
2. Inscription au registre du commerce suisse 24
3. Inscription dans un registre étranger comparable 26
D. Litiges exclus (art. 6 al. 2 let. d CPC) 27
IV. Droit d'option de la partie demanderesse non inscrite (art. 6 al. 3 CPC) 28
V. Litiges facultatifs devant le tribunal de commerce (art. 6 al. 4 CPC) 28
A. Litiges selon l'article 5, alinéa 1 CPC 29
B. Litiges relevant du droit des sociétés commerciales et des sociétés coopératives 30
C. Litiges internationaux 31
VI. Autres affaires relevant du tribunal de commerce 33
VII. Mesures provisionnelles et administration provisoire des preuves 33

VIII. Constellations particulières 34
A. Relation avec la procédure simplifiée 34
B. Modification de la demande 35
C. Retrait de l'action 36
D. Transfert de droit avant la litispendance 37
E. Changement de partie 37
F. Qualité pour agir 38
G. Constitution d'une consorité nécessaire 39
H. Coopérative simple 39
I. Intervention principale 41
J. Intervention accessoire 41
K. Simple dénonciation de litige 42
L. Action en dénonciation de litige 42
M. Cumul objectif d'actions 43
N. Demande reconventionnelle 44
Bibliographie 45
Matériaux 51

I. GÉNÉRALITÉS

A. Historique

Les seuls tribunaux de commerce existant encore aujourd'hui en Suisse se trouvent dans les cantons de Zurich, d'Argovie, de Berne et de Saint-Gall. Les tribunaux de commerce ont été créés dans cet ordre au cours de la deuxième moitié du 19e siècle et de la première moitié du 20e siècle. Les besoins de l'économie ont toujours été à l'origine de ces créations, notamment l'hypothèse que les juges spécialisés seraient plus à même de comprendre les faits litigieux et que la procédure pourrait être plus flexible, plus rapide et moins coûteuse. 1

Avant l'introduction du CPC, il existait certes des différences parfois considérables dans la compétence matérielle des tribunaux de commerce cantonaux. Néanmoins, lors de la création du CPC, le législateur fédéral s'est inspiré des dispositions cantonales en vigueur jusqu'alors. 2

B. But de la norme

La disposition de l'art. 6 CPC serait en soi superflue si les tribunaux de commerce n'étaient pas les seules instances cantonales à intervenir. En effet, la réglementation de la compétence matérielle incombe en principe aux cantons, sauf disposition contraire de la loi (art. 4 al. 1 CPC). Les cantons seraient donc libres, même en l'absence de l'art. 6 CPC, d'introduire des "tribunaux de commerce" à compétence matérielle limitée, comme peuvent l'être des tribunaux du travail spécialisés, des tribunaux des baux, des tribunaux de la famille, etc. En raison du principe de la double instance cantonale (double instance ; art. 75 al. 2 LTF), de tels "tribunaux de commerce" ne devraient toutefois pas fonctionner en tant qu'instances cantonales uniques. 3

L'art. 6 CPC a donc pour but de permettre aux cantons, au niveau des tribunaux cantonaux supérieurs (art. 75 al. 2 let. a et b LTF), de prévoir un tribunal spécialisé comme instance cantonale unique pour les litiges relevant du droit commercial. La réduction du nombre d'instances permet notamment d'accélérer le processus. 4

5 En tant que tribunaux spécialisés, les tribunaux de commerce créés en vertu de l'art. 6 CPC ne sont pas des tribunaux d'exception inadmissibles au sens de l'art. 30 al. 1 Cst. mais, de manière générale, des tribunaux spéciaux ou spécialisés compétents de manière abstraite pour les litiges selon l'art. 6 CPC et donc admissibles.

C. Tribunaux de commerce en tant que tribunaux spécialisés

6 Les tribunaux de commerce se caractérisent par la combinaison de juges qualifiés sur le plan juridique et de juges expérimentés dans la branche concernée. Pour pouvoir remplir leur objectif en tant que tribunal spécialisé, les tribunaux de commerce doivent disposer d'un nombre suffisant de juges spécialisés disposant des connaissances correspondantes de la branche. Les pools de juges spécialisés des cantons de Berne et de Zurich se composent de 60 à 70 juges, celui du canton de Saint-Gall de 25 et celui du canton d'Argovie de 12 juges spécialisés actuellement.

7 A mon avis, il n'y a de tribunal spécialisé que si la formation de jugement - sous réserve des compétences des juges uniques - est composée majoritairement de juges spécialisés. En effet, c'est précisément la présence de connaissances spécialisées dans la formation de jugement qui constitue l'argument décisif pour justifier la compétence d'un tribunal de commerce spécial pour certains litiges. Cette idée est d'autant mieux prise en compte que le nombre de juges spécialisés participant à la décision est élevé. C'est pourquoi, à une rare exception près, une pratique s'est établie en Suisse, selon laquelle les juges spécialisés sont majoritaires dans les formations à cinq, dans une proportion de 3:2, ou dans les formations à trois, dans une proportion de 2:1.

II. BASES DE LA COMPÉTENCE MATÉRIELLE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE

A. Examen de la compétence matérielle

1. Principe d'examen

8 Conformément à l'art. 60 CPC, le tribunal examine d'office, entre autres, si la condition procédurale de la compétence matérielle est remplie.

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, un principe d'examen limité est ainsi normé, qui a des effets asymétriques sur les parties. Les principes suivants s'appliquent : Il n'est pas nécessaire que le défendeur s'y oppose pour que le tribunal vérifie sa compétence matérielle. Le tribunal n'est pas non plus lié par les concessions faites par les parties. L'article 60 CPC ne dispense notamment pas la partie demanderesse de la charge de la preuve ou de l'allégation. Au contraire, la maxime des débats et le droit des nova s'appliquent également à la partie demanderesse en ce qui concerne cette condition de procédure. Le tribunal n'est donc pas tenu de rechercher de lui-même les faits qui plaident en faveur de sa compétence matérielle. En revanche, la partie défenderesse est déchargée de la charge de la contestation et le droit des nova ne s'applique pas aux faits qui plaident contre la compétence matérielle. Le tribunal ne doit rechercher que les faits qui plaident contre l'existence de sa compétence matérielle. Il n'est toutefois pas tenu de procéder à des recherches approfondies dans ce cadre. Ce n'est que si le tribunal dispose d'indices lui permettant de conclure à l'absence de compétence matérielle qu'il doit procéder d'office à une enquête sur les faits.

2. Moment de l'examen

Les juridictions sont libres de choisir le moment où elles vérifient leur compétence matérielle. L'examen peut avoir lieu à partir de l'introduction d'une procédure jusqu'à une seconde logique au plus tard avant le prononcé d'une décision sur le fond. La question de savoir si, dans la procédure ordinaire, une réponse écrite doit obligatoirement être demandée avant une décision de non-entrée en matière est controversée. Pour des raisons d'économie de procédure et en raison du principe de célérité (art. 124 al. 1 CPC), il est souhaitable que le tribunal procède à un examen le plus tôt possible afin de pouvoir prendre d'autres mesures éventuelles, par exemple limiter la réponse à la question de la compétence matérielle (cf. art. 222 al. 3 et art. 125 let. a CPC). 9

3. Moment auquel la compétence matérielle doit être disponible au plus tard

Selon une formule courante, les conditions de procédure - ou les faits pertinents pour leur appréciation - doivent être réunies, à certaines exceptions près, au moment où la décision au fond est rendue. Il ne suffit toutefois pas que la compétence matérielle ne soit donnée qu'au moment où 10

la décision sur le fond est rendue. Au contraire, la compétence matérielle doit déjà exister au moment où une décision contraignante est prise à son sujet, par exemple dans une décision de procédure anticipée. Si la compétence matérielle est niée dans cette décision, il n'est pas entré en matière sur l'affaire par une décision finale de procédure et il n'y a pas de décision sur le fond.

11 Il convient de distinguer la question de savoir à quel moment les faits qui permettent de conclure à la compétence matérielle doivent avoir été introduits dans le procès. En vertu du principe d'instruction asymétrique prôné par le Tribunal fédéral (cf. n. 8), il convient de distinguer entre les faits qui parlent en faveur et en défaveur de la compétence matérielle : Pour les faits fondant la compétence, la maxime ordinaire des débats s'applique avec un droit de nova strict (art. 229 al. 1 CPC). Une compétence matérielle qui n'a pas encore été établie ne peut donc être corrigée après la clôture du dossier que par des nova admissibles. En revanche, les faits et moyens de preuve qui plaident contre la compétence matérielle peuvent toujours être pris en compte jusqu'à la délibération déterminante du jugement (art. 229 al. 3 CPC). La délibération déterminante est celle par laquelle le tribunal se prononce de manière contraignante sur sa compétence.

12 Pour que le tribunal de commerce soit compétent à raison de la matière, toutes les conditions mentionnées à l'art. 6 al. 2 CPC doivent être remplies au moins une fois simultanément. L'apparition échelonnée de certaines conditions ne suffit pas.

4. Perpetuatio fori

13 Le principe de la perpetuatio fori, selon lequel le tribunal compétent une fois reste compétent pour la durée du procès, s'applique également à la compétence matérielle (alors également appelée perpetuatio competentiae). La perpetuatio fori n'exclut toutefois pas qu'un tribunal initialement incompétent devienne compétent en cours de procédure. Il n'existe donc pas de perpetuatio fori de l'incompétence.

B. Dé- et prorogation et comparution

14 La compétence matérielle des tribunaux est en principe de nature obligatoire, y compris celle du tribunal de commerce. La compétence matérielle des

tribunaux de commerce est donc en principe exclusive. Un choix selon l'art. 8 CPC n'est pas autorisé. La dérogation et la prorogation du tribunal de commerce sont par conséquent nulles.

L'art. 6 al. 3 CPC contient toutefois une compétence alternative, qui est en outre obligatoire. Le fait qu'une prorogation du tribunal de commerce soit ainsi exclue dans le champ d'application de l'art. 6 al. 3 CPC semble correct, car la partie ayant le droit de vote, généralement la plus faible sur le marché, ne doit pas se voir imposer les particularités d'une procédure de tribunal de commerce (perte de l'instance de recours cantonale, cognition limitée du Tribunal fédéral, tribunal spécialisé au lieu d'une formation de jugement ordinaire) par la partie adverse, plus puissante sur le marché. Une dérogation du tribunal de commerce ne pose toutefois pas de problème. En effet, dans de tels cas, la partie éligible - contrairement aux fors locaux partiellement obligatoires - ne serait pas soumise à une compétence plus désavantageuse pour elle, mais seulement à la juridiction ordinaire. 15

La compétence matérielle des tribunaux de commerce, en principe contraignante et soustraite à la disposition des parties, interdit également aux parties de s'y soumettre. Par conséquent, les parties ne peuvent pas comparaître devant les tribunaux ordinaires dans le cadre de litiges relevant du tribunal de commerce, ni devant le tribunal de commerce dans le cadre de litiges ne relevant pas du tribunal de commerce. 16

C. Ordres judiciaires de la juridiction gracieuse

Les tribunaux de commerce ne sont compétents que pour les litiges et non pour les ordonnances judiciaires de la juridiction gracieuse. 17

Les tribunaux de commerce ne sont donc notamment pas compétents pour : 18

- la désignation d'un expert pour examiner l'ouvrage conformément à l'art. 367 al. 2 CO,
- la révocation des liquidateurs nommés par le juge,
- les procédures pour défaut d'organisation transmises par les offices du registre du commerce (à partir de janvier 2021),
- les radiations d'office transmises par les offices du registre du commerce pour les entités juridiques sans activité commerciale et sans actifs selon l'art. 934 al. 3 CO,

- les réinscriptions selon l'art. 935 CO, et
- l'annulation des cédules hypothécaires, des papiers-valeurs et des polices d'assurance.

19 En revanche, les tribunaux de commerce peuvent être compétents pour les litiges suivants :

- l'injonction de fournir des renseignements et de consulter des documents conformément à l'art. 697b CO,
- la désignation d'un expert pour une enquête spéciale selon l'art. 697c al. 2 ou l'ordonnance d'une enquête spéciale selon l'art. 697d al. 1 CO,
- la convocation par le juge d'une assemblée générale,
- la révocation des liquidateurs selon l'art. 741 al. 2 CO, dont le mandat est fondé sur la loi, les statuts, une décision de la société ou un contrat,
- l'annulation en vertu de l'art. 137 LIMF, et
- les procédures pour défaut d'organisation engagées par un actionnaire ou un créancier.

D. Exécution

20 Comme les tribunaux de commerce ne sont compétents que pour les litiges de droit matériel (art. 6 CPC) et que l'exécution étatique n'a précisément pas pour objet de régler des rapports de droit civil, mais comprend l'exécution forcée de droits de droit matériel reconnus par le tribunal ou exécutables d'une autre manière, c'est-à-dire qu'elle sert à créer des faits, les tribunaux de commerce ne sont en principe pas compétents matériellement à cet égard.

1. Exécution en nature

21 L'art. 236 al. 3 CPC et l'art. 267 CPC prévoient toutefois, pour l'exécution directe en nature, que le tribunal de première instance ordonne également directement des mesures d'exécution en nature. Celles-ci ne sont donc pas rendues dans le cadre d'une procédure sommaire séparée. L'exécution directe en nature peut donc être considérée comme une partie en aval d'une procédure de reconnaissance et est incluse dans celle-ci. Les tribunaux de commerce sont donc compétents pour l'exécution directe en nature s'ils sont également compétents pour la procédure de reconnaissance correspondante.

Si les tribunaux de commerce sont compétents pour l'exécution directe en nature, ils le sont également pour son exécution.

En revanche, l'exécution réelle indirecte ne fait plus partie de la procédure de reconnaissance et est prononcée dans le cadre d'une procédure sommaire indépendante suivant la procédure de reconnaissance (art. 338 s. CPC). Contrairement à l'exécution réelle directe, une procédure d'exécution réelle indirecte ne peut plus être rattachée à une procédure de reconnaissance en cours. Contrairement aux mesures provisoires prises avant la litispendance de la procédure de jugement (cf. art. 6 al. 5 CPC), qui sont soumises à une problématique similaire, il n'existe pas non plus de disposition légale selon laquelle les tribunaux de commerce seraient compétents pour l'exécution réelle indirecte des décisions qu'ils ont rendues. Les tribunaux de commerce ne sont donc pas matériellement compétents pour l'exécution réelle indirecte. 22

Étant donné que l'exécution réelle directe et l'exécution réelle indirecte ne se distinguent pas quant au fond, cette situation juridique n'est pas convaincante. De lege ferenda, une disposition calquée sur l'art. 6 al. 5 CPC s'impose donc pour l'exécution réelle indirecte. 23

2. Affaires judiciaires du droit de la poursuite pour dettes et de la faillite

Les litiges de droit purement matériel ayant un lien avec la LP sont certes liés à la procédure de poursuite. Les décisions correspondantes ont toutefois pleine force de chose jugée matérielle. Elles reposent sur un véritable litige de droit matériel, ce qui peut donner compétence matérielle aux tribunaux de commerce, pour autant que les conditions de l'art. 6 CPC soient remplies dans le cas d'espèce. Parmi les litiges purement matériels, on compte par exemple l'action en reconnaissance et en déchéance du droit de cité, l'action en suspension ou en annulation de la poursuite selon l'art. 85a LP, l'action en restitution du débiteur après le paiement d'une non-dette, l'action en séquestration et les actions en dommages-intérêts, par exemple selon l'art. 273 LP. 24

Les litiges relevant purement du droit des poursuites ne portent pas sur le droit matériel dans le cadre de la décision au fond. Ils peuvent certes avoir un lien avec un litige de droit matériel, mais présentent un autre objet de procédure. Ils ne relèvent donc pas de la compétence matérielle des 25

tribunaux de commerce. Parmi les litiges relevant purement du droit des poursuites figurent par exemple la procédure de mainlevée, l'ouverture de la faillite ainsi que l'action en constatation de l'existence d'un nouveau patrimoine selon l'art. 265a LP. Pour les mêmes raisons, il en va de même pour les décisions sur requête unilatérale, telles que l'ouverture de la faillite dans les cas non litigieux, la suspension de la faillite faute d'actifs, la révocation de la faillite et le jugement de clôture.

26 De par leur nature, les litiges en matière de droit des poursuites ayant un effet réflexe sur le droit matériel doivent également être classés parmi les litiges en matière de droit des poursuites et non parmi les litiges de droit matériel. En effet, ils ne soumettent pas les litiges de droit matériel à une res iudicata, mais ne statuent sur la situation juridique matérielle, si tant est qu'elle le soit, qu'à titre préjudiciel. Les litiges en matière de droit des poursuites ayant un effet réflexe sur le droit matériel ne relèvent donc pas de la compétence des tribunaux de commerce. Il s'agit notamment des actions en opposition, en distraction, en collocation et en contestation.

E. Nature matérielle de la prétention

27 Selon le Tribunal fédéral, la nature de la prétention n'est pas un critère de rattachement de la compétence matérielle des tribunaux de commerce selon l'art. 6 al. 2 CPC. Il est vrai que l'art. 6 al. 2 CPC ne fait en principe pas référence à la nature matérielle de la prétention introduite en justice et que les tribunaux de commerce peuvent donc être compétents à raison de la matière indépendamment de la qualification matérielle d'une prétention. Il en résulte que les tribunaux de commerce peuvent être compétents aussi bien pour les prétentions contractuelles que pour les prétentions extracontractuelles, par exemple les prétentions découlant d'un acte illicite et d'un enrichissement sans cause, d'une gestion d'affaires sans mandat ou d'une culpa in contrahendo ainsi que d'une responsabilité fondée sur la confiance, etc.

28 Ce principe a été abandonné avec la révision du CPC adoptée en mars 2023. Désormais, les litiges découlant d'un contrat de travail, de la loi sur le service de l'emploi, de la loi sur l'égalité ainsi que du bail à loyer ou à ferme d'habitations et de locaux commerciaux ou du bail à ferme agricole ne relèvent plus de la compétence matérielle des tribunaux de commerce en raison de leur nature matérielle (art. 6 al. 2 let. d CPC; n. 66 s.).

De même, l'art. 6 al. 4 CPC contient une liste de prétentions de droit matériel qui sont certes des litiges relevant en option des tribunaux de commerce, mais pas des litiges de droit commercial au sens de l'art. 6 al. 2 CPC. S'il en était autrement et si les litiges relevant du droit commercial en option constituaient également des litiges de droit commercial au sens de l'art. 6 al. 2 CPC, les tribunaux de commerce seraient obligatoirement compétents pour ces litiges et le droit d'option accordé aux cantons par l'art. 6 al. 4 CPC serait annulé dans cette mesure. Comme les litiges relevant du droit des sociétés commerciales et des sociétés coopératives sont exclus de l'art. 6, al. 2 CPC, il en va logiquement de même pour les litiges relevant des autres formes de sociétés dont les activités n'ont typiquement pas de lien avec le droit commercial ou seulement un lien moins étroit avec celui-ci (p. ex. associations et sociétés simples), ainsi que pour les litiges relevant du droit des fondations. De lege ferenda, il pourrait toutefois être tout à fait judicieux d'accorder aux cantons la possibilité d'attribuer certains de ces litiges aux tribunaux de commerce. Cela vaut par exemple pour les litiges dans les rapports internes d'une ARGE de la construction ou pour les litiges découlant d'une convention d'actionnaires à qualifier de société simple. 29

F. Attraction de compétences et concours de compétences

En cas de concours de normes matérielles, une action peut être fondée plusieurs fois. Si la compétence matérielle s'oriente également ou exclusivement sur la matière juridique pertinente, la question peut se poser de savoir quel tribunal est compétent pour quoi. 30

Selon le principe de l'attraction des compétences, les tribunaux doivent apprécier juridiquement les faits présentés de manière globale et examiner également les fondements de la prétention pour lesquels, considérés séparément, ils ne seraient pas matériellement compétents (cf. aussi art. 57 CPC). En cas d'actions multiples, les tribunaux de commerce doivent donc examiner tous les fondements de la demande, même s'ils ne sont pas matériellement compétents pour certains d'entre eux considérés séparément. 31

32 Le principe de l'attraction des compétences ne dit pas quel tribunal est matériellement compétent pour juger une action fondée sur plusieurs motifs, mais est résolu par le concours de compétences :

- Dans la mesure où un tribunal de commerce (se fondant sur le droit fédéral) est en concurrence avec un tribunal se fondant sur le droit cantonal (tribunaux ordinaires), la compétence du tribunal de commerce prime. L'alternative n'existe que dans le cadre de l'art. 6 al. 3 CPC, la partie demanderesse ayant le droit de choisir.
- Par rapport au Tribunal fédéral des brevets, le concours de compétences est réglé par l'art. 26 LTFB. Le Tribunal fédéral des brevets est seul compétent pour les actions en constatation et en contrefaçon ainsi que pour les actions en délivrance d'une licence concernant des brevets, pour ordonner des mesures provisionnelles avant la litispendance d'une telle action et pour exécuter de telles décisions (art. 26 al. 1 LTFB). Si des questions préliminaires et des exceptions concernant la nullité et la contrefaçon du brevet sont pertinentes devant un tribunal de commerce, elles doivent être soumises au Tribunal fédéral des brevets dans le délai imparti, faute de quoi elles ne seront pas prises en compte (art. 26 al. 3 LTFB). Si la nullité ou la contrefaçon du brevet est invoquée à titre reconventionnel, la demande reconventionnelle et la demande principale doivent être transmises au Tribunal fédéral des brevets (art. 26 al. 4 LTFB). Dans cette mesure, la compétence du Tribunal fédéral des brevets prime sur celle des tribunaux de commerce. En revanche, en présence d'une action motivée à plusieurs reprises en relation avec l'art. 26 al. 2 LTFB, il existe une alternative entre la compétence du Tribunal fédéral des brevets et celle des tribunaux de commerce, la partie demanderesse ayant le choix.
- Il existe une alternative entre le tribunal de commerce et une instance cantonale unique selon l'art. 5 CPC.
- La compétence de l'instance cantonale unique selon l'art. 7 CPC prime sur celle du tribunal de commerce.
- Il existe une alternative entre la compétence du tribunal de commerce selon l'art. 6 al. 3 CPC et celle de l'instance cantonale unique selon l'art. 8 CPC.

III. LITIGES COMMERCIAUX (ART. 6 AL. 2 CPC)

L'art. 6 al. 2 CPC définit quand un litige est de nature commerciale. Les différents critères de définition selon l'art. 6 al. 2 CPC doivent être cumulatifs et présents au moins une fois en même temps (cf. n. 12). 33

Tant la notion de litige commercial que les différentes conditions de celui-ci (art. 6 al. 2 let. a-d CPC) sont des notions de droit fédéral. 34

Une réglementation parallèle ou concurrente de la compétence des cantons est exclue en raison de la nature impérative de la compétence des tribunaux du commerce. Il est également interdit aux cantons de définir le litige commercial de manière plus restrictive que ne le fait le droit fédéral, par exemple en fixant des conditions supplémentaires pour la compétence matérielle des tribunaux de commerce. Mais il est également interdit de définir plus précisément le litige commercial. 35

A. Activité commerciale (art. 6 al. 2 let. a CPC)

1. Principes fondamentaux

Un litige de droit commercial au sens de l'art. 6 al. 2 CPC n'est un litige que s'il concerne l'activité commerciale d'une partie. Il faut donc, premièrement, qu'au moins une des parties exerce une activité commerciale et, deuxièmement, qu'au moins une activité commerciale soit concernée par le litige. 36

Le lien avec l'activité commerciale est une caractéristique de fond du litige. L'objectif de l'art. 6 al. 2 let. a CPC est de n'attribuer aux tribunaux de commerce, en tant que tribunaux spécialisés, que les litiges qu'ils sont idéalement en mesure de juger de manière plus compétente en raison de leurs connaissances spécifiques. Dans ce contexte, une certaine abstraction est indispensable au profit de la sécurité juridique. 37

La question est de savoir à quel moment le litige doit concerner l'activité commerciale d'une partie. Le caractère commercial d'un litige se déduit de la prétention qui est à la base du litige. Il est justifié de se baser sur la période de naissance de la prétention pour déterminer le moment déterminant. C'est donc à ce moment-là que l'on détermine si le litige a un lien avec l'activité 38

commerciale ou non. Les cessations ou reprises d'activité ultérieures ne sont donc pas prises en compte.

39 L'activité commerciale de qui que ce soit est concernée n'est pas pertinente, tant que cela s'applique à au moins une partie.

2. Existence d'une activité commerciale

40 L'activité commerciale signifie qu'il doit y avoir une entreprise à but lucratif. Il s'agit d'une activité économique à but lucratif. L'activité délimite en outre les faits de l'exercice d'affaires uniques. L'exercice d'une activité commerciale doit ensuite être classé dans la notion plus large d'activité commerciale. L'art. 2 let. a ORC définit celle-ci comme une activité économique indépendante visant un gain durable. Il ne s'agit donc pas de la notion plus étroite de l'entreprise artisanale proprement dite, mais de l'activité économique en soi. Une intention de gagner sa vie suffit. La réalisation effective d'un gain ou d'un profit n'est pas nécessaire. L'évaluation ne dépend pas de l'inscription au registre du commerce, mais uniquement de l'activité effective.

41 Il n'y a donc pas d'activité commerciale notamment i) lorsque les organisations n'exercent que des activités idéales et non économiques et ne sont donc pas orientées vers la réalisation d'un gain, ii) dans le secteur des prestations de l'Etat tant qu'il n'est pas orienté vers la réalisation d'un gain, et ce même s'il est organisé selon le droit privé (p. ex. hôpitaux cantonaux) et iii) lorsque seules des affaires uniques sont réalisées, étant entendu que, dans certains cas, une opportunité commerciale unique et durable peut revêtir le caractère d'une activité commerciale proprement dite.

42 Selon l'art. 6 al. 2 CPC, le type d'activité commerciale ne joue aucun rôle. Il peut s'agir d'une entreprise commerciale, industrielle, artisanale ou autre, d'un producteur ou d'un prestataire de services, d'une profession libérale ou encore d'un membre du secteur primaire. Il s'ensuit qu'aujourd'hui, les tribunaux de commerce ne sont plus des tribunaux spécialisés dans les relations commerciales et les relations entre commerçants, mais des tribunaux spécialisés dans les relations commerciales générales.

3. Lien avec le litige

43 Le fait que l'activité commerciale soit concernée exige un certain rapport entre le litige et l'activité commerciale d'au moins une partie. Le lien requis

n'a pas besoin d'être fort ; il n'est pas nécessaire que le litige soit directement concerné. Il suffit d'un lien commercial indirect, de quelque nature que ce soit. Le litige peut donc ne concerner que des affaires secondaires ou auxiliaires. La prestation caractéristique n'est pas déterminante. Le libellé de l'art. 6 al. 2 let. a CPC n'offre en tout cas guère d'éléments permettant de limiter la compétence du tribunal de commerce dès lors qu'une partie est une société commerciale et que ses relations extérieures sont concernées. Cette solution sacrifie l'équité au cas par cas au profit d'une réglementation simple de la compétence et donc de la sécurité juridique. Un litige peut ainsi être de nature commerciale au sens de l'art. 6 al. 2 CPC même si cette qualité ne lui est pas reconnue en soi.

En revanche, il n'y a pas de lien avec l'activité commerciale dans les affaires dites privées. La question de savoir si l'on est en présence d'une affaire privée doit toujours être tranchée du point de vue des deux parties : si l'une des parties est en présence d'une affaire privée, l'affaire peut néanmoins avoir un lien avec l'activité commerciale de l'autre partie. Le lien avec une activité commerciale au sens de l'art. 6 al. 2 let. a CPC ne doit être nié que si l'affaire constitue une affaire privée pour les deux parties. C'est surtout pour les propriétaires d'une entreprise individuelle qu'il faut distinguer entre leur sphère privée et leur sphère commerciale, car les entreprises individuelles n'ont pas la capacité juridique. Ce sont les circonstances concrètes qui sont déterminantes. 44

B. Exigence de valeur litigieuse (art. 6 al. 2 let. b CPC)

1. Bases

Avant la révision du CPC adoptée en mars 2023, l'aArt. 6 al. 2 let. b stipulait que la décision pouvait faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral. Cette formulation a entraîné de nombreuses ambiguïtés, dont certaines sont restées inexpliquées jusqu'à la révision du CPC. Avec la nouvelle formulation, le législateur a apporté de la clarté : L'art. 6 al. 2 let. b CPC contient une simple exigence de valeur litigieuse. 45

Selon le Tribunal fédéral, la valeur litigieuse pour la détermination de la compétence juridictionnelle se calcule en fonction de la situation au moment de l'introduction de l'action et l'exigence de la valeur litigieuse doit être remplie dès l'introduction de l'action. Cela n'est pas convaincant, d'autant plus 46

que l'on ne voit pas pourquoi des augmentations de valeur en cours de procédure n'auraient pas d'effet sur la compétence. Ensuite, en vertu de l'art. 91 al. 2 CPC, les parties peuvent se mettre d'accord sur la valeur litigieuse, ce qui n'intervient naturellement qu'après l'introduction de l'action. Troisièmement, le CPC prévoit dans certains cas que la compétence à raison de la matière change avec la modification de la valeur litigieuse après l'introduction de l'action (p. ex. art. 85, al. 2, art. 227, al. 2 et 3 CPC). La valeur litigieuse de compétence ne doit donc atteindre le niveau requis que lorsque le tribunal de commerce statue pour la première fois sur sa compétence matérielle. En vertu de la perpetuatio fori, une réduction ultérieure de la valeur litigieuse ne supprime pas la compétence matérielle du tribunal de commerce une fois qu'elle a été établie.

2. Valeur litigieuse minimale

47 Selon l'art. 6 al. 2 let. b CPC, la valeur litigieuse doit être supérieure à 30'000 francs pour que le litige puisse être qualifié de commercial. Si la valeur litigieuse est exactement de 30 000 francs, il ne s'agit pas d'un litige de droit commercial. La valeur litigieuse est calculée selon les règles de la CPC (art. 4 al. 2 CPC).

48 L'art. 6 al. 2 let. b CPC stipule expressément que l'exigence de valeur litigieuse ne s'applique qu'aux litiges patrimoniaux. Les litiges non pécuniaires sont donc déjà considérés comme relevant du droit commercial lorsque l'activité commerciale d'au moins une partie est concernée et que les parties sont inscrites au registre du commerce suisse ou dans un registre étranger comparable. En même temps, il ne doit pas s'agir d'un litige au sens de l'art. 6 al. 2 let. d CPC.

3. Proposition de lege ferenda

49 Avant l'introduction du CPC, les quatre cantons à tribunaux de commerce prévoyaient déjà une exigence de valeur litigieuse pour la compétence générale de leurs tribunaux de commerce. Cette exigence visait avant tout à réguler la charge de travail des tribunaux de commerce en limitant leur compétence matérielle. L'exigence de valeur litigieuse de l'art. 6 al. 2 let. b CPC sert également ce but, d'autant plus que le législateur s'est inspiré des anciennes dispositions cantonales. La charge d'affaires des tribunaux de commerce n'est cependant pas une affaire de droit fédéral, mais cantonal. La

réglementation par le droit fédéral est donc discutable. L'exigence plutôt élevée d'une valeur litigieuse de plus de 30'000 francs devrait en outre - faute d'une charge d'affaires suffisante - s'opposer à l'introduction de nouveaux tribunaux de commerce dans d'autres cantons, bien que le Conseil fédéral ait eu à cœur, lors de l'introduction du CPC, de revaloriser la juridiction commerciale. Par ailleurs, on ne comprend pas très bien pourquoi une exigence de valeur litigieuse de droit fédéral ne s'applique qu'aux litiges de droit commercial selon l'art. 6, al. 2 CPC, et non aux litiges relevant du tribunal de commerce en option selon l'art. 6 al. 4 CPC.

Il serait donc judicieux d'abandonner l'art. 6 al. 2 let. b CPC et de laisser aux cantons le soin de prévoir éventuellement une exigence de valeur litigieuse pour réguler la charge de travail ou de renoncer à une telle exigence en raison de son caractère contraire au système. 50

C. Inscription au registre du commerce (art. 6 al. 2 let. c CPC)

1. Fondements

Le but de l'art. 6 al. 2 let. c CPC est de limiter l'accès au tribunal de commerce aux personnes inscrites au registre du commerce, en les dispensant de prouver leur qualité de commerçant ou d'industriel. 51

La seule chose qui compte est l'inscription effective. Les raisons pour lesquelles l'inscription a été effectuée ne sont pas pertinentes. Elle peut avoir été effectuée sur la base d'une obligation d'inscription ou volontairement, avoir un effet constitutif ou simplement déclaratif, être justifiée, injustifiée, fausse ou effectuée d'office. Les raisons pour lesquelles une éventuelle inscription au registre du commerce n'a pas encore eu lieu ne sont pas non plus pertinentes. L'existence d'une obligation d'inscription ne suffit pas à fonder la compétence matérielle des tribunaux de commerce. 52

Les inscriptions au registre du commerce suisse sont évidentes et ne doivent donc être ni alléguées ni prouvées. En revanche, les inscriptions dans des registres étrangers ne sont pas publiques et doivent toujours être revendiquées et prouvées. 53

Les parties doivent être inscrites au registre du commerce au plus tard au moment où le tribunal de commerce statue pour la première fois sur sa compétence matérielle ou avant le début des délibérations du jugement 54

correspondant. En raison de la perpetuatio fori, une radiation ultérieure du registre du commerce ne fait pas disparaître la compétence matérielle du tribunal de commerce une fois qu'elle a été établie. Une telle radiation peut toutefois fonder la compétence d'un tribunal ordinaire dans le cadre d'une procédure devant ce dernier. Si un tribunal ordinaire a été compétent une fois, il le reste, même si toutes les conditions de l'art. 6 al. 2 CPC étaient remplies après l'inscription ultérieure d'une partie au registre du commerce (perpetuatio fori).

55 L'exigence de l'inscription au registre du commerce se réfère aux parties. Les représentants des parties ne sont pas des parties, raison pour laquelle seule l'inscription du représenté est importante en cas de représentation. En outre, selon l'art. 6 al. 2 let. c CPC, les deux parties doivent être inscrites au registre du commerce. Si seule la partie défenderesse est inscrite au registre du commerce, la partie demanderesse a le choix conformément à l'art. 6 al. 3 CPC. Mais si seule la partie demanderesse est inscrite, le litige ne relève a priori pas du droit commercial.

2. Inscription au registre du commerce suisse

56 Le libellé de l'art. 6 al. 2 let. c CPC, modifié par la révision du CPC adoptée en mars 2023, exige que les parties soient inscrites au registre du commerce en tant qu'entités juridiques. Il ne faut donc plus se baser sur la raison de commerce, mais sur l'entité juridique au sens de l'art. 927 al. 2 CO. L'inscription au registre du commerce ne doit pas faire apparaître la partie comme une entreprise ou un sujet qui exerce une activité commerciale, de fabrication ou une autre activité en la forme commerciale au sens de l'art. 931 CO.

57 Les inscriptions suivantes au registre du commerce sont donc considérées comme suffisantes :

- entreprise individuelle,
- sociétés en nom collectif,
- sociétés en commandite,
- sociétés anonymes,
- sociétés en commandite par actions,
- sociétés à responsabilité limitée,

- les sociétés coopératives,
- les associations,
- les fondations,
- sociétés en commandite de placements collectifs,
- sociétés d'investissement à capital fixe,
- les sociétés d'investissement à capital variable,
- les établissements de droit public, et
- les succursales.

En ce qui concerne les entreprises individuelles, il convient d'ajouter que, bien que seules celles-ci - et non leurs propriétaires - soient inscrites au registre du commerce en tant qu'entité juridique, ce ne sont pas elles, mais leurs propriétaires qui sont parties à la procédure civile. La révision du CPC n'avait toutefois pas pour but d'exclure les propriétaires d'entreprises individuelles de la compétence du tribunal de commerce, de sorte qu'aucune conséquence juridique concernant la compétence ne peut être déduite de cette imprécision. Par conséquent, si l'inscription au registre du commerce en tant que propriétaire d'une entreprise individuelle satisfait aux exigences de l'art. 6 al. 2 let. c CPC et si le litige concerne l'activité commerciale de la partie adverse, les propriétaires d'entreprises individuelles n'ont pas le droit d'opter pour l'art. 6 al. 3 CPC, même pour les affaires privées, et doivent éventuellement répondre de ces affaires devant les tribunaux de commerce. 58

En ce qui concerne les succursales, elles n'ont pas de personnalité propre ; elles n'ont pas la capacité d'ester en justice au sens de l'art. 66 CPC. Leur inscription au registre du commerce n'est donc pas déterminante. Si le litige concerne une succursale, il faut plutôt se référer à l'inscription au registre du commerce de la personne dont la succursale fait partie. 59

Si l'inscription d'une entité juridique au registre du commerce est complétée par la mention "en liquidation", elle est néanmoins encore inscrite au sens de l'art. 6 al. 2 let. c CPC. Si une personne tombe en faillite, elle reste à mon avis la partie à la procédure déterminante, mais elle est désormais représentée par l'administration de la faillite dans la mesure de la masse en faillite. Il n'y a pas de changement de partie ni de qualité pour agir. La masse en faillite n'est pas 60

non plus partie à la procédure en tant que telle. Par conséquent, seule l'inscription du failli au registre du commerce est déterminante (contestée).

61 Comme les inscriptions suivantes au registre du commerce ne sont pas des entités juridiques, elles ne satisfont pas aux exigences de l'art. 6 al. 2 let. c CPC :

- les inscriptions en tant qu'organes (p. ex. membres du conseil d'administration), représentants (p. ex. fondés de pouvoir, directeurs) ou en tant que personnes exerçant des fonctions similaires (p. ex. administrateurs), et
- les inscriptions en tant qu'associés de sociétés de personnes et de personnes morales (p. ex. associés en nom collectif, associés gérants).

3. Inscription dans un registre étranger comparable

62 Selon l'art. 6 al. 2 let. c CPC, l'inscription dans un "registre étranger comparable" est assimilée à l'inscription au registre suisse du commerce. Dans ce cas également, une inscription au registre est exigée, raison pour laquelle de simples moyens de preuve quelconques sur la question de savoir si une partie est reconnue comme entreprise commerciale à l'étranger ne suffisent pas. En revanche, une inscription dans un registre étranger comparable en tant qu'entité juridique n'est pas exigée, car la notion d'entité juridique se réfère explicitement à une terminologie du droit suisse du registre du commerce.

63 Dans la pratique, la comparabilité des registres est généreusement admise. Jusqu'à présent, les registres des pays ou territoires suivants ont été considérés comme comparables - parfois seulement de manière implicite : Anguilla, Bermudes, Danemark, Allemagne, Angleterre, Polynésie française, Grèce, Islande, Israël, Italie, Lettonie, Liechtenstein, Pays-Bas, Autriche, Singapour, California Secretary of State database.

64 Bien que la comparabilité des registres soit une question juridique, les décisions disponibles ne contiennent pratiquement jamais d'explications sur les raisons pour lesquelles la comparabilité a été acceptée. Il semble que la comparabilité des registres soit présumée dès lors qu'il s'agit d'un registre de sociétés. En revanche, la simple affirmation d'être inscrit dans un registre étranger ne suffit pas.

En soi, les principes applicables à l'inscription dans un registre étranger comparable sont les mêmes que pour une inscription au registre du commerce suisse. Le registre étranger doit donc servir à la saisie et à la mise à disposition d'informations relatives au droit commercial, afin d'identifier des personnes juridiques individuelles sur la base de leurs caractéristiques centrales telles que la raison sociale, le siège, le but, les pouvoirs de représentation ou autres, et de fournir des informations sur leur existence juridique. Toutefois, étant donné que le registre étranger ne doit remplir qu'approximativement la même fonction que le registre du commerce suisse, les informations ne doivent pas être gratuites, accessibles sur Internet ou aussi détaillées que celles du registre du commerce suisse. Il n'est pas non plus nécessaire que le registre étranger serve à la protection des tiers ou qu'il ait un effet de publicité au sens de l'art. 936b CO, car ce ne sont pas les raisons pour lesquelles l'art. 6 al. 2 let. c CPC renvoie à l'inscription au registre du commerce. La personne qui établit l'extrait de registre étranger ne joue pas non plus de rôle. Il peut s'agir de tribunaux, d'autorités étrangères, de consulats ou de particuliers (p. ex. chambres de commerce). Le titre de l'extrait de registre étranger n'est pas non plus pertinent. Les certificats d'honorabilité (certificates of incumbency) sont toutefois insuffisants, car ils ne renseignent généralement que sur les responsables d'une société. 65

D. Litiges exclus (art. 6 al. 2 let. d CPC)

L'introduction de l'art. 6 al. 2 let. d CPC dans le cadre de la révision du CPC adoptée en mars 2023 a introduit un nouveau critère - et pour la première fois un critère négatif - pour définir le litige commercial. 66

Désormais, les litiges découlant d'un contrat de travail, de la loi sur le service de l'emploi, de la loi sur l'égalité ou du bail à loyer ou à ferme d'habitations et de locaux commerciaux ou du bail à ferme agricole ne constituent plus des litiges relevant du droit commercial. Cette exclusion ne s'applique probablement pas aux litiges découlant du droit du travail collectif, d'autant plus qu'il ne s'agit pas de litiges découlant d'une relation de travail. 67

IV. DROIT D'OPTION DE LA PARTIE DEMANDERESSE NON INSCRITE (ART. 6 AL. 3 CPC)

68 Si seule la partie défenderesse est inscrite au sens de l'art. 6 al. 2 let. c CPC, mais que les autres conditions de l'art. 6 al. 2 let. a et b sont remplies et que celles de l'art. 6 al. 2 let. d CPC ne le sont pas, la partie demanderesse peut choisir entre le tribunal de commerce et le tribunal ordinaire, conformément à l'art. 6 al. 3 CPC. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire que l'activité commerciale de la partie demanderesse soit concernée tant que celle de la partie défenderesse l'est. La partie demanderesse n'a même pas besoin d'exercer une activité commerciale. Entrent donc notamment en ligne de compte les actions de consommateurs, de clients de banques et d'assurances, de victimes (p. ex. victimes d'accidents, victimes d'interventions médicales erronées), etc. mais pas celles de salariés, de locataires et de fermiers au sens de l'art. 6 al. 2 let. d CPC.

69 En revanche, si seule la partie demanderesse est inscrite, et non la partie défenderesse, le litige ne relève pas du droit commercial et il n'existe pas non plus de droit d'option au sens de l'art. 6 al. 3 CPC. Cela vaut également dans le cas d'une action en déchéance, où les rôles des parties sont inversés.

69a Le choix s'exerce par le dépôt de la demande auprès du tribunal ordinaire ou du tribunal de commerce. Le droit de choisir est considéré comme unique et irrévocable. Cela vaut certainement dans le cadre de la même procédure ou de la même litispendance (cf. art. 63 CPC). En dehors de la même litispendance, une reprise du droit d'option du demandeur n'est toutefois pas exclue, par exemple lorsque l'action devant le tribunal ordinaire d'un canton est irrecevable pour défaut de compétence territoriale et qu'elle est réintroduite devant le tribunal de commerce d'un autre canton sans maintien de la litispendance au sens de l'art. 63 CPC.

V. LITIGES FACULTATIFS DEVANT LE TRIBUNAL DE COMMERCE (ART. 6 AL. 4 CPC)

70 Selon l'art. 6 al. 4 CPC, les cantons peuvent déclarer leur tribunal de commerce compétent pour a) les litiges visés à l'art. 5 al. 1 CPC, b) les litiges découlant du droit des sociétés commerciales et des sociétés coopératives et c) certains litiges internationaux.

Dans ce cas, les conditions de l'art. 6 al. 2 let. a-d CPC ne jouent aucun rôle. Mais les termes utilisés dans le cadre de l'art. 6 al. 4 CPC sont également ceux du droit fédéral. La différence centrale par rapport aux litiges de droit commercial selon l'art. 6 al. 2 CPC réside dans le fait que les cantons sont libres de décider de déclarer leurs tribunaux de commerce compétents à raison de la matière également pour les litiges selon l'art. 6 al. 4 CPC. 71

L'art. 6 al. 4 let. a CPC renvoie directement à l'art. 5 al. 1 CPC et l'art. 6 al. 4 let. b CPC indirectement aux art. 552-926 CO. Il s'agit à mon avis de renvois dynamiques, c'est-à-dire de renvois à la version en vigueur de ces dispositions. 72

La question de savoir ce que recouvre exactement le droit d'option des cantons selon l'art. 6 al. 4 CPC n'est pas encore totalement clarifiée. Les cantons peuvent certainement choisir si leur tribunal de commerce est compétent uniquement pour les litiges selon l'art. 6 al. 4 let. a CPC, uniquement pour ceux selon la let. b, uniquement pour ceux selon la let. c, pour aucun d'entre eux ou pour une combinaison quelconque d'entre eux (p. ex. uniquement pour ceux selon la let. a et b). 73

A. Litiges selon l'article 5, alinéa 1 CPC

Avec l'art. 6 al. 4 let. a CPC, le CPC renvoie directement aux litiges énumérés à l'art. 5 al. 1 CPC. Il s'agit d'un ensemble de litiges spéciaux parmi lesquels les cantons peuvent choisir certains et les attribuer aux tribunaux de commerce. 74

Les cantons sont libres de désigner leurs tribunaux de commerce comme compétents uniquement pour les litiges relevant de certaines des lettres énumérées (art. 5 al. 1 let. a-i CPC). Ainsi, les quatre tribunaux de commerce sont compétents pour les litiges selon l'art. 5 al. 1 let. a, b, c, d, g et h CPC, seuls les tribunaux de commerce des cantons d'Argovie et de Zurich sont compétents pour les litiges selon l'art. 5 al. 1 let. e CPC, et seul le tribunal de commerce du canton de Berne est compétent pour les litiges selon l'art. 5 al. 1 let. i CPC. Il serait peu judicieux, mais sans doute admissible sur la base des réglementations cantonales actuelles, dont le législateur s'est inspiré, de différencier encore davantage, dans le cadre de l'art. 5 al. 1 let. a et i CPC, les différentes bases juridiques, p. ex. les litiges découlant des différentes lois sur la propriété intellectuelle. En raison de l'objectif de concentration des connaissances juridiques et techniques, une répartition supplémentaire de la 75

compétence matérielle, même au sein des lois mentionnées individuellement, ne semble pas admissible.

76 La question de savoir si les cantons peuvent faire dépendre la compétence de leurs tribunaux de commerce pour les litiges selon l'art. 5 al. 1 CPC d'une valeur litigieuse limite n'a pas encore été clarifiée. Certes, le message CPC précise que les cantons peuvent déclarer leurs tribunaux de commerce compétents pour les litiges de l'art. 5 CPC ainsi que, de manière générale, pour les litiges relevant du droit des sociétés et du droit des fonds de placement et des emprunts, tout en restant libres de fixer des limites de valeur litigieuse pour ces affaires. Le sens et le but de la compétence d'une seule instance cantonale pour les litiges selon l'art. 5 al. 1 CPC est toutefois la concentration des connaissances juridiques et professionnelles. Ce but est mieux atteint si la compétence matérielle n'est pas divisée en raison des limites de la valeur litigieuse. En conséquence, le CPC - à l'exception de l'art. 5 al. 1 let. d et f CPC - ne prévoit pas non plus de limites de valeur litigieuse pour les litiges selon l'art. 5 al. 1 CPC lorsqu'une instance cantonale unique autre qu'un tribunal de commerce statue sur ces litiges. On ne voit pas pourquoi il devrait en être autrement pour la compétence du tribunal de commerce. A mon avis, les cantons ne peuvent donc pas prévoir de limites de valeur litigieuse dans le cadre de l'art. 6 al. 4 let. a CPC.

B. Litiges relevant du droit des sociétés commerciales et des sociétés coopératives

77 Avec l'art. 6 al. 4 let. b CPC, le CPC renvoie aux litiges qui peuvent résulter des art. 552 à 926 CO. Cela comprend également les actions en contrôle de la fusion au sens de l'art. 105 al. 1 LFus. N'en font pas partie, en particulier, les litiges résultant d'un contrat de vente d'actions, d'une convention d'actionnaires, d'une société simple, d'associations et de fondations.

78 Si les cantons ont déclaré leurs tribunaux de commerce compétents pour les litiges selon l'art. 6 al. 4 let. b CPC, ils ne peuvent pas, selon le Tribunal fédéral, restreindre cette compétence sur le plan matériel. Seule l'introduction de limites de valeur litigieuse est autorisée. Cela n'est pas convaincant : il n'est pas évident que le législateur ait voulu harmoniser les compétences hétérogènes qui existaient dans les quatre cantons dotés d'un tribunal de commerce avant l'introduction du CPC. Il n'est toutefois guère judicieux d'exclure certains litiges. L'exemple actuel est la réglementation de

la compétence du canton de Berne, selon laquelle les procédures pour vice d'organisation sont exclues de la compétence du tribunal de commerce. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette exception serait contraire au droit fédéral. Entre-temps, la Cour suprême et le Conseil d'État du canton de Berne ont également jugé cette exception contraire au droit fédéral en ce qui concerne les procédures engagées par des actionnaires ou des créanciers et l'ont renvoyée à la compétence matérielle du tribunal de commerce. Une extension de la compétence du tribunal de commerce selon l'art. 6 al. 4 let. b CPC, par exemple aux litiges concernant la société simple, les associations ou les fondations, n'est en revanche pas autorisée.

En outre, dans le cadre de l'art. 6 al. 4 let. b CPC, les cantons ont le droit - contrairement à l'art. 6 al. 4 let. a CPC - de prévoir une exigence de valeur litigieuse. En raison de la concentration des connaissances dans ces cas, une limite de la valeur litigieuse semble toutefois discutable ici aussi. Actuellement, les deux cantons de Berne et de Zurich prévoient chacun une valeur litigieuse minimale de 30'000 francs pour les litiges relevant de l'art. 6 al. 4 let. b CPC. 79

C. Litiges internationaux

Avec l'art. 6 al. 4 let. c CPC, les cantons ont eu la possibilité, dans le cadre de la révision du CPC adoptée en mars 2023, de déclarer leurs tribunaux de commerce également compétents pour certains litiges internationaux. Il s'agit ainsi de jeter les bases de la création de tribunaux ou de chambres judiciaires spécialisés (p. ex. les tribunaux de commerce) pour les litiges commerciaux internationaux. Actuellement, les cantons de Berne et de Zurich prévoient d'étendre la compétence de leurs tribunaux de commerce aux litiges relevant de l'art. 6 al. 4 let. c CPC. 80

La particularité de l'art. 6 al. 4 let. c CPC réside dans le fait que les parties peuvent proroger la compétence matérielle du tribunal de commerce - contrairement au principe selon lequel celle-ci est impérative (cf. n. 14) - (art. 6 al. 4, let. c ch. 3 CPC). Une comparution devant le tribunal de commerce est également possible selon la volonté du législateur. L'admissibilité de la prorogation suppose toutefois que les conditions de l'art. 6 al. 4 let. c ch. 1, 2 et 4 CPC soient remplies. C'est-à-dire que le litige doit concerner l'activité commerciale d'au moins une partie (ch. 1), être de nature patrimoniale, avoir une valeur litigieuse d'au moins 100'000 francs (ch. 2) et qu'au moins une 81

partie doit avoir son domicile ou sa résidence habituelle ou son siège à l'étranger au moment de la prorogation du tribunal de commerce (ch. 4).

82 En revanche, il n'est pas nécessaire que les deux parties soient inscrites au registre du commerce - contrairement à la condition de l'art. 6 al. 2 let. c CPC. Au contraire : si les deux parties sont inscrites au registre du commerce ou dans un registre étranger comparable, le tribunal de commerce est de toute façon obligatoirement compétent à raison de la matière en vertu de l'art. 6 al. 2 CPC - à l'exception des cas visés à l'art. 6 al. 2 let. d CPC. L'art. 6 al. 4 let. c CPC devrait donc rester sans importance pour la majeure partie des litiges commerciaux internationaux. Cette disposition ne traite pas non plus de la compétence internationale et territoriale. Comme jusqu'à présent, il faut donc qu'il y ait une compétence internationale et une compétence territoriale dans un canton de tribunal de commerce. Si tel est le cas, les litiges internationaux au sens de l'art. 6 al. 4 let. c CPC relèvent toutefois la plupart du temps déjà de la compétence matérielle des tribunaux de commerce en vertu de l'art. 6 al. 2 CPC.

83 L'art. 6 al. 4 let. c CPC ne s'applique donc qu'aux cas dans lesquels soit le défendeur n'est pas inscrit au registre du commerce ou dans un registre étranger comparable, soit, s'il est inscrit, aux litiges relatifs au droit du travail, au droit de bail et au bail à ferme selon l'art. 6 al. 2 let. d CPC. Si seule la partie défenderesse est inscrite au registre du commerce ou à un registre étranger comparable, l'art. 6 al. 4 let. c CPC constitue en outre un plus par rapport à l'art. 6 al. 3 CPC dans la mesure où une prorogation préalable du tribunal de commerce est également obligatoire.

84 La véritable nouveauté concernant les litiges internationaux réside dans la possibilité, lorsque les conditions sont réunies, de choisir l'anglais comme langue de procédure (art. 129 al. 2 let. b CPC ; limité également à l'art. 42 al. 1bis LTF) ainsi que dans l'abrogation de l'art. 5 al. 3 let. c LDIP. Étant donné que l'art. 129 al. 2 let. b CPC se rattache directement à l'art. 6 al. 4 let. c CPC, la question de savoir si la langue anglaise est admissible dans une procédure commerciale nécessite un rattachement séparé à l'art. 6 al. 4 let. c CPC. À mon avis, l'art. 129 al. 2 let. b CPC s'applique également dans les cas où la compétence matérielle est déjà donnée en vertu de l'art. 6 al. 2 CPC, pour autant que les conditions de l'art. 6 al. 4 CPC soient également remplies, par exemple dans le cas d'un litige entre deux sociétés anonymes étrangères inscrites dans un registre étranger comparable, dont la valeur litigieuse

dépasse 100 000 francs et pour lequel les parties ont prorogé le for en faveur du tribunal de commerce ou ont accepté cette prorogation. Sinon, il n'y aurait guère de champ d'application pour la langue anglaise (cf. n. 83).

VI. AUTRES AFFAIRES RELEVANT DU TRIBUNAL DE COMMERCE

85 Les cantons sont libres de déclarer leurs tribunaux de commerce compétents, dans le cadre du champ d'application du CPC (cf. art. 1 CPC), pour les litiges ne relevant pas de l'art. 6 CPC. Dans ces cas, les tribunaux de commerce ne statueraient toutefois pas en tant qu'instance cantonale unique et donc pas en tant que tribunal de commerce au sens de l'art. 6 al. 1 CPC, faute de base légale permettant de déroger au principe de la double compétence cantonale.

86 Même en dehors du champ d'application du CPC, les cantons sont libres, dans le cadre de leurs compétences, de déclarer leurs tribunaux de commerce compétents pour d'autres affaires. Par exemple, le tribunal de commerce du canton d'Argovie est également compétent pour les recours contre les décisions de l'office du registre du commerce selon l'art. 942 CO ou pour les litiges attribués à un tribunal selon l'ORC. Cette dernière disposition s'applique également au tribunal de commerce du canton de Saint-Gall.

87 De même, les cantons sont libres, en vertu de l'art. 191b al. 2 Cst., d'instituer un tribunal de commerce commun sur la base d'un concordat.

VII. MESURES PROVISIONNELLES ET ADMINISTRATION PROVISOIRE DES PREUVES

88 En vertu de l'art. 6 al. 5 CPC, le tribunal de commerce est également compétent pour ordonner des mesures provisoires avant l'entrée en litispendance d'une action. En raison de sa position systématique, cette compétence concerne aussi bien les litiges commerciaux au sens de l'art. 6, al. 2, CPC que les litiges au sens de l'art. 6, al. 3, CPC et les litiges optionnels du tribunal de commerce au sens de l'art. 6, al. 4, CPC.

89 Le critère déterminant est de savoir si le tribunal de commerce serait compétent à raison de la matière dans l'affaire principale. Si la compétence au fond est affirmée, le tribunal de commerce est également compétent pour ordonner des mesures provisoires avant la litispendance de l'affaire

principale. Cette attraction de compétence est justifiée par l'intérêt d'une procédure uniforme ou d'une économie de procédure. Il en résulte automatiquement que les tribunaux de commerce sont compétents non seulement pour ordonner des mesures provisoires avant la litispendance de l'affaire principale, mais aussi pour ordonner des mesures provisoires pendant la litispendance de l'affaire principale.

90 Si les tribunaux de commerce sont compétents pour ordonner des mesures provisoires, il en va de même pour ordonner des mesures superprovisoires au sens de l'article 265 CPC et pour recevoir des mémoires préventifs au sens de l'article 270 CPC.

91 De même, les tribunaux de commerce sont compétents pour administrer des preuves à titre provisionnel avant et pendant la litispendance d'une affaire principale pour laquelle ils sont matériellement compétents.

VIII. CONSTELLATIONS PARTICULIÈRES

A. Relation avec la procédure simplifiée

92 Certains litiges relèvent à la fois du champ d'application de la procédure simplifiée et de la compétence matérielle des tribunaux de commerce. Comme les tribunaux de commerce n'appliquent pas la procédure simplifiée (art. 243 al. 3 CPC), la question se pose de savoir comment traiter ce domaine de chevauchement. Avant même la révision du CPC, le Tribunal fédéral a décidé que les dispositions relatives au type de procédure prévalaient sur celles concernant la compétence matérielle des tribunaux de commerce, avec pour conséquence que les tribunaux de commerce ne sont pas compétents dans la zone de chevauchement.

93 La révision de l'art. 6 al. 2 CPC, adoptée en mars 2023, a éliminé une partie de ce domaine de chevauchement. Désormais, les chevauchements suivants peuvent encore être identifiés :

- litiges selon l'art. 243 al. 2 let. b, d et f CPC avec une valeur litigieuse de plus de 30'000 francs, pour autant que l'activité commerciale d'au moins une partie soit concernée et qu'au moins la partie défenderesse soit inscrite au registre du commerce,

- litiges selon l'art. 243 al. 2 let. b, d et f CPC avec une valeur litigieuse de plus de Fr. 100'000.00, pour autant que l'activité commerciale d'au moins une partie soit concernée, que les parties aient prorogé le tribunal de commerce et qu'au moins une partie ait eu son domicile ou sa résidence habituelle ou son siège à l'étranger au moment de la prorogation,
- les litiges au sens de l'art. 5 al. 1 CPC dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 francs, pour autant que les tribunaux de commerce aient été déclarés compétents à cet effet en vertu de l'art. 6 al. 4 let. a CPC, et
- les litiges relevant du droit des sociétés commerciales et des sociétés coopératives dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 francs (AG et SG) ou exactement 30'000 francs (BE et ZH).

On peut supposer que la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, selon laquelle le type de procédure prime sur la compétence matérielle des tribunaux de commerce, reste applicable dans le cadre de ces recoupements, d'autant plus que la révision du CPC n'a rien changé à la base de l'argumentation du Tribunal fédéral. Certes, le Tribunal fédéral n'avait encore jamais jugé explicitement un cas relevant de l'art. 6 al. 4 CPC. Il a toutefois considéré en dernier lieu que sa jurisprudence s'appliquait à toutes les affaires auxquelles la procédure simplifiée s'applique en vertu de l'art. 243 al. 1 et 2 CPC, dont font également partie les litiges selon l'art. 6 al. 4 let. a, b et c CPC. 94

B. Modification de la demande

Selon l'art. 227 al. 1 CPC, une modification de la demande est admise lorsque la prétention modifiée ou nouvelle doit être jugée selon le même type de procédure et qu'elle présente un lien matériel avec la prétention précédente ou que la partie adverse y consent. 95

Le CPC ne règle pas expressément la question de savoir si une modification de la demande présuppose la même compétence matérielle de la demande initiale et de la demande modifiée. L'article 227, al. 2, CPC dispose que le tribunal initialement saisi doit transférer le procès au tribunal ayant la compétence matérielle la plus élevée si la valeur litigieuse de la demande modifiée dépasse la compétence matérielle du tribunal initialement saisi. Une modification de la demande n'implique donc pas que la compétence matérielle de la demande initiale et de la demande modifiée soit identique, dans la mesure où celle-ci est purement liée à la valeur du litige. Pour plus de 96

précision, il convient d'ajouter dans ce cas que la modification de la valeur litigieuse ne doit pas entraîner l'application d'un autre type de procédure, faute de quoi la modification de la demande serait déjà irrecevable en vertu de l'article 227 al. 1 CPC.

97 La question de savoir ce qu'il en est lorsque la compétence matérielle pour la demande initiale et la demande modifiée diffère en raison de la nature du litige n'a pas encore été clarifiée. La doctrine est d'avis qu'une modification de la demande est exclue en cas de modification de la compétence matérielle purement liée à la nature du litige. Selon moi, rien ne s'oppose toutefois à ce qu'il soit possible de remédier à une compétence matérielle initialement manquante par une modification de la demande, même si une autre compétence matérielle s'applique à la demande initiale et à la demande modifiée. En effet, l'institution de la modification de la demande a été créée notamment pour des raisons d'économie de procédure. Il n'est pas considéré comme judicieux de limiter la partie demanderesse à la demande initiale et de provoquer, le cas échéant, un autre procès concernant la demande modifiée. Dans ces cas, il serait absurde de considérer la modification de la demande comme irrecevable, de ne pas entrer en matière sur la demande initiale faute de compétence matérielle et de juger ensuite la demande "modifiée" dans un nouveau procès en tant que nouvelle demande au fond.

C. Retrait de l'action

98 Un retrait de la demande ou une limitation de la demande, comme le formule l'art. 227 al. 3 CPC, est possible en tout temps et n'est soumis à aucune condition selon la loi. Si la demande n'est que partiellement retirée, le tribunal saisi reste compétent en vertu de l'art. 227 al. 3 CPC (perpetuatio fori). Il n'y a pas de renvoi à un autre tribunal. Il n'est donc pas nécessaire que les tribunaux de commerce soient également compétents à raison de la matière pour la partie de la demande qui subsiste après le retrait de la demande, si celle-ci est introduite en tant que demande indépendante.

99 Si, par exemple, une action en paiement de 100 000 francs est retirée à hauteur de 80 000 francs, le tribunal de commerce reste compétent pour juger la partie restante de l'action, soit 20 000 francs. La crainte que, dans ce cas, la décision du tribunal de commerce ne puisse plus faire l'objet d'un recours en matière civile, mais seulement d'un recours constitutionnel subsidiaire, en raison de l'art. 74 al. 1 let. b LTF, est infondée. En effet, le

recours en matière civile est recevable contre les décisions du tribunal de commerce, indépendamment de la valeur litigieuse (cf. art. 74 al. 2 let. b LTF).

D. Transfert de droit avant la litispendance

Etant donné qu'un transfert de droit avant la litispendance (par exemple par cession) ne modifie pas le contenu du litige et donc son lien avec l'activité commerciale, il n'a aucune influence sur la condition de l'affectation de l'activité commerciale. Le litige doit donc concerner soit l'activité commerciale de la partie adverse de l'ayant cause, soit celle de l'ayant cause initial - en cas de cessions successives. Cela vaut malgré le libellé différent, en soi clair, de l'art. 6 al. 2 let. a CPC, car cette disposition - contrairement à l'art. 6 al. 2 let. c CPC - ne vise pas un contrôle de l'accès des personnes, mais un contrôle du contenu. La succession juridique avant la litispendance n'a pas non plus d'influence sur l'exigence de la valeur litigieuse. Cela vaut même si une créance est vendue avec une décote de 10 %, par exemple. 100

En ce qui concerne la condition de l'inscription au registre du commerce, celle-ci se rapporte toutefois à l'ayant cause lui-même, puisque c'est lui qui cherche à accéder au tribunal de commerce en tant que partie à la place de son prédécesseur (ou contre lequel on cherche à accéder devant le tribunal de commerce). L'inscription du prédécesseur au registre du commerce n'est pas importante. Si l'ayant cause agit du côté du défendeur, il doit être inscrit au registre du commerce, faute de quoi le tribunal de commerce n'est pas compétent dans le cadre de l'art. 6 al. 2 et 3 CPC. Si, en revanche, l'ayant cause non inscrit au registre du commerce agit en tant que partie demanderesse, il peut invoquer son droit d'option en vertu de l'art. 6 al. 3 CPC. 101

E. Changement de partie

Il y a changement de partie lorsqu'une partie existante se retire du procès avec l'adhésion simultanée d'une personne qui ne participait pas au procès en tant que partie. Son admissibilité est réglée à l'art. 83 CPC. Il est justement dans l'esprit du changement de partie que la procédure se poursuive avec une autre partie après le changement ; le rapport de droit procédural est transféré. La partie entrante reprend le procès tel qu'il se présente. La justification de l'admissibilité d'un changement de partie résulte de l'économie de la procédure. 102

10 3 Il en résulte qu'un tribunal de commerce compétent à raison de la matière ne peut pas devenir incompétent à raison de la matière par suite d'un changement de partie (perpetuatio fori). Par conséquent, ni l'inscription au registre du commerce de la partie entrante ni une éventuelle suppression de l'inscription au registre du commerce de la partie sortante n'ont d'importance. Il n'est pas non plus important de savoir si le litige concerne l'activité commerciale de la partie entrante, tant que celle de la partie sortante ou de la partie adverse est concernée.

10 4 Si le tribunal de commerce n'était pas compétent à raison de la matière avant le changement de partie et qu'il n'a pas encore statué à ce sujet, sa compétence peut être établie par le changement de partie, par exemple si la partie entrante est inscrite au registre du commerce, contrairement à la partie sortante.

F. Qualité pour agir

10 5 Étant donné que l'existence d'une qualité pour agir ne change rien au contenu du litige et donc à son caractère commercial, elle n'a aucune influence sur la condition relative à l'affectation de l'activité commerciale. Le litige doit donc concerner soit l'activité commerciale de la partie adverse de la personne bénéficiant de la qualité pour agir, soit celle de la personne qui n'est pas partie au procès et qui a un droit matériel. Cela vaut à nouveau (cf. n. 100) malgré le libellé différent et clair en soi de l'art. 6 al. 2 let. a CPC, car cette disposition - contrairement à l'art. 6 al. 2 let. c CPC - ne vise pas un contrôle de l'accès des personnes, mais un contrôle du contenu. De même, la qualité de partie au procès n'a aucune influence sur l'exigence de la valeur litigieuse.

10 6 En ce qui concerne la condition de l'inscription au registre du commerce, elle se rapporte toutefois à la personne ayant la qualité pour agir elle-même, puisque c'est elle qui cherche à accéder au tribunal de commerce en tant que partie à la place de l'ayant droit matériel (ou contre laquelle on cherche à accéder devant le tribunal de commerce). L'inscription au registre du commerce de la personne légitimée par le droit matériel n'est pas importante. Si la personne ayant qualité pour agir agit du côté du défendeur, elle doit être inscrite au registre du commerce, faute de quoi le tribunal de commerce n'est pas compétent dans le cadre de l'art. 6 al. 2 et 3 CPC. Si, en revanche, l'intéressée non inscrite au registre du commerce agit en tant que partie demanderesse, elle peut invoquer son droit d'option selon l'art. 6 al. 3 CPC.

G. Constitution d'une consorité nécessaire

Une consorité nécessaire est admissible si le droit matériel l'exige (art. 70 al. 1 CPC). Le droit procédural n'impose pas de conditions supplémentaires à sa recevabilité, car une scission de la consorité nécessaire entraînerait le rejet des actions respectives en raison de l'absence de légitimation active ou passive et ferait donc obstacle à la réalisation du droit matériel. Il s'ensuit que la consorité nécessaire ne présuppose précisément pas la même compétence matérielle pour chaque consorité nécessaire. La seule question qui se pose est celle de savoir quelle juridiction est matériellement compétente en présence d'une consorité nécessaire active ou passive, si aucune d'entre elles n'était matériellement compétente pour toutes les consortiums nécessaires. 10 7

En ce qui concerne l'activité commerciale, il suffit que l'activité commerciale de la partie adverse de l'association nécessaire soit concernée ou que l'activité commerciale d'un seul des associés nécessaires soit concernée. En ce qui concerne l'inscription au registre du commerce, il convient de distinguer entre la consorité nécessaire active et la consorité nécessaire passive : Alors que les consorts nécessaires actifs non inscrits au registre du commerce peuvent invoquer leur droit d'option selon l'art. 6 al. 3 CPC, les tribunaux de commerce ne sont compétents dans le cadre de l'art. 6 al. 2 et 3 CPC en cas de consorité nécessaire passive que si tous les consorts sont inscrits au registre du commerce. En revanche, la consorité nécessaire n'a aucune influence sur l'exigence de valeur litigieuse. 10 8

H. Coopérative simple

La question de savoir si, dans le domaine de la juridiction commerciale, la même compétence matérielle pour les actions subjectivement cumulées constitue une condition pour la consorité simple n'est pas clairement réglée : D'une part, l'art. 71 al. 1 let. c CPC stipule, conformément à la révision adoptée en mars 2023, qu'une consorité simple n'est admissible que si le même tribunal est matériellement compétent pour les différentes actions. La jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle la même compétence matérielle est une condition implicite de la consorité simple a ainsi été transposée dans le CPC. D'autre part, l'art. 6 al. 6 CPC a également repris la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle la compétence du tribunal de commerce n'a pas pour but d'empêcher la simple consorité dans son champ d'application et qu'il faut laisser aux cantons le soin de prévoir une 10 9

compétence matérielle uniforme pour les simples consorts passifs, étant entendu qu'il ne peut s'agir du tribunal de commerce si celui-ci n'est pas compétent pour tous les consorts. Cette jurisprudence n'a certes été rendue que pour la simple coopération passive. La nouvelle disposition de l'art. 6 al. 6 CPC doit cependant également régler la consorité simple active.

110 Sur la base de cette situation initiale, il convient à mon avis de partir de la situation suivante : Contrairement à l'art. 71 al. 1 let. c CPC, une consorité simple ne présuppose pas, selon la révision adoptée en mars 2023, la même compétence matérielle des actions subjectivement accumulées lorsqu'une partie de celles-ci relève de la compétence des tribunaux ordinaires en raison de l'absence d'inscriptions au registre du commerce et l'autre partie de la compétence des tribunaux de commerce. Dans cette constellation de cas, la consorité simple est curieusement admise malgré la différence de compétence matérielle. En vertu de l'art. 6 al. 6 CPC, les tribunaux ordinaires sont compétents dans ces cas. La situation se complique lorsque le même type de procédure n'est pas applicable aux différentes actions. Dans ces cas, la consorité simple passive est exclue. En raison de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'addition des valeurs litigieuses pour déterminer le type de procédure en cas de cumul objectif d'actions, la consorité simple active doit cependant être également autorisée, selon la volonté du législateur, lorsque le type de procédure diverge uniquement en raison de la valeur litigieuse, ce qui est difficilement conciliable avec l'art. 93 al. 2 CPC. Toujours est-il que dans ces cas, même selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les actions subjectivement cumulées dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 francs doivent continuer à être traitées en procédure simplifiée. Comme la procédure simplifiée ne s'applique pas devant les tribunaux de commerce, ceux-ci ne seront pas compétents pour traiter de tels cas. Par conséquent, une consorité simple devant un tribunal de commerce dans le cadre de l'art. 6, al. 2 et 3 CPC suppose que toutes les actions subjectivement cumulées présentent une valeur litigieuse supérieure à 30 000 francs, que tous les consorts simples passifs soient inscrits au registre du commerce ou dans un registre étranger comparable, que les éventuels consorts simples actifs non inscrits au registre du commerce exercent leur droit d'option selon l'art. 6, al. 3 CPC et qu'au moins l'activité commerciale d'une partie soit concernée en ce qui concerne chaque action subjectivement cumulée.

Le message relatif au projet de révision du CPC précise que l'art. 6 al. 6 CPC ne s'applique que dans le cadre des litiges relevant du droit commercial et non pas également aux litiges relevant du tribunal de commerce en option. Dans le cadre de l'art. 6 al. 4 CPC, l'art. 71 al. 1 let. c CPC s'applique donc. Dans ce domaine, les consortiums simples sont donc exclus si le tribunal de commerce n'est pas compétent à raison de la matière pour tous les litiges. 11 1

I. Intervention principale

Certes, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les conditions générales de procédure de l'art. 59 CPC doivent être remplies pour l'intervention principale. L'art. 73 al. 1 CPC contient toutefois une disposition spéciale sur la compétence matérielle dans la mesure où seul le tribunal devant lequel le premier procès est en cours est matériellement compétent pour traiter l'action en intervention principale. 11 2

Si le premier procès est pendant devant un tribunal de commerce, il n'est donc pas important, en ce qui concerne le procès en intervention principale, de savoir si les conditions de l'art. 6 al. 2 CPC sont remplies, par exemple parce que la demanderesse au premier procès - partie intervenante passive sui generis dans le procès en intervention principale - n'est pas inscrite au registre du commerce en vertu de l'art. 6 al. 3 CPC. Cette situation n'est certes pas sans poser de problèmes en raison des particularités de la procédure devant le tribunal de commerce, mais elle doit être comparée à la situation d'une demande reconventionnelle connexionniste jugée admissible par le Tribunal fédéral. Comme l'intervention principale doit porter sur le même objet du litige que celui du premier procès, elle est toujours connexe au premier procès. 11 3

J. Intervention accessoire

Il y a intervention accessoire lorsqu'un tiers soutient en son nom propre l'une des parties principales dans le cadre d'un procès civil en cours, soit de sa propre initiative (cf. art. 74 ss CPC), soit à la suite d'une simple dénonciation du litige (art. 79 al. 1 let. a CPC). Dans ce cas, l'intervenant secondaire est considéré comme partie accessoire. L'intervenant accessoire, en tant que simple partie accessoire, n'a pas la qualité de partie, puisqu'il ne sollicite pas l'assistance judiciaire en son propre nom et qu'aucune assistance judiciaire n'est demandée contre lui. 11 4

11 5 Comme les intervenants secondaires ne sont pas parties, la condition de l'inscription au registre du commerce ne s'applique pas à eux dans le cadre de l'art. 6 al. 2 et 3 CPC, et le fait que le litige concerne ou non leur activité commerciale ne joue aucun rôle. Cela vaut indépendamment du fait qu'il s'agisse d'une intervention subsidiaire dépendante ou indépendante ou d'une intervention subsidiaire litigieuse. L'intervention accessoire n'a pas non plus d'influence sur l'exigence de valeur litigieuse (art. 6 al. 2 let. b CPC).

K. Simple dénonciation de litige

11 6 La simple dénonciation de litige consiste en l'invitation d'une partie - ou d'une personne appelée en cause - à l'égard d'une tierce personne qu'elle entend poursuivre si elle succombe, à l'assister dans le procès (art. 78 CPC). Il a déjà été question de la personne appelée en cause qui intervient à titre accessoire selon l'art. 79 al. 1 let. a CPC (cf. n. 115). En revanche, si la personne appelée en cause ne se laisse pas interroger ou refuse d'assister l'intervenant dans le procès (cf. art. 79 al. 2 CPC), elle ne participe pas au procès. La question de son influence sur la compétence matérielle des tribunaux de commerce ne se pose alors pas.

11 7 En revanche, si la personne appelée en cause décide de mener le procès à la place de la partie (art. 79 al. 1 let. b CPC), il n'est pas encore définitivement établi si elle le fait en tant que simple représentante ou en tant que titulaire du droit d'ester en justice. Si elle agit en tant que simple représentante de la partie plaignante, cela n'a aucune influence sur la compétence matérielle des tribunaux de commerce. Si l'on part du principe qu'il y a représentation en justice avec ou sans changement simultané de partie, on peut se référer aux explications correspondantes sur la représentation en justice et le changement de partie (cf. n. 105 s. resp. 102 ss.).

L. Action en dénonciation de litige

11 8 Une action en dénonciation de litige n'est recevable que si le même tribunal est compétent à raison de la matière tant pour l'action principale que pour l'action en dénonciation de litige (art. 81 al. 1 let. b CPC). Par conséquent, les conditions de l'article 6 CPC doivent également être remplies pour l'action en dénonciation de litige introduite devant un tribunal de commerce.

M. Cumul objectif d'actions

Le cumul objectif d'actions est admissible si le même tribunal est compétent à raison de la matière pour toutes les prétentions cumulées et si le même type de procédure est applicable (art. 90 al. 1 CPC). Il est également admissible lorsqu'une différence de compétence matérielle ou de type de procédure repose uniquement sur la valeur litigieuse (art. 90 al. 2 CPC). Il n'est pas nécessaire qu'il y ait un lien matériel entre les différentes prétentions. 119

Pour qu'un cumul objectif d'actions devant le tribunal de commerce soit recevable, il faut donc en principe (art. 90 al. 1 CPC) que la compétence matérielle soit remplie à l'égard de chacune des prétentions cumulées et que le mode de procédure simplifié ne soit pas applicable. Exceptionnellement (art. 90 al. 2 CPC), le cumul objectif d'actions devant le tribunal de commerce est également admissible lorsque, pour les différentes prétentions - par exemple sur la base de l'art. 6 al. 2 let. b CPC - une compétence matérielle différente ou un autre type de procédure s'appliquerait en soi en raison de la valeur litigieuse, mais que les conditions de la compétence matérielle des tribunaux de commerce sont par ailleurs remplies. A titre d'exemple, on peut citer la combinaison d'une demande de paiement de 50 000 francs et d'une autre de 3 000 francs. 120

Reste à savoir comment traiter la constellation dans laquelle aucune des prétentions ne remplit à elle seule l'exigence de valeur litigieuse de l'art. 6 al. 2 let. b CPC, alors que les prétentions additionnées le font. A titre d'exemple, on peut citer la combinaison d'une prétention au paiement de 25 000 francs et d'une autre de 10 000 francs. L'admissibilité du cumul objectif d'actions selon l'art. 90 CPC ne pose pas de problème ici, puisque les deux prétentions relèvent de la compétence matérielle des tribunaux ordinaires et du champ d'application de la procédure simplifiée selon l'art. 243 al. 1 CPC. Toutefois, le Tribunal fédéral a considéré dans l'ATF 142 III 788 consid. 4.2.3, que l'art. 93 CPC s'appliquait également lorsqu'il s'agissait de déterminer la compétence matérielle et le type de procédure et que cette disposition pouvait, en cas de cumul objectif d'actions, conduire entre autres à ce que tant la compétence matérielle que le type de procédure puissent être modifiés. En l'occurrence, conformément à l'art. 93 al. 1 CPC, les valeurs litigieuses des prétentions invoquées sont additionnées, pour autant qu'elles ne s'excluent pas mutuellement. Dans l'exemple ci-dessus, cela signifie que pour déterminer la compétence matérielle et le type de procédure, il faut partir d'une valeur 121

litigieuse de 35'000 francs, ce qui satisfait à l'exigence de valeur litigieuse de l'art. 6 al. 2 let. b CPC et exclut le champ d'application de la procédure simplifiée de l'art. 243 al. 1 CPC. Le tribunal de commerce est donc matériellement compétent pour les prétentions objectivement cumulées.

N. Demande reconventionnelle

12 2 Selon l'art. 224 al. 1 CPC, le défendeur peut présenter une demande reconventionnelle dans sa réponse si la prétention invoquée doit être jugée selon le même type de procédure que la demande principale. Si la demande reconventionnelle devait être soumise à la procédure simplifiée uniquement en raison de sa valeur litigieuse, elle reste néanmoins recevable et la procédure ordinaire s'applique en même temps que la demande principale (art. 224 al. 1bis let. a CPC).

12 3 Contrairement au cumul objectif d'actions selon l'art. 90 al. 1 let. a CPC, l'art. 224 CPC ne mentionne pas la même compétence matérielle comme condition de recevabilité de la demande reconventionnelle. Si la valeur litigieuse de la demande reconventionnelle dépasse la compétence matérielle du tribunal de la demande principale, celui-ci doit transmettre la demande principale et la demande reconventionnelle au tribunal ayant la compétence matérielle la plus élevée (art. 224 al. 2 CPC). Il s'ensuit que la même compétence matérielle n'est pas une condition de recevabilité d'une demande reconventionnelle lorsqu'elle est uniquement liée à la valeur litigieuse. Une demande reconventionnelle serait donc en principe recevable devant le tribunal de commerce si elle ne devait pas être qualifiée de litige commercial uniquement en raison de sa valeur litigieuse trop faible. En vertu de l'art. 224 al. 1bis let. a CPC, la procédure simplifiée ne s'y oppose pas non plus. A.M. encore sur la situation juridique avant la révision du CPC adoptée en mars 2023 : Décision du tribunal de commerce du canton de Zurich HG160003 du 21 juin 2017, consid. 1.2 (ZR 2018, n° 8, p. 19 s.) ; KUKO-Richers/Naegeli, n° 8 ad art. 224 CPC.

12 4 Le Tribunal fédéral a ensuite décidé qu'une demande reconventionnelle était recevable devant le tribunal de commerce lorsqu'elle est dirigée contre une partie non inscrite au registre du commerce qui, dans la procédure de demande principale, fait usage de son droit d'option selon l'art. 6 al. 3 CPC, tant qu'il existe une connexité entre la demande principale et la demande reconventionnelle. La question de savoir ce qu'il en est lorsque l'action

principale et la demande reconventionnelle n'ont pas de connexité n'a pas encore été tranchée par la plus haute juridiction. L'admissibilité d'une telle demande reconventionnelle semble toutefois douteuse, d'autant plus que le demandeur principal n'exerce son droit d'option selon l'art. 6 al. 3 CPC qu'en ce qui concerne un litige déterminé et ne se soumet donc pas de manière générale à la compétence du tribunal de commerce.

Une demande reconventionnelle devrait être irrecevable devant le tribunal de commerce si elle ne concerne pas l'activité commerciale d'au moins une partie. 12 5

BIBLIOGRAPHIE

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013.

Baeckert Andreas, Die Kraftloserklärung der restlichen Beteiligungspapiere gemäss Art. 137 FinfraG, Diss., Zürich 2021.

Baumgartner Samuel/Dolge Annette/Markus Alexander R./Spühler Karl, Schweizerisches Zivilprozessrecht mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts, 11. Aufl., Bern 2024 (zit. Baumgartner et al.).

Berger Bernhard, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I: Art. 1–149 ZPO, Bern 2012.

Berger Bernhard/Güngerich Andreas/Hurni Christoph/Strittmatter Reto, Zivilprozessrecht: Unter Berücksichtigung der bernischen und zürcherischen Einführungsgesetzgebung, 3. Aufl., Bern 2025 (zit. Berger et al.).

Berti Stephen V., Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011.

Blattmann Andreas D./Moretti Enrico N., Zivilprozessuale Aspekte der Streitgenossenschaft, SJZ 108 (2012), S. 589 ff.

Blumenstein Ernst, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911.

Brunner Alexander/Vischer Moritz, in: Brunner Alexander/Schwander Ivo/Vischer Moritz (Hrsg.), Dike Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bd. I: Art. 1–196 ZPO, 3. Aufl., Zürich 2024.

Bürgi Wolfhart F./Nordmann-Zimmermann Ursula, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft und die Kommanditaktiengesellschaft (Art. 739-771), Bd. V/5b/3, Zürich 1979.

Chabloz Isabelle, in: Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (Hrsg.), Petite Commentaire, Code de procédure civile, 2020.

Daetwyler George/Stalder Christian, Allgemeiner Verfahrensgang und Zuständigkeit des Handelsgerichts, in: Brunner Alexander/Nobel Peter (Hrsg.), Handelsgericht Zürich 1866–2016: Zuständigkeit, Verfahren und Entwicklungen, Festschrift zum 150. Jubiläum, Zürich 2016, S. 141 ff.

David Lucas/Frick Markus R./Kunz Oliver M./Studer Matthias U./Zimmerli Daniel, in: von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/2, 3. Aufl., Basel 2011 (zit. David et al.).

Domej Tanja, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, ZPO, 3. Aufl., Basel 2021.

Domenig Benjamin/Gür Claudio, Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b und Art. 939 OR: Prozessrechtliche Aspekte, AJP 2 (2021), S. 168 ff.

Droese Lorenz, Res iudicata ius facit: Untersuchung über die objektiven und zeitlichen Grenzen von Rechtskraft im schweizerischen Zivilprozessrecht, Habil., Luzern 2015.

economiesuisse, in: Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2004.

Göksu Tarkan, in: Brunner Alexander/Schwander Ivo/Vischer Moritz (Hrsg.), Dike Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bd. I: Art. 1–196 ZPO, 3. Aufl., Zürich 2024.

Graber Michael, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Grieder Alain, Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Diss., Basel 2016.

Grolimund Pascal/Ammann Dario, in: Staehelin Daniel/Grolimund Pascal (Hrsg.), Zivilprozessrecht: Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Zürich 2024.

Gross Balz/Zuber Roger, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I: Art. 1–149 ZPO, Bern 2012.

Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979 (zit. Guldener, Zivilprozessrecht).

Guldener Max, Zwangsvollstreckung und Zivilprozess, ZSR NF 74 I (1955), S. 19 ff. (zit. Guldener, Zwangsvollstreckung).

Haas Ulrich/Schlumpf Michael, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, ZPO, 3. Aufl., Basel 2021.

Habscheid Walther J./Berti Stephen V., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht: Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2. Aufl., Basel 1990.

Härtsch Theodor, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010.

Hauser Robert/Schweri Erhard/Lieber Viktor, Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10.5.2010 (GOG), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017.

Herzog Nicolas, in: Haas Ulrich/Marghitola Reto (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2020.

Hohl Fabienne, Procédure civile, Bd. I, 2. Aufl., Bern 2016.

Huber-Lehmann Melanie, Die Streitverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss., Zürich/St. Gallen 2018.

Hug Dario, Le consommateur en procédure civile suisse, RJN 2018, S. 15 ff.

Killias Laurent, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II: Art. 150–352 und 400–406 ZPO, Bern 2012.

Kummer Max, Grundriss des Zivilprozessrechts: Nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Aufl., Bern 1984.

Lampel Helene A./Jent-Sørensen Ingrid, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO, 3. Aufl., Zürich 2023.

Leuenberger Christoph, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Band, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2025.

Leuenberger Christoph/Uffer-Tobler Beatrice, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2016.

Lötscher Cordula, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess: Grundsätze, Auswirkungen und Anwendungsfälle unter Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen, Diss., Basel 2016.

Mabillard Ramon, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I: Art. 1–158 SchKG, 3. Aufl., Basel 2021.

Mauchle Yves, Normenkonkurrenzen im Obligationenrecht – zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, AJP 7 (2012), S. 933 ff.

Meier Isaak, Schweizerisches Zivilprozessrecht: eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010.

Meier Isaak/Hamburger Carlo, Vollstreckungsrechtliche Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht – ein exportwürdiges Institut der schweizerischen Verfahrensdogmatik?, BlSchK 78 (2014) S. 201 ff.

Meier Isaak/Rüegg Michael, Handelsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Brunner Alexander (Hrsg.), Europäische Handelsgerichtsbarkeit, Bern 2009, S. 33 ff.

Niklaus Jean-Luc, Quelques aspects judiciaires du droit de la protection des consommateurs, JdT 2017 II, S. 47 ff.

Pahud Eric, in: Brunner Alexander/Schwander Ivo/Vischer Moritz (Hrsg.), Dike Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bd. II: Art. 197–408 ZPO, 3. Aufl., Zürich 2024.

Richers Roman/Naegeli Georg, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, ZPO, 3. Aufl., Basel 2021.

Rüetschi David, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 1. Band, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2025.

Ruggle Peter, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Rüetschi David, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.

Schlumpf Michael, in: Haas Ulrich/Marghitola Reto (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2020

Schmid Roland, Das Verfahren vor Handelsgericht: aktuelle prozessuale Probleme, ZZZ 42 (2017), S. 129 ff.

Schneuwly Andreas, Die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte nach Art. 6 Abs. 2 ZPO, Diss. Zürich/St. Gallen 2021.

Schwaller Julian/Nägeli Georg, Die Zuständigkeit der Handelsgerichte gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO, Jusletter vom 14.11.2011.

Şenel Toylan, Das handelsgerichtliche Verfahren nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss., Basel 2011.

Siffert Rino, Das Handelsregister (Art. 927–943 OR), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 2021.

Sogo Miguel/Naegeli Georg, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, ZPO, 3. Aufl., Basel 2021.

Spühler Karl, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Bd. I, 7. Aufl., Zürich 2016.

Staehelin Daniel, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Band, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2025.

Staehelin Daniel/von Mutzenbecher Florence, Die Revision der ZPO vom 17. März 2023, SJZ 119 (2023), S. 815 ff.

Stalder Christian, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 1. Band, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2025.

Stieger Werner, Die Zuständigkeit der Schweizer Gerichte für Prozesse über und im Zusammenhang mit Patenten ab 2011, sic! 1 (2010)

Vetter Meinrad, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 1. Band, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2025.

Vock Dominik/Aepli Martina, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Vock Dominik/Nater Christoph, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

von Holzen Cristina, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss., Basel 2006.

Wey Rainer, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 1. Band, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2025.

Willisegger Daniel, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Wintsch Alexander/Meyer Richard, Streitwertaddition bei Klagenhäufung und einfacher Streitgenossenschaft; ZZZ 40 (2016), S. 275 ff.

Zemp Daniel, Materiellrechtliche Anspruchskonkurrenz und zivilprozessuale Zuständigkeit: Nach Schweizer Recht unter Berücksichtigung der deutschen Rechtslage, Diss., Basel 2018.

Ziswiler Hans Ulrich, Die Handelsgerichtsbarkeit im Aargauischen Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2006.

Zollinger Markus, Das (kaufmännische) Unternehmen: Eruierung des zivilrechtlichen Begriffs des (nach kaufmännischer Art geführten) Gewerbes unter Berücksichtigung kartell-, straf-, steuer- sowie sozialversicherungsrechtlicher Unternehmens- und Erwerbstätigkeitsbegriffe, Diss., Zürich/St. Gallen 2019.

Zürcher Johann, Zur sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte, in: Markus Alexander R./Eichel Florian/Rodriguez Rodrigo (Hrsg.), Der handelsgerichtliche Prozess: Chancen und Gefahren – national und international, Bern 2019, S. 1 ff.

MATÉRIAUX

Arbeitspapier des Bundesamts für Justiz vom 5.2.2007 an die Kommission für Rechtsfragen des Ständerats betreffend Artikel 6 E ZPO, Handelsgericht (Anhang zum Protokoll der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 15./16.2. 2007)

Bericht der Expertenkommission vom Juni 2003 zum Vorentwurf einer Schweizerischen Zivilprozessordnung (zit. Bericht VE-ZPO).

Beschluss des Kantonsrats des Kantons St. Gallen vom 27.11.1990 über die Zahl der Richter (sGS 941.10).

Beschluss des Kantonsrats des Kantons Zürich vom 10.5.2004 über die Zahl der Handelsrichterinnen und Handelsrichter (LS 212.61).

Botschaft vom 26.2.2020 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), BBl 2020 2697 ff. (zit. Botschaft RE-ZPO).

Botschaft vom 28.6.2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO).

Postulat von Christoph Rudin vom 10.5.2007 mit dem Titel «SP: Gerichte beider Basel», Nr. 2007-114, abgelehnt durch den Beschluss des Landrats vom 18.10.2007, abrufbar unter: https://www.baselland.ch/politik-und-behorden/landrat-parlament/geschafte/geschaftsliste

Protokolle der Expertenkommission für die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts.

Protokolle der Kommissionen für Rechtsfragen des National- und Ständerats.

Protokoll der 17. Sitzung des Amtsjahrs 2015/2016 des Grossen Rats des Kantons Basel-Stadt vom 3.6.2015, S. 541 ff., Geschäftsnr. 14.0147.

Vorentwurf mit erläuterndem Bericht der Direktion der Justiz und des Innern vom 9.9.2024 betr. Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (Änderung; Zurich International Commercial Court und weitere Anpassungen), abrufbar unter: https://www.notes.zh.ch/sk/VNL/vnl.nsf/vw-alldocuments/256839C2A2044654C1258B940052D92A/$File/JI%20-%20%C3%84nderung%20GOG%20(ZICC%20und%20weiteres)%20-%20Vorentwurf%20mit%20erl%C3%A4u.pdf.

Vortrag der Direktion für Inneres und Justiz vom 12.2.2025 betr. Geschäftsnr.: 2022.DIJ.6508, abrufbar unter: https://www.gr.be.ch/de/start/geschaefte/geschaeftssuche/geschaeftsdetail.html?guid=80778b82300f4f1a9225f011744ea74f

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 52 CPC

Un commentaire de Lorenz Sieber

PROPOSITION DE CITATION

Lorenz Sieber, Commentaire de l'art. 52 CPC, in: Lorenz Droese (édit.), Commentaire en ligne du Code de procédure civile

Citation abrégée: OK-Sieber, art. 52 CPC N. XXX.

Titre 3 Principes de procédure et conditions de recevabilité

Chapitre 1 Principes de procédure

Art. 52 Respect des règles de la bonne foi

[1] Quiconque participe à la procédure doit se conformer aux règles de la bonne foi.

[2] Les indications erronées relatives aux voies de droit sont opposables à tous les tribunaux dans la mesure où elles sont avantageuses pour la partie qui s'en prévaut.

TABLE DES MATIÈRES

I. Le principe de la bonne foi (art. 52 al. 1 CPC) 56
A. Fondements 56
B. La bonne foi dans le procès 56
1. Application à la procédure civile 56
2. Remarques sur la genèse 57
3. Aspects internationaux 57
C. Lien particulier ou relation juridiquement pertinente 58
II. Destinataires de la norme 58
III. Contenu de la norme 59
A. Concrétisation de l'art. 52 al. 1 CPC 59
1. Formation de groupes de cas 59
2. Prise en compte des particularités procédurales 60
a. Convention européenne des droits de l'homme et Constitution fédérale 60
b. La bonne foi dans la procédure civile contentieuse 60
3. Bonne foi et interdiction de l'abus de droit 61
4. Rapport avec la réglementation légale 61
a. Généralités 61
b. Exemples de concrétisation légale du principe de la bonne foi 62
B. Sur les différents groupes de cas 63
1. Remarques préliminaires 63
2. Les relations entre les parties 63
a. Obligation d'agir conformément à la bonne foi 63
b. Interdiction de l'abus de droit 65
3. Les relations entre le tribunal et les parties 66
a. Obligation d'agir selon la bonne foi 66
b. Interdiction de l'abus de droit 68
4. Autres personnes impliquées 69
IV. Conséquences juridiques de la violation du devoir d'agir selon la bonne foi 69
A. Généralités : conséquences juridiques au cas par cas 69
B. Sanctions (civiles) procédurales 70
C. Sanctions pénales 71
D. Dommages-intérêts 71
V. Application des normes 72
A. Conséquences générales 72
1. Procédure devant la première instance 72
2. Procédure de recours 72
B. Autres sanctions 73
VI. Vices de la procédure d'ouverture et indication erronée des voies de recours (art. 52 al. 2 CPC) 74
Bibliographie 77

Matériaux 83

I. LE PRINCIPE DE LA BONNE FOI (ART. 52 AL. 1 CPC)

A. Fondements

1 L'art. 52 al. 1 CPC impose à toutes les personnes participant à une procédure civile d'agir « selon les règles de la bonne foi ». Le code de procédure civile reprend ainsi le « principe fondamental de l'ordre juridique suisse » énoncé à l'art. 2 al. 1 CC, selon lequel chacun doit agir de manière conforme à ce principe dans l'exercice de ses droits et dans l'accomplissement de ses obligations. Ce **principe général du droit** contient une « norme de loyauté » et soumet « les relations entre les personnes [aux] valeurs éthiques [de] loyauté, [d'honnêteté] [...] et [de] correction [...] ». L'art. 52 al. 1 CPC reprend ainsi une idée juridique dont les racines remontent à l'Antiquité et qui déploie ses effets dans l'ensemble de l'ordre juridique. Dans ce contexte, la disposition oblige tous les acteurs du procès à se comporter de manière honnête et correcte et à se respecter mutuellement.

B. La bonne foi dans le procès

1. Application à la procédure civile

2 L'obligation d'agir selon la bonne foi contenue à l'art. 52 al. 1 CPC se réfère à la procédure civile telle qu'elle doit être comprise selon l'art. 1 CPC. La **référence à la procédure civile** découle déjà du fait que la disposition figure dans le décret sur la procédure. L'art. 52 al. 1 CPC stipule en effet que « les personnes participant à la procédure » doivent se comporter selon la bonne foi. Même si l'applicabilité du principe énoncé à l'art. 52 al. 1 CPC est ainsi limitée à la procédure civile, celui-ci couvre néanmoins cette dernière dans son intégralité. Cela ressort de son inclusion parmi les principes de procédure (art. 52 à 58 CPC), c'est-à-dire les « règles normatives les plus importantes du droit de procédure civile » qui caractérisent toute procédure (civile). La référence de l'art. 52 al. 1 CPC à la procédure civile a des effets multiples qu'il convient de garder à l'esprit lors de la nécessaire concrétisation de la disposition.

2. Remarques sur la genèse

La validité du principe de la bonne foi dans la procédure civile n'a pas toujours été reconnue : Le Tribunal fédéral n'a longtemps vu aucune nécessité d'appliquer l'art. 2 CC dans le cadre d'un procès, notamment parce que, contrairement aux rapports juridiques matériels, la procédure ne pouvait, en vertu d'une réglementation légale exhaustive, se dérouler autrement que prévu, que les intérêts en jeu étaient donc prévisibles et pouvaient être pesés dans le détail et qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre des intérêts non reconnus par la loi. La Cour suprême a toutefois jugé admissible d'appliquer cette disposition à titre de principe subsidiaire du droit cantonal (coutumier). Dans un article novateur publié en 1943, Max Guldener a toutefois montré que le principe de la bonne foi peut jouer un rôle précieux dans la procédure civile en empêchant l'exercice abusif des droits procéduraux, même si la procédure choisie peut se fonder sur le libellé de la loi. Il a expliqué de manière convaincante : « Si l'exercice des droits privés doit déjà se faire selon la bonne foi, il ne saurait être admissible, lors de la revendication ou de la défense de ces droits en justice, de recourir à une tactique contraire à ce principe ». Par la suite, le Tribunal fédéral a qualifié l'art. 2 CC de « norme de la doctrine générale du droit » dont la validité ne saurait être refusée en dehors du droit civil, et a reconnu le principe de la bonne foi comme un principe général applicable également au droit de procédure et au droit des poursuites. Dans la mesure où la procédure civile était régie par les cantons, le Tribunal fédéral a également attribué le principe de la bonne foi au droit cantonal. La compétence législative en matière de procédure civile relevant désormais également de la Confédération, l'art. 52 CPC précise que le principe de la bonne foi relève également du droit fédéral dans le domaine du droit de la procédure civile. 3

3. Aspects internationaux

La validité du principe de la bonne foi dans la procédure civile est également reconnue au niveau international, comme le montre son inclusion dans les **Principes d'Unidroit relatifs à la procédure civile transnationale**. L'art. 11.1 de ces principes dispose en effet que « les parties et leurs avocats doivent se comporter de bonne foi dans leurs relations avec le tribunal et les autres parties ». Les parties sont ainsi tenues en particulier de « ne pas présenter de 4

demande, de défense, de requête ou toute autre initiative ou réponse qui ne soit pas raisonnablement défendable en droit et en fait ».

C. Lien particulier ou relation juridiquement pertinente

5 Le principe de la bonne foi régit le contenu des rapports juridiques et se rattache à un lien particulier ou à une relation juridiquement pertinente existant entre les personnes concernées, dans le cadre duquel s'épanouissent les droits et obligations découlant du principe général. Il en va de même dans le cadre d'un procès ; l'art. 52 al. 1 CPC ne se distingue pas de l'art. 2 al. 1 CC à cet égard. En conséquence, le Tribunal fédéral précise, en relation avec la notification des pièces judiciaires : « Selon la jurisprudence, ce n'est qu'avec la litispendance qu'il naît un **rapport de procédure** qui oblige les parties à se comporter selon la bonne foi [...] ». Il s'agit ici du rapport juridique existant entre les parties ainsi qu'entre les parties et le tribunal dès le début de la procédure, auquel peuvent être rattachés les différents droits et obligations de celles-ci. Dans la mesure où les personnes impliquées dans le rapport juridique procédural sont concernées, l'exigence d'agir selon la bonne foi se rattache donc à ce rapport.

6 Dans le contexte d'une procédure civile et en relation fonctionnelle avec celle-ci, il existe, outre le rapport juridique procédural, **d'autres relations juridiquement pertinentes** qui peuvent servir de point de rattachement à l'obligation de se comporter de manière honnête et correcte au sens de l'art. 52 al. 1 CPC. Il convient de mentionner, par exemple, les relations de droit public entre l'État et la représentation juridique gratuite ou un expert, ou encore l'obligation de témoigner qui découle de la loi. En ce qui concerne ces personnes, l'obligation d'agir de bonne foi est liée à ces relations.

II. DESTINATAIRES DE LA NORME

7 Selon l'art. 52 al. 1 CPC, **toutes les personnes participant à la procédure** doivent agir selon les règles de la bonne foi. Le texte de la loi ne vise donc pas seulement les parties, le tribunal et ses membres, c'est-à-dire les juges et les autres membres du tribunal, mais aussi toutes les autres personnes participant à la procédure, telles que les représentants des parties, les intervenants et les tiers, comme les témoins ou les experts. Il n'en résulte rien d'autre de la version italienne (« tutte le persone che partecipano al procedimento ») et française (« quiconque participe à la procédure ») de la loi. Il découle toutefois

de la référence de l'art. 52 al. 1 CPC à la procédure civile que l'application de la norme présuppose un lien avec cette procédure. Par conséquent, le principe de bonne foi applicable en vertu du code de procédure civile ne peut produire ses effets que dans la mesure où des actes directement liés à la procédure sont en cause. Au-delà, par exemple en ce qui concerne l'indemnisation d'un expert, seuls les droits et obligations découlant du rapport de droit spécifique sont déterminants.

Il n'y a pas lieu de restreindre davantage la portée de la disposition générale de l'art. 52 al. 1 CPC. Certains doutent certes que l'art. 52 al. 1 CPC s'applique également aux **tiers**, notamment aux témoins, aux experts et aux traducteurs qui ne participent qu'indirectement à la procédure. Comme ceux-ci ne seraient pas couverts par le rapport de droit procédural, le lien nécessaire à l'application de la norme ferait défaut. Comme exposé ci-dessus, il existe toutefois également des relations juridiquement pertinentes avec ces personnes qui exigent l'application de l'art. 52 al. 1 CPC. Il convient de considérer à cet égard que ces personnes ne participent à la procédure civile en question (sous quelque forme que ce soit) que sur la base de ces relations. 8

III. CONTENU DE LA NORME

A. Concrétisation de l'art. 52 al. 1 CPC

1. Formation de groupes de cas

Le principe de la bonne foi, qui implique l'obligation de mener le procès de manière honnête et correcte et de se respecter mutuellement, est extrêmement vague et doit être qualifié de clause générale. Il doit être concrétisé au cas par cas, en procédant conformément à l'art. 1, al. 2, CC et en établissant des règles telles que le législateur les aurait fixées. La jurisprudence et la doctrine ont élaboré une série de **groupes de cas typiques** qui permettent de concrétiser le principe de la bonne foi et qui peuvent être utilisés pour résoudre de nouveaux cas. Avant de présenter certains de ces cas types, il convient d'aborder brièvement quelques aspects fondamentaux qui semblent particulièrement importants pour la concrétisation de l'art. 52 al. 1 CPC. Il convient également de montrer quel est le rapport entre l'obligation générale d'agir selon la bonne foi et les dispositions légales qui contiennent déjà une concrétisation de celle-ci. 9

2. Prise en compte des particularités procédurales

a. Convention européenne des droits de l'homme et Constitution fédérale

10 Les art. 6, ch. 1, CEDH et 29, al. 1, Cst. s'appliquent aux procédures judiciaires en matière civile. Les **garanties procédurales** qui y sont contenues (à savoir la garantie d'un procès équitable et celle d'un traitement égal et équitable) et leurs éléments constitutifs présentent divers points de contact avec le principe de la bonne foi. C'est le cas, par exemple, de l'interdiction du formalisme excessif et du principe de célérité. Dans la mesure où la relation entre le tribunal et une personne impliquée dans la procédure, qu'il s'agisse d'une partie ou d'une autre personne impliquée dans la procédure, est concernée, il convient donc de tenir compte de ces garanties lors de la concrétisation de l'art. 52 al. 1 CPC. L'obligation du tribunal d'agir selon la bonne foi découle également de l'art. 9 Cst.

b. La bonne foi dans la procédure civile contentieuse

11 Le code de procédure civile s'applique en particulier aux affaires civiles litigieuses (art. 1, let. a, CPC). Sont considérées comme telles les procédures contradictoires entre au moins deux parties qui visent à régler de manière définitive et durable des rapports de droit civil au sens d'une *res iudicata*. La procédure civile peut donc être comprise comme une procédure visant à déterminer de manière définitive l'existence et le contenu des relations juridiques entre les parties. Elle sert à faire respecter leurs droits (subjectifs). Comme dans les relations juridiques en général, et notamment lors de la justification de leurs droits, les parties sont également tenues, lors de leur mise en œuvre, de respecter la norme générale de loyauté découlant de la bonne foi. Toutefois, les parties au litige sont en conflit et doivent donc se traiter avec une certaine méfiance. On ne peut attendre d'elles qu'elles aident la partie adverse à gagner le procès ; le principe de la bonne foi n'interdit ni les manœuvres procédurales ni la mise en œuvre d'une stratégie procédurale favorable. Les parties ont en outre le droit de se prévaloir des règles de procédure existantes et d'exiger le respect des formes procédurales. Il convient de tenir compte de ces éléments lors de la concrétisation de l'art. 52 al. 1 CPC, dans la mesure où le rapport entre les parties au procès est concerné. Comme cela a été relevé à plusieurs reprises, le principe de la

bonne foi doit être appliqué avec encore plus de **prudence dans le procès qu'en droit matériel**.

3. Bonne foi et interdiction de l'abus de droit

Comme indiqué, le code de procédure civile reprend le principe général de la procédure civile énoncé à l'art. 2 CC. Selon son libellé, la disposition de l'art. 52 al. 1 CPC reprend certes uniquement l'exigence d'agir selon la bonne foi prévue à l'art. 2 al. 1 CC. Il est toutefois reconnu que, même en procédure, l'abus manifeste d'un droit ne bénéficie d'aucune protection juridique, de sorte que l'art. 52 al. 1 CPC englobe également l'interdiction de l'abus de droit prévue à l'art. 2 al. 2 CC. L'art. 52 al. 1 CPC contient ainsi un **principe de loyauté** et une **interdiction de déloyauté**. 12

4. Rapport avec la réglementation légale

a. Généralités

L'art. 52 al. 1 CPC contient un principe général du droit qui s'ajoute aux dispositions légales individuelles. Il convient de clarifier comment ce principe général **se rapporte** à la réglementation légale dans le détail. Le Tribunal fédéral s'est déjà prononcé très tôt sur cette question : « [L]e principe de la bonne foi ne peut primer celui de la légalité et donner au juge le pouvoir de modifier comme il l'entend la loi ou d'en faire purement abstraction [...]. En particulier, la référence au principe de la bonne foi ne permet pas au juge d'introduire dans le droit toutes sortes de postulats d'éthique sociale que le législateur n'a pas voulu y insérer. [...] Bien plus, lorsque le but d'une disposition légale est défini clairement ou qu'il revêt un caractère absolu, comme c'est le cas des règles de procédure, il n'y a normalement pas place pour une adaptation au cas particulier sous le signe de la bonne foi [...]. » En conséquence, le droit de la procédure civile laisse généralement peu de place à la possibilité de déroger à une règle de procédure claire pour cause de violation du principe de la bonne foi ou d'abus de droit. Il ne faut donc recourir à la clause générale de l'art. 52 al. 1 CPC que si un acte déterminé, qui ne fait pas l'objet d'une réglementation légale spéciale, doit être qualifié de contraire à la bonne foi. 13

Il convient de déterminer au cas par cas, **par interprétation** des dispositions légales en question, si et dans quelle mesure le législateur a laissé une marge 14

pour recourir à la bonne foi. À cet égard, les circonstances exposées ci-dessus ainsi que le fait que les parties au litige sont en conflit les unes avec les autres incitent à une application prudente du principe général. Dans le même temps, la loi elle-même prévoit, à l'art. 52 al. 1 CPC, l'application de la bonne foi également dans la procédure civile, raison pour laquelle une application trop restrictive du principe général ne se justifie pas non plus. Cela vaut d'autant plus que le code de procédure civile ne contient pas de réglementation exhaustive de la procédure civile qui serait en mesure de prendre en compte à l'avance tous les intérêts en jeu et d'exclure toute nécessité d'un impératif général de bonne foi.

15 Le principe de la bonne foi n'a toutefois pas seulement un effet correctif sur certaines dispositions légales. Il doit déjà être pris en compte **dans le cadre de l'interprétation (téléologique)** des différentes dispositions du décret sur la procédure, afin que celles-ci puissent être appliquées sans contradiction avec le principe général du droit.

b. Exemples de concrétisation légale du principe de la bonne foi

16 On peut notamment renvoyer aux **concrétisations** suivantes du principe de la bonne foi **dans le code de procédure civile** :

17 Selon l'art. 49 al. 1 CPC, une partie qui souhaite récuser un juge doit en faire la demande au tribunal dès qu'elle a connaissance du motif de récusation.

18 L'art. 56 CPC oblige le tribunal à donner à une partie la possibilité de clarifier et de compléter ses arguments par des questions appropriées lorsque ceux-ci sont obscurs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets (**obligation judiciaire de poser des questions**).

19 Selon l'art. 128 al. 3 CPC, les parties peuvent être punies d'une amende d'ordre en cas de **conduite de procédure abusive ou téméraire**.

20 L'art. 132 al. 1 et 2 CPC stipule que les requêtes lacunaires, illisibles, irrecevables, incompréhensibles ou trop longues doivent être améliorées dans un délai supplémentaire fixé par le tribunal. Selon l'art. 132 al. 3 CPC, les **requêtes querelleuses et abusives** sont en revanche renvoyées sans autre.

21 Selon l'art. 134 CPC, la **convocation** doit être envoyée au moins dix jours avant la date de la comparution, sauf disposition contraire de la loi.

En cas de **refus d'accepter une lettre judiciaire**, celle-ci est néanmoins réputée notifiée le jour du refus si elle a été remise en mains propres, conformément à l'art. 138 al. 3 let. b CPC. 22

Le tribunal **informe** d'office les parties, conformément à l'art. 145 al. 3 CPC, des **exceptions à la suspension des délais**. 23

L'art. 148 CPC régit la **restitution des délais non observés**. 24

Conformément à l'art. 160 CPC, les parties ont une **obligation de collaborer à l'administration des preuves**. Cela vaut en particulier lorsque la partie adverse, qui doit prouver un fait, se trouve dans l'impossibilité d'apporter la preuve et que la partie qui n'a pas la charge de la preuve est mieux à même de la fournir, ainsi que dans le cadre de la preuve de faits négatifs. Le tribunal tient compte du refus injustifié de coopérer à l'administration des preuves lors de l'appréciation des preuves, conformément à l'art. 164 CPC. 25

B. Sur les différents groupes de cas

1. Remarques préliminaires

Nous présentons ci-après quelques **catégories de cas** reconnus dans la doctrine et la jurisprudence comme constituant des comportements contraires à la bonne foi dans le procès. Compte tenu de ce qui précède, ceux-ci doivent être classés selon que la relation entre les parties, celle entre les parties et le tribunal ou celle avec une autre partie à la procédure est en cause et selon que le principe de la bonne foi ou celui de l'interdiction de l'abus de droit est invoqué. Cette présentation n'est pas exhaustive. Les cas reconnus peuvent en effet servir à concrétiser l'art. 52 al. 1 CPC dans d'autres configurations, notamment celles impliquant des destinataires de la norme qui ne sont pas parties au rapport juridique procédural. A propos de ce dernier cas, il a toutefois été relevé à juste titre que les obligations de comportement incombant à ces personnes sont souvent régies ailleurs dans la loi. 26

2. Les relations entre les parties

a. Obligation d'agir conformément à la bonne foi

Il découle de l'art. 52 al. 1 CPC que les actes de procédure (unilatéraux et multilatéraux) doivent être interprétés conformément à la bonne foi. Ainsi, 27

pour comprendre un acte de procédure, il n'importe pas la volonté subjective de la partie, mais la manière dont il pouvait être objectivement compris compte tenu de toutes les circonstances. Les erreurs manifestes telles que la désignation erronée d'un moyen de recours ou de la partie adverse, les erreurs de calcul ou un choix de mots erroné ou malheureux ne portent pas préjudice. En cas d'imprécision ou d'incomplétude d'une requête, le tribunal peut notamment être tenu, en vertu de l'art. 56 CPC, de donner à une partie la possibilité de clarifier sa requête en lui posant des questions appropriées. Un acte de procédure irrecevable ou inefficace doit en outre être interprété comme un acte de procédure valable ayant le même objectif, si le premier présente tous les éléments constitutifs du second et si la volonté de la partie d'effectuer l'autre acte de procédure en cas d'inexactitude du premier est constatable. Il convient en outre de tenir compte du fait qu'il s'agit d'un acte de procédure déposé par un profane. En particulier, on ne peut attendre d'une partie qui n'est pas versée dans le droit qu'elle utilise des termes juridiques spécialisés, que ce soit dans leur sens littéral ou dans le sens qui leur est habituellement donné dans les milieux spécialisés. Les conclusions ne doivent pas être interprétées à la lettre sans que l'on se demande quel sens il convient de leur donner. Elles doivent toujours être lues à la lumière des motifs invoqués.

28 Les parties sont tenues à une **obligation de vérité** dans la mesure où elles ne peuvent pas alléguer de propos délibérément faux ou contester sciemment des faits avérés. Une allégation ou une contestation délibérément fausse n'est pas prise en considération dans la procédure et même des déclarations concordantes contraires à la vérité ne lient pas le tribunal. Cela ne signifie toutefois pas que seules les allégations que la partie sait être vraies sont admissibles et que seules les allégations connues pour être fausses peuvent être contestées. Au contraire, les simples suppositions sont admissibles, pour autant qu'elles ne soient pas totalement dénuées d'éléments concrets. De telles suppositions peuvent même, dans certaines circonstances, être requises par la procédure. Il est admissible d'alléguer un fait connu comme faux qui n'a que des conséquences défavorables pour soi-même. Il n'y a aucune obligation de présenter des faits défavorables à son propre point de vue ou des faits qui contredisent sa propre présentation des faits. L'obligation de la partie qui n'a pas la charge de la preuve de contester de manière substantielle les allégations de la partie adverse découle en partie de l'obligation de dire la vérité. Dans la mesure où une partie est tenue de coopérer à l'administration des preuves,

notamment dans le cadre d'un interrogatoire ou d'une déposition, l'obligation de dire la vérité découle déjà des art. 160 al. 1 let. a, 191 al. 1 et 192 al. 1 CPC.

Enfin, le principe de la bonne foi permet de déduire l'exigence de **respect de la confiance accordée dans le cadre de la procédure**. Si une partie suscite chez la partie adverse une confiance digne de protection, elle doit y répondre. La confiance n'est toutefois digne de protection que si la partie adverse ne connaissait pas les faits réels et ne pouvait pas les connaître même en faisant preuve de la diligence requise dans le cas concret. Ainsi, une partie doit se tenir à ses déclarations si la partie adverse peut en déduire de bonne foi qu'elle a pris domicile. La fixation sur l'apparence juridique créée par les déclarations intervient sans tenir compte d'une volonté interne divergente de la partie et avec les conséquences correspondantes pour la compétence territoriale du tribunal. Il convient toutefois de toujours examiner de manière critique dans quelle mesure une confiance correspondante se justifie dans le cas d'espèce, compte tenu des particularités de la procédure civile (contentieuse). 29

b. Interdiction de l'abus de droit

L'interdiction de l'abus de droit comprend l'**interdiction de créer ou d'exploiter de manière abusive des situations juridiques procédurales**. Si une partie obtient de manière abusive une position procédurale avantageuse à l'égard de la partie adverse, celle-ci n'est pas reconnue. Agit de manière abusive, par exemple, celui qui empêche d'abord la partie adverse de prouver ce qui lui incombe, puis invoque ensuite l'échec de cette preuve. Dans ce cas, la partie qui a empêché la preuve doit être empêchée de faire valoir que la prétention factuelle contestée est contestée. Ensuite, l'action contre plusieurs co-litigants est abusive si elle a pour seul but de contourner le for ordinaire de l'un des co-litigants. Le fait de faire valoir une créance divisible dans plusieurs actions partielles afin d'éviter un certain type de procédure ou une certaine compétence peut également constituer une violation de l'interdiction de l'abus de droit. 30

L'**abus des pouvoirs procéduraux** ne bénéficie d'aucune protection. Le comportement abusif doit être frappé de la conséquence juridique qui s'impose dans des circonstances normales. Est abusif l'exercice inutile, vexatoire ou contraire à sa finalité d'un droit. Est par exemple considéré comme abusif le fait d'intenter de mauvaise foi ou par caprice une action 31

vouée à l'échec ou de former un recours qui ne vise pas à défendre un intérêt légitime, mais à atteindre d'autres buts, tels que retarder la procédure ou importuner la partie adverse. En revanche, n'agit pas de manière abusive celui qui défend dans une procédure de recours une décision rendue en sa faveur par l'instance précédente. Est considérée comme vexatoire la présentation d'un grand nombre de requêtes qui sont manifestement disproportionnées par rapport aux intérêts poursuivis.

32 Enfin, un **comportement contradictoire** des parties peut constituer un abus de droit. Il est abusif de ne soulever des griefs formels qu'à l'issue défavorable de la procédure, alors qu'ils auraient pu être invoqués plus tôt. De même, les éléments de fait nouveaux doivent être introduits dans la procédure dans la mesure du possible et ne peuvent être retenus afin d'être invoqués ultérieurement pour demander l'annulation d'une décision défavorable. Une partie doit accepter le reproche d'abus de droit lorsqu'elle reproche au tribunal d'avoir irrecevablement écarté un moyen de preuve ou omis de prendre une mesure d'instruction, alors qu'elle avait auparavant déclaré accepter le premier ou renoncé à la seconde au cours de la procédure. Une partie agit de manière contradictoire lorsque son comportement est incompatible avec la conduite antérieure de la procédure à l'égard de la même partie adverse et vise à obtenir un avantage injustifié. Il est également irrecevable d'adopter des positions contradictoires dans une même procédure. Une demande de mesures superprovisoires peut être contraire à la bonne foi si elle vise à attendre qu'une urgence particulière se présente. L'interdiction de l'abus de droit exige donc des parties qu'elles adoptent un comportement cohérent pendant la procédure. Il faut toutefois toujours garder à l'esprit que les parties s'affrontent dans un procès civil litigieux, qu'on ne peut donc pas exiger d'elles plus que le respect d'une certaine norme de loyauté et que l'interdiction de l'abus de droit ne peut pas prévaloir sur une réglementation légale antérieure.

3. Les relations entre le tribunal et les parties

a. Obligation d'agir selon la bonne foi

33 Le tribunal est tenu à la vérité ; il ne doit pas mentir ou tromper les parties à la procédure en leur fournissant sciemment des informations erronées. Les parties sont généralement protégées contre les **informations inexactes** (fournies par erreur), les critères développés à propos de l'art. 9 Cst. pouvant

être invoqués à cet égard. La confiance d'une partie dans une information fournie par le tribunal sur une question concrète soulevée dans le cadre d'une procédure en cours est donc digne de protection si elle ne pouvait pas facilement reconnaître le caractère inexact de l'information et si, se fondant sur cette information, elle a pris des dispositions qu'elle ne peut pas annuler sans subir un préjudice. Le droit à la protection de la confiance légitime s'éteint si l'ordre juridique a changé entre le moment où l'information a été donnée et celui où les faits se sont réalisés ou s'il existe des intérêts prépondérants à l'application correcte du droit. Une confiance légitime ne peut naître qu'à l'égard de questions de procédure, et non à l'égard de questions de droit matériel, dont l'existence doit être clarifiée par le procès. Les parties ne peuvent pas compter ici sur le fait que le tribunal puisse donner une information contraignante autrement que par le prononcé du jugement. La confiance légitime ne peut toutefois pas être fondée uniquement sur des informations (erronées), qui constituent toutefois un groupe de cas important, mais sur l'ensemble du comportement du tribunal. On peut penser par exemple au cas où une décision (de procédure) donne aux parties l'impression que le tribunal se comportera d'une certaine manière. Cela permet également de tenir compte, dans les relations entre le tribunal et les parties, du principe de la confiance légitime.

Une partie ne doit subir aucun préjudice du fait d'un **vice de forme dans la procédure d'ouverture** ou d'une **indication erronée des voies de recours**. Le cas d'une indication erronée des voies de recours a été expressément réglé par l'art. 52, al. 2, CPC dans le cadre de la dernière révision du code de procédure civile. Les cas mentionnés seront donc examinés ci-après, aux n. 52 ss, lors de l'analyse de cette disposition. 34

Le principe de la bonne foi continue de s'appliquer en cas de **modification d'une pratique jurisprudentielle** : il ne s'oppose pas à un changement de pratique fondé sur des raisons objectives et le principe selon lequel la nouvelle jurisprudence est immédiatement applicable, y compris aux procédures pendantes, s'applique. Toutefois, si un changement de pratique concerne les conditions d'exercice d'un recours, notamment les délais et les formes, et si son application immédiate aurait pour conséquence de désavantager la partie concernée, il doit en principe être annoncé au préalable, conformément à la bonne foi. Dans la procédure qui a donné lieu au changement de pratique, l'ancienne pratique reste donc déterminante. 35

36 Enfin, le tribunal viole également le principe de la bonne foi lorsqu'il ne rend pas sa décision dans un délai raisonnable compte tenu de la nature de l'affaire et des circonstances du cas d'espèce et qu'il enfreint ainsi l'**interdiction de retarder indûment l'exécution des droits** ou le **principe de la célérité**. Toutefois, cela concerne ici principalement le champ d'application de l'art. 6, ch. 1, CEDH et de l'art. 29, al. 1, Cst., raison pour laquelle il n'y a pas lieu d'approfondir cette question ici.

b. Interdiction de l'abus de droit

37 Si le tribunal est tenu d'appliquer les règles de procédure et les exigences formelles en vigueur afin de garantir le bon déroulement de la procédure et, partant, le respect de la Constitution, il ne doit toutefois pas le faire avec une rigueur excessive. L'**interdiction du formalisme excessif** constitue la limite de la rigueur formelle à respecter dans le cadre de la procédure. Cela ne concerne pas seulement le contenu normatif de l'interdiction de refuser le droit selon l'art. 6, ch. 1, CEDH et l'art. 29, al. 1, Cst., mais présente également un lien étroit avec le principe de la bonne foi. Le tribunal agit de manière abusive lorsqu'il tombe dans un formalisme excessif. Tel est le cas lorsque des règles de forme rigoureuses sont établies pour une procédure sans que cette rigueur soit objectivement justifiée, lorsque le tribunal applique des règles formelles avec une sévérité excessive ou impose des exigences exagérées aux actes de procédure et empêche de manière inadmissible la personne qui cherche à faire valoir ses droits. Il en résulte que le tribunal doit, par exemple, interpréter les conclusions présentées à la lumière des motifs de l'acte de procédure et, le cas échéant, de la décision attaquée, ou signaler aux parties les irrégularités de leurs actes de procédure et leur donner la possibilité de les corriger. Une requête mal adressée ou insuffisamment affranchie est également valable pour le respect du délai, à condition que la partie remédie au vice après le renvoi par la poste (après l'expiration du délai).

38 À l'instar des parties, le tribunal agit de manière abusive lorsqu'il **se contredit**. Ainsi, le tribunal commet un abus de droit lorsqu'il envoie une décision à une adresse qui n'est plus valable et reproche ensuite à la partie de l'avoir refusée, alors qu'il a été informé de son nouveau domicile. En outre, le tribunal peut être accusé d'avoir violé la bonne foi en notifiant une décision à une partie pendant ses vacances, alors qu'il lui avait précédemment assuré qu'il renoncerait à effectuer des notifications susceptibles de faire courir un délai

pendant cette période. Le Tribunal fédéral a jugé inhabituel, mais non contraire à la bonne foi, qu'un tribunal, après avoir donné à la partie adverse la possibilité de se prononcer sur les conditions de recevabilité de la procédure, lui ait d'abord fixé un délai pour répondre par écrit à une demande, puis ait réduit ce délai quelques jours plus tard et n'ait pas donné suite à la demande.

Enfin, les parties ne doivent pas non plus se comporter de manière déloyale ou abusive à l'égard du tribunal. Ainsi, on ne peut en principe reprocher à une partie qui sollicite l'assistance judiciaire gratuite d'être elle-même responsable de son indigence. Toutefois, si elle a renoncé à un revenu ou s'est dessaisie de certains éléments de fortune précisément en vue du procès à mener, ce comportement n'est pas protégé et l'avantage juridique peut lui être refusé. 39

4. Autres personnes impliquées

L'obligation de dire la vérité ne s'applique pas seulement aux parties et au tribunal, mais aussi aux autres personnes impliquées dans une procédure. Cette obligation fait souvent l'objet d'une réglementation légale distincte. Il convient à cet égard de renvoyer notamment à l'art. 171, al. 1, CPC pour les témoins et à l'art. 184, al. 1, CPC pour les experts. Mais là encore, le principe de la bonne foi implique que les déclarations mensongères faites au cours du procès doivent rester sans effet. 40

IV. CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE LA VIOLATION DU DEVOIR D'AGIR SELON LA BONNE FOI

A. Généralités : conséquences juridiques au cas par cas

Le devoir d'agir selon la bonne foi exige, d'une manière générale, que la confiance légitime soit respectée et que tout comportement contraire à la bonne foi soit dépourvu d'effet juridique. Ce que cela signifie concrètement ne peut être précisé qu'au regard du **comportement concret en cause**. Les conséquences juridiques de la violation du principe juridique sont donc déterminées en fonction des cas de figure développés pour son application. Pour plus de détails, il convient de se référer aux explications fournies lors de l'examen de chacun de ces cas de figure. 41

B. Sanctions (civiles) procédurales

42 Le tribunal peut tenir compte d'un comportement contraire à la bonne foi dans la procédure lors de la répartition des frais de procédure. Un tel comportement peut justifier, en vertu de l'art. 107 al. 1 let. f CPC, une dérogation aux principes généraux de répartition. En outre, le tribunal a la possibilité, en vertu de l'art. 108 CPC, de mettre les frais de procédure inutiles à la charge de la partie qui les a occasionnés. Le recours à ces dispositions n'est toutefois nécessaire que lorsque le comportement contraire à la bonne foi n'entraîne pas de toute façon la perte du procès, notamment parce qu'il n'est pas donné suite à une action ou à un recours et que la partie qui a agi de manière contraire à la bonne foi doit donc déjà supporter les frais en vertu de l'art. 106 CPC. On peut donc penser à des cas dans lesquels la partie qui obtient finalement gain de cause peut se voir reprocher certaines violations du principe de la bonne foi. En cas de conduite abusive ou téméraire en justice, les frais judiciaires peuvent également être mis à la charge de la partie concernée dans les procédures gratuites, conformément à l'art. 115 al. 1 CPC. Conformément à l'art. 119 al. 6 CPC, cela vaut en particulier pour les procédures d'assistance judiciaire gratuite. En revanche, conformément à l'art. 107 al. 1 let. b CPC, aucune dépense n'est mise à la charge d'une partie qui a perdu le procès si elle a agi de bonne foi. Tel est notamment le cas lorsqu'une requête est déclarée irrecevable en raison d'un changement de pratique (qui, à titre exceptionnel, n'a pas à être annoncé à l'avance).

43 L'accès au tribunal ne doit pas être accordé pour des demandes abusives ou téméraires, mais uniquement pour la défense d'intérêts dignes de protection. Il n'y a donc pas de droit à l'assistance judiciaire gratuite en cas de conduite abusive du procès et, dans ce cas, l'avantage juridique accordé peut être retiré (même rétroactivement).

44 En cas de conduite de la procédure de mauvaise foi ou abusive, et donc contraire à la bonne foi, le tribunal a alors la possibilité d'infliger à la partie ou à son représentant une amende d'ordre conformément à l'art. 128 al. 3 CPC. Il s'agit là d'une mesure disciplinaire qui peut être prise en plus de la condamnation aux frais de procédure.

C. Sanctions pénales

Un comportement contraire à la bonne foi peut également, dans certaines circonstances, relever du droit pénal. En vertu des art. 306 al. 1 et 307 al. 1 CP, la partie qui, après avoir été sommée par le juge de dire la vérité, fait un faux témoignage, ainsi que les tiers participant indirectement au procès (témoins, experts, traducteurs interprètes) qui font de fausses déclarations, donnent un faux résultat ou un faux avis ou font une traduction erronée peuvent être punis d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire. En cas de comportement abusif, un membre du tribunal peut être puni pour abus d'autorité en vertu de l'art. 312 CP. Dans certains cas, il peut également s'agir d'un faux dans un titre au sens de l'art. 251 CP. Une affirmation délibérément fausse d'une partie au procès peut alors constituer une fraude au procès au sens de l'art. 146 CP. La fraude judiciaire consiste en une tromperie dolosive du tribunal par des allégations mensongères des parties au procès visant à obtenir une décision préjudiciable (sans fondement matériel) au patrimoine d'une partie au procès ou d'un tiers. Le fait qu'une partie ait déjà été condamnée à une amende d'ordre au sens de l'art. 128, al. 3, CPC, qui n'est pas une mesure pénale, n'exclut pas sa poursuite pénale. 45

D. Dommages-intérêts

L'introduction d'une action, l'exercice de voies de droit ou de recours et la présentation de requêtes en procédure sont en principe licites même si l'acte en question s'avère finalement infructueux. Toute personne est habilitée à demander la protection du droit pour des prétentions qu'elle estime pouvoir faire valoir, pour autant qu'elle agisse de bonne foi. La partie adverse doit accepter les inconvénients qui en résultent, sous réserve des conséquences en matière d'indemnisation prévues aux art. 106 ss CPC. En revanche, si la procédure étatique est utilisée de manière abusive ou si la partie agit de manière déloyale ou malveillante, cela peut donner lieu à une demande de dommages-intérêts en vertu de l'art. 41 CO. On peut notamment penser à l'introduction de recours manifestement voués à l'échec, à l'engagement d'une procédure sans intérêt à obtenir une protection juridique, à la conduite d'une procédure vexatoire dans le seul but de nuire à la partie adverse ou à l'introduction d'une procédure en violation d'un accord clair ou dans le but de poursuivre des objectifs étrangers à la procédure (par exemple, retarder la procédure). 46

V. APPLICATION DES NORMES

A. Conséquences générales

1. Procédure devant la première instance

47 Le tribunal applique d'office le droit en vertu de l'art. 57 CPC. Il doit donc tenir compte d'office du principe de la bonne foi, pour autant que les conditions matérielles nécessaires soient réunies et établies de la manière prévue par le code de procédure civile. Il n'est pas nécessaire de former une exception particulière. En vertu de l'art. 8 CC et de l'art. 55 al. 1 CPC, il incombe normalement à la partie qui invoque un comportement abusif de la partie adverse d'alléguer et de prouver les faits correspondants. Cela vaut en tout état de cause lorsque la violation de la bonne foi invoquée résulte d'un acte de la partie adverse qui n'a pas de lien direct avec le procès, par exemple en cas d'entrave à la preuve ou d'abus de pouvoir procédural. Si, en revanche, la violation alléguée du principe de la bonne foi repose sur un comportement de la partie adverse dans le procès qui est directement perceptible par le tribunal, par exemple en cas de comportement contradictoire, les faits correspondants doivent être considérés comme connus du tribunal en vertu de l'art. 151 CPC et n'ont pas besoin d'être allégués ni prouvés. Le tribunal est tenu de prendre en considération d'office les faits correspondants. Il en va de même lorsque le comportement du tribunal lui-même est en cause ou lorsque celui-ci doit examiner d'office les faits conformément à l'art. 296 al. 1 CPC.

2. Procédure de recours

48 Si, de l'avis d'une des parties, le tribunal de première instance a appliqué de manière erronée l'art. 52 CPC ou encore l'art. 9 ou 29 al. 1 Cst., celle-ci peut contester la décision correspondante par voie d'appel (art. 308 ss CPC) ou de recours (art. 319 ss CPC), pour autant que les conditions d'exercice du moyen de droit en question soient remplies. Un intérêt digne de protection à l'égard du recours au sens de l'art. 59 al. 2 let. a CPC n'existe toutefois que si l'erreur reprochée à la première instance est de nature à entraîner la modification ou l'annulation de la décision attaquée. Cela doit être exposé dans les motifs. En principe, c'est-à-dire au moins en cas de doute, il faut donc montrer pourquoi la violation du principe de la bonne foi invoquée dans la procédure de recours aurait conduit à un autre résultat de la procédure.

La violation de l'art. 52 CPC peut être contestée devant le Tribunal fédéral par un recours en matière civile au sens des art. 72 ss CPC. LTF, la violation de droits constitutionnels tels que l'art. 9 ou l'al. 1 de l'art. 29 Cst. avec ce recours ou, s'il n'est pas disponible dans le cas d'espèce, avec le recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Il n'est en revanche pas admissible de faire valoir la violation du code de procédure civile lorsque seul le recours constitutionnel subsidiaire est ouvert. Il convient également de noter qu'il n'existe aucun intérêt digne de protection ou juridiquement protégé à obtenir une réponse à des questions purement théoriques ou abstraites. En cas de doute, il convient donc également de montrer dans quelle mesure la violation alléguée de la bonne foi est susceptible d'influencer l'issue de la procédure. Ici aussi, le recours doit satisfaire aux exigences générales de forme et doit notamment être suffisamment motivé. 49

B. Autres sanctions

En règle générale, dans sa décision finale (art. 104 al. 1 CPC), le tribunal fixe d'office les frais de justice conformément aux tarifs cantonaux applicables (art. 96 CPC) en application des principes exposés ci-dessus (art. 105 al. 1 CPC). Elle n'accorde une indemnité à la partie adverse que sur demande, qui ne doit pas être chiffrée (art. 105 al. 2 CPC). Si le tribunal répartit les frais de procédure selon les principes habituels, c'est-à-dire en particulier en fonction du succès ou de l'échec de la partie, conformément à l'art. 106 al. 1 CPC, il n'est pas nécessaire, selon la jurisprudence, d'entendre les parties sur la question des frais. Si le tribunal souhaite déroger à ces principes parce qu'une des parties a agi de manière déloyale, il doit donc lui accorder le droit d'être entendue. La décision sur les frais peut être contestée en même temps que la décision principale et est alors soumise au même recours que celle-ci. Conformément à l'art. 110 CPC, la décision sur les frais peut être contestée séparément par voie de recours. Devant le Tribunal fédéral, la décision sur les frais peut également être contestée avec la décision sur le fond. Si seuls les frais de la procédure cantonale sont litigieux, il convient de distinguer les deux cas suivants : si l'instance cantonale supérieure a également statué sur le fond, seuls les frais devant le Tribunal fédéral constituent un point accessoire de cette décision. La voie de recours est alors celle ouverte pour la décision sur le fond et le recours disponible est celui qui a été accordé dans cette décision. En revanche, si seule la question des frais était litigieuse dans la procédure cantonale de recours ou de révision, celle-ci est seule 50

déterminante et, selon la valeur litigieuse et selon qu'une question de droit d'importance fondamentale se pose ou non, le recours en matière civile ou le recours constitutionnel subsidiaire sont disponibles. La valeur litigieuse est déterminée ici conformément à l'art. 51 al. 1 let. a LTF, en fonction des frais litigieux dans la procédure cantonale.

51 Les amendes d'ordre prévues à l'art. 128 al. 3 CPC sont prononcées par le tribunal dans le cadre de la direction de la procédure (art. 124 al. 1 CPC) dans une procédure disciplinaire. Il décide d'office s'il y a lieu de prononcer une amende d'ordre dans un cas concret. La partie adverse dans la procédure civile n'est pas directement partie à la procédure disciplinaire et n'a pas le droit de présenter des conclusions dans celle-ci. Le droit de la personne concernée d'être entendue doit être respecté. Conformément à l'art. 128 al. 4 CPC, l'imposition d'une amende d'ordre peut faire l'objet d'un recours au sens des art. 319 ss CPC et, selon le cas, d'un recours en matière civile ou d'un recours constitutionnel subsidiaire. Mentionnons en passant que toute sanction pénale doit être prononcée dans le cadre de la procédure pénale correspondante et que les dommages-intérêts doivent être réclamés dans une procédure civile.

VI. VICES DE LA PROCÉDURE D'OUVERTURE ET INDICATION ERRONÉE DES VOIES DE RECOURS (ART. 52 AL. 2 CPC)

52 Comme exposé, il découle du principe de la bonne foi qu'une partie ne doit subir aucun préjudice du fait d'un vice de la procédure d'ouverture et en particulier d'une indication erronée des voies de recours. En cas d'**indication erronée des voies de recours**, l'instance de recours est donc liée par la confiance que l'instance précédente a suscitée chez la partie par l'indication erronée. Selon la jurisprudence en vigueur jusqu'à la révision du code de procédure civile du 17 mars 2023, la protection de la bonne foi s'appliquait à la partie ou à son représentant qui n'avait pas connaissance du vice et qui n'aurait pas dû en avoir connaissance même en faisant preuve de la diligence requise. Le degré d'attention requis était déterminé en fonction des circonstances de l'espèce. Une personne qui avait déjà constaté le vice lors de la consultation des dispositions procédurales pertinentes ne pouvait se prévaloir d'une indication erronée des voies de recours. En revanche, il n'était en principe pas nécessaire de consulter la jurisprudence et la doctrine

pertinentes en plus du texte de loi. On ne pouvait toutefois attendre d'une partie non représentée par un avocat qu'elle consulte la loi que si elle disposait de connaissances suffisantes pour trouver les dispositions pertinentes et, le cas échéant, les interpréter. Les avocats avaient davantage à faire et devaient au moins vérifier sommairement les voies de recours. La confiance légitime de la partie pouvait être satisfaite, selon les circonstances, par une prolongation du délai de recours ou par le renvoi de l'affaire à l'instance compétente. En revanche, une indication erronée des voies de recours ne pouvait créer un recours non prévu par la loi. Selon les mêmes principes, une partie agissant avec la diligence requise ne pouvait subir aucun préjudice résultant d'autres **vices de forme**, par exemple la remise d'une décision à un tiers non habilité à la recevoir. Toutefois, tant les vices de forme que les informations erronées sur les voies de recours n'avaient d'effet que si la partie avait effectivement été induite en erreur et lésée. Si, malgré la notification défectueuse, elle avait pu prendre connaissance de la décision ou former un recours dans les délais, elle ne pouvait invoquer le vice de procédure.

Les Chambres fédérales ont estimé que cette jurisprudence relative à 53
l'indication erronée des voies de recours était trop stricte, voire excessivement formaliste, raison pour laquelle elles ont, lors de la révision du code de procédure civile du 17 mars 2023 (en vigueur depuis le 1er janvier 2025), notamment au nom de la « convivialité pour les profanes », soumis ce cas de figure à une réglementation légale à l'art. 52 al. 2 CPC. Le libellé de la disposition inséré dans la loi (« Les indications erronées sur les voies de recours sont valables devant tous les tribunaux dans la mesure où elles sont favorables à la partie qui s'y réfère ») va certes très loin et son application soulève diverses questions. Chevalier/Boog soulignent par exemple que l'indication des voies de recours mentionne un recours non prévu par la loi ou contient des informations erronées quant à l'effet suspensif du recours. La pratique devra trouver des solutions, une application restrictive de la disposition étant indiquée. À cet égard, il convient de se référer à ce qui suit :

Lors des délibérations parlementaires, il a été souligné à plusieurs reprises 54
que l'application des dispositions de procédure incombait au tribunal et que les parties pouvaient se fier à ces indications, qu'elles soient représentées par un avocat ou non. Ainsi, en raison de la jurisprudence actuelle jugée trop stricte, la partie ne devrait pas supporter le risque d'une décision de non-

entrée en matière si l'instance supérieure interprète une disposition relative au délai différemment de l'instance inférieure. Outre la question de savoir dans quelle mesure il est favorable aux profanes de faire bénéficier les représentants juridiques (professionnels) de la nouvelle réglementation, il semble que le Parlement ait principalement voulu, par cette révision, corriger la jurisprudence actuelle en ce sens qu'on ne peut exiger d'une partie (ou de son représentant) qu'elle fasse preuve d'une attention excessive lorsqu'elle est confrontée à des indications erronées sur les voies de recours. La nouvelle réglementation ne devrait donc pas entraîner un abandon complet des principes en vigueur jusqu'à présent. Ainsi, un tribunal ne pourra toujours pas créer un recours inconnu du code de procédure civile en fournissant une information erronée. De même, l'art. 52, al. 2, CPC ne s'étendra qu'aux indications du tribunal qui font nécessairement partie des voies de recours, telles que la désignation de l'instance de recours compétente ou la durée du délai de recours. Cela vaut d'autant plus que, dans la procédure civile, un avantage accordé à une partie en vertu de la bonne foi se répercute souvent à la charge de la partie adverse. Les parlementaires étaient toutefois conscients de cette problématique. En ce qui concerne la diligence à observer en cas d'indications erronées sur les voies de recours, la nouvelle réglementation prévoit également que la négligence grave de la partie ou de son représentant dans la procédure ne saurait bénéficier d'une protection juridique. Le Parlement a ainsi souligné que personne ne pouvait se fier à des indications manifestement erronées (« complètement loufoques ») prévoyant un délai de 3000 jours. La nouvelle réglementation n'a pas non plus pour but « de faire tout et n'importe quoi ou de récompenser les mauvais avocats ». Une autre solution serait d'ailleurs difficilement compatible avec le fait que toute réglementation légale doit viser à garantir la cohérence du système d'évaluation existant. Cette cohérence ne serait pas garantie si l'art. 52 al. 2 CPC autorisait une partie, en cas d'indication erronée des voies de recours, à adopter un comportement qui serait lui-même qualifié de contraire à la bonne foi ou abusif et qui serait donc contraire au principe énoncé à l'art. 52 al. 1 CPC. Il faut en outre toujours exiger que l'indication erronée des voies de recours ait eu un effet réel. Si tel n'est pas le cas, par exemple lorsqu'un recours a été formé dans les délais malgré une indication erronée, la partie concernée n'a pas besoin d'être protégée. Enfin, une indication des voies de recours n'a aucun effet lorsqu'elle s'écarte, au détriment de la partie, des dispositions du code de procédure civile.

Selon son libellé, l'art. 52 al. 2 CPC concerne uniquement le cas d'une indication erronée des voies de recours. La disposition devrait toutefois produire ses effets également dans le cas plus général des vices de la procédure d'ouverture, qui est largement régi par les mêmes principes, dont le traitement différencié ne se justifie donc pas. 55

L'art. 407f CPC ne mentionne pas l'art. 52 al. 2 CPC parmi les dispositions qui sont (directement) applicables aux procédures déjà pendantes à l'entrée en vigueur de la révision du code de procédure civile du 17 mars 2023. En ce qui concerne cette disposition, le principe général selon lequel les procédures déjà pendantes au 1er janvier 2025 doivent être menées à terme devant l'instance concernée selon le droit antérieur reste donc applicable. 56

(Mai 2025)

À propos de l'auteur

Dr en droit, avocat, greffier à la IIe Cour civile du Tribunal fédéral. Le présent commentaire reflète uniquement l'opinion de l'auteur. *L'auteur remercie Me Marco Levante, Dr en droit, et Me Matthias Gross, LL.M., pour leur relecture critique du commentaire et pour leurs précieuses remarques et suggestions.*

BIBLIOGRAPHIE

Commentaire

ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure with Comments by Hazard Goeffry C. JR., Stürner Rolf, Taruffo Michele, Gudi Antonio, dans : Uniform Law Review, 2004-4 p. 749 ss. (cit. Hazard et al.).

Baumann Max, commentaire de l'art. 2 CC, dans : Gauch Peter/Schmid Jörg (éd.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, introduction, I. volume, 1ère partie, 3e éd., Zurich 1998 (cit. ZK-Baumann).

Bohnet François, commentaire ad art. 52 CPC, in : Bohnet et al. (éd.), Commentaire romand, Code de procédure civile, 2e éd., Bâle 2019 (cit. CR-Bohnet).

Cappius Christine, commentaire sur l'art. 2 CC, dans : Commentaire romand, Code civil I, 2e éd., Bâle 2023 (cit. CR-Chappius).

Chabloz Isabelle, commentaire sur l'art. 52 CPC, dans : Chabloz Isabelle et al. (éd.), Petit commentaire, Code de procédure civile, Bâle 2020 (cit. PC-Chabloz).

Chevalier Marco/Boog Severin, commentaire sur l'art. 52 CPC, dans : Sutter-Somm Thomas et al. (éd.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 4e éd., Zurich 2025 (cit. Sutter-Somm/Chevalier).

Daum Michel, commentaire sur l'art. 45 VRPG, dans : Herzog Ruth/Daum Michel (éd.), Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2e éd., Berne 2020 (cit. Daum).

Emmenegger Susan/Tschentscher Axel, commentaire sur l'art. 1 CC, dans : Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (éd.), Commentaire bernois du droit privé suisse, introduction, vol. I, 1re partie, Berne 2012 (cit. BK-Emmenegger/Tschentscher).

Feller Reto, commentaire sur l'art. 16 VRPG, dans : Herzog Ruth/Daum Michel (éd.), Commentaire de la loi sur la procédure administrative dans le canton de Berne, 2e éd., Berne 2020 (cit. Feller).

Frank Richard/Sträuli Hans/Messmer Georg, Commentaire sur le code de procédure civile zurichois, 3e éd., Zurich 1997 (cit. Frank/Sträuli/Messmer).

Frei Nina J., commentaire sur l'art. 128 CPC, dans : Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (éd.), Commentaire bernois, Code de procédure civile suisse, vol. I, Berne 2012 (cit. BK- Frei).

Gehri Myriam A., commentaire sur l'art. 52 CPC, dans : Spühler Karl et al. (éd.), Commentaire bâlois, Code de procédure civile suisse (CPC), 4e éd., Bâle 2024 (cit. BSK-Gehri).

Gschwend Julia, commentaire sur l'art. 128 CPC, dans : Spühler Karl et al. (éd.), Commentaire bâlois, Code de procédure civile suisse (CPC), 4e éd., Bâle 2024 (cit. BSK-Gschwend).

Göksu Tarkan, commentaire sur l'art. 52 CPC, dans : Brunner Alexander et al. (éd.), Code de procédure civile suisse, commentaire, 3e éd., Zurich/Saint-Gall 2025 (cit. Göksu).

Hasenböhler Franz, commentaire sur l'art. 151 CPC, dans : Sutter-Somm Thomas et al. (éd.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (CPC), 4e éd., Zurich 2025 (cit. Hasenböhler).

Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina E., commentaire sur l'art. 2 CC, dans : Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (éd.), Commentaire bernois du droit privé suisse, introduction, vol. I, 1re partie, Berne 2012 (cit. BK-Hausheer/Aebi-Müller).

Hausheer Heinz/Jaun Manuel, Stämpflis Handkommentar, Die Einleitungstitel des ZGB, art. 1-10 CC, Berne 2003 (cit. SHK-Hausheer/Jaun).

Heimgartner Stefan, commentaire de l'art. 312 CP, dans : Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (éd.), Commentaire bâlois, droit pénal, 4e éd., Bâle 2019 (cit. BSK-Heimgartner).

Hofer Sibylle, commentaire de l'art. 3 CC, dans : Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (éd.), Commentaire bernois de droit privé suisse, introduction, vol. I, 1re partie, Berne 2012 (cit. BK-Hofer).

Hurni Christoph, commentaire de l'art. 52 CPC, dans : Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (éd.), Commentaire bernois, Code de procédure civile suisse, vol. I, Berne 2012 (cit. BK-Hurni).

Kradolfer Matthias, commentaire sur l'art. 9 Cst., dans : Ehernzeller Bernhard et al. (éd.), Commentaire saint-gallais de la Constitution fédérale, 4e éd., Saint-Gall 2023 (cit. SGK-Kradolfer).

Lehmann Peter/Honsell Heinrich, commentaire sur l'art. 2 CC, dans : Geiser Thomas/Fountoulakis Christina (éd.), Commentaire bâlois, Code civil I, 7e éd., Bâle 2022 (cit. BSK-Lehmann/Honsell).

Lötscher Cordula, commentaire sur l'art. 407f CPC, dans : Sutter-Somm Thomas et al. (éd.) Commentaire de la procédure civile suisse (CPC), 4e éd., Zurich 2025 (cit. Lötscher).

Oberhammer Paul/Weber Philipp, commentaire sur l'art. 52 CPC, dans : Oberhammern et al. (éd.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3e éd., Zurich 2021 (cit. KK-Oberhammer/Weber).

Rüetschi Sven, commentaire sur les art. 169 et 183 CPC, dans : Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (éd.), Commentaire bernois, Code de procédure civile suisse, vol. II, Berne 2012 (cit. BK-Rüetschi).

Schindler Benjamin/Tschumi Tobias, commentaire sur l'art. 5 Cst., dans : Ehernzeller Bernhard et al. (éd.), Commentaire saint-gallais de la Constitution fédérale, 4e éd., Saint-Gall 2023 (cit. SGK-Schindler/Tschumi).

Schenker Urs, commentaire de l'art. 52 CPC, dans : Baker & McKenzie (éd.), Code de procédure civile suisse (CPC), commentaire abrégé de Stämpflis, Berne 2010 (cit. : SHK-Schenker).

Staehlin Adrian, commentaire sur l'art. 128 CPC, dans : Sutter-Somm Thomas et al. (éd.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (CPC), 4e éd., Zurich 2025 (cit. Staehilin).

Steinmann Gerold/Schindler Schindler/Wyss Damian, commentaire sur l'art. 29 Cst., dans : Ehernzeller Bernhard et al. (éd.), Commentaire saint-gallais de la Constitution fédérale, 4e éd., Saint-Gall 2023 (cit. SGK-Steinmann/Schindler/Wyss).

Sterchi Martin H., commentaire sur l'art. 110 CPC, dans : Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (éd.), Commentaire bernois, Code de procédure civile suisse, vol. I, Berne 2012 (cit. BK-Sterchi).

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt, commentaire sur l'art. 52 CPC, dans : Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt (éd.), Commentaire pratique de la procédure civile suisse, Zurich 2021 (cit. CHK-Sutter-Somm/Seiler).

Trezzini Francesco, commentaire sur l'art. 52 CPC, dans : Terezzini Francesco et al. (éd.), Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero, vol. I, 2e éd., Pregassona 2017 (cit. CP-Trezzini).

Vock Dominik/Aepli Martina, commentaire sur l'art. 1 CPC, dans : Spühler Karl et al. (éd.), Commentaire bâlois, Code de procédure civile suisse (CPC), 4e éd., Bâle 2024 (cit. BSK-Vock/Aepli).

Walter Hans Peter, commentaire sur l'art. 8 CC, dans : Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (éd.), Commentaire bernois du droit privé suisse, Introduction, vol. I, 1re partie, Berne 2012 (cit. BK-Walter).

Zingg Simon, commentaire ad art. 59 CPC, dans : Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (éd.), Commentaire bernois, Code de procédure civile suisse, tome I, Berne 2012 (cit. BK-Zingg).

Zürcher Alexander, commentaire sur l'art. 59 CPC, dans : Sutter-Somm Thomas et al. (éd.) Commentaire sur le code de procédure civile suisse (CPC), 4e éd., Zurich 2025 (cit. Zürcher).

Monographies et articles

Baumgärtel Gottfried, Treu und Glauben im Zivilprozess, dans : ZZP 86 (1973), p. 353 ss.

Berger Bernhard/Güngerich Andreas/Hurni Christoph/Strittmatter Reto, Zivilprozessrecht, 2e éd., Berne 2021.

Bohnet Franços/Berti Stephen V., Le lien d'instance (Prozessrechtsverhältnis) ou l'essence du procès civil suisse – und ein Plädoyer für eine zivilprozessuale Grammatik, dans : SZZP 2011 p. 75 ss.

Bregy Philipp Matthias, Die Laienfreundlichkeit in der überarbeiteten CPC, dans : Revue d'avocats 2023, p. 218 ss.

Egli Jean-François, La protection de la bonne foi dans le procès, dans : Bolla Stefano/Rouiller Claude, Verfassungsrechtsprechung und Verwaltungsrechtsprechung, Zurich 1992, p. 225 ss.

Habscheid Walther J./Berti Stephen, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2e éd., Bâle 1990.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8e éd. 2020.

Hofmann David/Lüscher Christian, Le Code de procédure civil, Berne 2023.

Honegger-Müntener Patrick/Rufibach Matthias/Schumann Julius, Die Revision der ZPO (1/2: I.-X), AJP 2023, p. 1157 ss.

Huwiler Bruno, Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung: zur Gesetzgebungsgeschichte des Rechtsmissbrauchsverbote (art. 2 al. 2 CC), in: Schmidlin Bruno (éd.), Vers un droit privé européen commun ? - Esquisses pour un droit privé européen commun, supplément à la Revue de droit suisse, cahier 16, Bâle 1994, p. 57 ss.

Hurni Christoph/Josi Christian/Sieber Lorenz, La procédure devant le tribunal bernois de protection de l'enfant et de l'adulte, Zurich 2020.

Guldener Max, Schweizerische Zivilprozessrecht, 3e éd., Zurich 1979 (cit. : Zivilprozessrecht).

Guldener Max, Treu und Glauben im Zivilprozess, in : SJZ 39 (1943), p. 389 ss et 405 ss (cit. : SJZ).

Jeandin Nicolas/Peyrot Aude, Précis de procédure civile, Bâle 2015.

Lüscher Christian, L'accès facilité à la justice de le CPC révisé, dans : Revue des avocats 2023, p. 204 ss.

Kummer Max, Grundlagen des Zivilprozessrechts, 4e éd., Berne 1984.

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz, 4e éd., Berne 2008.

Noll Peter, Gesetzgebungslehre, dernière version, Zurich/Genève 2023.

Reiser Hans, Treu und Glauben im Zivilprozess, dans : ZZZ 2006 p. 441 ss.

Rusch Arnold F., Rechtsscheinlehre in der Schweiz, Zurich/Saint-Gall 2010.

Sameli Katharina, Treu und Glauben im öffentlichen Recht, in : ZSR 1977 II 285 ss.

Schwartz Paul, Die Bedeutung von Treu und Glauben im Prozess- und Betreibungsverfahren nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dans : Kummer Max/Walder Hans Ulrich (éd.), Festschrift zum 70. Geburtstag von Dr. iur. Max Guldener, Zurich 1973, p. 291 ss.

Seiler Benedikt, Die Berufung nach CPC, Zurich 2013.

Sieber Lorenz, Der bereicherungsrechtliche Ausgleich bei Leistungsketten, Berne 2015 (cit. Sieber, Ausgleich).

Sieber Lorenz, Die Begründung der Berufung bei mangelhaft begründetem Entscheid der Erstinstanz im ordentlichen Verfahren, dans : SZZP 2023, p. 225 ss (cit. Sieber, SZZP).

Stürner Rolf, The Principles of Transnational Civil Procedure, An Introduction to Their Basic Conceptions, dans : Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 2005, p. 201 ss.

Sutter-Somm Thomas, Die Verfahrensgrundsätze und die Prozessvoraussetzungen, dans : ZZZ 2007 p. 301 ss.

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd. 2022.

Wiegand Wofgang, Vertrauensentsprechung, dans : Wiegand Wolfgang/Koller Thomas/Walter Hans Peter, Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher um 80. Geburtstag, Berne 2009, p. 819 ss.

Zeller Ernst, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Zurich 1981.

MATÉRIAUX

Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), in : FF 2006 7221 (cit. message CPC).

Projet de modification du code de procédure civile suisse (amélioration de la praticabilité et de l'application du droit), in : FF 2020 2785 (cit. projet praticabilité).

Projet de modification du code de procédure civile suisse (action collective et transaction collective), in : FF 2021 3049 (cit. projet action collective).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 86 CPC

Un commentaire de Adrienne Hennemann

PROPOSITION DE CITATION

Adrienne Hennemann, Commentaire de l'art. 86 CPC, in: Lorenz Droese (édit.), Commentaire en ligne du Code de procédure civile

Citation abrégée: OK-Hennemann, art. 86 CPC N. XXX.

Art. 86 Action partielle

Une prétention divisible est susceptible d'une action partielle.

TABLE DES MATIÈRES

I. Contexte 87
II. Développements actuels 87
III. Objet 88
A. Généralités 88
B. Concepts 89
C. Délimitation 91
D. Sur l'inadmissibilité (abandonnée) du cumul objectif alternatif des demandes dans le cadre de l'introduction d'une action partielle 92
E. Recevabilité 93
IV. Avantages de l'action partielle 95
V. Questions particulières 96
A. Réserve de l'action ultérieure 96
B. Renonciation à la créance résiduelle 97
C. Effet de l'autorité de la chose jugée de la décision sur une action partielle 97
D. Action reconventionnelle en constatation négative 99
1. Type de procédure et renvoi 99
2. Intérêt à la constatation 100
a. Principe 100
b. Pas d'intérêt à agir en cas de réaction à une action partielle limitée quant à son montant 100
3. Action reconventionnelle éventuelle en constatation et suspension 101
E. Litispendance 103
F. Prescription et déchéance 103
Bibliographie 103

I. CONTEXTE

Avant même l'adoption du code de procédure civile suisse, le droit d'action partielle était reconnu en Suisse par le Tribunal fédéral comme une émanation du droit matériel du créancier de ne pouvoir exiger du débiteur qu'un paiement partiel, conformément à l'art. 69 al. 2 CO. En revanche, la doctrine a toujours considéré le droit d'intenter une action partielle comme une conséquence du principe de disposition. Le principe de disposition signifie que le tribunal ne peut accorder à une partie ni plus ni moins que ce qu'elle demande, et pas moins que ce qui est reconnu par la partie adverse (art. 58 al. 1 CPC). La partie demanderesse peut donc, mais n'y est pas obligée, intenter une action en justice pour toutes les prétentions qui lui reviennent en raison d'un fait de la vie. Le droit d'action partielle a été codifié sans discussion à l'article 86 CPC. Dans le message relatif au CPC, le législateur s'est en outre rallié à la doctrine selon laquelle le titulaire d'un droit divisible était libre de n'intenter qu'une action partielle, conformément à la maxime de disposition procédurale - qui n'est désormais plus réglementée au niveau cantonal. Entre-temps, le Tribunal fédéral s'est rallié à l'attribution au droit de procédure. 1

II. DÉVELOPPEMENTS ACTUELS

La jurisprudence relative à l'action partielle s'est développée rapidement au cours des dernières années et a permis de définir les effets de l'action partielle et sa place dans le droit procédural par rapport à d'autres dispositions. Les commentaires et la doctrine plus anciens doivent donc être étudiés à la lumière de la jurisprudence la plus récente. Il ne faut guère s'attendre à ce que la prochaine révision du CPC ait des répercussions sur la jurisprudence en matière d'action partielle. L'art. 224 al. 1bis P-CPC se contente de fixer ce qui est déjà valable en vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral : une demande reconventionnelle doit à l'avenir être possible dans deux cas au-delà de la procédure. Premièrement, lorsque la procédure simplifiée est applicable uniquement en raison de la valeur litigieuse, et deuxièmement dans le cas particulier de la demande reconventionnelle en constatation négative. Si l'action principale est une action partielle, l'art. 94, al. 3, P-CPC prévoit que les frais de procédure sont calculés exclusivement sur la base de la valeur litigieuse de l'action principale, c'est-à-dire de l'action partielle, et non plus de 2

la demande reconventionnelle en constatation négative. Cette disposition offre à l'avenir à la partie demanderesse partielle l'avantage d'obtenir une certaine sécurité quant aux conséquences financières attendues de son action, puisque les conséquences financières ne dépendent plus du comportement du défendeur. Ainsi, le législateur va non seulement dans le sens de la partie demanderesse partielle, mais aussi dans celui de la partie qui introduit une action en constatation. Les "victimes" de cette nouvelle disposition sont les cantons, dont les tribunaux ne pourront plus à l'avenir, malgré un surcroît de travail, augmenter les frais de justice parce qu'une action reconventionnelle en constatation a été introduite. La nouvelle disposition a également pour conséquence que les indemnités versées aux parties restent plus basses qu'auparavant, même en cas de jugement d'une action reconventionnelle en constatation.

III. OBJET

A. Généralités

3 Le CPC connaît trois types d'action : l'action en exécution d'une prestation, l'action en formation et l'action en constatation. L'action partielle n'est pas un type d'action en soi, mais une variante de l'action en paiement, comme c'est le cas pour l'action en revendication non chiffrée (art. 85 CPC) ou le cumul objectif d'actions (art. 90 CPC). Une action partielle ne conduit pas à un jugement partiel (comme c'est souvent le cas par exemple pour la question de la compétence), mais à une décision finale. Concernant l'effet de force de chose jugée de cette décision finale, voir ci-dessous, V.H. Ce n'est pas non plus la demande qui est divisée, mais la prétention. Il s'agit donc d'une "action en revendication partielle".

4 L'art. 86 CPC ne stipule pas de concepts spécifiques, mais tire les conséquences d'autres normes. Ainsi, l'art. 86 CPC confirme tout d'abord implicitement ce qui découle déjà de la force de chose jugée matérielle : Une action portant sur la partie non jugée d'un objet du litige n'est pas exclue au motif qu'une autre partie a déjà été jugée dans le cadre d'une action partielle. De même, la divisibilité de la demande - la seule condition posée par l'art. 86 CPC - ne découle pas de l'art. 86 CPC, mais du droit matériel. Ce n'est donc pas la recevabilité de l'action partielle qui nécessite une disposition légale,

mais plutôt l'irrecevabilité de l'introduction d'une action partielle qui aurait dû faire l'objet d'une disposition expresse.

B. Concepts

L'objet du litige est important en droit procédural. Il influence notamment la question de savoir s'il y a cumul d'actions, s'il est nécessaire de modifier la demande ou d'introduire une demande reconventionnelle, et si l'autorité de chose jugée matérielle de la première décision s'oppose à une nouvelle demande. Si plusieurs objets du litige sont invoqués ensemble, il y a cumul objectif d'actions et le terme d'action partielle ne devrait alors pas être utilisé à mon avis. En revanche, si la prétention invoquée repose sur un seul fait de vie, il s'agit d'une action partielle. 5

On distingue l'action partielle authentique et l'action partielle improprement dite. L'action partielle authentique ne se distingue de la prétention globale alléguée que du point de vue quantitatif. Seule une partie d'une revendication est réclamée. Par exemple, 10 000 CHF sont réclamés sur une créance totale de 100 000 CHF d'une créance de prix de vente. Un autre exemple est la revendication d'une partie quantitative de l'ensemble du dommage résultant d'une blessure corporelle. En effet, plusieurs postes de préjudice différents et la réparation du tort moral résultant du même accident constituent un seul fait de vie. 6

L'action partielle improprement dite est une prétention individualisée qui peut être distinguée des autres prétentions découlant des mêmes faits de la vie, soit dans le temps (p. ex. différentes échéances), soit en raison de la cause juridique. La formulation utilisée par le Tribunal fédéral de la prétention individualisable du dommage global n'apporte toutefois pas beaucoup de clarté. Le Tribunal fédéral a considéré qu'il s'agissait d'une fausse action partielle lorsque, parmi plusieurs créances, seules certaines, précisément désignées, sont invoquées (p. ex. seulement quelques-unes, mais pas toutes les créances supplémentaires découlant d'un contrat d'entreprise), mais que ces créances sont invoquées dans leur intégralité. 7

Il est donc envisageable de limiter l'objet d'un litige non seulement au moyen de conclusions juridiques (par ex. seulement la moitié des 100 000 CHF que le fondement juridique matériel permettrait (véritable action partielle dans ce cas)), mais aussi de limiter l'examen à certains fondements juridiques matériels 8

de la prétention. Par exemple, dans la procédure d'adhésion, seules les prétentions extracontractuelles peuvent être invoquées, mais pas les prétentions contractuelles, ce qui fait que ces dernières n'ont pas force de chose jugée. Dans les deux cas, le reste du litige se situe en dehors des faits poursuivis en justice et un jugement séparé ultérieur reste possible. Si, par exemple, une partie demanderesse a déjà obtenu un jugement par le biais d'une action partielle, mais que le poste de dommage "dommages matériels à la montre" n'a pas été invoqué, elle peut encore réclamer ce dommage matériel ultérieurement. Il s'agit tout simplement d'autre chose, même si, selon la terminologie du Tribunal fédéral, il s'agit du même objet du litige issu de l'"accident par l'arrière". A la lumière de la jurisprudence du Tribunal fédéral, il faudrait toutefois veiller à exposer cela en détail dans les motifs de la demande, afin de ne pas courir le risque que le Tribunal fédéral parte d'une affaire déjà jugée.

9 La proximité avec le cumul objectif d'actions, qui comprend toutefois deux objets du litige distincts comme mentionné, est ici frappante. Dans le cas de l'action partielle improprement dite, il s'agit à mon avis de plusieurs prétentions individuelles indépendantes, c'est-à-dire de différents objets du litige, et donc d'actions complètes.

10 La formulation ouverte de l'art. 86 CPC permet certes de faire la distinction entre action partielle authentique et action partielle improprement dite. La tendance du Tribunal fédéral semble toutefois être de renoncer à de telles notions, qui sont peu clarifiées : En faisant valoir au total trois revendications concernant la rémunération des heures supplémentaires pour trois périodes différentes, seule l'indemnité pour une année étant réclamée, l'instance précédente s'est basée sur des périodes différentes et donc sur des faits de vie différents, et a admis une action partielle non authentique. Le Tribunal fédéral a résolu le cas en considérant que l'art. 224 al. 1 CPC s'appliquait à toutes les actions partielles, qu'elles soient authentiques ou non. Le fait que l'indemnisation pour les heures supplémentaires prétendument effectuées au cours d'une année civile donnée constitue un objet du litige indépendant n'est pas pertinent. Le Tribunal fédéral a également laissé ouverte la question de savoir si l'action en dommages-intérêts pour un accident de la route (perte de gain) était une action partielle authentique ou non. Depuis peu, le Tribunal fédéral utilise - contrairement à l'instance précédente qui parlait d'une véritable action partielle - la notion de "partie limitée en montant d'une

créance" ; ceci pour la distinguer des différents postes de dommages. Le terme n'est plus utilisé non plus dans d'autres arrêts du Tribunal fédéral.

La distinction entre action partielle véritable et action partielle improprement dite ne joue aucun rôle dans la détermination de l'objet du litige. Il faudrait à mon avis renoncer aux notions d'action partielle véritable et d'action partielle improprement dite. Et ce pour deux raisons : Premièrement, il n'est pas pertinent pour le tribunal saisi d'une action partielle de savoir s'il s'agit d'une vraie ou d'une fausse action partielle. Le tribunal examine ce qui lui est soumis. Deuxièmement, l'effet de blocage de la force de chose jugée matérielle s'apprécie sur la base de la décision rendue sur l'action partielle. Le seul élément important est l'objet du litige, et non pas le fait de savoir s'il s'agit d'une vraie ou d'une fausse action partielle. On parle parfois (également sans plus-value) d'une action partielle ouverte ou dissimulée, selon que la partie demanderesse précise dans l'action partielle ou dans le procès que la demande juridique ne fait pas encore valoir toutes les prétentions découlant des faits de la vie ou non. 11

C. Délimitation

Il convient tout d'abord de distinguer l'action partielle de l'action en revendication non chiffrée selon l'art. 85 CPC. La partie demanderesse fait en principe valoir l'ensemble de la prétention, mais ne peut pas en chiffrer le montant. La valeur litigieuse minimale provisoire à indiquer ne constitue pas une limite supérieure. En revanche, avec l'action partielle, on ne réclame délibérément qu'un montant déterminé. Il n'est donc pas possible que le tribunal accorde de lui-même à la partie demanderesse plus que ce qu'elle demande dans son action partielle (art. 58 al. 1 CPC). 12

Une cession partielle ne doit pas non plus être confondue avec une action partielle. La cession d'une partie d'une créance qui n'a pas encore été portée en justice donne régulièrement naissance à deux créances indépendantes ayant un sort autonome. Elles peuvent donc également faire l'objet d'une action indépendante. 13

Le cumul objectif d'actions concerne l'exercice d'actions fondées sur plusieurs faits de vie différents. L'action partielle sous la forme d'une véritable action partielle ne comprend qu'un seul fait de vie. Toutefois, on parle également d'action partielle sous la forme d'un cumul objectif d'actions. A mon avis, cela 14

doit être rejeté, car il ne s'agit alors pas d'une action partielle, mais de différents objets du litige sous forme de cumul objectif d'actions.

15 L'action partielle doit également être distinguée de la réserve de rectification. Selon l'art. 46 al. 2 CO, le tribunal peut, en cas de dommages-intérêts suite à des lésions corporelles, réserver la modification du jugement pendant deux ans à compter de la date du jugement. Cette réserve vise la possibilité de modifier un jugement. Il ne s'agit donc pas non plus d'un cas légal (limité dans le temps) de réserve de l'action ultérieure.

D. Sur l'inadmissibilité (abandonnée) du cumul objectif alternatif des demandes dans le cadre de l'introduction d'une action partielle

16 Dans plusieurs arrêts, le Tribunal fédéral a pris position sur l'irrecevabilité du cumul objectif alternatif des demandes, pour finalement procéder à un changement de pratique. Les arrêts rendus avant le changement de pratique restent éclairants, car ils permettent de savoir quand le Tribunal fédéral considère qu'il y a un fait de vie (cf. également supra, III. B).

17 Le Tribunal fédéral avait d'abord considéré qu'une action partielle visant à obtenir trois bonus annuels était irrecevable. Le montant total s'élevait à 480 000 CHF et la demande portait sur 30 000 CHF. La partie demanderesse n'avait pas indiqué l'ordre dans lequel elle entendait faire valoir les trois prétentions. Les demandes juridiques visant à obtenir une prestation pécuniaire ne sont pas individualisantes en soi et peuvent donc, comme dans le cas présent, englober différents faits de la vie et donc différents objets du litige. Cela ne répondait pas aux exigences de précision, car il y avait un cumul objectif alternatif inadmissible des actions, raison pour laquelle il ne fallait pas entrer en matière sur le recours. Peu de temps après, le Tribunal fédéral a décidé que même si des postes de dommages indépendants (par ex. dommages résultant d'une perte de gain déjà subie et dommages futurs résultant d'une perte de gain) ne pouvaient pas être clairement délimités objectivement dans le cas d'un accident de la circulation, le fait de vie déterminant restait l'événement accidentel avec blessure corporelle. Il y avait donc un seul et même événement de la vie, bien que les postes de préjudice que sont les dommages et intérêts et la réparation du tort moral aient fait

l'objet d'une action en justice, et il n'était donc pas nécessaire d'indiquer un ordre d'examen.

Par la suite, le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence en considérant qu'il n'était plus possible de maintenir l'exigence d'indiquer l'ordre d'examen. Il faut simplement que la partie demanderesse affirme de manière suffisamment fondée qu'il existe une créance supérieure au montant réclamé. Il ne s'agit toutefois pas, à mon avis, d'une question de recevabilité de l'action partielle. Si la partie demanderesse ne l'affirme pas suffisamment, cela ne signifie pas qu'il ne sera pas entré en matière sur l'action partielle. L'ordre d'examen est simplement laissé à l'appréciation du tribunal. Selon la jurisprudence la plus récente, une partie demanderesse ne doit donc plus craindre une non-entrée en matière en raison d'une demande juridique indéterminée si elle n'indique pas l'ordre de plusieurs demandes. Toutefois, cette jurisprudence entraîne une grande insécurité juridique. La partie demanderesse n'a perdu que si aucun des faits de la vie ne constitue une base pour l'admission. Or, les conséquences de l'autorité de la chose jugée peuvent être très différentes selon l'ordre choisi par le tribunal. Dans les cas extrêmes, les parties n'apprennent qu'à partir de la décision quelles prétentions ont été jugées et lesquelles ne l'ont pas été. Les prétentions non jugées peuvent faire l'objet d'un nouveau procès. Une partie demanderesse devrait donc toujours être bien avisée d'indiquer un ordre d'examen. 18

E. Recevabilité

La loi parle de la divisibilité d'une prétention. L'article 86 CPC ne contient pas d'autres conditions que celle de la divisibilité, comme nous l'avons mentionné. De même, il a déjà été indiqué que ce n'est pas la demande qui est divisée, mais la prétention au fond. En ce qui concerne l'argent, la divisibilité de la prétention est toujours donnée. L'action partielle n'est toutefois pas limitée aux créances pécuniaires, mais est également envisageable pour d'autres droits (p. ex. demande de prestation de choses fongibles ou dettes spéciales sur des ensembles de biens). 19

Les parties déterminent, dans la mesure où elles peuvent disposer librement de la prétention, ce que le tribunal doit juger. Si les parties ne peuvent pas disposer librement de la prétention, l'introduction d'une action partielle est parfois considérée comme irrecevable. L'Obergericht du canton de Zurich a considéré que la partie demanderesse ne pouvait pas intenter une action 20

partielle en modification de la pension alimentaire pour enfant, étant donné que la pension alimentaire pour enfant est soumise au principe de l'office. Il a en outre considéré qu'une action partielle était également irrecevable lorsque la quantification de la prétention a été laissée au tribunal conformément à l'art. 42 al. 2 CO, ce qui est régulièrement le cas dans le cadre de l'introduction d'une action en revendication non chiffrée. Sur recours contre cette décision, le Tribunal fédéral a considéré que le droit de base en matière d'entretien, en tant qu'objet du litige, excluait également, sur le plan du droit matériel, une action partielle qui viserait explicitement une suppression ou une modification de principe de l'entretien de l'enfant ; en revanche, étant donné qu'il s'agit d'une action complète, une modification de l'entretien n'est admissible que pour une période déterminée. A notre avis, le simple fait que le droit d'intenter une action partielle découle du principe de disposition n'a pas pour effet d'exclure en soi l'introduction d'une action partielle là où la maxime d'office est applicable. Tant qu'il existe une prétention divisible sur le plan matériel et juridique, l'introduction d'une action partielle devrait être possible. Toute autre solution aurait nécessité une réglementation explicite à l'art. 86 CPC. Ainsi, à mon avis, l'introduction d'une action partielle limitée quant à son montant dans le cadre d'une estimation du dommage au sens de l'art. 42 al. 2 CO n'est pas exclue pour la simple raison que le tribunal doit estimer le dommage. L'introduction d'une action partielle ne sera toutefois guère judicieuse dans ces cas, car la valeur litigieuse minimale à indiquer dans le cadre d'une action en revendication non chiffrée minimise le risque de frais et l'introduction d'une action partielle peut même être inférieure au montant de l'estimation du dommage par le juge, ce qui n'est guère dans l'intérêt de la partie plaignante.

21 La formulation de conclusions correctes est une condition préalable à la procédure, de sorte qu'il n'est pas possible d'entrer en matière sur des conclusions irrecevables. Si l'on considère que l'action partielle ne s'applique qu'aux faits soumis au principe de disposition, il ne serait pas possible d'entrer en matière sur l'action partielle en raison d'une requête non valable. Il en va toutefois autrement dans le cas où une prétendue action partielle est introduite, mais que le tribunal part du principe qu'il s'agit d'une action totale. Le tribunal ne rendra pas de décision de non-entrée en matière, mais acceptera ou rejettera la demande sur le fond.

L'introduction de plusieurs actions partielles est en principe autorisée. L'introduction de nombreuses actions partielles avec des valeurs litigieuses faibles peut toutefois être considérée comme une chicane et donc comme un abus de droit. 22

L'action partielle offre également un espace pour des manœuvres tactiques admissibles : la partie demanderesse peut par exemple intenter d'abord une action partielle de plus de CHF 50'000, attendre une audience de conciliation devant le tribunal et, après l'évaluation provisoire positive d'une délégation du tribunal, introduire le montant restant dans la procédure dans l'espoir que la cour plénière et le deuxième échange d'écritures ne conduisent pas non plus à une autre évaluation. Elle peut également augmenter le montant de la demande partielle dans le cadre d'une modification de la demande dans la réplique, sans faire valoir la demande globale. L'admissibilité de cette procédure découle du principe de disposition. 23

L'action partielle présente des avantages. Elle n'est toutefois pas sans risque. Une action partielle d'un montant supérieur à 30 000 CHF peut entraîner une non-entrée en matière pour défaut de compétence matérielle (étant donné que la procédure simplifiée s'applique jusqu'à 30 000 CHF et que le tribunal de commerce ne traite pas les procès selon la procédure simplifiée). 24

IV. AVANTAGES DE L'ACTION PARTIELLE

L'introduction d'une action partielle permet de réduire, voire d'éviter les frais, d'influer sur la compétence matérielle et sur la procédure applicable. Le choix d'une procédure simplifiée conduit régulièrement à une accélération du processus. L'action partielle peut également être avantageuse lorsque la partie demanderesse ne dispose que de moyens de preuve pour une partie de la demande ou lorsqu'il existe des doutes quant à la solvabilité du défendeur. La demande d'une contribution inférieure à 10 000 CHF peut exclure le recours en appel (art. 308 al. 2 CPC) et le recours en matière civile au Tribunal fédéral (art. 74 al. 1 LTF) pour les montants inférieurs à 30 000 CHF. Souvent, le procès test devrait également servir à clarifier les perspectives de procès. En ce sens, l'action partielle permet de clarifier les chances de succès avec un risque limité. Dans une certaine mesure, cela est également comparable aux demandes d'assistance judiciaire gratuite, du moins dans la mesure où l'assistance judiciaire gratuite est refusée dans les procès clairement dépourvus de chances de succès. Dans la pratique, il y a souvent des 25

transactions qui, en cas d'action partielle, règlent l'ensemble de la demande de manière définitive. Il est également envisageable que la partie défenderesse, après une décision favorable, conclue un accord sur le reste de la créance ou paie volontairement la totalité de la créance. Il ne faut pas non plus sous-estimer l'effet de suggestion d'une décision sur l'action partielle (comme pour les mesures provisionnelles), d'autant plus que c'est souvent le même tribunal qui juge d'autres procès. Le Tribunal fédéral parle à ce sujet d'effet contraignant de fait de la décision sur l'action partielle.

V. QUESTIONS PARTICULIÈRES

A. Réserve de l'action ultérieure

26 La demande en justice doit être formulée de telle sorte qu'elle puisse être directement intégrée au dispositif de la décision. Le dispositif d'une action partielle ne devrait pas contenir le passage "sous réserve de demande supplémentaire" ni "sous réserve de demande ultérieure". L'ajout d'une réserve d'action ultérieure dans la demande en justice est inutile. L'art. 86 CPC a précisément pour fonction de garantir que l'introduction d'une action partielle n'entraîne pas, du moins du point de vue procédural, la déchéance de la créance résiduelle exigible non introduite en justice. L'opinion selon laquelle il convient d'apposer une réserve de demande ultérieure "par précaution" n'est pas convaincante. C'est une question de force de chose jugée matérielle de la décision sur la première action partielle de savoir si une deuxième action (partielle) est recevable. Une réserve de demande ultérieure n'a pas d'importance en ce qui concerne la force de chose jugée matérielle. Le tribunal ne se laisse pas guider par l'objectif poursuivi par la partie demanderesse avec la première action partielle, mais par la manière dont la partie demanderesse a présenté sa demande. La prudence lors de l'élaboration d'une demande partielle ne devrait donc pas être vécue par l'ajout de formules inutiles dans la requête juridique, mais par une motivation suffisamment étayée (l'art. 86 CPC n'offre pas d'exigences réduites en matière d'étayage ; celui qui veut introduire une demande partielle devrait être conscient du fait qu'une demande partielle doit être jugée comme une demande normale et que des omissions dans l'étayage peuvent signifier la perte de la demande résiduelle). Il convient d'éviter de déposer une demande de réserve de l'action ultérieure afin d'éviter une non-entrée en matière faute

d'intérêt à agir, avec les conséquences financières qui en découlent (art. 106 al. 1 CPC).

B. Renonciation à la créance résiduelle

Une renonciation à la créance résiduelle est possible, mais ne peut pas être acceptée à la légère. La renonciation à une créance est une question de droit matériel. L'exercice d'un pouvoir relevant du droit de procédure - l'introduction d'une action en justice pour un montant déterminé - ne peut donc pas être interprété comme une renonciation à une éventuelle prétention pour un montant excédentaire. C'est pourquoi l'affirmation du Tribunal fédéral selon laquelle il est possible de renoncer expressément ou par un comportement implicite à une action complémentaire et qu'il s'agit alors d'une action dite complète est malheureuse, sans indication des conditions restrictives de cette conséquence juridique. L'absence d'une réserve de demande ultérieure ne constitue en tout cas pas une renonciation implicite. L'existence d'une renonciation implicite s'apprécie uniquement en fonction du cas concret et de l'application des dispositions du droit des obligations. Il faut également rejeter l'opinion selon laquelle, sans réserve d'action ultérieure, une autre action pourrait être interprétée comme venire contra factum proprium, et serait donc un abus de droit au sens de l'art. 2 CC, en raison de la non-pertinence de la réserve d'action ultérieure. Celui qui fait usage de son droit procédural ne justifie pas d'une confiance digne de protection. 27

C. Effet de l'autorité de la chose jugée de la décision sur une action partielle

En règle générale, seul le dispositif a force de chose jugée matérielle et le jugement sur une action partielle n'a force de chose jugée qu'en ce qui concerne la partie de la créance qui est réclamée. Ceci est incontesté en cas d'admission de la demande partielle. L'effet de la chose jugée n'intervient que dans la mesure où la prétention invoquée a été jugée. La portée de l'effet de la chose jugée ne résulte toutefois pas du seul dispositif, mais des considérants du jugement. 28

Si, à la suite d'une action partielle intentée par le défendeur, aucune demande reconventionnelle en constatation négative n'est introduite, le demandeur (partiel) peut faire valoir d'autres prétentions. Toutefois, si la partie 29

défenderesse introduit une action reconventionnelle en constatation négative, cela entraîne la perte d'autres créances si la partie demanderesse ne parvient pas à prouver d'autres créances.

30 En cas de rejet d'une action partielle limitée quant à son montant, le tribunal doit examiner la demande globale avant de rejeter l'action partielle en tout ou en partie. Par conséquent, l'autorité de la chose jugée du premier jugement s'oppose généralement à une nouvelle action (partielle). Cela vaut en particulier aussi dans les cas où la demande partielle a été rejetée faute d'être suffisamment étayée (c'est-à-dire lorsque le tribunal n'a pas été en mesure, faute d'être suffisamment étayé, d'examiner l'ensemble de la demande avant de conclure au rejet de la demande partielle). Il s'agit de la conséquence nécessaire d'un défaut de motivation, comme c'est généralement le cas pour les actions en justice.

31 Le rejet d'une demande partielle n'empêche toutefois pas la partie requérante de faire valoir d'autres postes de préjudice dans une nouvelle demande, car le premier jugement n'a pas conclu que la partie requérante n'avait pas de droit du tout. Dans ce cas, la partie demanderesse devrait déjà indiquer clairement dans les motifs quel poste de préjudice est invoqué. Si l'on ne le fait pas, on court le risque que le tribunal considère que l'on a réclamé une partie du dommage total, c'est-à-dire une section transversale de tous les postes de dommage. Il en va de même dans le cas d'une demande délimitée dans le temps.

32 Conformément à l'art. 241 CPC, la transaction ou le retrait de la demande a l'effet d'une décision définitive et le tribunal classe la procédure. A notre avis, cette conséquence juridique doit être distinguée du rejet définitif de l'action partielle, car rien n'apparaît dans les considérants de la décision de classement concernant le succès ou l'échec de l'exercice des droits ou de leur justification. C'est pourquoi, dans ce cas, il faut appliquer le principe général selon lequel l'autorité de la chose jugée se limite uniquement à la créance dont le montant est limité. En cas de transaction portant sur une action partielle, il est recommandé d'inclure également la créance totale dans la transaction afin d'assurer la sécurité juridique.

D. Action reconventionnelle en constatation négative

1. Type de procédure et renvoi

Une action reconventionnelle négative en constatation soumise à la procédure ordinaire peut également être introduite lorsqu'elle est introduite en réaction à une action partielle introduite dans le cadre de la procédure simplifiée. Il s'agit d'une exception à l'art. 224 al. 1 CPC, selon lequel une demande reconventionnelle ne peut être introduite que si le même type de procédure est en cause. La raison en est qu'une action en constatation vise uniquement à faire constater l'inexistence de la prétention globale déjà déclarée par la partie demanderesse et se distingue ainsi d'une demande reconventionnelle ordinaire, par laquelle une prétention indépendante non couverte par la demande préalable est inscrite dans le droit. Selon le Tribunal fédéral, la question de la recevabilité de la demande reconventionnelle négative en constatation ne revêt pas une importance décisive en ce qui concerne la délimitation délicate des objets du litige. Au contraire, il a déjà été décidé que l'exception à l'exigence du type de procédure n'est pas limitée aux véritables actions partielles. 33

Si une action en constatation négative est introduite qui dépasse la compétence matérielle du tribunal, celui-ci transmet l'affaire au tribunal compétent au sens de l'art. 224 al. 2 CPC. Une action partielle introduite dans le cadre de la procédure simplifiée est traitée en même temps que l'action en constatation dans le cadre de la procédure ordinaire. Certes, l'art. 86 CPC permet justement que l'action introduite soit traitée différemment que si l'on faisait valoir la totalité de la créance (p. ex. concernant le type de procédure). Néanmoins, cette conséquence est à mon avis acceptable pour la partie demanderesse, car elle correspond à la situation juridique qui aurait été applicable si la créance globale avait été réclamée. Une demanderesse partielle ferait donc bien d'élaborer également l'action simplifiée avec un degré de détail qui serait conforme à la procédure ordinaire si elle introduisait une action partielle dans le cadre de la procédure simplifiée au sens de l'art. 243 al. 1 CPC. Dans le cas contraire, il ne reste à la partie plaignante qu'à répliquer pour améliorer sa base factuelle. En revanche, s'il s'agit d'un procès social au sens de l'art. 243 al. 2 CPC, l'introduction d'une action reconventionnelle en constatation négative ne peut pas entraîner de modification du type de procédure. Même la révision du CPC ne semble pas y 34

changer quelque chose, puisque l'art. 224 al. 1bis P-CPC se réfère au critère de l'application de la procédure simplifiée sur la base de la valeur litigieuse.

2. Intérêt à la constatation

a. Principe

35 Dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral admet l'intérêt juridique de la partie défenderesse à s'opposer à une action partielle intentée contre elle par une action reconventionnelle négative en constatation. Il justifie cela par le fait que la partie défenderesse est atteinte dans sa sphère de droit privé dans la mesure de la créance totale, car l'action partielle implique en même temps l'ensemble du droit de créance comme base nécessaire. Toutefois, le simple fait qu'une action partielle ait été intentée ne suffit pas à fonder un intérêt à constater. Le Tribunal fédéral a récemment pu laisser ouverte la question de savoir jusqu'où s'étend l'intérêt à la constatation de la partie défenderesse lorsqu'elle est confrontée à une action en dommages-intérêts pour perte de gain suite à un accident de la circulation, car cette question ne lui a pas été soumise pour appréciation. Si une partie est confrontée à une action partielle dont le montant n'est pas limité, les trois exigences générales relatives aux actions en constatation négative s'appliquent à mon avis également dans ce cas. Il faut donc que la situation juridique soit incertaine, que l'on ne puisse raisonnablement exiger que l'insécurité juridique persiste et, enfin, qu'il soit impossible d'obtenir une protection juridique équivalente ailleurs. C'est sur la base des circonstances concrètes qu'il faut décider si l'intérêt à la constatation est donné. En revanche, la notion floue de fausse action partielle n'est pas déterminante.

b. Pas d'intérêt à agir en cas de réaction à une action partielle limitée quant à son montant

36 La jurisprudence mentionnée a été rendue avant l'arrêt du Tribunal fédéral selon lequel le rejet d'une demande limitée quant à son montant produit l'effet de l'autorité de la chose jugée pour l'ensemble de la demande si le tribunal a dû examiner toutes les prétentions avant d'arriver à cette conclusion. Or, le Tribunal fédéral avait déjà constaté auparavant qu'il n'y avait pas d'intérêt à la protection juridique ou à la constatation d'une action en constatation négative si le tribunal considérait qu'une action partielle de 30 000 CHF (créance totale de 45 875,70 CHF) n'était fondée qu'à hauteur de 14

162,55 CHF. Si cette décision entre en force de chose jugée matérielle, il est déjà établi que le recourant doit ce montant à l'intimé sur la base des faits invoqués dans le procès, et rien de plus. Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur une action en constatation négative lorsque le tribunal doit examiner l'ensemble de la prétention pour juger de l'action partielle.

3. Action reconventionnelle éventuelle en constatation et suspension

En raison de ces incertitudes, la doctrine a proposé différentes solutions qui doivent être appliquées lorsqu'une partie est confrontée à une action partielle limitée quant à son montant et souhaite introduire une action reconventionnelle en constatation négative. 37

Tout d'abord, il est proposé d'introduire une action reconventionnelle en constatation conditionnelle (action reconventionnelle éventuelle) au cas où l'action (partielle) serait rejetée. Ceci est considéré comme admissible. Toutefois, contrairement aux codes cantonaux de procédure civile, le CPC ne prévoit pas l'introduction d'une demande reconventionnelle conditionnelle. Une demande reconventionnelle conditionnelle ne peut être admise que si l'on admet la litispendance au sens de l'art. 62 CPC dès l'introduction de la demande reconventionnelle en constatation négative, car la litispendance ne supporte pas de conditions. En outre, le retrait de l'action (partielle) devrait également rendre caduque la demande reconventionnelle. Comme le CPC prévoit que la demande reconventionnelle a un sort propre indépendant de la demande partielle (cf. art. 14 al. 2 CPC), on peut toutefois se demander si une demande reconventionnelle conditionnelle devrait être admise. Certes, il est incontestablement admissible qu'une demande éventuelle puisse être formulée. Mais il est clair que la demande principale formulée par la même partie sera tranchée d'une manière ou d'une autre (et que la demande éventuelle est moins importante que la demande principale). Les demandes alternatives sont irrecevables. En revanche, une demande reconventionnelle conditionnelle déclenche, comme une demande pendante, un échange d'écritures qui, si la demande principale est admise, aura été vain. Considérer une demande reconventionnelle comme litispendante dès son introduction, procéder à un échange d'écritures comme pour une demande reconventionnelle normale, pour finalement considérer la demande reconventionnelle comme inexistante, semble donc à mon avis inadmissible. La partie qui introduit une demande partielle supporte des frais avec la 38

réponse, qu'elle ne peut pas récupérer par la suite, car sans l'existence d'une demande reconventionnelle, il n'existe pas de droit général au remboursement des frais. On peut également se demander quel devrait être le dispositif de la décision. La non-entrée en matière serait sans doute la bonne solution en cas d'acceptation de la litispendance, mais à mon avis, quelque chose qui n'existe pas ne peut pas être réglé par une non-entrée en matière. Une radiation pour défaut d'objet au sens de 241/242 CPC ne semble pas non plus appropriée, car l'objet de l'action en constatation négative est considéré rétroactivement comme n'ayant jamais existé. En principe, il est difficile de comprendre comment quelque chose peut être en instance si elle dépend d'une autre action. Il n'est pas non plus clair de savoir ce qui se passe si la demande reconventionnelle en constatation conditionnelle est retirée avant que la condition (rejet de la demande partielle) ne se réalise. Une nouvelle demande reconventionnelle ne peut-elle alors plus être introduite, puisque la demande reconventionnelle en constatation conditionnelle a été signifiée à l'autre partie et que la charge de la continuation s'est donc produite ? Compte tenu de ces points d'interrogation, il me semble que l'introduction d'une demande reconventionnelle en constatation conditionnelle est irrecevable.

39 Outre l'introduction d'une action reconventionnelle en constatation négative, une demande de suspension est également discutée afin de remédier aux incertitudes liées à une action partielle limitée quant à son montant. Si une action reconventionnelle inconditionnelle en constatation négative est introduite en réponse à une action partielle, le tribunal peut suspendre la première (art. 126 al. 1 CPC). Cela permettrait d'économiser des frais, puisque l'échange d'écritures concernant la demande reconventionnelle est provisoirement reporté. Toutefois, la suspension est laissée à l'appréciation du tribunal et celui-ci pourrait être enclin à la refuser, car sinon il n'y aurait guère de différence de temps entre l'introduction d'une demande reconventionnelle en constatation avec suspension et l'introduction d'une action en constatation négative dans un procès séparé après la décision sur la demande partielle. Cela devrait être le cas, du moins si l'on considère l'accélération de la procédure comme le motif principal de l'admission généreuse de l'action reconventionnelle en constatation négative dans le contexte de l'action partielle.

E. Litispendance

On peut se demander si l'introduction d'une action partielle limitée quant à son montant exclut une autre action partielle. Cette question devrait être de nature théorique, car cela est difficilement conciliable avec l'objectif de l'action partielle, qui vise précisément à un procès test à faible coût. En outre, il est possible d'augmenter le montant de l'action partielle déjà introduite au moyen d'une modification de la demande, pour autant que les conditions de la modification de la demande soient remplies. Tant que le tribunal n'a pas examiné la demande, il n'y a pas, à mon avis, de blocage de la litispendance et d'autres demandes partielles sont recevables. 40

F. Prescription et déchéance

L'action partielle n'interrompt la prescription que pour la partie réclamée. S'il s'agit d'une action en réparation d'un dommage relevant du droit de la responsabilité civile, la prescription ne commence toutefois à courir, conformément à l'art. 60 CO, qu'à partir du moment où l'on a connaissance de l'ensemble du dommage. S'il est établi que le dommage va encore évoluer, il n'est pas nécessaire de faire valoir au préalable la partie du dommage déjà connue par une action partielle afin d'éviter les conséquences de la prescription. 41

L'introduction d'une action partielle peut constituer un acte suffisant pour sauvegarder un délai de péremption. 42

BIBLIOGRAPHIE

Berti Stephen V., Gedanken zur Teil(anspruchs)klage nach Art. 84 E ZPO CH, SZZP 1 (2007), S. 77-86 (zit. Gedanken).

Berti Stephen V., Zur Teilklage nach Art. 86 ZPO der Schweizerischen Zivilprozessordnung (zugleich ein Beitrag zur Lehre der materiellen Rechtskraft), in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg)., HAVE Haftpflichtprozess 2010, S. 39-52 (zit. Zur Teilklage).

Bohnet François/Droese Lorenz, Kommentierung zu Art. 86 ZPO, in: Präjudizienbuch ZPO, 2. Aufl., Bern 2023.

Bopp Lukas/Bessenich Balthasar, Kommentierung zu Art. 86 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016.

Brehm Roland, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41–61 OR, 5. Aufl., Bern 2021.

Courvoisier Matthias, Kommentierung zu Art. 86 ZPO, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010.

Domej Tanja, Formalismus – haben wir davon zu viel?, CIVPRO 2022, S. 97-125.

Dorschner Sophie, Kommentierung zu Art. 86 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

Droese Lorenz, Res iudicata ius facit, Untersuchung über die objektiven und zeitlichen Grenzen von Rechtskraft im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2015 (zit. res iudicata).

Droese Lorenz, Teilklage und Nachklagevorbehalt, in: Krauskopf Frédéric/Rothenberger Adrian (Hrsg.), HAVE Haftpflichtprozess 2023, Das Rechtsbegehren, Zürich 2023, S. 58-94 (zit. Teilklage).

Emmel Frank, Echte Teilklage vor Arbeitsgericht und negative Feststellungswiderklage, BJM 2012, S. 61-83.

Füllemann Daniel, Kommentierung zu Art. 86 ZPO, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich et al., 2016.

Frank Richard/Messmer Georg/Sträuli Hans, ZPO, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2000.

Gasser Dominik/Rickli Brigitte, Kommentierung zu Art. 86 ZPO, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich et al. 2014.

Haas Ulrich/Schlumpf Michael, Kommentierung zu Art. 14 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Huber-Lehmann Melanie/Conrad Zina, Streitgegenstand und gehäufte Teilklage, ZZZ 43 (2017), S. 254-263.

Hunziker-Blum Felix, Bei Teilklage bloss Teilverjährung?, AJP 2019, S. 287-293.

Landbrecht Johannes, Effiziente Streitbehandlung nach ZPO, ZZZ 56 (2021), S. 715-726.

Loacker Leander D., Kommentierung zu Art. 115 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 7. Aufl., Basel 2020.

Markus Alexander R., Kommentierung zu Art. 86 ZPO, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1-149, Bern 2012.

Oberhammer Paul/Weber Philipp, Kommentierung zu Art. 86 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Ruggle Peter, Kommentierung zu Art. 14 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

Rusch Lukas/Lindholm Michelle/Chevalley Cyrill A. H., Die Teilklage in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Eine Bestandesaufnahme, ZZZ 56 (2021), S. 727-736.

Spühler Karl, ZPO-Revision Halbzeit, SJZ 117 (2021), S. 942-945.

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt, Kommentierung zu Art. 86 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1-408, Zürich 2021.

Willisegger Daniel, Kommentierung zu Art. 221 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 142 CPC

Un commentaire de Linda Novina

PROPOSITION DE CITATION

Linda Novina, Commentaire de l'art. 142 CPC, in: Lorenz Droese (édit.), Commentaire en ligne du Code de procédure civile

Citation abrégée: OK-Novina, Art. 142 CPC N. XXX.

Chapitre 3 Délais, défaut et restitution

Section 1 Délais

Art. 142 Computation

[1] Les délais déclenchés par la communication ou la survenance d'un événement courent dès le lendemain de celles-ci.

[1bis] Lorsqu'un acte notifié par envoi postal normal au sens de l'art. 138, al. 4, est reçu un samedi, un dimanche ou un jour férié prévu par le droit fédéral ou le droit cantonal du siège du tribunal, la communication au sens de l'al. 1 est réputée avoir lieu le premier jour ouvrable qui suit.

[2] Lorsqu'un délai est fixé en mois, il expire le jour du dernier mois correspondant au jour où il a commencé à courir. En l'absence d'une telle date, il expire le dernier jour du mois.

[3] Si le dernier jour est un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu par le droit fédéral ou le droit cantonal du siège du tribunal, le délai expire le premier jour ouvrable qui suit.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités concernant les art. 142 à 149 CPC 110
A. Délais dans la CPC 110
B. Champ d'application 111
C. Distinctions 112
1. Délais impropres (délais d'ordre) 112
2. Délais de la procédure fédérale 113
3. Délais matériels 113
II. Début du délai (art. 142, al. 1 CPC) 114
A. Communications déclenchant le délai 114
B. Survenance d'un événement 115
C. Autres faits déclenchant un délai 115
D. Premier jour du délai 115
III. Notification par courrier ordinaire (art. 142, al. 1bis, CPC) 116
IV. Calcul du délai (art. 142, al. 2, CPC) 117
A. Délais d'un mois 117
B. Délais journaliers 118
C. Délais horaires, hebdomadaires et annuels 118
V. Fin du délai (art. 142, al. 3 CPC) 119
Bibliographie 121
Matériaux 122

I. GÉNÉRALITÉS CONCERNANT LES ART. 142 À 149 CPC

A. Délais dans la CPC

1 Les délais sont les **périodes de temps** pendant lesquelles les parties et les autres participants à la procédure doivent accomplir un acte de procédure, exercer un droit ou faire une déclaration de volonté. Ils servent ainsi au bon déroulement et à l'achèvement rapide de la procédure civile. Outre les délais de procédure civile, il existe également une série de délais auxquels le droit des délais du CPC ne s'applique pas. Par exemple, le calcul des délais de recours et de péremption en matière civile fédérale est régi par le CC ou le CO, et dans les procédures devant le Tribunal fédéral, le droit des délais prévu aux art. 44 à 50 LTF s'applique (pour plus de détails, voir chap. I.C.2 et 3).

2 Le CPC distingue les **délais légaux et les délais judiciaires**. Un délai légal n'est en principe pas prorogeable et sa durée est fixée par la loi. Il en va autrement des délais judiciaires, dont la durée est fixée au cas par cas par le tribunal et qui peuvent être prorogés pour des motifs suffisants.

3 On distingue en outre les délais péremptoires et les délais dilatoires. Cette distinction porte sur les conséquences du non-respect des délais. Dans le cas des **délais péremptoires**, également appelés délais d'exclusion, l'expiration du délai non utilisé entraîne la déchéance, c'est-à-dire qu'une action procédurale non effectuée dans le délai imparti est sans effet. Les délais de recours en sont un excellent exemple. Les **délais dilatoires**, en revanche, n'entraînent pas une perte de droits, mais ont d'autres conséquences juridiques défavorables. Par exemple, le premier dépassement du délai pour le paiement de l'avance de frais ou de la garantie pour l'indemnisation des parties n'entraîne pas immédiatement le rejet de la plainte ou de la demande, mais seulement la fixation d'un délai supplémentaire. Contrairement au droit de la procédure civile, le droit public de la procédure utilise les termes de délai péremptoire et de délai dilatoire comme synonymes de délai légal ou judiciaire.

4 La notion de **délai au sens large** comprend, d'une part, le délai au sens strict, c'est-à-dire le délai fixé pour une durée déterminée (en jours, semaines, mois ou années), mais aussi, d'autre part, le délai fixé à une date précise du calendrier (également appelé délai fixe). Les art. 142, al. 1 et 2, CPC ne

s'appliquent naturellement pas aux délais fixes, mais les art. 142, al. 3, CPC et 143 CPC doivent également être pris en considération dans ce contexte.

B. Champ d'application

Les art. 142 à 149 CPC s'appliquent en principe à **tous les délais procéduraux** relevant du champ d'application du CPC (art. 1 s. CPC). Depuis le 1er janvier 2025, cela inclut également le délai prévu à l'art. 53, al. 3, CPC pour exercer le droit de réplique, qui découle de l'art. 29, al. 1 et 2, Cst. et de l'art. 6, ch. 1, CEDH. 5

En vertu du renvoi à l'art. 31 LP, les dispositions du CPC s'appliquent également au calcul, au respect et à la course des **délais de la LP**, sauf disposition contraire de la LP. Cette réserve donne lieu à des particularités – notamment pour les affaires judiciaires relevant de la LP – en ce qui concerne la prolongation (art. 33, al. 2 LP, uniquement pour les parties à la procédure domiciliées à l'étranger ou en cas de publication officielle), la reconstitution (art. 33, al. 4, LP, uniquement en l'absence de faute) ainsi que la suspension des droits et la prise en compte des vacances de poursuite (art. 56 ss LP et art. 63 LP). 6

En ce qui concerne les délais d'action prévus par la LP, les dispositions du CPC relatives à leur calcul, à leur cours et à leur respect doivent également être prises en compte en vertu de l'art. 31 LP, sous réserve des dérogations susmentionnées qui découlent de la LP. Avec la révision au 1er janvier 2025 des **art. 145, al. 4, CPC** et l'art. 56, al. 2, LP, la coordination de la suspension des délais entre la LP et la CPC est améliorée, ces deux dispositions stipulant de manière concordante que les dispositions de la CPC relatives à la suspension des délais s'appliquent à toutes les actions relevant de la LP qui doivent être introduites devant un tribunal. En simplifiant, seules les dispositions du CPC s'appliquent désormais à toutes les procédures devant un tribunal et les dispositions de la LP à toutes les procédures devant une autorité administrative ou de surveillance. Pour plus de détails, voir le commentaire de l'art. 145 CPC. 7

Dans les **relations internationales**, le droit applicable aux questions de procédure est en principe celui du for (lex fori processualis). Par conséquent, les dispositions du CPC relatives aux délais s'appliquent également aux procédures ayant un lien avec l'étranger. Il en va de même pour les recours 8

contre la déclaration constatant la force exécutoire (exequatur) en vertu de la Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CLug ; RS 0.275.12), où le droit des délais de l'État d'exécution s'applique. Dans le cadre de la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (CLaH ; RS 0.211.230.02), la Suisse se réfère également aux délais prévus par le CPC, car la CLaH ne contient elle-même aucune disposition spécifique sur les modalités de calcul des délais.

9 Outre les dispositions du CPC, la Convention européenne du 16 mai 1972 sur le calcul des délais (**EuFrÜb** ; RS 0.221.122.3) doit être respectée tant dans les affaires internationales que nationales (en raison de sa nature de disposition de droit international directement applicable, dite norme « auto-exécutable »). Par rapport à l'art. 142 CPC, la convention ne contient que des compléments et aucune divergence quant au fond.

C. Distinctions

1. Délais impropres (délais d'ordre)

10 Les délais prévus par le CPC peuvent être classés en **délais proprement dits et délais impropres**, en fonction de leur objectif et des destinataires auxquels ils s'adressent. Les délais proprement dits s'adressent aux parties (ou à des tiers) et leur sont fixés pour accomplir un acte de procédure déterminé, exercer un droit ou faire une déclaration de volonté (cf. chap. I.A ci-dessus). Les délais impropres (également appelés délais réglementaires) s'adressent aux tribunaux et autres organes judiciaires, auxquels la loi impose des délais déterminés pour l'accomplissement d'actes officiels. L'art. 203, al. 1, CPC est un exemple de tel délai impropre. Cette disposition stipule que la procédure de conciliation doit avoir lieu dans les deux mois suivant le dépôt de la demande de conciliation. En l'absence de nature procédurale, le délai de sept jours prévu à l'art. 138, al. 3, let. a, CPC pour le retrait après une tentative de notification infructueuse est également considéré comme un délai réglementaire.

11 Le droit des délais du CPC ne s'applique pas aux délais impropres. La seule exception est sans doute la disposition de l'art. 142 CPC relative au calcul des délais. Les délais réglementaires ne peuvent donc être prolongés, ni être suspendus pendant certaines périodes.

2. Délais de la procédure fédérale

Dans les procédures devant le Tribunal fédéral, ce n'est pas la réglementation des délais prévue aux art. 142 à 149 CPC qui s'applique, mais le **droit des délais prévu aux art. 44 à 50 LTF**. Il convient de tenir compte de cette particularité notamment en ce qui concerne les délais pour former un recours devant le Tribunal fédéral. 12

Le droit des délais de la CPC a été largement **harmonisé avec** l'ancienne administration de la justice fédérale. L'art. 142, al. 1, CPC correspond à l'art. 44, al. 1, LTF, et l'art. 142, al. 3, CPC correspond presque mot pour mot à l'art. 45, al. 1, LTF. Il en va de même pour l'art. 143, al. 1, CPC, qui correspond à l'art. 48, al. 1, LTF. Les commentaires correspondants relatifs à la loi sur le Tribunal fédéral peuvent donc être consultés. 13

3. Délais matériels

Le calcul d'un délai est en principe régi par le droit qui fixe ce délai. Le calcul des délais d'action et de péremption du droit civil fédéral ne se fonde donc pas sur les dispositions du CPC, mais **sur celles du CC ou du CO** (dans la mesure où le CPC n'est pas applicable par renvoi (par analogie), par exemple dans le domaine de la protection des enfants et des adultes en vertu de l'art. 450f CC). Ces délais de droit matériel sont par exemple le délai d'un mois pour contester les décisions d'une association contraires à la loi ou aux statuts (art. 75 CC), le délai de séparation de deux ans (art. 292 al. 1 let. a CPC en relation avec l'art. 114 CC), le délai de prescription relatif et absolu de l'action en nullité successorale (art. 521, al. 1, CC), le délai d'essai selon l'art. 335b CO et le délai de deux mois pour contester les décisions de l'assemblée générale de la société anonyme (art. 706a, al. 1, CO). Sous réserve d'exceptions légales, ils ne peuvent être prolongés ni rétablis, et ne sont pas suspendus pendant les vacances judiciaires. 14

Pour le reste, il n'y a que **des différences mineures** en ce qui concerne le début, le calcul et le respect des délais (par exemple, la prise en compte des jours fériés au domicile ou au siège de la partie plaignante). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les délais doivent toutefois être calculés selon une seule et même méthode, qu'ils découlent du droit matériel ou du droit procédural. Le respect des délais de recours en droit matériel est à nouveau déterminé par la justification de la litispendance selon le CPC. 15

II. DÉBUT DU DÉLAI (ART. 142, AL. 1 CPC)

16 Les délais en matière de procédure civile sont déclenchés par une notification ou la survenance d'un événement et commencent à courir le jour suivant.

A. Communications déclenchant le délai

17 Par une « communication » au sens de l'art. 142, al. 1, CPC, le tribunal ou la personne chargée de la conduite de la procédure fixe aux parties ou aux participants à la procédure un délai qui commence alors à courir. Les communications déclenchant un délai constituent des **décisions de procédure**. Elles doivent être dûment portées à la connaissance des parties ou de leurs représentants, faute de quoi le délai ne commence pas à courir. En cas de représentation valable, c'est en principe la prise de connaissance par le représentant qui est déterminante, et non celle par la personne représentée.

18 Pour que la communication soit dûment portée à la connaissance des parties, la décision doit être **correctement notifiée** et, en cas de notification écrite, valablement signifiée aux parties conformément aux formes prévues aux art. 138 ss CPC. Les communications écrites doivent être reçues, mais pas acceptées. La date à laquelle elles parviennent dans la sphère d'influence du destinataire est donc déterminante ; il n'est pas nécessaire qu'elles soient effectivement reçues ou portées à la connaissance du destinataire. En cas de notifications multiples, c'est en principe la première communication conforme à la loi qui fait courir le délai.

19 Le contenu qu'une décision (écrite) relative à la procédure doit comporter ou les **formalités** qui doivent être respectées pour qu'une décision (écrite) relative à la procédure soit notifiée correctement ne peuvent être déduits de manière contraignante de l'art. 238 CPC. Le Tribunal fédéral n'a pas encore tranché la question de savoir si les dispositions de l'art. 238 CPC s'appliquent également aux ordonnances de procédure. Une ordonnance peut toutefois également être notifiée oralement (lors d'une audience).

20 **Exemples de** communications déclenchant le délai : fixation d'un délai pour le versement d'avances et de sûretés (art. 101, al. 1, CPC) ; fixation d'un délai pour répondre à la demande ou à la demande reconventionnelle et pour un éventuel deuxième échange d'écritures (art. 222, al. 1 CPC, art. 224, al. 3 CPC, art. 225 CPC) ; Fixation d'un délai supplémentaire (art. 101, al. 3 CPC, art. 131 CPC, art. 132 CPC, art. 223, al. 1 CPC).

B. Survenance d'un événement

En règle générale, c'est la partie concernée qui prend connaissance en premier lieu d'un **événement déclenchant un délai** avant de porter l'affaire devant le tribunal. Souvent, seule la partie elle-même connaît la date de l'événement déclenchant le délai et doit donc en apporter la preuve, ainsi que celle du respect du délai dans la procédure correspondante. 21

Exemples d'événements déclenchant un délai : la connaissance d'un motif de récusation déclenche le délai pour le dépôt d'une demande de récusation (art. 49, al. 1, CPC) ; le retrait d'une requête pour défaut de compétence ou la notification d'une décision de non-entrée en matière déclenche le délai pour le dépôt d'une nouvelle requête (art. 63 CPC) ; la fiction de la notification déclenche le délai pour former recours contre la décision concernée (art. 138, al. 3, let. a CPC) ; La disparition du motif de retard déclenche le délai pour le dépôt d'une requête en restitution (art. 148, al. 2, CPC) ; La découverte d'un motif de révision déclenche le délai pour le dépôt d'une requête en révision (art. 329, al. 1, CPC) ; la publication du plan de collocation déclenche le délai pour le dépôt d'une action en collocation (art. 250, al. 2, LP). En outre, le déclenchement d'un délai judiciaire peut également être basé sur la survenance (certaine) d'un événement futur (par exemple, la fixation d'un délai pour prendre position sur un acte qui doit encore être édité). 22

C. Autres faits déclenchant un délai

La doctrine et la jurisprudence sont en partie **en désaccord** sur la question de savoir si un fait déterminé déclenchant un délai doit être qualifié de communication ou de survenance d'un événement. Toutefois, en raison de la réglementation uniforme du début du délai tant pour les communications que pour les événements déclenchant un délai, le débat dogmatique n'a pas d'incidence pratique. 23

D. Premier jour du délai

Le jour où la communication déclenchant le délai est effectuée ou où un événement déclenchant le délai survient n'est pas pris en compte dans le calcul du délai. Conformément à l'art. 142, al. 1, CPC, le délai ne commence à courir que **le jour suivant**. Le fait que ce jour tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu au lieu du tribunal n'a aucune importance pour le 24

début du délai. Il convient toutefois de tenir compte de la suspension du délai prévue à l'art. 145 CPC.

25 Dans le cadre de l'EuFrÜb, le jour où le délai commence à courir (dit « dies a quo ») coïncide toutefois avec le **jour de la notification ou de l'événement déclenchant le délai**. Comme le délai commence à courir à minuit (24 heures) du dies a quo, le jour où le délai commence à courir (dies a quo) n'est pas pris en compte (« dies a quo non computatur »). Cela correspond à un principe fondamental du droit des délais issu du droit romain, selon lequel le calcul des délais s'effectue en jours calendaires, c'est-à-dire en périodes comprises entre minuit et minuit (ce qu'on appelle la computation civile). Par conséquent, seuls les jours complets (c'est-à-dire 24 heures) sont pris en compte. En conclusion, les dispositions de l'art. 142, al. 1, CPC et de l'art. 3, al. 1, EuFrÜb ne se contredisent donc pas.

III. NOTIFICATION PAR COURRIER ORDINAIRE (ART. 142, AL. 1BIS, CPC)

26 Afin de résoudre le problème de la notification d'une communication déclenchant un délai un samedi par « courrier A Plus » – et donc d'un délai commençant le dimanche –, le législateur a introduit une nouvelle règle de notification à l'art. 142, al. 1bis CPC (en vigueur depuis le 1er janvier 2025). Selon cette disposition, la notification de communications déclenchant un délai un week-end ou un jour férié n'est réputée effectuée que le jour ouvrable suivant. Le délai commence donc à courir le jour suivant, c'est-à-dire le premier jour après ce jour ouvrable. On ne sait toutefois pas dans quelle mesure cette règle de notification est pertinente pour le calcul des délais selon le CPC dans le cadre du fonctionnement normal des tribunaux et autres autorités. En effet, selon l'art. 138, al. 1, CPC, la notification des décisions (relatives à la procédure) – comme pour les communications déclenchant un délai – n'est autorisée que par courrier recommandé ou par tout autre moyen contre accusé de réception, ce qui n'est justement pas le cas avec le mode d'expédition « A-Post Plus ».

IV. CALCUL DU DÉLAI (ART. 142, AL. 2, CPC)

A. Délais d'un mois

La CPC ne réglemente expressément que le calcul des délais d'un mois. Le **nombre de mois** doit être ajouté au mois au cours duquel le délai commence à courir. Le délai expire le dernier mois, le jour qui porte le même numéro que le jour où le délai a commencé à courir. Si le jour correspondant n'existe pas, le délai expire le dernier jour du mois. 27

La doctrine et la jurisprudence cantonale ont débattu de la question de savoir à partir de quel jour le délai d'un mois commence à courir, c'est-à-dire comment interpréter les alinéas 1 et 2 de l'art. 142 CPC : Selon l'opinion dominante, il convient de se baser – conformément au libellé et à la systématique de l'art. 142, al. 2, CPC en combinaison avec l'art. 142, al. 1, CPC et les art. 2 et 4, ch. 2, de la CEEJ – sur le jour qui correspond, en termes de chiffre, au *jour suivant* la notification ou l'événement déclenchant le délai. Certains auteurs et le tribunal cantonal de Schwyz ont toutefois considéré l'art. 142 al. 2 CPC indépendamment de l'art. 142 al. 1 CPC et ont estimé que l'événement ou la notification déclenchant le délai était déterminant pour la détermination de l'expiration du délai. Sinon, dans le cas des délais d'un mois, le jour du début du délai serait compté deux fois et un délai d'un mois plus un jour serait effectivement accordé, ce qui n'est pas logique et va à l'encontre de l'esprit et de l'objectif de l'art. 142, al. 2, CPC. Le délai d'un mois devrait donc expirer le jour qui correspond, en nombre, au jour de la communication ou de l'événement déclenchant le délai. 28

Dans l'arrêt **ATF 150 III 367**, le Tribunal fédéral a clarifié pour la première fois la question du calcul d'un délai déterminé en mois selon l'art. 142 al. 2 CPC, après que la jurisprudence du Tribunal fédéral ait longtemps été incohérente à cet égard. Le Tribunal fédéral s'est rallié à l'opinion minoritaire. Selon cette décision, l'art. 142 al. 2 CPC doit être interprété en ce sens que le « jour où le délai a commencé à courir » ne se réfère pas à l'art. 142 al. 1 CPC, mais à la date de l'événement déclenchant le délai. Pour le calcul d'un délai en mois, c'est donc le jour de l'événement ou le jour de la notification déclenchant le délai qui constitue le point de référence pertinent pour le début du délai. 29

Exemple : si la notification déclenchant le délai est effectuée le 15 janvier, un délai de trois mois commence à courir le même jour et expire le 15 avril, à 30

condition qu'il ne s'agisse pas d'un samedi, d'un dimanche ou d'un jour férié reconnu (art. 142, al. 3, CPC) et qu'aucune suspension du délai ne soit à prendre en compte (art. 145 CPC). Si la notification ou l'événement déclenchant le délai a lieu le 31 août, le délai de trois mois expire le 30 novembre, à condition qu'il ne s'agisse pas d'un samedi, d'un dimanche ou d'un jour férié reconnu et qu'aucune suspension du délai ne soit à prendre en compte.

31 Enfin, il convient de noter qu'un délai d'un mois **ne doit pas** être assimilé ou confondu avec un **délai de 30 jours** (voir ci-dessous chap. IV.B).

B. Délais journaliers

32 Les délais journaliers sont plus fréquents que les délais mensuels. Ni le CPC ni la Convention de Rome ne contiennent de disposition explicite sur le mode de calcul des délais exprimés en jours. La doctrine et la jurisprudence se basent sur le début du délai défini à l'art. 142, al. 1, CPC, puis **comptent les jours individuels**. Chaque jour est compté, y compris les samedis, dimanches et jours fériés reconnus. En revanche, il convient de tenir compte de la suspension des délais pendant leur cours (art. 145 CPC).

33 **Exemple** : une interdiction judiciaire a été prononcée le 2 avril et affichée sur le terrain. Le délai de 30 jours pour former opposition auprès du tribunal commence donc à courir le 3 avril et expire le 2 mai (30e jour), pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un samedi, d'un dimanche ou d'un jour férié reconnu (art. 142, al. 3, CPC) et qu'aucune suspension du délai ne doive être prise en compte (art. 145 CPC).

C. Délais horaires, hebdomadaires et annuels

34 Contrairement à la procédure pénale, les délais horaires sont rares dans la procédure civile. Dans le cas contraire, il convient d'ajouter le **nombre exact d'heures** au début du délai, qui commence en principe à minuit le jour de la date de référence.

35 **Exemple** : un délai de 12 heures fixé par le tribunal commence à courir à minuit le jour de la notification de la décision de procédure correspondante et expire le lendemain à midi, à condition qu'il ne s'agisse pas d'un samedi, d'un dimanche ou d'un jour férié reconnu (art. 142, al. 3, CPC) et qu'aucune suspension du délai ne soit à prendre en compte (art. 145 CPC).

Le calcul des **délais hebdomadaires** n'est pas non plus expressément réglementé dans le CPC. Le tribunal peut néanmoins fixer un délai hebdomadaire. À l'instar du délai mensuel, celui-ci expire le jour de la dernière semaine qui porte le même nom que le jour de la notification ou de l'événement déclenchant le délai. 36

Exemple : si la notification d'un délai de deux semaines fixé par le tribunal a été valablement effectuée un lundi, le délai commence à courir le même jour et expire deux semaines plus tard, également un lundi, à condition qu'il ne s'agisse pas d'un jour férié reconnu (art. 142, al. 3, CPC) et qu'aucune suspension du délai ne soit à prendre en compte (art. 145 CPC). 37

Les **délais d'un an** sont rares dans le CPC (par exemple, art. 329, al. 2, CPC) et ne font donc probablement pas l'objet d'une réglementation légale quant à leur calcul. Dans le cas d'un délai d'un an, le nombre exact d'années est ajouté au dies a quo (par analogie avec l'art. 142, al. 2, CPC pour le calcul des délais d'un mois). Selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, le dernier jour d'un délai d'un an porte le même numéro que le jour de la notification ou de l'événement qui a déclenché le délai. 38

Exemple : le délai de révision de dix ans prévu à l'art. 329, al. 2, CPC commence à courir le jour où une décision matérielle entre en force. Si la décision est entrée en force le 10 avril 2022, le délai expire le 10 avril 2032, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un samedi, d'un dimanche ou d'un jour férié reconnu (art. 142, al. 3, CPC) et qu'aucune suspension du délai ne soit à prendre en considération (art. 145 CPC). 39

V. FIN DU DÉLAI (ART. 142, AL. 3 CPC)

Les délais procéduraux expirent **le dernier jour à minuit (24 heures)**, sauf disposition contraire et à moins qu'il ne faille tenir compte d'une suspension du délai (art. 145 CPC). Les délais judiciaires peuvent également être fixés à un moment précis de la journée (par exemple à une heure précise d'un jour donné ou au début d'une audience donnée). Cela peut être particulièrement utile dans le cadre d'une procédure de mesures superprovisoires (art. 265 CPC). 40

L'art. 142, al. 3, CPC prévoit une **prolongation légale du délai** : si le dernier jour d'un délai légal ou judiciaire tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu par le droit fédéral ou cantonal au lieu du tribunal, le délai 41

expire le jour ouvrable suivant. Cela vaut également lorsque la fin d'un délai judiciaire a été expressément (et par erreur) fixée à une date précise tombant un week-end ou un jour férié. Les samedis, dimanches ou jours fériés reconnus n'ont toutefois d'effet que sur la fin d'un délai ; lorsqu'un délai est en cours, ils doivent être pris en compte dans le calcul et ne prolongent pas le délai. Le même principe est également énoncé à l'art. 5 EuFrÜb, bien que l'EuFrÜb lui-même ne fixe aucun jour férié.

42 **Les jours fériés** doivent être reconnus par l'État du lieu du tribunal pour prolonger la fin d'un délai. Le seul jour férié reconnu par le droit fédéral est le 1er août. Les jours fériés cantonaux nécessitent une base légale cantonale expresse sous la forme d'une norme générale et abstraite de droit public. Toutefois, l'art. 142, al. 3, CPC inclut non seulement les jours fériés légaux, mais aussi les jours qui sont traités comme des jours fériés légaux par le droit cantonal. Une base légale communale seule ne suffit pas. Les festivités locales (au niveau communal ou régional) ne peuvent influencer la fin du délai (y compris dans les procédures devant le Tribunal fédéral) que si elles sont expressément reconnues par le droit cantonal ou si leur reconnaissance en vertu du droit communal repose sur une norme d'habilitation cantonale explicite (que l'on trouve par exemple dans les lois cantonales respectives sur les jours fériés ou l'organisation des tribunaux). À ce jour, il n'existe pas de reconnaissance ou d'autorisation cantonale pour les après-midis du Sechseläuten et du Knabenschiessen dans la ville de Zurich, ni pour le Güdismontag dans la ville de Lucerne, raison pour laquelle ces fêtes locales ne prolongent pas un délai en cours.

43 La **liste des** « jours fériés légaux et jours traités comme des jours fériés légaux en Suisse » (état au 1er janvier 2011) établie par l'Office fédéral de la justice sur la base de l'art. 11 EuFrÜb donne un aperçu des jours fériés déterminants dans les cantons. Selon l'opinion majoritaire, cette liste n'a toutefois qu'un effet déclaratoire. Par mesure de précaution, il est donc recommandé de se renseigner auprès de l'autorité compétente, d'autant plus qu'il existe des différences au sein même de certains cantons (par exemple dans le canton de Soleure en raison de la Saint-Joseph (19 mars) et des fêtes patronales, ou dans le canton de Fribourg en ce qui concerne la Fête-Dieu, l'Assomption (15 août), Toussaint (1er novembre) et l'Immaculée Conception (8 décembre).

BIBLIOGRAPHIE

Abbet Stéphane, Kommentierung zu Art. 142 ZPO, in: Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (Hrsg.), Petit commentaire Code de procédure civile, Basel 2020.

Amstutz Kathrin/Arnold Peter, Kommentierung zu Art. 44 und 45 BGG, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK-Amstutz/Arnold).

Benn Jurij, Kommentierung zu Art. 142 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK-Benn).

Ernst Wolfgang/Oberholzer Serafin/Sunaric Predrag, Fristen und Fristberechnung im Zivilprozess (ZPO – BGG – SchKG), 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

Frei Nina J., Kommentierung zu Art. 142 ZPO, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–149 ZPO, Band I, Bern 2012 (zit. BK-Frei).

Fuchs Nicolas, Kommentierung zu Art. 142, 143 und 144 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 4. Aufl., Zürich 2025 (zit. ZK-Fuchs).

Gasser Dominik/Rickli Brigitte/Josi Christian, Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2024.

Hoffmann-Nowotny Urs H./Brunner Katrin, Kommentierung zu Vorb. zu Art. 142–149 ZPO und zu Art. 142 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Honegger-Müntener Patrick/Rufibach Matthias/Schumann Julius, Die Revision der ZPO, AJP 10 (2023), S. 1157–1180.

Jenny Reto M./Abegg Mike, Kommentierung zu Art. 142 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Kommentar zur

Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK-Jenny/Abegg).

Leuch Georg/Marbach Omar/Kellerhals Franz/Sterchi Martin, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl., Bern 2000.

Spühler Karl, Kommentierung zu Art. 142 ZPO, in: Spühler Karl (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, Zürich/Genf 2023.

Staehelin Daniel/Von Mutzenbecher Florence, Die Revision der ZPO vom 17.3.2023, SJZ 119 (2023), S. 815–833.

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt, Kommentierung zu Art. 142 ZPO; in: Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021 (zit. CHK-Sutter-Somm/Seiler).

Tanner Martin, Kommentierung zu Art. 142, 145 und 146 ZPO, in: Brunner Alexander/Schwander Ivo/Vischer Moritz (Hrsg.), Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–196 ZPO, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2024.

Tappy Denis, Kommentierung zu Art. 142 ZPO, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis, Commentaire romand Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR-Tappy).

Weber Philipp, Monatsfristen nach ZPO: Dörfs es bitzeli meh sii?, Juslettter 19.3.2012.

MATÉRIAUX

Protokoll der Sondersession des Nationalrats vom 10.5.2022 (Zweitrat), Amtliches Bulletin 2022 S. 669 ff., abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=56920, besucht am 14.9.2025.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 143 CPC

Un commentaire de Linda Novina

PROPOSITION DE CITATION

Linda Novina, Commentaire de l'art. 143 CPC, in: Lorenz Droese (édit.), Commentaire en ligne du Code de procédure civile

Citation abrégée: OK-Novina, art. 143 CPC N. XXX.

Art. 143 Observation des délais

[1] Les actes doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai soit au tribunal soit à l'attention de ce dernier, à la poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse.

[1bis] Les actes remis dans les délais mais adressés par erreur à un tribunal suisse incompétent sont réputés remis en temps utile. Lorsqu'un autre tribunal suisse est compétent, le tribunal incompétent les lui transmet d'office.

[2] En cas de transmission électronique, le moment déterminant pour l'observation d'un délai est celui où est établi l'accusé de réception qui confirme que la partie a accompli toutes les étapes nécessaires à la transmission.

[3] Un paiement au tribunal est effectué dans le délai prescrit lorsque le montant est versé en faveur du tribunal à la poste suisse ou débité d'un

compte bancaire ou postal en Suisse le dernier jour du délai au plus tard.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités concernant le respect des délais 126
II. Respect des délais pour les requêtes sous forme papier (art. 143, al. 1, CPC) 126
A. Principe de l'expédition 126
B. Remise directe 127
C. Envoi postal 127
D. Remise à une représentation diplomatique ou consulaire suisse 130
III. Effet suspensif et transmission des requêtes déposées par erreur auprès d'un tribunal incompétent (art. 143, al. 1bis CPC) 130
A. Situation juridique actuelle 130
B. Champ d'application de l'art. 143, al. 1bis, CPC 131
1. Champ d'application subjectif 131
2. Champ d'application objectif 132
a. «Requêtes» (d'une partie)... 132
b. ...« dans le délai »... 132
c. « par erreur » 132
d. ...« auprès d'un tribunal suisse incompétent »... 135
e. ...«être déposées» 136
C. Effets de l'art. 143, al. 1bis CPC 136
1. Respect du délai malgré un dépôt erroné auprès d'un tribunal incompétent . 136
2. Transmission à un autre tribunal en Suisse 136
a. Condition préalable : compétence d'un « autre tribunal » en Suisse 136
b. Procédure de la part du tribunal 138
c. Conséquences du renvoi 142
d. Conséquences du renvoi 142
IV. Respect des délais pour les requêtes électroniques (art. 143, al. 2 CPC) 143
A. Forme 143
B. Principe de réception 144
V. Respect des délais pour les paiements au tribunal (art. 143, al. 3, CPC) 145
A. Principe d'expédition (modifié) 145
B. Versement en espèces 145
C. Virement bancaire ou postal 145
D. Paiement erroné à un tribunal incompétent (art. 143, al. 1bis CPC par analogie) 146
Bibliographie 146
Matériaux 149

I. GÉNÉRALITÉS CONCERNANT LE RESPECT DES DÉLAIS

1 Les délais expirent toujours un jour ouvrable du lieu du tribunal **à minuit**, sous réserve de la fixation judiciaire rare de délais horaires ou d'une autre date d'expiration du délai, par exemple « jusqu'au début de l'audience ». Le délai peut être utilisé jusqu'à son terme, c'est-à-dire que les actes de procédure peuvent être complétés, étendus ou corrigés jusqu'à l'expiration du délai.

2 Le non-respect des délais doit être pris en compte d'office, la partie qui invoque le respect du délai de l'acte de procédure supportant (en cas de doute) la **charge de la preuve** du respect du délai de l'acte de procédure. Toutefois, si le tribunal est responsable de l'absence de preuve du caractère opportun d'un acte d'une partie, par exemple parce qu'il n'a pas envoyé la notification déclenchant le délai par courrier recommandé ou qu'il n'a pas conservé les enveloppes (avec le cachet de la poste) d'une partie, la charge de la preuve est renversée.

II. RESPECT DES DÉLAIS POUR LES REQUÊTES SOUS FORME PAPIER (ART. 143, AL. 1, CPC)

A. Principe de l'expédition

3 Le délai est respecté si la requête est déposée au tribunal le dernier jour du délai ou si elle est **remise à** la Poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse à l'attention du tribunal. Pour les requêtes sous forme papier, c'est donc le principe dit d'expédition qui s'applique : une requête doit être envoyée ou remise aux instances susmentionnées dans le délai imparti. Il n'est en revanche pas nécessaire que la requête parvienne au tribunal dans le délai imparti.

4 La jurisprudence du Tribunal fédéral prévoyait une exception à cette règle pour l'exercice du **droit constitutionnel de réplique**, sur la base de l'art. 29, al. 2, Cst. et de l'art. 6, ch. 1, CEDH, selon lesquels toute prise de position (non sollicitée) sur les arguments et les requêtes de la partie adverse devait parvenir au tribunal au plus tard dans les dix jours pour être prise en considération dans la procédure. Depuis le 1er janvier 2025, les tribunaux sont toutefois tenus de fixer à une partie un délai d'au moins dix jours pour prendre position

sur toutes les requêtes de la partie adverse. Les dispositions des art. 142 ss CPC doivent donc désormais être respectées également dans l'exercice du droit constitutionnel de réplique.

B. Remise directe

Les parties sont libres de remettre leurs requêtes directement au tribunal. Elles peuvent les déposer au **guichet d'accueil** du tribunal – en tenant compte des heures d'ouverture correspondantes – contre remise d'un accusé de réception servant de preuve. Elles ne peuvent prétendre à ce que le tribunal accepte leurs requêtes en dehors des heures d'ouverture habituelles du guichet. 5

Les parties peuvent également déposer leurs requêtes directement dans la **boîte aux lettres** du tribunal, si celle-ci est disponible. La requête est présumée avoir été déposée le jour où elle a été revêtue du cachet d'entrée du tribunal. Les parties sont toutefois libres de prouver, par le biais de témoins ou autres, qu'elle a été déposée à une date antérieure. Si le dépôt a lieu en dehors des heures d'ouverture du guichet et qu'il est évident que le cachet de réception portera une date ultérieure, la partie qui invoque le respect du délai de dépôt – en particulier si elle est représentée par un avocat – doit, sans y être invitée et avant l'expiration du délai, fournir au tribunal des preuves attestant le respect du délai. Le dépôt de la requête à l'entrée du tribunal ou dans la boîte aux lettres privée du membre compétent du tribunal ne permet pas de respecter le délai. 6

C. Envoi postal

Les requêtes sous forme papier sont le plus souvent envoyées par la poste. Le délai est respecté si la requête est remise à la **Poste Suisse** à l'attention du tribunal au plus tard le dernier jour avant minuit. En revanche, l'envoi par une poste étrangère – à l'exception du Liechtenstein – ou par un service de livraison privé ne respecte pas le délai. En cas d'envoi par un service de livraison autre que la Poste suisse, la requête doit soit parvenir au tribunal le dernier jour du délai, soit être réceptionnée par la Poste suisse pour traitement ultérieur. Un service de livraison privé ou étranger – privé ou public – agit ainsi en tant que représentant de l'expéditeur ou de la partie soumise au délai. 7

8 Le **mode** d'envoi postal n'a aucune incidence sur le respect du délai. La requête peut être déposée au plus tard le dernier jour du délai à un guichet postal de la Poste Suisse (même après la fermeture), dans une agence postale (par exemple dans un centre commercial, un magasin de quartier ou une pharmacie, etc.) ou à un automate « MyPost24 », remise à un facteur ou à un service de messagerie mandaté par la Poste Suisse, ou déposée dans une boîte aux lettres de la Poste Suisse. Cette dernière option est possible même après la dernière levée.

9 La **Poste Suisse** a externalisé son service de messagerie à la société swissconnect ag au 1er juillet 2016, c'est-à-dire qu'elle a mandaté un service de messagerie. Elle ne dispose donc plus **de son propre service de messagerie**. Si une partie mandate un service de messagerie par l'intermédiaire de la Poste Suisse, elle doit s'assurer qu'il s'agit d'un service de livraison privé tel que swissconnect ag ou que la Poste Suisse assure elle-même le transport ou mandate un service de messagerie. La remise à swissconnect ag (même par l'intermédiaire de la Poste Suisse, mais non mandatée par elle) ne permet pas de respecter le délai.

10 Conformément à la règle générale en matière de charge de la preuve, il appartient ici aussi à la partie qui invoque le respect du délai de remettre la requête à la Poste suisse à l'attention du tribunal en temps utile sous forme papier (avec le contenu requis). En règle générale, le **cachet de la poste** sur l'enveloppe d'une requête, l'étiquette d'affranchissement datée, le reçu « MyPost24 » ou le code numérique Track&Trace constituent, au sens d'une présomption naturelle, la preuve de la date de remise à la Poste Suisse. La date apposée sur l'envoi à l'aide d'une machine à affranchir n'est pas suffisante. L'envoi par courrier recommandé n'est pas nécessaire pour respecter le délai, mais il facilite considérablement l'administration de la preuve. Il est donc recommandé, en particulier pour les avocats, d'envoyer les requêtes judiciaires par courrier recommandé afin que le cachet de la poste soit apposé à la date de remise et que la partie à la charge de la preuve reçoive un accusé de réception. Le dépôt postal dans le cadre d'un accord d'enlèvement comporte un risque considérable en ce qui concerne la preuve de la ponctualité d'un envoi, car la première saisie de l'envoi par la Poste Suisse dans son système ne correspond pas nécessairement à la date de remise.

La partie à la charge de la preuve est toutefois libre de prouver la remise dans les délais à la Poste suisse – même si cela diffère de la date certifiée par le cachet de la poste ou autre – par **d'autres moyens appropriés**. Par exemple, une mention relative à un témoin indépendant peut être apposée au dos de l'enveloppe ou ce dernier peut lui-même confirmer par écrit (en indiquant la date, l'heure et le lieu du dépôt) que le courrier a été déposé dans la boîte aux lettres avant minuit. Un enregistrement vidéo du dépôt du courrier est également envisageable. Une photographie de l'enveloppe montrant comment elle a été déposée dans la boîte aux lettres ou la boîte postale ne suffit pas. Il convient toutefois de noter que la partie à la charge de laquelle incombe la preuve – en particulier si elle est représentée par un avocat – doit, en règle générale, de bonne foi et par mesure de sécurité, présenter spontanément au tribunal les preuves correspondantes avant l'expiration du délai si elle a semé le doute quant au respect du délai (par exemple en déposant la lettre dans la boîte aux lettres après la fermeture du guichet et le vidage peu avant l'expiration du délai) ou a des doutes fondés quant à la date d'envoi. Il en va de même en cas de dysfonctionnement manifeste du distributeur « MyPost24 » choisi. 11

Si la partie n'était pas tenue, en toute bonne foi, de fournir spontanément des preuves du respect du délai (parce qu'elle n'a elle-même créé aucune incertitude quant au respect du délai et n'avait pas à douter de la ponctualité de l'envoi postal, par exemple en cas d'envoi « A-Post Plus » avant l'expiration du délai), si le tribunal a néanmoins des doutes quant au respect du délai, l'expéditeur doit se voir accorder le **droit d'être entendu** au sens de l'art. 29, al. 2, Cst. et avoir la possibilité de désigner tous les moyens de preuve permettant de prouver le respect du délai. Ce n'est que s'il ressort clairement du dossier qu'un délai n'a pas été respecté et que la direction de la procédure n'a aucun doute à ce sujet qu'il est possible de renoncer à accorder à la partie concernée le droit d'être entendue et de prononcer directement un défaut ou, le cas échéant, une décision de non-entrée en matière. 12

Si la partie a remis sa requête à la Poste suisse à l'attention du tribunal dans les délais, mais qu'elle a utilisé une **adresse erronée** ou **affranchi insuffisamment**, cet envoi postal peut néanmoins avoir été effectué dans les délais, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral. Le défaut doit être corrigé et la requête renvoyée, non distribuable, doit être réintroduite immédiatement auprès de la Poste Suisse, non ouverte et correctement 13

adressée et affranchie (dans une nouvelle enveloppe accompagnée d'une explication et d'une demande éventuelle de rétablissement du délai). Un changement du mode de remise – par exemple par remise directe au tribunal ou par l'intermédiaire d'un service de messagerie privé – n'est pas autorisé dans le cas des vices mentionnés (adresse et affranchissement incorrects).

D. Remise à une représentation diplomatique ou consulaire suisse

14 Une autre possibilité de respecter le délai consiste à **remettre** la requête par écrit à une représentation diplomatique ou consulaire suisse à l'étranger au plus tard le dernier jour du délai. Cette possibilité est offerte non seulement aux personnes domiciliées ou résidant habituellement à l'étranger, mais aussi à toute partie au procès qui se trouve à l'étranger pour affaires ou en vacances. Il suffit pour cela de déposer la requête dans la boîte aux lettres de l'institution concernée. En revanche, le simple envoi postal à l'adresse de cette institution ne permet pas de respecter le délai.

15 Les dispositions déjà mentionnées s'appliquent à la **preuve de** la remise ou du dépôt dans la boîte aux lettres de la représentation. La remise directe d'un acte à une représentation diplomatique ou consulaire suisse équivaut à la remise directe à un tribunal suisse, et le dépôt de l'acte dans la boîte aux lettres d'une représentation suisse équivaut au dépôt dans une boîte aux lettres de la Poste suisse.

III. EFFET SUSPENSIF ET TRANSMISSION DES REQUÊTES DÉPOSÉES PAR ERREUR AUPRÈS D'UN TRIBUNAL INCOMPÉTENT (ART. 143, AL. 1BIS CPC)

A. Situation juridique actuelle

16 Le code de procédure civile ne contenait jusqu'à présent **aucune disposition** précisant dans quelle mesure les actes de procédure accomplis devant un tribunal (localement ou matériellement) incompétent ou une autorité (localement ou matériellement) incompétente respectaient les délais. L'art. 63 CPC concerne le maintien de la litispendance fondée sur un acte déposé auprès d'une instance incompétente ou dans le cadre d'une procédure erronée, et non la question du respect des délais. Le Tribunal fédéral a

considéré que le délai de recours était respecté lorsqu'un recours était déposé dans les délais, mais adressé par inadvertance au tribunal de première instance compétent (iudex a quo) ou à l'autorité de première instance compétente, et a confirmé l'obligation de transmettre le recours à l'instance de recours compétente (iudex ad quem). En outre, il a rejeté l'obligation générale de transmission – et, par conséquent, l'effet de respect du délai lié au dépôt auprès du tribunal ou de l'autorité incompétent(e). La doctrine et la jurisprudence cantonale étaient divisées sur cette question.

Depuis le 1er janvier 2025, l'**art. 143, al. 1bis CPC** régit le respect des délais pour les requêtes déposées par erreur auprès d'un tribunal suisse incompétent et leur transmission pour des raisons de compétence. Les requêtes déposées par erreur dans les délais auprès d'un tribunal suisse incompétent sont considérées comme déposées dans les délais. Désormais, dans ces cas, le tribunal incompétent est soumis à une obligation générale de transmission sous certaines conditions : si un autre tribunal en Suisse est compétent, le tribunal incompétent transmet d'office la requête. 17

B. Champ d'application de l'art. 143, al. 1bis, CPC

1. Champ d'application subjectif

Ce sont en premier lieu les **tribunaux suisses dont la procédure est régie par le CPC qui** doivent appliquer l'art. 143, al. 1bis, CPC. Selon le message, cette disposition procédurale générale s'applique également aux **autorités de conciliation**. 18

La question de savoir si les **autorités de protection de l'enfant et de l'adulte** sont également tenues, en vertu de l'art. 143, al. 1bis CPC, de considérer comme recevables les requêtes déposées par erreur auprès d'une autorité incompétente et de les transmettre dans certaines conditions est en principe régie par le droit cantonal. Dans la mesure où les cantons ne prévoient aucune disposition à cet égard, le CPC – et donc également l'art. 143, al. 1bis, CPC – s'applique en tant que droit (cantonal) complémentaire. 19

Ne relèvent pas du champ d'application subjectif de l'art. 143, al. 1bis CPC : le Tribunal fédéral, les tribunaux administratifs et pénaux, les tribunaux arbitraux (y compris dans le domaine de l'arbitrage interne), les offices des poursuites et des faillites, les autorités de surveillance, les autorités du registre 20

du commerce, les offices des successions, les notaires, les offices de l'état civil, les offices du registre foncier, les autorités fiscales, les autorités pénales, la surveillance des fondations ou encore les préposés à la protection des données.

2. Champ d'application objectif

21 L'art. 143, al. 1bis CPC concerne «**les requêtes qui, par erreur, ont été déposées dans le délai auprès d'un tribunal suisse incompétent**».

a. «Requêtes» (d'une partie)...

22 Le libellé de l'art. 143, al. 1bis CPC ne couvre pas seulement les actes introductifs d'instance tels qu'une action ou une requête, mais **tous les actes de procédure civile** adressés à un tribunal incompétent, quel que soit le type ou le stade de la procédure. Peu importe également que l'acte soit sous forme papier ou électronique.

23 **Exemples** : action/requête, réponse à l'action/réponse à la requête, réplique, duplique, demande de prolongation du délai, demande d'assistance judiciaire gratuite, requête en novation, prise de position relative à l'exercice du droit de réplique constitutionnel fondé sur l'art. 29, al. 2, Cst. et l'art. 6, ch. 1, CEDH, etc.

b. ...« dans le délai »...

24 La requête adressée à un tribunal incompétent doit être déposée **dans les délais**, sinon l'art. 143, al. 1bis CPC ne s'applique de toute façon pas. À cet égard, il est possible de se référer aux explications générales relatives aux art. 142 ss CPC.

c. « par erreur »

25 Seules les requêtes déposées « par erreur » auprès d'un tribunal incompétent peuvent être considérées comme déposées dans les délais et transmises sous certaines conditions. La signification du terme « par erreur » dans le contexte de l'art. 143, al. 1bis CPC est une **question d'interprétation**.

26 **Benn** plaide pour que, en principe, toute requête déposée auprès d'une autorité incompétente soit considérée comme « par erreur ».

Selon **Tanner**, il y a lieu de présumer qu'une requête a été déposée par erreur lorsqu'elle ne procure aucun avantage tactique à une partie dans le cadre du procès. Pour les profanes, les exigences en matière d'erreur doivent être moins strictes. Il n'est pas nécessaire qu'il n'y ait pas de faute dans l'erreur. En cas de doute, il faut toujours partir du principe que l'art. 143, al. 1bis CPC s'applique. 27

Pour **Lötscher/Plattner**, le facteur déterminant est de savoir si la partie s'est « sciemment », c'est-à-dire en toute connaissance de cause et de plein gré, adressée au tribunal incompétent. Ils n'admettent l'application de l'art. 143 al. 1bis CPC qu'en cas de requête inconsciente auprès du tribunal incompétent. En cas de for obligatoire ou d'incompétence matérielle du tribunal saisi, il faut en principe conclure à une soumission erronée (involontaire) au tribunal incompétent. En cas de fors non obligatoires, Lötscher/Plattner concluent à une soumission erronée dans les cas suivants : (1) en cas de requêtes déposées par des profanes, (2) en cas de requêtes émanant de personnes représentées par un avocat, dans lesquelles la compétence a été justifiée de manière détaillée, mais erronée, (3) en cas de requêtes dans lesquelles le dépôt erroné repose sur une circonstance factuelle ou juridique qui n'était pas prévisible ou qui a été manifestement négligée (par exemple, changement de domicile récent, jurisprudence récente). Ils concluent à une requête « délibérée » ou à l'absence d'erreur dans les cas suivants : (1) abus de droit manifeste, (2) requête déposée malgré des informations contraires concernant le tribunal compétent, (3) requête querelleuse ou peu claire dont la compétence ne peut être déterminée, et en outre en cas de for non obligatoire (4) requêtes déposées dans le but de provoquer une réponse de la partie adverse devant un tribunal incompétent, ainsi que (5) requêtes déposées délibérément dans le cadre d'un type de procédure qui s'est avéré par la suite indisponible (par exemple, protection juridique dans des cas clairs selon l'art. 257 CPC). 28

Fuchs partage cet avis et rejette en tout état de cause l'argument de la soumission erronée lorsque la partie choisit délibérément le tribunal incompétent (par exemple dans la partie formelle d'une action) ou insiste même sur la compétence, par exemple en continuant à soumettre des requêtes au tribunal incompétent malgré une notification en ce sens. Une faute n'exclut pas l'erreur, sauf si le comportement de la partie est manifestement abusif ou malveillant. 29

30 **Hurni/Hofmann** et **Balmer** plaident en faveur de l'existence d'une erreur manifeste. Et ce, malgré le fait que l'exigence de manifestité, initialement prévue dans le projet, ait été abandonnée au cours des délibérations parlementaires. Selon Balmer, une erreur est plus susceptible d'être admise chez une partie sans connaissances juridiques spécialisées que chez une partie représentée par un avocat.

31 Dans leur commentaire sur l'art. 48, al. 3, LTF, **Amstutz/Arnold** estiment que celui qui adresse sciemment ou par négligence son requête à une autorité incompétente ne peut invoquer cette disposition. En outre, il serait difficile de prouver qu'une requête a été déposée par erreur si une procédure est pendante devant un tribunal et que la partie a déjà reçu des instructions (par exemple, par le biais d'un accusé de réception, d'une décision d'avance de frais, d'une invitation à prendre position, etc.). Dans ce cas, elle a en tout état de cause connaissance de la compétence du tribunal qui lui a donné des instructions. **Jenny/Abegg** nient également l'existence d'une erreur lorsque le tribunal incompétent est saisi en toute connaissance de cause.

32 **Selon l'avis défendu ici**, l'analyse nuancée de Lötscher/Plattner constitue une bonne ligne directrice et un bon point de départ pour évaluer la question de l'erreur. Toutefois, dans le cas des requêtes déposées par des profanes, il faut toujours (et donc contrairement à Lötscher/Plattner, Fuchs et probablement aussi Amstutz/Arnold) partir du principe qu'il s'agit d'un dépôt erroné auprès d'un tribunal incompétent, en particulier lorsque la partie a été informée de la compétence et que cette information a été mal comprise. On peut citer comme exemple le cas fréquent où une partie adresse une demande d'assistance judiciaire gratuite à l'instance de recours parce que la décision d'avance des frais contient des informations sur les voies de recours en mentionnant la possibilité d'une assistance judiciaire gratuite. Toutefois, cela ne s'applique pas en cas de comportement abusif ou dans les cas manifestement extrêmement rares où des profanes saisissent délibérément un tribunal incompétent dans le but de provoquer une intervention ou un certain type de procédure. Les requêtes querelleuses doivent de toute façon être renvoyées conformément à l'art. 132, al. 3, CPC, raison pour laquelle la question de l'erreur ne se pose pas ici à mon avis. Il en va de même pour une requête imprécise dont la compétence ne peut être déterminée. Dans ce cas, le tribunal saisi doit d'abord accorder à la partie un délai supplémentaire au sens de l'art. 132, al. 1, en relation avec l'art. 132, al. 2, CPC, afin qu'elle puisse

corriger sa requête, de manière à pouvoir déterminer si celle-ci a effectivement été déposée par erreur. Si la partie ne se conforme pas à cette demande, la requête est de toute façon considérée comme non déposée. Les explications de Tanner sur l'erreur sont, au vu de ce qui précède, fondamentalement acceptables. Les opinions de Benn, Hurni/Hoffmann et Balmer ne sont, à mon avis, pas compatibles avec le libellé de l'art. 143, al. 1bis CPC et doivent donc être rejetées.

En principe, on peut retenir qu'il y a dépôt par erreur lorsqu'une partie, par manque de discernement, de concentration ou pour d'autres raisons similaires, se trompe sur la compétence du tribunal saisi ou n'agit pas conformément à sa conception correcte. Sa volonté est en principe de déposer la requête auprès d'un tribunal compétent, mais elle se fait une idée erronée de la compétence ou son action ou sa requête ne correspond pas à sa conception correcte de la compétence. Les raisons qui en sont la cause (ignorance du droit, inadvertance, malentendu, etc.) sont sans importance. La présomption d'erreur en cas de for obligatoire ou d'incompétence matérielle ou fonctionnelle du tribunal saisi peut être plus évidente qu'en cas de for non obligatoire. Afin de ne pas compromettre l'objectif de l'art. 143 al. 1bis CPC – à savoir la protection des parties contre le non-respect des délais en raison d'erreurs de compétence ou d'adresses erronées – ou ne pas en compliquer inutilement la poursuite, il convient dans tous les cas d'interpréter cette disposition de manière généreuse, en tenant compte de l'ensemble des circonstances concrètes et sans s'en tenir à des schémas de contrôle rigides. 33

d. ...« auprès d'un tribunal suisse incompétent »...

L'art. 143, al. 1bis CPC s'applique aux requêtes qui ont été déposées par erreur auprès d'un tribunal incompétent ratione loci, ratione materiae ou ratione functionis. Le tribunal saisi doit, comme d'habitude, examiner **d'office** sa propre compétence et constater son incompétence. 34

Si le « tribunal » saisi est une **autorité de conciliation**, celle-ci n'est pas habilitée, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, à statuer de manière définitive sur des questions de recevabilité telles que la compétence territoriale ou matérielle, compte tenu de sa mission première (« concilier plutôt que juger »), sauf si elle agit en tant qu'autorité de décision au sens des art. 210 à 212 CPC. Dans le cadre d'une procédure de conciliation pure, l'autorité de conciliation ne peut donc, selon le Tribunal fédéral, se déclarer 35

incompétente que dans les conditions suivantes : (1) L'incompétence de l'autorité de conciliation est manifeste et cumulative en ce qui concerne la compétence territoriale (2a) il existe un for (partiellement) obligatoire dans un autre lieu, raison pour laquelle une comparution au sens de l'art. 18 CPC est exclue, ou (2b) la partie défenderesse invoque l'incompétence territoriale. L'examen de sa propre compétence se limite donc principalement à la question de l'incompétence manifeste. Il convient notamment de déterminer si un litige doit faire l'objet d'une procédure de conciliation. Conformément à l'art. 143, al. 1bis CPC, seule l'autorité de conciliation manifestement incompétente est tenue de transmettre les requêtes qui lui ont été adressées par erreur.

e. ...«être déposées»

36 L'art. 143, al. 1bis CPC présuppose logiquement que la requête soit **effectivement déposée** auprès d'un tribunal incompétent. À cet égard, il convient de se référer aux considérations générales relatives à l'art. 143 CPC.

C. Effets de l'art. 143, al. 1bis CPC

1. Respect du délai malgré un dépôt erroné auprès d'un tribunal incompétent

37 Les requêtes déposées par erreur dans le délai imparti auprès d'un tribunal suisse incompétent sont considérées comme déposées dans les délais. Par analogie avec l'art. 63, al. 1, CPC, la date du premier dépôt (erroné) auprès du tribunal incompétent doit être considérée comme la date de respect du délai. Les requêtes qui n'ont pas été déposées par erreur auprès d'un tribunal incompétent ne sont toujours pas considérées comme déposées dans les délais.

38 Selon Abbet, l'art. 143, al. 1bis CPC s'applique également au respect **des délais de recours en droit matériel**.

2. Transmission à un autre tribunal en Suisse

a. Condition préalable : compétence d'un « autre tribunal » en Suisse

39 La transmission d'une requête déposée par erreur auprès d'un tribunal incompétent présuppose qu'« un autre tribunal en Suisse » soit compétent.

Cela concerne principalement **d'autres tribunaux civils suisses et autorités de conciliation**.

Il n'est pas encore **clair** si les requêtes doivent également être transmises à un tribunal administratif ou pénal, à une autorité administrative – en particulier à une autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, à un office des poursuites ou des faillites, à une autorité de surveillance, à une autorité fiscale ou à une autorité pénale – ou à un tribunal ou une autorité administrative fédérale. Lötscher/Plattner penchent pour une interprétation restrictive de l'art. 143, al. 1bis CPC et n'admettent une obligation de transmission que si la compétence de l'autre instance cantonale relève du champ d'application de l'art. 1 CPC, c'est-à-dire si sa procédure est régie par le CPC ou si le litige en question peut faire l'objet d'un recours en matière civile au sens de l'art. 72 LTF. Hurni/Hofmann et Abbet partent également d'un champ d'application limité de l'art. 143 al. 1bis CPC. 40

Selon le libellé de l'art. 143 al. 1bis CPC, le renvoi à des **tribunaux arbitraux** (nationaux et internationaux) en Suisse serait en principe également possible. Lötscher/Plattner rejettent toutefois une obligation de renvoi dans ce cas, en raison de l'absence de lien avec les règles des parties 1 et 2 du CPC et pour des raisons pratiques. 41

Le renvoi ne peut avoir lieu que si la **détermination de** la compétence correcte par le tribunal saisi en premier lieu est **possible**. Selon Lötscher/Plattner, le tribunal incompétent peut se fonder, pour déterminer la compétence, sur des faits qui ressortent des conclusions des parties ou qui sont considérés comme établis ou notoires. Le tribunal n'est donc pas tenu de constater et de compléter les faits d'office. En cas de compétence incertaine, il est possible de procéder à un échange de vues entre le tribunal incompétent saisi en premier lieu et le tribunal présumé compétent (en application analogue de l'art. 29, al. 2, LTF), mais un renvoi est également envisageable contre la volonté du tribunal saisi en second lieu. 42

Conformément à sa compétence d'examen limitée en matière de compétence territoriale et matérielle, l'**autorité de conciliation** manifestement incompétente ne peut et ne doit, selon Lötscher/Plattner, transmettre les requêtes qu'à l'autorité ou à l'instance manifestement compétente. Si aucune autre autorité ou juridiction n'est manifestement compétente, l'autorité de conciliation saisie en premier lieu n'est pas tenue de transmettre la requête. 43

44 S'il existe plusieurs « autres » **juridictions alternatives**, le tribunal compétent au sens de l'art. 143, al. 1bis CPC ne peut être déterminé par le tribunal saisi en premier lieu. L'obligation de renvoi ne s'applique pas s'il existe plusieurs « autres » tribunaux compétents en Suisse – ou à l'étranger. Selon Lötscher/Plattner et Balmer, la partie demanderesse ne doit pas non plus être entendue dans de tels cas. Elle peut toutefois exprimer sa volonté par une demande subsidiaire visant à ce que l'action soit renvoyée devant un tribunal déterminé. Si ce tribunal est l'un des tribunaux alternativement compétents, le tribunal incompétent doit, selon Lötscher/Plattner, transmettre la requête après avoir vérifié sa compétence.

45 Une **transmission partielle** doit être possible lorsqu'une requête contient plusieurs demandes relevant de la compétence de différents tribunaux.

b. Procédure de la part du tribunal

46 Le tribunal incompétent doit transmettre **d'office** la requête déposée par erreur. En conséquence, le tribunal est tenu de vérifier dans tous les cas, en particulier lorsque les questions de compétence sont complexes, si les conditions prévues à l'art. 143, al. 1bis CPC sont remplies. Si la partie demanderesse ou requérante souhaite empêcher une éventuelle transmission par le tribunal saisi en cas d'incompétence de celui-ci, afin de pouvoir déposer elle-même la requête introductive d'instance auprès du tribunal compétent (de son point de vue) conformément à l'art. 63, al. 1, CPC, elle peut formuler une demande subsidiaire de non-transmission dans ses conclusions. D'un point de vue temporel, le renvoi doit, selon le message, « être effectué dans les meilleurs délais, mais pas immédiatement ».

47 Selon **Lötscher/Plattner**, le tribunal saisi en premier lieu (localement ou matériellement) incompétent doit toujours rendre une décision de non-entrée en matière susceptible de recours en cas de requête introductive d'instance (action ou demande) déposée par erreur, la décision relative au renvoi faisant partie de la décision de non-entrée en matière à titre accessoire. Selon Lötscher/Plattner, le tribunal saisi qui n'est pas compétent n'est pas non plus tenu de communiquer aux parties le résultat de l'examen de la compétence avant le renvoi et de leur accorder le droit d'être entendues. Toutefois, un acte introductif d'instance doit en principe être notifié au préalable à la partie adverse afin de lui donner la possibilité de se défendre, en particulier lorsqu'il n'existe pas de for obligatoire. Un renvoi sans décision de non-entrée en

matière, en particulier dans les cas évidents, ne correspond pas à la volonté du législateur et ne peut être effectué à titre exceptionnel que dans le cas d'une requête non introductive d'instance adressée à un tribunal incompétent.

Selon **Tanner**, le tribunal incompétent saisi en premier lieu doit en principe entendre les parties afin de déterminer si la partie a déposé sa requête auprès de lui de manière consciente ou par erreur. Cela permet également à la partie adverse de présenter ses observations en cas de compétence non obligatoire. Le tribunal doit alors rendre une décision de non-entrée en matière (avec ordonnance de transmission ou mention de la renonciation à la transmission dans le dispositif de la décision). Dans les cas clairs, c'est-à-dire lorsque la requête est manifestement une erreur d'acheminement, comme par exemple dans le cas de documents ne donnant pas lieu à l'ouverture d'une procédure, il est possible de renoncer à demander des prises de position et à ouvrir une procédure propre et de transmettre la requête de manière informelle par une brève lettre. En fin de compte, cela correspond également à l'avis de **Honegger-Müntener/Rufibach/ Schumann**, qui, sur la base de considérations dogmatiques juridiques, font la distinction entre la transmission d'office (sans ouverture d'une procédure devant l'instance concernée) et le renvoi de la procédure (à la suite d'une décision de non-entrée en matière lors de l'ouverture d'une procédure), la première n'étant possible que dans les cas ne laissant aucun doute en raison d'une incompétence manifeste. Dans tous les autres cas, une procédure doit être ouverte et une décision de non-entrée en matière (avec renvoi de la procédure) doit être rendue. Cet avis est également partagé par **Fuchs**, qui se prononce dans la majorité des cas en faveur d'un renvoi formel associé à une décision de non-entrée en matière susceptible de recours (dans le respect du droit des parties d'être entendues). Un renvoi informel ne peut avoir lieu que si l'erreur et la question de la compétence sont si claires et évidentes qu'une procédure formelle serait inutile et ne servirait les intérêts d'aucune des deux parties. Or, cela n'est plus le cas lorsque le for n'est pas obligatoire et qu'une réponse est donc possible. 48

Il convient de noter que le législateur a voulu, avec l'art. 143, al. 1bis CPC, prévoir une réglementation conviviale pour le traitement des requêtes adressées à des tribunaux incompétents en Suisse. La partie qui s'adresse par erreur à un tribunal incompétent a un intérêt déterminant à ce que sa requête soit transmise rapidement et sans délai. Cela relève également de l'intérêt 49

général de la sécurité juridique et du bon déroulement de la procédure. Enfin, le tribunal et la partie adverse éventuelle doivent pouvoir s'assurer que, sous réserve des cas justifiant une restitution au sens de l'art. 148 CPC, aucune requête ne doit plus être attendue après un certain délai suivant l'expiration du délai. Si le tribunal devait dans tous les cas rendre une décision de non-entrée en matière (y compris une décision sur la transmission), cela entraînerait, **selon l'avis défendu ici**, une charge de travail nettement plus importante et, par conséquent, un temps de réaction comparativement plus long de la part des tribunaux, malgré la possibilité désormais offerte de rendre des décisions même non motivées. En effet, ils devraient ouvrir une nouvelle procédure pour chaque requête qui leur est adressée par erreur afin de pouvoir, selon Lötscher/Plattner, la clôturer à nouveau par une décision de non-entrée en matière. Il convient de garder à l'esprit que, dans la plupart des cas, les tribunaux sont confrontés à des requêtes pour lesquelles ils ne sont manifestement pas compétents (par exemple, les demandes d'assistance judiciaire gratuite adressées à l'instance de recours pour une procédure de première instance) et qui ne soulèvent pas de questions complexes de compétence, de sorte que la charge de travail des tribunaux pour rendre une décision de non-entrée en matière dans de tels cas semble disproportionnée. Il convient en outre de souligner que la partie qui s'est trompée n'a justement pas l'intention, par sa requête, d'engager une procédure devant un tribunal incompétent. Il est notamment inacceptable que la partie demanderesse requérant, qui a déposé par erreur sa requête auprès d'un tribunal incompétent, soit pénalisée pour son erreur (et pour avoir choisi un tribunal sans en avoir l'intention) en cas de for non impératif, lorsque la partie adverse accepte le for choisi par erreur conformément à l'art. 18 CPC. En ce qui concerne les avantages d'une décision formelle, les parties accepteront probablement dans la plupart des cas le renvoi à la juridiction compétente. La possibilité de contester une décision de non-entrée en matière (y compris la décision de renvoi) passe donc plutôt au second plan.

50 Sur la base de ces considérations, il semble, selon l'avis défendu ici et contrairement à l'opinion de Lötscher/Plattner, qu'il n'est pas approprié d'ouvrir une nouvelle procédure et de rendre une décision de non-entrée en matière dans tous les cas où une requête a été déposée par erreur. Dans les cas évidents où la compétence d'un autre tribunal est manifeste, et en particulier pour les documents qui n'engagent pas de procédure, il doit suffire de les munir d'un cachet de réception et de les transmettre **de manière**

informelle au tribunal compétent (avec copie aux parties pour information), en joignant l'enveloppe ou la confirmation de réception électronique , c'est-à-dire sans ouvrir de procédure correspondante, ou, en cas d'incompétence d'un autre tribunal, de le renvoyer à la partie. À des fins de preuve, il est recommandé de faire une copie ou un scan de la requête transmise ou renvoyée (y compris les annexes) et de la conserver au sein du tribunal. Si une partie n'est pas d'accord avec cette procédure, elle peut toujours demander une décision de non-entrée en matière susceptible de recours (y compris une décision sur la transmission).

Si la compétence d'un autre tribunal ne ressort pas clairement de la requête déposée par erreur, si des questions complexes de compétence doivent être résolues ou s'il s'agit d'un acte introductif d'instance qui ne fait pas l'objet d'un transfert, l'ouverture d'une procédure formelle se justifie **dans certains cas**, auquel cas, selon la situation initiale, un échange de lettres doit être ordonné ou les parties doivent être entendues avant qu'une décision de non-entrée en matière (y compris la décision de transmission) ne soit rendue. La procédure esquissée par Gasser/Rickli/Josi, selon laquelle la transmission doit se faire par une décision (contestable) de procédure – et explicitement pas par une décision de non-entrée en matière – n'est pas compréhensible. D'une part, cela nécessite également l'ouverture préalable d'une procédure formelle, ce qui n'est pas justifié dès le départ dans le cas d'un document ne donnant pas lieu à une procédure (car aucune des parties ne le souhaite). D'autre part, la procédure correspondante devrait finalement être clôturée formellement par une décision mettant fin à la procédure, auquel cas la procédure devrait probablement être classée sans suite en vertu de l'art. 242 CPC. À mon avis, rendre une ordonnance de procédure pour le renvoi semble donc encore plus fastidieux qu'une décision de non-entrée en matière (y compris la décision sur le renvoi). Par ailleurs, une ordonnance de procédure sert en principe à préparer et à mener rapidement la procédure. On ne voit pas en quoi le renvoi dans le cadre de l'art. 143 al. 1bis CPC répond à cet objectif. 51

En conclusion, il convient toutefois de noter que seul le temps permettra de déterminer quelle procédure fait ses preuves dans la **pratique** et peut être recommandée comme meilleure pratique. 52

c. Conséquences du renvoi

53 Une fois le renvoi définitif, l'affaire ou la requête est **prise en charge** par le tribunal ou l'autorité saisi(e) en second lieu. La décision relative à la compétence fixée dans l'ordonnance de renvoi n'a en principe aucun effet préjudiciel. Seul le tribunal ou l'autorité de conciliation qui y est mentionné peut statuer de manière définitive sur sa propre compétence. Il n'est donc pas exclu (et même admissible) qu'un tribunal, en tant que destinataire du renvoi, se considère lui-même comme incompétent et rende une nouvelle ordonnance de renvoi.

54 Si un tribunal transmet une requête à une **autorité de conciliation** dans le cadre de l'art. 143, al. 1bis CPC, il y a lieu de considérer que cette dernière doit se saisir de l'affaire, car une autorité de conciliation ne peut nier sa compétence que de manière limitée et les conditions requises à cet effet ne sont vraisemblablement pas remplies en cas de transmission par un tribunal. En particulier, il ne devrait pas y avoir de cas d'« incompétence manifeste ».

55 Le tribunal reprend la procédure au **stade où** elle se trouve au moment du renvoi. Les parties peuvent en principe se prononcer à nouveau deux fois librement sur la compétence du tribunal considéré comme compétent. Les mesures provisionnelles ordonnées par le tribunal saisi (à tort) restent valables jusqu'à leur éventuelle annulation ou modification par le tribunal compétent saisi en second lieu.

56 Si un acte introductif d'instance est transféré, la date de la première (erronée) soumission au tribunal incompétent est considérée comme la date de **litispendance**. La litispendance se poursuit donc et la partie demanderesse ou requérante n'a pas la possibilité de soumettre à nouveau sa demande ou sa requête à un autre tribunal.

d. Conséquences du renvoi

57 Si aucune transmission n'a lieu, la partie demanderesse ou requérante peut déposer à nouveau son **acte introductif d'instance** auprès du tribunal compétent ou de l'autorité de conciliation compétente dans un délai d'un mois à compter de la décision de non-entrée en matière, la date de la première introduction faisant alors foi comme date de litispendance.

Un **acte non introductif d'instance** qui a été renvoyé à la partie faute de constatation d'un autre tribunal compétent doit également être déposé par la partie auprès du tribunal compétent afin de respecter le délai prévu à l'art. 143, al. 1bis, phrase 1 CPC. 58

IV. RESPECT DES DÉLAIS POUR LES REQUÊTES ÉLECTRONIQUES (ART. 143, AL. 2 CPC)

A. Forme

Les requêtes électroniques doivent respecter une forme particulière pour que le délai soit respecté. L'art. 130, al. 2, CPC prévoit que la requête (y compris les annexes qui y sont mentionnées et qui sont jointes à celle-ci) doit être munie d'une **signature électronique qualifiée** conformément à la SCSE lorsqu'elle est déposée par voie électronique. Les requêtes envoyées par simple courrier électronique ou autres moyens électroniques à l'adresse du tribunal ne sont généralement pas considérées comme respectant les délais. Si le vice de forme peut être corrigé avant l'expiration du délai, le tribunal doit en principe en informer la partie concernée. Le tribunal ne peut accorder à la partie un délai supplémentaire au sens de l'art. 132, al. 1, CPC pour répéter une notification formellement correcte (signature électronique qualifiée, format de fichier admissible, etc.). Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, une régularisation a posteriori n'est pas non plus possible. 59

Les **modalités de** la communication électronique entre les parties à la procédure et les autorités sont régies par l'ordonnance du 18 juin 2010 sur la communication électronique dans le cadre des procédures civiles et pénales ainsi que des procédures en matière de poursuite pour dettes et de faillite (OC-PCS ; RS 272.1). Elle ne s'applique toutefois pas aux procédures devant le Tribunal fédéral. Les requêtes (y compris les annexes) doivent être envoyées au format PDF à l'adresse de l'autorité sur la plateforme de distribution reconnue qu'elle utilise. Les plateformes de distribution reconnues au sens de l'art. 2 OTrans-PCSP sont actuellement PrivaSphere Secure Messaging de la société PrivaSphere AG et IncaMail de la Poste suisse. Il convient de noter qu'IncaMail propose les modes d'envoi « Confidentiel », « Personnel » et « Recommandé », mais que seul ce dernier génère un accusé de réception au sens de l'art. 143, al. 2, CPC. En outre, la plateforme de distribution PrivaSphere AG offre la possibilité de soumettre une requête électronique 60

sans la munir d'une signature numérique suffisante et sans obtenir l'accusé de réception requis. La Chancellerie fédérale tient deux répertoires d'adresses d'autorités, qui sont publiés sur Internet.

61 Une autorité peut exiger la **soumission ultérieure** des requêtes et des annexes sur papier si celles-ci ne peuvent être ouvertes en raison de problèmes techniques ou si elles ne sont pas lisibles à l'écran ou sous forme imprimée. Elle doit accorder aux parties concernées un délai raisonnable pour la soumission ultérieure.

62 Certains auteurs considèrent également comme envisageable et possible que la partie concernée transmette une partie des documents par voie électronique et l'autre partie sous forme papier, par courrier postal ou par remise directe au tribunal. À mon avis, il n'y a rien à objecter à cela, à condition que les **dépôts partiels** soient suffisamment identifiés comme tels afin de pouvoir être facilement classés. Il va sans dire que les dépôts partiels doivent être effectués dans les délais impartis.

B. Principe de réception

63 La transmission électronique est soumise au principe de réception : le délai est considéré comme respecté si la réception à l'adresse de livraison du tribunal a été confirmée par le système informatique concerné au plus tard le dernier jour du délai (jusqu'à minuit). Concrètement, pour le respect d'un délai en cas de dépôt électronique, c'est le moment où la plateforme de notification délivre l'**accusé de réception** qui est déterminant. Le moment de l'envoi n'est pas pertinent, mais l'accusé de réception est généralement délivré automatiquement immédiatement après. La partie concernée peut ainsi savoir immédiatement si la transmission a été effectuée avec succès.

64 Le **risque** d'une transmission défaillante ou d'une panne technique est supporté par la partie jusqu'à la réception par le serveur du tribunal, c'est-à-dire jusqu'à l'émission d'un accusé de réception par la plateforme de transmission. Il est donc recommandé de ne pas effectuer la transmission électronique peu avant l'expiration du délai, mais de prévoir suffisamment de temps pour pouvoir, par mesure de sécurité, effectuer d'autres tentatives ou déposer le document sous forme papier.

V. RESPECT DES DÉLAIS POUR LES PAIEMENTS AU TRIBUNAL (ART. 143, AL. 3, CPC)

A. Principe d'expédition (modifié)

Le délai pour un paiement au tribunal est respecté si le montant à payer est **versé** ou **débit** du compte de la partie concernée ou de son représentant au plus tard le dernier jour du délai. Il ne suffit pas que l'ordre de paiement soit donné dans le délai. En revanche, il n'est pas nécessaire que le montant soit déjà reçu par le tribunal dans le délai ou crédité sur le compte du tribunal. 65

La **charge de la preuve** incombe à nouveau à la partie qui invoque le paiement dans les délais. 66

B. Versement en espèces

Pour respecter le délai, la partie débitrice a la possibilité de remettre le montant dû au plus tard le dernier jour du délai à la Poste suisse au moyen d'un versement au **guichet postal** (ou au guichet d'une de ses agences postales) en faveur du tribunal. La fonction de versement au Postomat ne sera plus disponible à partir du 31 juillet 2021. Le paiement du montant en espèces dans une succursale de la banque qui gère le compte du tribunal est également envisageable. Le versement à une poste ou une banque étrangère ne permet pas de respecter le délai ; le montant doit être remis au plus tard le dernier jour du délai à la Poste suisse ou à la banque qui gère le compte du tribunal pour traitement ultérieur, ou être versé à la caisse du tribunal. 67

Bien que non prévue par la loi, la possibilité de remettre le montant en espèces directement **au tribunal** au guichet en faveur de la caisse du tribunal contre remise d'un reçu est également généralement reconnue. Toutefois, une partie n'a pas le droit d'exiger que le tribunal accepte n'importe quel montant. Compte tenu du risque de blanchiment d'argent, un plafond de 15 000 francs semble raisonnable. 68

C. Virement bancaire ou postal

En cas de paiement au tribunal par virement bancaire ou postal, c'est la date du **débit du compte** qui fait foi pour le respect du délai : le compte suisse de la partie doit être débité du montant dû au plus tard le dernier jour du délai 69

(date de valeur). Pour les virements provenant de l'étranger, il est en outre nécessaire que le montant exigé soit crédité en temps utile sur le compte de la caisse du tribunal ou qu'il parvienne au moins dans la sphère d'influence de la Poste suisse ou d'une banque suisse ; le simple débit d'un compte étranger ne suffit pas pour respecter le délai. Dans ce contexte, il convient notamment de noter que les frais de transaction et de change sont entièrement à la charge de la partie qui effectue le virement, afin que le montant total soit payé dans les délais.

70 La partie est donc tenue d'effectuer l'ordre de paiement **en temps utile** afin que la banque ou la poste puisse le traiter dans les délais de paiement. Elle doit également s'assurer que le compte à débiter dispose d'un solde suffisant. Le risque d'un débit tardif est supporté par la partie débitrice.

71 Si le crédit n'est effectué sur le compte du tribunal qu'un jour après l'expiration du délai, le tribunal doit douter du respect du délai et **demander des précisions** à la partie débitrice concernant la date du débit. Si le compte de la partie débitrice est débité du montant exigé avant l'expiration du délai, mais qu'aucun crédit n'est ensuite effectué sur le compte du tribunal, il convient, conformément à la pratique judiciaire, de déterminer si l'échec du virement est imputable à la partie débitrice, à la banque ou à la poste.

D. Paiement erroné à un tribunal incompétent (art. 143, al. 1bis CPC par analogie)

72 Avec Benn et Tanner, on peut supposer que l'art. 143, al. 1bis CPC s'applique également aux paiements. Un paiement effectué par erreur dans le délai imparti à un tribunal incompétent est considéré comme effectué dans les délais. Le paiement doit être **transmis d'office** si un autre tribunal en Suisse est compétent.

BIBLIOGRAPHIE

Abbet Stéphane, Kommentierung zu Art. 142 und 143 ZPO, in: Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (Hrsg.), Petit commentaire Code de procédure civile, Basel 2020.

Amstutz Kathrin/Arnold Peter, Kommentierung zu Art. 48 BGG, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz

(Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK-Amstutz/Arnold).

Balmer Dominik, Transmission d'office et décision d'irrecevabilité, recht 4 (2022), S. 207 ff.

Benn Jurij, Kommentierung zu Art. 142 und 143 ZPO, in: Spühler Klaus/Tenchio Luca (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK-Benn).

Bohnet François/Droese Lorenz, Kommentierung zu Art. 143 ZPO, Präjudizienbuch ZPO, 2. Aufl., Basel 2023.

Domej Tanja, Kommentierung zu Art. 59 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Ernst Wolfgang/Oberholzer Serafin/Sunaric Predrag, Fristen und Fristberechnung im Zivilprozess (ZPO – BGG – SchKG), 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

Frei Nina J., Kommentierung zu Art. 142 und 143 ZPO, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–149 ZPO, Band I, Bern 2012 (zit. BK-Frei).

Fuchs Nicolas, Kommentierung zu Art. 143 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 4. Aufl., Zürich 2025 (zit. ZK-Fuchs).

Gasser Dominik/Rickli Brigitte/Josi Christian, Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2024.

Gehri Myriam A., Kommentierung zu Art. 59 ZPO, in: Spühler Klaus/Tenchio Luca (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK-Gehri).

Hoffmann-Nowotny Urs H./Brunner Katrin, Kommentierung zu Art. 143 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Honegger-Müntener Patrick/Rufibach Matthias/Schumann Julius, Die Revision der ZPO, AJP 10 (2023), S. 1157 ff.

Hurni Baptiste/Hofmann David, Délais, faits nouveaux et réplique dans le CPC révisé, Anwaltsrevue 5 (2023), S. 209 ff.

Jenny Reto M./Abegg Mike, Kommentierung zu Art. 143 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK-Jenny/Abegg).

Lötscher Cordula/Plattner Patrick, Die Weiterleitungspflicht nach Art. 143 Abs. 1bis revZPO – Von Irrtümern über die Zuständigkeit und ihren neuen Folgen, SZZP/RSPC 6 (2023), S. 689 ff.

Moret Sébastien, Kommentierung zu Art. 53 ZPO, in: Spühler Karl (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, Zürich/Genf 2023.

Spühler Karl, Kommentierung zu Art. 143 ZPO, in: Spühler Karl (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, Zürich/Genf 2023.

Schweizerische Bankiervereinigung, Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 20) zwischen der Schweizerischen Bankiervereinigung einerseits und den unterzeichnenden Banken andererseits vom 13.6.2018, abrufbar unter https://www.swissbanking.ch/_Resources/Persistent/e/2/5/4/e254d3078d72c23dcbc13352a34223c518303ec8/SBVg_Vereinbarung_VSB_2020_DE.pdf, besucht am 14.9.2025.

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt, Kommentierung zu Art. 142 und 143 ZPO; in: Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021 (zit. CHK-Sutter-Somm/Seiler).

Tanner Martin, Kommentierung zu Art. 142 und 143 ZPO, in: Brunner Alexander/Schwander Ivo/Vischer Moritz (Hrsg.), Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2024.

Tappy Denis, Kommentierung zu Art. 143 ZPO, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis, Commentaire romand Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR-Tappy).

MATÉRIAUX

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28.6.2006, BBl 2006 S. 7221 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/914/de, besucht am 14.9.2025.

Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 26.2.2020, BBl 2020 S. 2697 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/653/de, besucht am 14.9.2025.

Protokoll der Sondersession des Nationalrats vom 10.5.2022 (Zweitrat), Amtliches Bulletin 2022 S. 669 ff., abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=56920, besucht am 14.9.2025.

Beschluss des Parlaments vom 17.3.2023 (Referendumsvorlage), BBl 2023 S. 786, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/786/de, besucht am 14.9.2025.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 144 CPC

Un commentaire de Linda Novina

PROPOSITION DE CITATION

Linda Novina, Commentaire de l'art. 144 CPC, in: Lorenz Droese (édit.), Commentaire en ligne du Code de procédure civile

Citation abrégée: OK-Novina, art. 144 CPC N. XXX.

Art. 144 Prolongation

[1] Les délais légaux ne peuvent pas être prolongés.

[2] Les délais fixés judiciairement peuvent être prolongés pour des motifs suffisants, lorsque la demande en est faite avant leur expiration.

TABLE DES MATIÈRES

I. Non-prolongation des délais légaux (art. 144, al. 1, CPC) 153
II. Prolongation des délais judiciaires (art. 144, al. 2, CPC) 154
A. Délais judiciaires 154
B. Prolongation pour des motifs suffisants 155
C. Demande de prolongation de délai 156
D. Décision relative à la prolongation du délai 157
1. Décision de procédure 157
2. Conséquences de la décision 158
3. Durée et nombre de prolongations de délai 159
Bibliographie 160

I. NON-PROLONGATION DES DÉLAIS LÉGAUX (ART. 144, AL. 1, CPC)

Les délais légaux sont ceux dont la durée est fixée **par la loi**. Ils sont en principe immuables et ne peuvent donc être prolongés, même par accord entre les parties. 1

La **fixation d'un délai supplémentaire** pour corriger des requêtes lacunaires au sens de l'art. 132, al. 1 et 2, CPC n'est pas considérée comme une prolongation. Elle est donc également ouverte aux requêtes soumises à un délai légal. Toutefois, aucun complément ou correction matérielle ne peut être apporté a posteriori. Le délai supplémentaire sert uniquement à éviter certains vices de forme. 2

Certains auteurs plaident en faveur de l'application de l'art. 43, let. b, LTF en tant que principe général du droit et considèrent qu'il est nécessaire d'accorder une **prolongation de délai** appropriée, même pour les délais légaux, dans des cas exceptionnels particulièrement complexes ou volumineux. 3

Indépendamment de cela, un délai légal non respecté peut être **restauré** conformément aux dispositions de l'art. 148 CPC. 4

Exemples de délais légaux : délais de recours (art. 311, al. 1, art. 314, al. 1, art. 321, al. 1 et 2, et art. 329, al. 1, CPC), les délais de réponse aux recours (art. 312 al. 2, art. 314 al. 1 et art. 322 al. 2 CPC), les délais pour présenter une demande de récusation (art. 49 al. 1 CPC), les délais pour présenter une demande de restitution (art. 148 al. 2 et 3 CPC), pour le dépôt d'une action en justice après délivrance de l'autorisation de procéder (art. 209, al. 3 et 4, CPC), pour le rejet d'une proposition de jugement (art. 211, al. 1, CPC) et pour une demande de motivation écrite de la décision (art. 239, al. 2, CPC). 5

L'art. 144, al. 1, CPC n'est en principe applicable qu'aux délais régis par le CPC. La possibilité de prolonger **les délais légaux du droit matériel** (par exemple art. 439, al. 2, art. 450b, art. 521, art. 533 et art. 600 CC, etc.) **et du droit des poursuites pour dettes et des faillites** (par exemple art. 17, al. 2, art. 18, al. 1, art. 83, al. 2 et art. 174, al. 1 LP, etc.) n'est pas couverte par l'art. 144, al. 1 CPC et est régie par ses propres dispositions (par exemple art. 576 6

CC, art. 33, al. 2 LP). Il convient de noter que les dispositions correspondantes peuvent renvoyer à l'art. 144, al. 1, CPC.

II. PROLONGATION DES DÉLAIS JUDICIAIRES (ART. 144, AL. 2, CPC)

A. Délais judiciaires

7 Les délais judiciaires (ou délais fixés par le juge) sont ceux dont la durée est fixée au cas par cas **par le tribunal** ou par la direction de la procédure. Il s'agit notamment des délais pour le dépôt des requêtes et des délais de paiement. Une partie de la doctrine considère également comme un délai judiciaire un délai dont la fixation est expressément prévue par le code de procédure civile, mais dont la durée n'est pas (suffisamment) déterminée par la loi et doit donc être fixée par le tribunal.

8 La fixation d'un délai judiciaire relève du **pouvoir d'appréciation** du tribunal. Il convient de tenir compte, par exemple, du temps estimé nécessaire pour l'acte de procédure, de l'urgence du litige, des difficultés prévisibles dans l'instruction et l'obtention des preuves, ainsi que du délai de sept jours pour retirer les envois recommandés lorsque les délais sont fixés à un jour calendaire précis.

9 **Des exemples** de délais judiciaires prorogeables sont le délai pour mandater un représentant en cas d'incapacité à ester en justice (art. 69, al. 1 CPC), le délai (supplémentaire) pour verser l'avance de frais (art. 101, al. 1 et 3 CPC), le délai supplémentaire en cas de nombre insuffisant de requêtes (art. 131 CPC), le délai supplémentaire en cas de requête formellement défectueuse (art. 132, al. 1 et 2 CPC), le délai pour rendre un avis (art. 185, al. 3 CPC), le délai pour répondre à la demande ou à la demande reconventionnelle (art. 222, al. 1 ou 224, al. 3 CPC), le délai supplémentaire en cas de défaut de réponse à la demande (art. 223, al. 1 CPC), les délais dans le deuxième échange d'écritures (art. 225 CPC), le délai d'action en cas de mesures provisionnelles avant la litispendance (art. 263 CPC) ou pour une action en dommages-intérêts (art. 374, al. 5 CPC). Depuis le 1er janvier 2025, cela inclut également le délai pour exercer le droit de réplique, qui découle de l'art. 29, al. 1 et 2, Cst. et de l'art. 6, ch. 1, CEDH (art. 53, al. 3, CPC).

L'art. 144, al. 2, CPC prévoit également que le calcul d'un délai – et donc aussi la possibilité de le prolonger – est en principe régi **par le droit qui fixe le délai**. La possibilité de prolonger les délais de droit matériel est donc également régie par les dispositions spécifiques du CC ou du CO. Il en va de même pour le droit des poursuites et des faillites. Est réservée la possibilité de prolonger le délai judiciaire pour intenter une action en inscription définitive d'un gage des artisans et entrepreneurs au sens de l'art. 961, al. 3, CC, qui est certes de nature matérielle, mais qui peut néanmoins être prolongé en vertu de l'art. 144, al. 2, CPC. 10

B. Prolongation pour des motifs suffisants

Les délais judiciaires peuvent être prolongés pour des motifs **suffisants**. Un motif est considéré comme « suffisant » s'il est de nature, selon l'expérience générale, à empêcher ou du moins à compliquer l'accomplissement en temps utile de l'acte de procédure. Le tribunal ou la direction de la procédure statue selon son appréciation, en tenant compte des circonstances concrètes du cas d'espèce (importance du motif invoqué, intérêt à ce que la procédure se déroule correctement, urgence du litige, etc.) lors de la pesée des intérêts. L'art. 144, al. 2, CPC est donc une disposition potestative. Toutefois, une prolongation du délai doit être accordée si des motifs suffisants le justifient ; un refus constituerait une violation du droit d'être entendu. 11

La jurisprudence du Tribunal fédéral est en principe **généreuse** dans l'acceptation des motifs suffisants lorsque la procédure ne présente pas d'urgence particulière et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'oppose à la prolongation du délai. Selon une partie de la doctrine, il devrait être possible de compter sur au moins une prolongation du délai s'il existe des « raisons raisonnablement plausibles » pour lesquelles un délai ne peut être respecté. Les prolongations de délai doivent en tout état de cause être accordées avec plus de retenue dans les procédures simplifiées et sommaires. 12

Exemples de motifs suffisants : maladie, vacances, hospitalisation, décès d'un proche, service militaire ou civil, protection civile, détention, absence, surcharge de travail ou charge de travail liée à d'autres tâches soumises à des délais, licenciement d'employés importants, restructuration du cabinet, mandat à court terme d'un avocat, documents manquants, nécessité de traduire des moyens de preuve volumineux, difficultés techniques, manque de moyens financiers à court terme, distance, absence du bureau, séjour à 13

l'étranger, ampleur ou complexité de l'affaire ou raisons d'économie de procédure telles que l'imminence de négociations en vue d'un règlement à l'amiable ou un accord imminent entre les parties. Les motifs d'empêchement mentionnés peuvent concerner aussi bien la partie elle-même que son mandataire ou son représentant légal.

14 L'**accord de** la partie adverse sur la prolongation du délai peut constituer un motif suffisant, en particulier dans les procédures soumises à la maxime de disposition, mais la direction de la procédure reste du ressort du tribunal. Celui-ci ou la direction de la procédure n'est pas tenu d'approuver sans examen (plusieurs) demandes de prolongation fondées sur un accord entre les parties si des intérêts publics ou privés prépondérants s'y opposent. Le délai de rétractation dans les transactions est un délai de droit privé et non un délai judiciaire. Il ne peut donc être prolongé que par la partie adverse, et non par le tribunal.

15 En principe, **plusieurs** prolongations de délai sont possibles, mais chaque nouvelle demande de prolongation est susceptible d'être soumise à des exigences de plus en plus strictes quant aux motifs invoqués. Ce n'est que dans des cas tout à fait exceptionnels que les délais qualifiés d'« improrogeables » peuvent être prolongés ou que l'octroi d'une nouvelle prolongation d'un délai déjà qualifié d'« unique », de « dernier » ou d'« improrogeable » apparaît approprié. Il en va de même pour les (courts) délais supplémentaires. Lorsque les conditions d'un rétablissement du délai (art. 148 CPC) sont remplies, une prolongation du délai doit être accordée dans tous les cas afin d'éviter les temps morts.

C. Demande de prolongation de délai

16 Bien que le code de procédure civile ne se prononce pas expressément sur la forme, la demande de prolongation de délai doit en principe être soumise **par écrit ou par voie électronique** au tribunal compétent, dans le respect des exigences de forme générales prévues à l'art. 130 CPC. Le tribunal ou l'autorité compétent(e) est en principe celui ou celle qui a initialement fixé le délai à prolonger.

17 La demande de prolongation du délai doit être déposée **avant l'expiration du délai**, au plus tard le dernier jour à minuit. La règle générale de l'art. 143 CPC s'applique au respect du délai ; la demande ne doit pas nécessairement

parvenir au tribunal pendant le délai en cours ni même être examinée par celui-ci. Une demande de prolongation de délai déposée tardivement doit être acceptée comme une demande de restitution. Une prolongation d'office est en principe exclue, sous réserve des cas de fixation d'un délai supplémentaire conformément aux art. 101, al. 3, et 223, al. 1, CPC.

Il est impératif de **justifier** la demande de prolongation du délai. Les motifs suffisants doivent être indiqués de manière concise et, en principe, rendus crédibles. Il peut également être nécessaire de présenter des preuves correspondantes, telles qu'un certificat médical, un ordre de marche, une confirmation de réservation, etc. Il convient également d'indiquer la durée souhaitée de la prolongation du délai, qui est déterminée en fonction de la date à laquelle la partie sera en mesure, dans les circonstances connues, d'accomplir l'acte de procédure requis. 18

La demande de prolongation du délai a un **effet suspensif** dans la mesure où le délai initial ne peut expirer avant que le tribunal ou la direction de la procédure ne se soit prononcé sur la prolongation du délai. Sont réservées les demandes dilatoires et abusives sans motif sérieux. Par mesure de précaution, les demandes de prolongation de délai doivent néanmoins être déposées le plus tôt possible, c'est-à-dire dès qu'un motif suffisant est connu. 19

D. Décision relative à la prolongation du délai

1. Décision de procédure

Le tribunal ou la direction de la procédure **décide de** la prolongation du délai par une décision de procédure. Une motivation n'est nécessaire que dans le cas d'une prolongation inhabituellement courte ou longue du délai, ainsi qu'en cas de rejet de la demande de prolongation ; dans tous les autres cas, la demande peut être approuvée sans motivation au moyen d'un cachet indiquant la durée concrète de la prolongation. 20

Pour des raisons pratiques, il convient en règle générale de renoncer à une **prise de position préalable** de la partie adverse sur la demande de prolongation du délai, du moins pour les premières demandes. La décision relative à la prolongation du délai doit toutefois être communiquée aux parties. L'absence de réponse du tribunal ou de la direction de la procédure à une demande de prolongation du délai ne permet pas de conclure d'emblée à 21

son acceptation. La partie requérante est tenue de se renseigner auprès du tribunal ou de la direction de la procédure.

22 Une décision de procédure concernant la prolongation du délai ne peut être **contestée par** recours que si elle risque d'entraîner un préjudice difficilement réparable. Selon une partie de la doctrine, le rejet de la demande de prolongation du délai ne justifie toutefois généralement pas l'existence d'un préjudice imminent et difficilement réparable. En cas d'octroi de la prolongation du délai, la partie adverse n'est en principe pas lésée en l'absence de préjudice difficilement réparable ; elle ne peut donc, sauf dans de très rares cas, former un recours avec succès.

2. Conséquences de la décision

23 Si le tribunal ou la direction de la procédure **accorde la** demande de prolongation du délai, celle-ci prend effet sans interruption à compter de la date d'expiration du délai initial. Exemples : si le délai expire le mardi 6 septembre, la prolongation du délai commence, si elle est accordée, le mercredi 7 septembre. Si le délai initial expire le samedi 10 septembre, le délai expire le jour ouvrable suivant (art. 142, al. 3, CPC). Le délai en cours est prolongé jusqu'au mardi 13 septembre. L'octroi d'une prolongation de délai ne fait pas disparaître le droit légal de la partie à obtenir un délai supplémentaire, par exemple pour le paiement de l'avance de frais conformément à l'art. 101, al. 3, CPC.

24 En cas de **rejet de** la demande de prolongation du délai, un bref délai supplémentaire (appelé « délai d'urgence ») est accordé dans la pratique, à condition que la demande ne soit pas d'emblée vouée à l'échec. À cet égard, le Tribunal fédéral a estimé qu'un délai supplémentaire devait néanmoins être accordé à la partie requérante pour accomplir l'acte soumis à un délai, à moins que la demande ne doive être considérée comme abusive ou que la partie requérante ait dû supposer dès le départ, en toute bonne foi, qu'aucune prolongation ne serait accordée, par exemple parce que le délai était assorti de la mention « non prorogeable » ou « pour la dernière fois ». Dans le cas de délais « uniques », « non prorogeables » ou « prorogés pour la dernière fois », une prolongation n'est toutefois pas totalement exclue ; la partie requérante ne doit simplement pas compter sur la fixation d'un délai d'urgence en cas de rejet de la demande de prolongation. Si le délai d'urgence est fixé à un jour

calendaire précis, le délai de retrait de sept jours pour les envois recommandés prévu à l'art. 138, al. 3, let. a, CPC doit être respecté.

3. Durée et nombre de prolongations de délai

Le tribunal ou la direction de la procédure dispose d'une **large marge d'appréciation** pour décider de la durée ou du nombre de prolongations de délai. La durée de la prolongation accordée et le nombre de prolongations possibles doivent être adaptés au cas particulier. Il convient de mettre en balance les motifs invoqués pour justifier la prolongation et l'intérêt à ce que la procédure soit menée à bien rapidement. 25

Dans les procédures **sommaires et simplifiées**, les prolongations accordées doivent être plus courtes que dans les procédures ordinaires, et leur nombre doit également être limité. Une plus grande retenue s'impose encore davantage dans les procédures de mesures superprovisoires. 26

Les prolongations de délai pour une durée indéterminée ou à une date indéterminée ainsi que les prolongations de délai trop courtes ne sont **pas admissibles**. C'est le cas lorsque le délai prolongé expire déjà presque au moment de la réception de l'autorisation de prolongation. 27

La **durée** de la prolongation doit être indiquée en nombre de jours, de semaines ou de mois, ou le délai prolongé doit être fixé à une date calendaire précise. Dans ce dernier cas, il convient de tenir compte du délai de retrait de sept jours pour les envois recommandés. Il faut également tenir compte, dans le calcul, d'une éventuelle suspension du délai (art. 145 CPC). 28

Dans la décision procédurale accordant la prolongation du délai, le tribunal ou la direction de la procédure doit en outre **indiquer clairement** s'il ou elle n'entend pas approuver d'autres demandes de prolongation. À cette fin, il convient de mentionner que la prolongation du délai accordée est « la dernière », « unique » ou « ne peut (plus) être prolongée ». Dans le cas contraire, les parties peuvent supposer, en toute bonne foi, qu'une nouvelle demande de prolongation du délai sera traitée et qu'en cas de rejet, un bref délai supplémentaire sera au moins accordé, pour autant que la demande ne soit pas abusive. 29

BIBLIOGRAPHIE

Abbet Stéphane, Kommentierung zu Art. 144 ZPO, in: Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (Hrsg.), Petit commentaire Code de procédure civile, Basel 2020.

Benn Jurij, Kommentierung zu Art. 142 und 144 ZPO, in: Spühler Klaus/Tenchio Luca (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK-Benn).

Ernst Wolfgang/Oberholzer Serafin/Sunaric Predrag, Fristen und Fristberechnung im Zivilprozess (ZPO – BGG – SchKG), 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

Frei Nina J., Kommentierung zu Art. 144 ZPO, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–149 ZPO, Band I, Bern 2012 (zit. BK-Frei).

Fuchs Nicolas, Kommentierung zu Art. 144 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 4. Aufl., Zürich 2025 (zit. ZK-Fuchs).

Gasser Dominik/Rickli Brigitte/Josi Christian, Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2024.

Hoffmann-Nowotny Urs H./Brunner Katrin, Kommentierung zu Vorb. zu Art. 142–149 ZPO und Art. 144 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Jenny Reto M./Abegg Mike, Kommentierung zu Art. 144 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK-Jenny/Abegg).

Spühler Karl, Kommentierung zu Art. 144 ZPO, in: Spühler Karl (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, Zürich/Genf 2023.

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt, Kommentierung zu Art. 144 ZPO; in: Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt (Hrsg.), Handkommentar zur

Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021 (zit. CHK-Sutter-Somm/Seiler).

Tanner Martin, Kommentierung zu Art. 142 und 144 ZPO, in: Brunner Alexander/Schwander Ivo/Vischer Moritz (Hrsg.), Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2024.

Tappy Denis, Kommentierung zu Art. 144 ZPO, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis, Commentaire romand Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR-Tappy).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 145 CPC

Un commentaire de Linda Novina

PROPOSITION DE CITATION

Linda Novina, Commentaire de l'art. 145 CPC, in: Lorenz Droese (édit.), Commentaire en ligne du Code de procédure civile

Citation abrégée: OK-Novina, art. 145 CPC N. XXX.

Art. 145 Suspension des délais

[1] Les délais légaux et les délais fixés judiciairement ne courent pas:

a. du septième jour avant Pâques au septième jour qui suit Pâques inclus;

b. du 15 juillet au 15 août inclus;

c. du 18 décembre au 2 janvier inclus.

[2] La suspension des délais ne s'applique pas:

a. à la procédure de conciliation;

b. à la procédure sommaire.

[3] Les parties sont rendues attentives aux exceptions prévues à l'al. 2.

[4] Les dispositions de la présente loi sur la suspension des délais s'appliquent à toutes les actions relevant de la LP à déposer devant un juge. Elles ne s'appliquent pas à la plainte devant l'autorité de surveillance.

TABLE DES MATIÈRES

I. Suspension des délais (art. 145, al. 1 CPC) 166
A. Vacances judiciaires 166
B. Effets 166
1. Suspension du début du délai 167
2. Prolongation des délais déjà en cours 167
II. Exceptions (art. 145, al. 2, CPC) 169
A. Procédure de conciliation 169
B. Procédure sommaire 169
III. Obligation d'informer (art. 145, al. 3, CPC) 170
IV. Suspension des délais pour les actions intentées en vertu de la LP (art. 145, al. 4, CPC) 171
Bibliographie 173
Matériaux 174

I. SUSPENSION DES DÉLAIS (ART. 145, AL. 1 CPC)

A. Vacances judiciaires

1 En principe, **pour tous les délais de procédure civile** – qu'ils soient légaux ou judiciaires, calculés en jours, en semaines, en mois ou autrement, qu'il s'agisse de délais supplémentaires, prolongés ou rétablis –, il convient de tenir compte des vacances judiciaires énumérées de manière exhaustive à l'art. 145, al. 1, CPC. Cela contraste avec l'art. 46, al. 1, LTF, selon lequel les vacances judiciaires ne doivent être prises en compte dans les procédures devant le Tribunal fédéral que pour les délais calculés en jours.

2 Les vacances judiciaires durent :

- Du septième jour avant **Pâques** jusqu'au septième jour après Pâques (15 jours au total), le dimanche de Pâques étant déterminant, les vacances commençant donc le dimanche avant Pâques (c'est-à-dire le dimanche des Rameaux) et se terminant le dimanche après Pâques ;
- Du **15 juillet** au **15 août** (32 jours au total) ;
- Du **18 décembre** au **2 janvier** inclus (16 jours au total).

3 Tappy estime que le tribunal ou la direction de la procédure peut, lors de la fixation d'un délai judiciaire, en particulier dans le cas de la fixation d'un bref délai supplémentaire conformément à l'art. 101, al. 3, ou à l'art. 223, al. 1, CPC ou lorsqu'il fixe un bref délai d'urgence en cas de rejet d'une demande de prolongation de délai, peut expressément prévoir l'**exclusion de la suspension des délais**. Il doit également être possible de procéder de la même manière avec l'accord des parties et tacitement lorsqu'un délai d'une heure est fixé. Ces considérations ne sont pas partagées au vu du libellé clair de l'art. 145, al. 1 et 2, et de l'art. 146 al. 2 CPC et pour des raisons de sécurité juridique et de facilité d'application du CPC.

B. Effets

4 Pendant les vacances judiciaires**, les délais sont suspendus**, c'est-à-dire que le début d'un délai est suspendu et que les délais déjà en cours sont suspendus.

1. Suspension du début du délai

Les faits déclenchant un délai peuvent survenir sans entrave pendant les vacances judiciaires. Les notifications judiciaires (de communications et de décisions déclenchant un délai) sont donc également possibles pendant les vacances judiciaires. Un délai ne commence tout simplement pas à courir pendant cette période, même s'il a déjà été déclenché. La suspension du délai n'a donc d'effet que sur le **courant** d'un délai concret – et non sur son déclenchement. Le premier jour d'un délai légal ou judiciaire commençant pendant les vacances judiciaires conformément à l'art. 142, al. 1, CPC tombe toujours le premier jour après la fin de la suspension du délai ou des vacances, qu'il s'agisse d'un samedi, d'un dimanche ou d'un jour férié reconnu. Il en va de même lorsque le fait déclenchant le délai survient le dernier jour avant les vacances judiciaires. Peu importe qu'il s'agisse d'un délai journalier, hebdomadaire, mensuel ou annuel. Les parties sont en principe libres d'accomplir l'acte de procédure requis avant le début du délai. 5

Exemples : une notification déclenchant un délai est signifiée à la partie le 14 juillet. En raison des vacances judiciaires du 15 juillet au 15 août et de la suspension des délais qui en découle, le délai ne commence à courir que le 16 août, même s'il s'agit d'un samedi, d'un dimanche ou d'un jour férié reconnu. Il en va de même si la notification déclenchant le délai est signifiée aux parties le 18 juillet. 6

2. Prolongation des délais déjà en cours

Un délai qui a commencé à courir avant les vacances judiciaires **est suspendu pendant celles-ci** et est prolongé de la durée de la suspension. 7

Pour le calcul des **délais journaliers**, il faut compter jusqu'au dernier jour avant les vacances judiciaires ou la suspension des délais et, à partir du premier jour suivant, ajouter autant de jours qu'il en restait avant le début de la suspension. Si la fin du délai ainsi calculé tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu, le délai expire le jour ouvrable suivant (art. 142, al. 3, CPC). Exemple : une notification déclenchant un délai est signifiée à la partie le 11 juillet (vendredi). Le délai est de 10 jours et commence à courir le 12 juillet. Trois jours (du 12 au 14 juillet) se sont écoulés jusqu'aux vacances judiciaires. Le 16 août, le délai recommence à courir (jour 4), sept jours restant encore à courir. Le délai expire le 22 août (vendredi). Si le dernier jour 8

du délai tombe le 17 décembre (dimanche), il est prolongé jusqu'au jour ouvrable suivant (lundi 18 décembre) en vertu de l'art. 142, al. 3, CPC. Comme ce jour tombe pendant les vacances judiciaires, le délai expire le 3 janvier ou, le cas échéant, le jour ouvrable suivant.

9 Les **délais de trois mois** sont calculés dans un premier temps conformément à l'art. 142, al. 2, CPC, sans tenir compte pour l'instant des vacances judiciaires. Le nombre de jours de vacances judiciaires pendant lesquels le délai a été suspendu est ensuite ajouté. Si le dernier jour ainsi calculé tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu, le délai expire à nouveau le jour ouvrable suivant. Il en va de même pour les délais hebdomadaires. Exemple : une notification déclenchant un délai est signifiée à la partie le 13 décembre (vendredi). Le délai est de trois mois et commence à courir le 14 décembre (samedi). Sans tenir compte des vacances judiciaires du 18 décembre au 2 janvier, le délai courrait jusqu'au 13 mars (jeudi). En tenant compte des vacances judiciaires d'une durée totale de 16 jours (à compter du 14 mars), le délai expire alors le 29 mars (samedi) ou, en vertu de l'art. 142, al. 3, CPC, le jour ouvrable suivant (lundi 31 mars), pour autant que cette date ne tombe pas pendant les vacances de Pâques.

10 Pour le calcul des **délais annuels**, il ne semble pas judicieux de les prolonger de la durée des vacances judiciaires, comme c'est le cas pour les délais mensuels et hebdomadaires. Toutefois, il convient de tenir compte de la suspension des délais qui en résulte au début et à l'expiration du délai.

11 Si la **fin du délai** – y compris pour les délais ou délais annuels fixés (intentionnellement ou par inadvertance) à un jour civil précis pendant la suspension des délais – tombe pendant les vacances judiciaires, le délai est prolongé jusqu'au premier jour suivant la fin de la suspension des délais, ou jusqu'au jour ouvrable suivant (art. 142, al. 3, CPC). Il en va de même lorsque le délai expire un samedi, un dimanche ou un jour férié et que le jour ouvrable suivant tombe pendant les vacances judiciaires. Si le tribunal ou la direction de la procédure fixe la fin du délai à un jour calendaire déterminé en dehors des vacances judiciaires (par exemple le 5 janvier), les vacances judiciaires n'ont aucune influence.

II. EXCEPTIONS (ART. 145, AL. 2, CPC)

L'art. 145, al. 2, CPC énumère **de manière exhaustive** les procédures dans lesquelles les délais ne sont pas suspendus pendant les vacances judiciaires. 12

A. Procédure de conciliation

Il n'y a pas de vacances judiciaires pendant la procédure de conciliation au sens des art. 202 ss CPC. Dans l'ATF 138 III 615, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la portée de l'exclusion de la suspension des délais pour la procédure de conciliation et l'a limitée en principe aux **art. 202 à 207 CPC** du chapitre 2, intitulé « Procédure de conciliation ». 13

Sur cette base, le **délai pour intenter une action** devant le tribunal conformément à l'art. 209, al. 3 et 4, CPC ne fait plus partie de la procédure de conciliation. Si une procédure ordinaire (ou simplifiée) est engagée devant le tribunal, les vacances judiciaires doivent être prises en compte. 14

De même, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la suspension des délais pendant les vacances judiciaires doit être prise en compte dans le calcul du **délai de rejet de la proposition de jugement** de l'autorité de conciliation au sens de l'art. 211, al. 1, CPC. 15

La **procédure de décision** devant l'autorité de conciliation à la demande de la partie plaignante conformément à l'art. 212 CPC ne fait plus partie de la procédure de conciliation. S'il ne s'agit pas d'une procédure sommaire, les vacances judiciaires doivent donc être prises en compte. 16

B. Procédure sommaire

Les vacances judiciaires sont également exclues dans la procédure sommaire conformément à l'**art. 248 ss CPC**. La procédure sommaire est applicable, par exemple, aux mesures provisionnelles (y compris pendant la procédure de divorce), à la protection du mariage et du partenariat, à l'assistance judiciaire gratuite (y compris les procédures de paiement rétroactif), aux demandes de récusation, à la protection juridique dans les cas clairs, aux interdictions judiciaires et aux affaires de juridiction gracieuse. 17

Pour les procédures devant l'**autorité de protection de l'enfant et de l'adulte** (et devant l'instance de recours contre ses décisions), les cantons peuvent déclarer la procédure sommaire applicable ou exclure explicitement 18

la suspension des délais ou l'application des vacances judiciaires. Le canton de Thurgovie, par exemple, a déclaré applicables par analogie les dispositions du CPC relatives à la procédure sommaire, sauf dispositions particulières. Le CPC s'applique donc en tant que droit cantonal subsidiaire et exclut l'application des vacances judiciaires. Certains cantons, tels que Berne et Lucerne, déclarent applicables les dispositions de la loi cantonale sur la procédure administrative, en se fondant sur la compétence législative accordée par l'art. 450f CC, raison pour laquelle ces dispositions ou les règles qu'elles contiennent éventuellement en matière de suspension des délais doivent être consultées en priorité. Les cantons d'Argovie, d'Appenzell Rhodes-Extérieures, de Fribourg, de Schaffhouse, de Saint-Gall et de Zurich, entre autres, ont expressément exclu la suspension des délais dans leur législation cantonale. Si les cantons ne prévoient aucune réglementation, il n'y a probablement pas lieu de tenir compte des vacances judiciaires, en particulier dans les procédures de recours contre les décisions de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte.

19 Si, à la suite d'une procédure sommaire, un **délai pour l'introduction d'une procédure ordinaire (ou simplifiée)** est déclenché ou fixé (délai dit de poursuite), les vacances judiciaires doivent être prises en compte dans le calcul du délai. Le délai de recours judiciaire pour l'adoption de mesures provisionnelles avant la litispendance conformément à l'art. 263 CPC est donc suspendu pendant les vacances judiciaires. En revanche, le délai d'opposition de 30 jours pour la non-reconnaissance d'une interdiction judiciaire fait toujours partie de la procédure sommaire, raison pour laquelle les vacances judiciaires ne doivent pas être prises en compte. Il convient par ailleurs de noter que les dispositions du CPC – et donc également l'art. 145 CPC – ne s'appliquent pas aux délais matériels du CC et du CO, même s'ils concernent des actions judiciaires. Les vacances judiciaires ne s'appliquent donc pas dans ce contexte.

20 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'exclusion de la suspension des délais pour la procédure sommaire selon l'art. 145, al. 2, let. b, CPC s'applique également aux **procédures de recours** cantonales.

III. OBLIGATION D'INFORMER (ART. 145, AL. 3, CPC)

21 Conformément à l'art. 145, al. 3, CPC, le tribunal ou la direction de la procédure est tenu, contrairement au champ d'application de la LTF,

d'informer les parties des exceptions à la suspension des délais prévues à l'art. 145, al. 2, let. a et b, CPC. Cette obligation judiciaire constitue une **règle de validité**. En l'absence d'une telle indication, les parties ne doivent subir aucun préjudice et les délais sont suspendus pendant les vacances judiciaires comme s'il n'y avait pas d'exception à l'art. 145, al. 2, CPC. Il importe peu que le destinataire soit une partie versée en droit ou représentée par un avocat qui a constaté ou aurait dû constater le défaut.

La mention correspondante doit en principe être faite **lors de la fixation concrète du délai** ; une mention générale indiquant que les vacances judiciaires ne s'appliquent pas dans les procédures de conciliation ou sommaires n'est pas suffisante. Dans le cas de délais légaux, il peut suffire, dans certaines circonstances, que la mention soit faite dans la première décision de procédure. Les parties doivent au moins pouvoir reconnaître que leur litige concret est exclu de la suspension des délais. Une mention incorrecte ou incomplète a les mêmes effets qu'une absence de mention. 22

IV. SUSPENSION DES DÉLAIS POUR LES ACTIONS INTENTÉES EN VERTU DE LA LP (ART. 145, AL. 4, CPC)

Depuis le 1er janvier 2025, les dispositions du CPC relatives à la suspension des délais sont applicables **à toutes les actions en vertu de la LP** qui doivent être portées devant un tribunal. Cette nouvelle réglementation vise à améliorer la coordination de la suspension des délais entre les procédures civiles et les procédures en matière de poursuite. Elle concerne tous les délais de recours prévus par la LP dans le cadre des procédures ordinaires et simplifiées, tels que le délai pour intenter une action en contestation, les délais pour intenter une action en opposition, une action en jonction ou une action en collocation, une action en distraction ou une action en poursuite de la saisie, ainsi que les délais de recours correspondants. Contrairement à la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, il importe peu que le délai de recours correspondant ait été déclenché ou non par une mesure de poursuite. 23

Une attention particulière doit être accordée aux **affaires sommaires relevant du droit des poursuites** au sens de l'art. 251 CPC : La doctrine est divisée sur la question de savoir si l'art. 145, al. 4, CPC s'applique ici, car dans ce cas, en raison de l'exception de suspension des délais pendant les vacances judiciaires dans la procédure sommaire selon l'art. 145, al. 2, let. b, CPC, les 24

délais liés aux décisions concernant la mainlevée ou l'ouverture de la faillite courraient ou continueraient de courir même pendant les vacances de Pâques, Noël et du Nouvel An ou pendant les vacances d'été, et que les dispositions des art. 56 ss LP relatives aux vacances judiciaires et à la suspension des poursuites ne s'appliqueraient justement pas. Pour des raisons de protection du débiteur, il convient de partir d'une interprétation restrictive et littérale de l'art. 145, al. 4, CPC (qui s'applique uniquement aux « actions » et non aux « requêtes » au sens de l'art. 252 CPC). Il est incompréhensible que les suspensions judiciaires et les suspensions des poursuites ne s'appliquent pas aux actes de poursuite judiciaires tels que les décisions concernant la mainlevée ou l'ouverture de la faillite, mais s'appliquent à des actes de poursuite moins intrusifs tels que la notification d'un commandement de payer. Cela ne peut être l'intention du législateur. Il faut accepter que les affaires sommaires relevant du droit des poursuites soient traitées différemment des autres affaires sommaires, telles que les expulsions de locataires au sens de l'art. 257 CPC, en ce qui concerne la suspension des délais en vertu de la LP. Par conséquent, les requêtes en matière de poursuite sommaire au sens de l'art. 251 CPC ne relèvent pas de la notion d'« actions au sens de la LP » de l'art. 145, al. 4, CPC. Pour les procédures sommaires en matière de poursuite au sens de l'art. 251 CPC, les dispositions des art. 56 ss LP relatives à la suspension des poursuites et à la suspension des droits doivent donc être respectées en cas de mesure de poursuite.

25 Les dispositions du CPC relatives à la suspension des délais ne s'appliquent pas aux **recours en matière de poursuite** devant l'autorité de surveillance en matière de poursuite pour dettes et de faillite au sens des art. 17 s. LP. Il convient de noter que le CPC ne s'applique de toute façon pas aux affaires non judiciaires relevant du droit de la poursuite pour dettes et de la faillite. Cela concerne par exemple également le recours en matière de poursuite au sens des art. 17 s. LP, qui n'est pas adressé à un tribunal, mais à l'autorité de surveillance en matière de poursuite pour dettes et de faillite. Il importe peu que l'autorité de surveillance en matière de poursuite pour dettes et de faillite soit en fait un tribunal.

26 L'art. 145, al. 4, CPC n'est pas inclus dans la **disposition transitoire** de l'art. 407f CPC, raison pour laquelle cette disposition ne s'applique qu'aux procédures devenues pendantes à partir du 1er janvier 2025.

BIBLIOGRAPHIE

Abbet Stéphane, Kommentierung zu Art. 145 und 146 ZPO, in: Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (Hrsg.), Petit commentaire Code de procédure civile, Basel 2020.

Benn Jurij, Kommentierung zu Art. 145 und 146 ZPO, in: Spühler Klaus/Tenchio Luca (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK-Benn).

Ernst Wolfgang/Oberholzer Serafin/Sunaric Predrag, Fristen und Fristberechnung im Zivilprozess (ZPO – BGG – SchKG), 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

Frei Nina J., Kommentierung zu Art. 145 ZPO, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–149 ZPO, Band I, Bern 2012 (zit. BK-Frei).

Fuchs Nicolas, Kommentierung zu Art. 145 und 146 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 4. Aufl., Zürich 2025 (zit. ZK-Fuchs).

Gasser Dominik/Rickli Brigitte/Josi Christian, Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2024.

Hoffmann-Nowotny Urs H./Brunner Katrin, Kommentierung zu Art. 145 und 146 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Hurni Baptiste/Hofmann David, Délais, faits nouveaux et réplique dans le CPC révisé, Anwaltsrevue 5 (2023), S. 209 ff.

Jenny Reto M./Abegg Mike, Kommentierung zu Art. 145 und 146 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK-Jenny/Abegg).

Maranta Luca, Kommentierung zu Art. 450f ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK-Maranta).

Reusser Ruth E., Kommentierung zu Art. 450b ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK-Reusser).

Sarbach Martin, Kommentierung zu Art. 56 SchKG, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 3. Aufl., Basel 2025.

Spühler Karl, Kommentierung zu Art. 145 und 146 ZPO, in: Spühler Karl (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, Zürich/Genf 2023.

Staehelin Daniel/Von Mutzenbecher Florence, Die Revision der ZPO vom 17.3.2023, in: SJZ 119 (2023), S. 815 ff.

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt, Kommentierung zu Art. 145 ZPO; in: Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021 (zit. CHK-Sutter-Somm/Seiler).

Tanner Martin, Kommentierung zu Art. 142, 145 und 146 ZPO, in: Brunner Alexander/Schwander Ivo/Vischer Moritz (Hrsg.), Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2024.

Tappy Denis, Kommentierung zu Art. 142, 145 und 146 ZPO, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis, Commentaire romand Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR-Tappy).

MATÉRIAUX

Protokoll der Sondersession des Nationalrats vom 10.5.2022 (Zweitrat), Amtliches Bulletin 2022 S. 669 ff., abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=56920, besucht am 14.9.2025.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 146 CPC

Un commentaire de Linda Novina

PROPOSITION DE CITATION

Linda Novina, Commentaire de l'art. 146 CPC, in: Lorenz Droese (édit.), Commentaire en ligne du Code de procédure civile

Citation abrégée: OK-Novina, art. 146 CPC N. XXX.

Art. 146 Effets de la suspension

[1] Lorsqu'un acte est notifié pendant la suspension d'un délai, le délai court à compter du jour qui suit la fin de la suspension.

[2] Le tribunal ne tient pas d'audience durant la suspension d'un délai, à moins que les parties n'y consentent.

TABLE DES MATIÈRES

I. Notifications déclenchant un délai pendant les vacances judiciaires (art. 146, al. 1 CPC) 177
II. Pas d'audiences pendant la suspension des délais (art. 146, al. 2 CPC) 177
Bibliographie 178

I. NOTIFICATIONS DÉCLENCHANT UN DÉLAI PENDANT LES VACANCES JUDICIAIRES (ART. 146, AL. 1 CPC)

L'art. 146, al. 1 CPC régit expressément l'effet de la suspension des délais prévue à l'art. 145, al. 1 CPC sur les notifications déclenchant un délai : Si une communication ou une décision déclenchant un délai est notifiée aux parties pendant les vacances judiciaires, le délai qui y est fixé est déclenché, mais il ne commence à **courir** qu'**à partir du premier jour suivant la fin des vacances judiciaires**, c'est-à-dire le lundi suivant le lundi de Pâques, le 16 août ou le 3 janvier, même si les deux dernières dates sont un samedi, dimanche ou un jour férié reconnu (art. 142, al. 3 CPC). Peu importe qu'il s'agisse d'un délai journalier, hebdomadaire, mensuel ou annuel. En principe, aucun délai ne commence à courir pendant une suspension des délais. Les parties sont en principe libres d'accomplir l'acte de procédure requis avant le début du délai. 1

Exemple : une notification déclenchant un délai est signifiée à la partie le 20 décembre. En raison des vacances judiciaires du 18 décembre au 2 janvier et de la suspension des délais qui en découle, le délai ne commence à courir que le 3 janvier, même s'il s'agit d'un samedi, d'un dimanche ou d'un jour férié reconnu. 2

L'art. 146 CPC doit être considéré **en relation avec l'art. 145 CPC**, raison pour laquelle la disposition de l'art. 146 CPC ne s'applique en principe pas aux procédures de conciliation ou aux procédures sommaires. Il convient en outre de tenir compte des dispositions particulières relatives à la suspension des délais dans le cas des actions intentées en vertu de la LP. 3

II. PAS D'AUDIENCES PENDANT LA SUSPENSION DES DÉLAIS (ART. 146, AL. 2 CPC)

Les vacances judiciaires prévues à l'art. 145, al. 1 CPC ont également une incidence sur les audiences : celles-ci **n'ont en principe pas lieu** pendant la suspension des délais. Le type d'audience (audience d'instruction ou audience principale, audience de preuve, audience de conciliation ou audience d'appel, etc. ou audiences par vidéoconférence au sens de l'art. 141a, al. 1, CPC) n'a ici aucune importance. 4

5 Si une audience est fixée pendant les vacances judiciaires, la citation à comparaître correspondante **est nulle** et donc sans effet. La partie qui ne se présente pas à l'audience ne peut donc être considérée comme défaillante au sens de l'art. 147 CPC et peut contester les conséquences de la défaillance (y compris une décision rendue en l'absence de la partie sur le fond ou des ordonnances de preuve, etc.). L'audience doit finalement être répétée, en principe à une date située en dehors de la suspension des délais. Si la partie comparaît néanmoins devant le tribunal, elle doit insister dès le début de l'audience et demander une nouvelle fixation de la date de l'audience.

6 Avec l'**accord des parties** (y compris des parties accessoires), une audience peut exceptionnellement avoir lieu pendant la suspension des délais. Le silence à la convocation à une audience pendant les vacances judiciaires ne suffit pas ; une déclaration de consentement expresse et claire est nécessaire au préalable. Toutefois, la participation sans opposition à une audience pendant la suspension des délais est également considérée comme un consentement suffisant. Une fois donné, le consentement est irrévocable, sous réserve de l'existence de motifs de report éventuels au sens de l'art. 135 CPC. Bien que le consentement de tiers (par exemple de témoins, d'experts, etc.) ne soit pas nécessaire selon le libellé de l'art. 146, al. 2, CPC pour la tenue d'une audience pendant les vacances judiciaires, il semble néanmoins approprié pour des raisons pragmatiques.

7 Dans les procédures de conciliation et les procédures sommaires (y compris les procédures de recours ultérieures), les audiences peuvent également avoir lieu pendant les vacances judiciaires, faute de suspension des délais. La question de savoir s'il existe une obligation d'informer les parties de la non-applicabilité des vacances judiciaires pour les citations à comparaître – comme pour la fixation des délais selon l'art. 145, al. 3 CPC – a jusqu'à présent été laissée en suspens par le Tribunal fédéral.

BIBLIOGRAPHIE

Abbet Stéphane, Kommentierung zu Art. 145 und 146 ZPO, in: Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (Hrsg.), Petit commentaire Code de procédure civile, Basel 2020.

Benn Jurij, Kommentierung zu Art. 145 und 146 ZPO, in: Spühler Klaus/Tenchio Luca (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK-Benn).

Ernst Wolfgang/Oberholzer Serafin/Sunaric Predrag, Fristen und Fristberechnung im Zivilprozess (ZPO – BGG – SchKG), 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

Frei Nina J., Kommentierung zu Art. 146 ZPO, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–149 ZPO, Band I, Bern 2012 (zit. BK-Frei).

Fuchs Nicolas, Kommentierung zu Art. 146 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 4. Aufl., Zürich 2025 (zit. ZK-Fuchs).

Gasser Dominik/Rickli Brigitte/Josi Christian, Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2024.

Jenny Reto M./Abegg Mike, Kommentierung zu Art. 146 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK-Jenny/Abegg).

Hoffmann-Nowotny Urs H./Brunner Katrin, Kommentierung zu Art. 145 und 146 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Spühler Karl, Kommentierung zu Art. 146 ZPO, in: Spühler Karl (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, Zürich/Genf 2023.

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt, Kommentierung zu Art. 146 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021 (zit. CHK-Sutter-Somm/Seiler).

Tanner Martin, Kommentierung zu Art. 142, 145 und 146 ZPO, in: Brunner Alexander/Schwander Ivo/Vischer Moritz (Hrsg.), Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2024.

Tappy Denis, Kommentierung zu Art. 142, 145 und Art. 146 ZPO, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis, Commentaire romand Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR-Tappy).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Vorb. zu Art. 213 – 218 CPC

Un commentaire de Jonas Fischer

PROPOSITION DE CITATION

Jonas Fischer, Vorbemerkung zu Art. 213 – 218 ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Citation abrégée: OK-Fischer, N. XXX zu Vorb. zu Art. 213 – 218 ZPO.

TABLE DES MATIÈRES

I. La médiation en tant que partie des modes alternatifs de résolution des conflits (MARC) 183
II. Développement historique de la médiation 184
III. Définitions 186
A. Définition 186
B. Questions de délimitation 188
1. La médiation 188
2. Médiation proche du tribunal 189
3. L'arbitrage 190
IV. Bases juridiques, champ d'application et contrats 190
A. Bases juridiques 190
B. Principaux domaines d'application de la médiation 191
C. Les contrats dans la médiation 192
1. Classification juridique 192
2. Accord de médiation et alliance de travail 194
3. Contrat de médiation et convention de médiation 195
V. Principes et structure du processus de médiation 196
A. Principes du processus de médiation 197
B. Structure du processus de médiation (modèle des phases) 198
VI. Questions pratiques 204
A. Professionnalisation et qualifications dans le domaine de la médiation 204
B. Les avocats en tant que médiateurs 205
Bibliographie 206

I. LA MÉDIATION EN TANT QUE PARTIE DES MODES ALTERNATIFS DE RÉSOLUTION DES CONFLITS (MARC)

La médiation est un processus utilisé à la fois explicitement et implicitement pour résoudre des conflits, les "conflits" n'impliquant pas nécessairement une question juridique au sens strict. Une procédure de médiation est explicite lorsqu'elle est expressément désignée et comprise comme telle tant par le médiateur que par les parties impliquées et qu'elle se déroule en principe selon le modèle des phases (cf. ci-dessous section V.B.). La médiation est implicitement utilisée lorsque des éléments de la doctrine de la médiation sont utilisés pour résoudre un conflit qui ne se déroule pas dans le setting explicite d'une procédure de médiation. On peut penser par exemple à l'utilisation implicite de techniques telles que la paraphrase, qui sont typiques des procédures de médiation. La personne qui sert d'intermédiaire ou de médiateur ne doit pas nécessairement être un médiateur au sens propre du terme. Ainsi, les supérieurs, les collègues ou les personnes de confiance et de contact neutres utilisent souvent même intuitivement des astuces méthodiques issues de la doctrine de la médiation, sans que ni eux ni les parties en conflit ne s'imaginent être dans une "procédure de médiation". 1

Dans le discours juridique, la médiation est généralement classée dans le domaine de l'Alternative Dispute Resolution (ADR) ou des procédures alternatives de règlement des litiges. Elle y est considérée, avec l'arbitrage, comme la procédure la plus en vue au sein des ADR et est menée par une tierce personne impartiale et neutre, reconnue de la même manière par toutes les parties au conflit. Contrairement à d'autres méthodes d'ADR, notamment l'arbitrage, les médiateurs ne sont pas impliqués dans la décision sur le fond. Cela implique que ces derniers ne peuvent pas proposer de solutions concrètes dans le cadre de la procédure de médiation, notamment pas sous la forme d'une proposition de règlement, comme c'est le cas dans les procédures de conciliation. La médiation se distingue ainsi considérablement d'autres procédures ADR telles que la conciliation ou l'arbitrage ; et finalement aussi de la jurisprudence judiciaire traditionnelle. Outre les formes de base de la médiation et de l'arbitrage purs, des formes hybrides (MEDARB, ARBMED, MEDALOA, etc.) se sont développées dans la pratique, qui combinent les caractéristiques de plusieurs méthodes ADR. 2

3 L'un des principaux objectifs des procédures de médiation est de rétablir la relation entre les parties en conflit. Pour ce faire, le setting de la médiation crée un espace dans lequel les personnes concernées sont invitées à réfléchir et à changer d'attitude et de comportement sur le chemin de la recherche d'une solution commune. Il en résulte qu'il existe autant de solutions possibles que de parties en conflit. La condition préalable à cette diversité de possibilités de résolution des conflits est que les parties mettent de côté leurs propres besoins, idées ou souhaits de résultats, et qu'elles soient parfois capables de supporter des incertitudes. Le fait que les parties au conflit s'appuient sur l'analyse et le reproche mutuels d'erreurs passées ne devrait certes pas être au centre des préoccupations, même si les blessures, les insatisfactions ou les malentendus passés sont tout à fait thématisés et réfléchis. Il est important que la médiation ne glisse en aucun cas vers un setting thérapeutique, mais qu'elle oriente l'attention des parties dans le processus de changement vers des solutions potentielles communes. Une marge de manœuvre pour des solutions consensuelles ne s'ouvre en effet que lorsque toutes les parties impliquées se détachent des attentes figées et changent de perspective. Dans le processus de médiation classique, il est essentiel que la participation au processus et la conclusion d'un accord de médiation soient toujours volontaires pour les parties au conflit. En résumé, la tâche principale des médiateurs consiste à mettre un espace à la disposition des parties et à les accompagner dans la recherche d'une solution, sans faire eux-mêmes de propositions.

II. DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE DE LA MÉDIATION

4 D'un point de vue historique, la médiation dispose d'une longue tradition dans de nombreux pays et cultures. On trouve par exemple les premières approches de la médiation environ 3000 ans avant J.-C. chez les Sumériens du sud de la Babylonie ainsi que les premières traces de l'enseignement de la médiation au sens large il y a 6000 ans en Chine. Le berceau du mouvement de médiation moderne est toutefois les États-Unis des années 1960, qui ont connu des turbulences pendant la période tendue du mouvement des droits civiques, des protestations au Vietnam et des émeutes estudiantines enflammées. Depuis lors, la médiation s'est répandue au Canada et en Europe à partir des États-Unis vers la fin des années 1980. Toutefois, après les premières tentatives d'implantation de la nouvelle méthode en Allemagne – et sans doute en Suisse – la désillusion s'est installée : il est apparu clairement

qu'il ne suffisait pas de former des médiateurs et d'enrichir l'offre sur place, car l'évolution en Europe continentale se distingue considérablement du mouvement américain initial : Aux États-Unis, la professionnalisation de la médiation est essentiellement issue du concept de Harvard, fortement influencé par l'enseignement de la négociation et reflété dans la publication The Promise of Mediation (1994) de R.A.B. Bush et J. Folger. En outre, dans les universités des États-Unis et d'Australie, la médiation et la méthodologie ADR ont été systématiquement intégrées comme partie intégrante de la formation juridique de base depuis les années 1990. En revanche, l'enseignement de la médiation en Europe continentale et en particulier en Suisse n'a pas été dérivé en premier lieu du modèle de négociation. Elle a plutôt été influencée par d'autres facteurs, comme par exemple les approches de la thérapie systémique et le débat sur le thème arbitrer au lieu de juger, débat qui remonte aux années 1920 et qui était idéologiquement lié à la démocratisation de la justice et à son désengorgement, argument que les autorités propagent encore aujourd'hui. On peut donc voir dans cette évolution une réaction consciente et une démarcation par rapport aux procédures traditionnelles de résolution des conflits, définies par la loi. De tels contextes historiques ne devraient toutefois plus inciter à considérer la médiation et les ADR, dans leur forme actuelle, comme l'équivalent des procédures judiciaires : Ils sont simplement "alternatifs" dans le sens où un conflit peut être résolu avec l'aide de différentes tierces personnes : Qu'il s'agisse d'un tribunal étatique ou d'un médiateur, d'un organe de conciliation (étatique) ou d'un arbitre, cela dépend des circonstances concrètes de la situation conflictuelle.

En Suisse, la médiation s'est établie à la fin des années 1980, d'abord en Suisse romande, et a été appliquée dans différents domaines. Les efforts les plus divers ont également contribué à la faire connaître ; ainsi, en 1991, des groupes d'initiative ont organisé un colloque international sur la médiation à l'Institut suisse de droit comparé à Lausanne. Il a toutefois fallu surmonter de nombreuses résistances avant que la médiation ne soit introduite en tant que concept dans le CPC : Hormis quelques dispositions isolées sur la récusation et le droit de refuser de témoigner des médiateurs ainsi que sur la suspension de la procédure pour mener une médiation, la commission d'experts ne prévoyait pas de réglementation de la médiation dans l'avant-projet de CPC. Lorsque la Suisse s'est finalement dotée d'un CPC uniforme de droit fédéral, on y trouvait également des normes relatives à la médiation. Ainsi, parmi les 5

procédures spéciales du titre 2, la médiation a été introduite (art. 213–218 CPC). L'objectif n'était toutefois pas de réglementer la médiation de manière exhaustive, mais seulement de clarifier son rapport avec la procédure judiciaire. L'approche en tant que réglementation non exhaustive s'avère tout à fait judicieuse en raison de la diversité des écoles de médiation et au vu des nombreuses formes hybrides d'ADR (MEDARB, ARBMED, MEDALOA), car il en résulte, d'un point de vue pratique, une grande flexibilité dans l'organisation et la structuration concrètes des procédures extrajudiciaires de résolution des conflits, ce qui, au final, profite aux parties, d'autant plus que, dans la médiation classique, celles-ci sont elles-mêmes et exclusivement responsables de la formulation d'une solution.

III. DÉFINITIONS

A. Définition

6 Des définitions uniformes de la médiation et des termes spécifiques à la médiation qui s'y rapportent ne se sont pas encore établies. Force est de constater que tant les définitions que la diversité des origines professionnelles des médiateurs ou de leur interprétation de la médiation reflètent une grande variété. Il est évident que cette dernière peut également générer des difficultés d'interprétation et de compréhension. Le terme de médiation proprement dit a des racines grecques et latines ; le mot grec medos signifie neutre, impartial, médiateur – l'expression latine media pars désigne le milieu. Le mot latin mediatio se traduit ensuite par médiation. Cette focalisation sur la médiation coïncide avec l'image souvent utilisée du médiateur, qui se tient au milieu des parties en conflit et les aide – en se tournant vers elles – à surmonter les différences qui génèrent le conflit.

7 Tant dans l'enseignement que dans la pratique professionnelle quotidienne, les médiateurs parlent de la profession de la recherche de solutions, une sorte de concept d'action, ou de la "médiation" en tant que prestation de service, en tant qu'attitude ou en tant que méthode en faveur du client : les médiateurs se considèrent comme une tierce partie neutre, impartiale et indépendante, qui se met à la disposition des parties en conflit en tant qu'élément de conciliation et se limite à la médiation dans le cadre de l'éventail méthodologique des ADR. Après que le terme de médiation ait été utilisé de manière très large dans les années 1980, un mouvement contraire a suivi, visant à différencier le

terme de médiation, comme par exemple celui de Glasl, et à différencier clairement quelle méthode de médiation est adaptée à quel type de situation conflictuelle. Entre-temps, les définitions du terme "médiation" sont si nombreuses et si similaires dans leurs différentes nuances qu'il ne semble pas opportun de les énumérer ici. Keydel propose une définition tout à fait fondamentale lorsqu'elle part, pour décrire la médiation, des deux conditions les plus fondamentales pour une médiation : un conflit existant et la volonté des parties concernées de le résoudre. Toutefois, des notions étroitement liées à la médiation comme la neutralité et l'impartialité ne peuvent pas être clairement définies avec le vocabulaire spécifique à la médiation et continuent à donner lieu à des discussions et des interprétations, comme le constatent et le traitent Heck et Letzel dans leur article. En effet, dans le quotidien professionnel, les parties au conflit concernées apportent leur propre compréhension de termes tels que "neutralité", "indépendance" ou "volontariat" et les médiateurs en exercice ne peuvent pas partir du principe que celle-ci coïncide avec la compréhension "correcte" selon leur conception. C'est pourquoi de nombreux médiateurs expliquent aux parties, déjà au niveau de leur site web, ou au plus tard lors de la première séance commune, ce qu'ils entendent par "médiation" et quelles seront les implications de leur compréhension pour la suite du processus de médiation, et en particulier pour des notions importantes pour le processus telles que "neutralité", "impartialité", "indépendance", "volontariat" ou "confidentialité" pour les participants.

Comme pour le présent texte, Fischer et Schneuwly s'en tiennent à la 8
définition de la médiation tirée de la charte du Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) de Londres : "La médiation est un processus flexible conduit de manière confidentielle dans lequel un médiateur neutre qualifié assiste activement les parties dans leur travail en vue d'un accord négocié d'un différend, avec les parties en contrôle ultime de la décision de régler et des termes de la résolution". Cette définition, courante dans la pratique, permet aux médiateurs de tous les horizons professionnels possibles d'exploiter dans leur procédure une marge de manœuvre suffisante pour répondre aux besoins et aux conditions spécifiques des clients et des cas, sans pour autant s'éloigner des principes généralement reconnus par les organisations faîtières concernées. Pour les futurs médiateurs, il vaut la peine d'approfondir les règles d'une association avant d'envisager une adhésion ou une accréditation. Il est ainsi possible de trouver une définition de la médiation qui corresponde

aussi bien aux principes établis de l'organisation faîtière qu'à ses propres idées et besoins spécifiques (comme par exemple un domaine d'expertise spécifique). Il peut toutefois arriver, même chez des personnes pratiquant la médiation depuis de nombreuses années, que la conception de la médiation évolue au fil du temps, ce qui nécessite le cas échéant des adaptations par rapport à la définition de la médiation.

B. Questions de délimitation

1. La médiation

9 Systématiquement, tant la médiation que la conciliation ou la procédure de conciliation doivent être classées sous le terme générique "ADR". Dans une procédure de conciliation, les parties en conflit exposent leurs positions et arguments à un ou plusieurs conciliateurs neutres. Ensuite, le conciliateur soumet généralement une proposition de conciliation, qui n'est toutefois pas contraignante pour les parties, de sorte que le résultat de la conciliation reste en fin de compte ouvert. Si la proposition est acceptée par les deux parties, le conflit est considéré comme concilié ; si elle est rejetée par au moins une partie, la tentative de conciliation a échoué.

10 L'un des avantages de la procédure de conciliation est qu'une tierce personne neutre soumet en temps réel aux parties une proposition de solution qui, en raison de l'autorité du conciliateur, semble particulièrement crédible. Certes, un tel désir de proposer des solutions est également présent dans les procédures de médiation : Mais faute de pouvoir de décision de la part du médiateur ou en raison de la responsabilité propre des parties, il n'est pas possible d'y répondre. Il est donc d'autant plus important d'attirer expressément l'attention des parties sur cette différence importante avant une médiation, et ce à plusieurs reprises si nécessaire : Les médiatrices et médiateurs ne proposent en principe pas de solution. Si les parties arrivent à la conclusion que, dans leur situation, elles recherchent une proposition concrète d'une tierce personne neutre, il faut recourir à une autre procédure ADR comme la conciliation. Les spécialistes de la résolution des conflits devraient donc connaître les différentes formes d'ADR ainsi que les questions de délimitation afin d'identifier et d'appliquer la procédure la plus appropriée à chaque cas. A titre d'exemple, la conciliation, qui se distingue de la médiation, est plus adaptée aux situations dans lesquelles les thèmes abordés

sont plutôt sobres et moins émotionnels. C'est le cas, par exemple, des conflits qui peuvent être réduits à des questions factuelles ou juridiques et pour lesquels la clarification des relations n'est pas forcément au premier plan. Lors des négociations de conciliation, des faits concrets du passé sont traités comme dans les procédures judiciaires conventionnelles, alors que la médiation se caractérise par une orientation marquée vers l'avenir et une prise en compte du niveau relationnel entre les parties au conflit.

2. Médiation proche du tribunal

Selon le Code de procédure civile suisse (CPC), une médiation peut être utilisée à la place d'une procédure de conciliation (art. 213 CPC), sans pour autant remplacer totalement une procédure de conciliation obligatoire : 11

Dans ce cas, il est nécessaire d'engager une procédure de conciliation en bonne et due forme et de déposer une demande de médiation auprès de l'autorité de conciliation. Si, à la suite de la médiation, la procédure de conciliation est classée sans suite par accord (transaction, admission de la demande ou retrait de la demande) (art. 208 al. 1) ; les effets sont ceux d'une "décision entrée en force" (art. 208 al. 2 CPC) ; si la médiation échoue, l'autorisation de procéder est délivrée par l'autorité de conciliation (art. 213 al. 3 CPC). Une médiation peut également être ordonnée – ou plutôt recommandée – dans le cadre d'une procédure judiciaire. La décision à cet égard relève de l'appréciation et de l'initiative personnelle du juge compétent. Dans le modèle d'une médiation proche du tribunal, on part du principe qu'il est fait appel à des médiateurs externes, le facteur temps étant souvent avancé comme argument en faveur de ce type de médiation, une date pour une médiation étant normalement disponible plus rapidement qu'une date pour une audience orale classique. L'argument de la réduction des coûts est tout aussi important que le facteur temps. Il est surtout décisif qu'une médiation qui a lieu dans le cadre d'un procès civil reste toujours indépendante de la procédure judiciaire (art. 216, al. 1 CPC). Même si le mandat législatif confié aux tribunaux de mettre fin aux conflits entre les parties au moyen d'un jugement reste valable, Staubli voit dans la médiation un instrument supplémentaire de résolution des conflits pour le tribunal. Comme d'habitude, le cas concret doit être examiné séparément quant à son aptitude à la médiation avant que celle-ci ne soit engagée. 12

3. L'arbitrage

13 Contrairement à la médiation, dans laquelle la compétence décisionnelle appartient toujours aux parties en conflit elles-mêmes, dans la méthode ADR "arbitrage", les parties transfèrent cette compétence décisionnelle ainsi que l'autorité pour l'organisation correspondante du processus à une seule ou plusieurs tierces personnes neutres, désignées d'un commun accord par elles. La compétence des tribunaux arbitraux est accordée par l'État, ce qui leur permet de fonctionner comme des tribunaux privés institués par des sujets de droit privés ou publics pour les litiges civils, dans la mesure où ils sont saisis par les parties sur la base d'une déclaration de volonté convenue en privé.

14 On entend donc par tribunal arbitral une "formation de jugement instituée par les parties en lieu et place des juridictions étatiques normalement compétentes pour trancher les litiges de manière contraignante". Comme pour la médiation, ni le CPC ni la LDIP ne donnent de définition légale de l'arbitrage ; la procédure et l'arbitrabilité sont toutefois décrites en détail aux articles 353 et suivants du CPC. CPC et les art. 176 ss. LDIP sont traités. En principe, une distinction est faite entre l'arbitrage institutionnel et l'arbitrage ad hoc. Le caractère obligatoire de la résolution des conflits distingue l'arbitrage des procédures de médiation et de conciliation.

IV. BASES JURIDIQUES, CHAMP D'APPLICATION ET CONTRATS

A. Bases juridiques

15 La médiation n'apparaît en tant que méthode que dans quelques lois fédérales suisses. Le domaine d'application primaire est la procédure civile (art. 213 ss CPC), la procédure administrative devant les autorités fédérales (art. 33 PA) ainsi que la procédure pénale des mineurs (art. 17 PPMin) ; on a toutefois renoncé jusqu'ici à intégrer la médiation dans le CPP suisse. En tant qu'alternative à la procédure de conciliation traditionnelle ou en tant qu'instrument complémentaire pendant le processus judiciaire, la médiation est principalement utilisée dans les procédures civiles. Elle convient en outre particulièrement bien aux questions relatives aux enfants dans les procédures de droit de la famille (art. 297, al. 2, CPC), où elle est souvent utilisée.

En ce qui concerne le refus de témoigner par le médiateur, le CPC stipule explicitement que les médiateurs ont un droit de refus limité en ce qui concerne l'obligation de coopérer dans la procédure judiciaire d'administration des preuves (art. 166 al. 1 let. d CPC). Cette réglementation au sein du CPC ne s'applique toutefois qu'aux relations avec les autorités judiciaires et ne règle donc que la relation entre la médiation et la procédure judiciaire. En ce qui concerne le contenu et la méthodologie de la médiation en tant que procédure, les médiateurs sont tenus de respecter les règles des associations faîtières concernées, telles que la Fédération suisse des associations de médiation (FSM), la Chambre suisse de médiation commerciale (CSMC) ou la Fédération suisse des avocats (FSA). 16

B. Principaux domaines d'application de la médiation

Bien que la médiation puisse être utilisée dans presque tous les domaines de constellations de conflits interpersonnels, quelques points forts se sont formés au fil du temps, pour lesquels la méthode ADR de la médiation s'est particulièrement bien établie. En Suisse, les principaux domaines d'application de la médiation sont, d'une part, les affaires de droit de la famille et, d'autre part, les affaires de droit du travail, ce qui se reflète d'ailleurs dans les dispositions légales correspondantes de différents Etats européens. Cette focalisation sur certains domaines d'application s'est notamment manifestée par l'apparition d'offres de formation continue spécifiques pour les médiateurs, qui a conduit à une spécialisation croissante des médiateurs dans un domaine particulier et à l'adaptation de l'offre des cursus par les instituts de formation continue aux besoins de la pratique. Cette évolution vers la spécialisation peut également être suivie aux Etats-Unis ; contrairement à la Suisse, les conflits relevant du droit de la famille et du travail ne sont par exemple pas prioritaires aux Etats-Unis, mais plutôt les conflits issus de la médiation économique. 17

Il arrive toujours qu'une situation conflictuelle survienne dans un domaine où certaines connaissances spécialisées peuvent être utiles. Bien que la question de savoir si les médiateurs doivent apporter de telles connaissances techniques dans le domaine d'application concret soit discutée, il n'y a pas de réponse univoque à cette question. En effet, la médiation ne vise pas à clarifier des questions techniques litigieuses, mais à résoudre le rapport conflictuel entre les personnes qui se cache derrière. Certes, la présence de 18

compétences techniques de la personne chargée de la médiation dans le domaine d'application concerné peut être utile, car sinon cette dernière risque de ne pas reconnaître d'emblée d'éventuels pièges ou arrière-plans et de compromettre ainsi la conduite professionnelle du processus de médiation. En outre, dans la pratique, les parties au conflit demandent souvent si le médiateur dispose d'une expérience ou d'une certaine expertise dans le domaine concerné. C'est compréhensible, car les parties au conflit veulent ainsi s'assurer que le médiateur est un spécialiste approprié et compétent, sur les capacités duquel elles doivent se baser pour le processus de médiation. D'un autre côté, il existe toujours le risque que les médiateurs spécialisés utilisent leurs connaissances spécifiques de manière trop unilatérale, qu'ils dérivent vers un rôle d'expert, qu'ils suivent certaines tendances et qu'ils ne puissent finalement plus se présenter comme impartiaux en raison de leurs connaissances approfondies dans le domaine concerné. Il en va de même en ce qui concerne le rôle du droit dans la médiation : même s'il existe dans presque tous les conflits une composante juridique qui pourrait servir de base aux discussions, la classification juridique de l'objet du litige dans le processus de médiation ne doit justement pas nécessairement constituer la base de la résolution du conflit : Contrairement à la procédure judiciaire classique, la médiation ne sert justement pas à la pesée juridique et à la décision sur le fond, mais à la confrontation concrète des parties en conflit avec les intérêts et les besoins qui sont à la base de leurs revendications. Le niveau juridique peut toutefois être utile au début pour s'orienter, car il permet aux participants de se fixer des priorités sur une solution spécifique. La tâche du médiateur consiste exclusivement à traiter le conflit avec les parties, et non à porter un jugement professionnel ou à réfléchir sur l'objet du conflit. En fin de compte, c'est aux parties impliquées dans le conflit qu'il revient de décider si une compétence professionnelle approfondie de la personne chargée de la médiation doit être mise au premier plan, celles-ci devant évaluer leurs exigences personnelles et spécifiques au cas avant de se décider.

C. Les contrats dans la médiation

1. Classification juridique

19 Les contrats peuvent jouer un rôle dans le processus de médiation à plusieurs étapes, car différents accords contractuels peuvent être conclus. Il est important de constater que la Suisse ne connaît pas de dispositions explicites

sur les accords contractuels dans la procédure de médiation et qu'aucune terminologie uniforme ne s'est développée à ce sujet. Lenz et Sommer mettent l'accent sur l'accord de médiation, qui est conclu au début de la médiation, et sur l'accord final de médiation, qui fixe le résultat éventuel de la médiation. D'un point de vue purement juridique, il résulte du principe de l'autonomie privée que chaque sujet de droit a la possibilité d'organiser lui-même ses relations juridiques, ce qui permet une diversité d'accords contractuels possibles dans le cadre de la médiation. La forme concrète des relations contractuelles dépend donc des besoins et des souhaits des parties au conflit, mais aussi des modèles de contrats éventuellement disponibles de la part du médiateur.

20 D'un point de vue juridique, la relation de médiation entre le client et le médiateur doit être qualifiée de mandat simple selon les articles 394 et suivants du CO. Il existe une analogie avec la relation entre les parties au conflit et l'arbitre. Comme il est d'usage dans le droit du mandat, la personne chargée de la médiation ne doit pas de résultat, de sorte que l'effet d'exécution du mandat concret intervient avec une fin ordinaire de la procédure de médiation, et ce indépendamment du fait que les parties au conflit aient pu parvenir à un accord. Il découle implicitement du principe du volontariat que le mandat est rempli même en cas d'interruption de la médiation, les médiateurs ne pouvant pas, de manière compréhensible, pousser leurs clients à mettre fin à la procédure. Ce principe ne découle pas seulement, au niveau juridique, du droit du mandat, mais aussi de l'élément méthodologique central de la médiation, qui place la responsabilité de l'élaboration d'une solution matérielle au conflit entre les seules mains des parties au conflit, puisqu'elles doivent en principe prendre leurs décisions sans intervention extérieure. La convention d'honoraires est en général négociée au préalable avec les parties au conflit, même si le terme de négociation n'est pas sans poser problème dans ce contexte. Cela ne signifie pas que dans la pratique, le montant des honoraires au sens strict du terme est négocié ou débattu avec les clients potentiels. Les conditions individuelles des honoraires de médiation s'orientent en premier lieu vers la profession de base ou d'origine du médiateur, d'autant plus que les procédures de médiation sont en principe rémunérées. Les parties au conflit ne disposent donc pas d'une véritable marge de manœuvre en ce qui concerne les honoraires, à moins que le médiateur ne se mette d'accord avec le client sur un montant forfaitaire et des conditions cadres précises sur la base d'un budget disponible.

A l'inverse, les médiateurs peuvent volontairement prévoir des tarifs spéciaux si cela leur semble opportun dans un cas concret. Ainsi, par exemple, un médiateur formé en tant qu'avocat dans un cas de médiation commerciale estimerait certainement un honoraire différent de celui d'un médiateur issu du milieu social et devant résoudre un conflit relevant du droit de la famille. Dans les formes hybrides d'ADR comme MEDARB ou MEDALOA, les honoraires usuels des arbitres jouent en outre un rôle. Comme pour la profession d'avocat, tant la région que la spécialité ont une influence importante sur le montant des honoraires.

2. Accord de médiation et alliance de travail

21 La première relation contractuelle constitue la relation juridique entre les parties au conflit elles-mêmes : L'accord de médiation désigne généralement la décision entre les parties de procéder ou d'entamer une médiation et, le cas échéant, de consigner cette décision dans un accord écrit mutuel. Dans la littérature, on trouve également d'autres désignations pour ce rapport juridique entre les parties, la nature juridique de cette relation entre les parties n'étant pas encore définitivement clarifiée : Eiholzer, mais aussi Fankhauser-Lobsiger, sont d'avis que le rapport juridique doit être traité comme un accord sui generis en dehors de l'ordre des types légaux et donc comme un contrat innommé.

22 La question de savoir si l'accord de médiation conclu en tant que tentative de résolution du conflit entre les parties peut avoir un caractère juridiquement contraignant et constitue donc un motif d'empêchement d'agir. L'argument principal est que le processus de médiation peut être interrompu unilatéralement et à tout moment par l'une ou les deux parties au conflit en raison du principe de volontariat, ce qui a été soutenu par les tribunaux allemands dans le passé. On oppose à ce point de vue qu'un accord de médiation ne peut pas être ignoré sur la base du principe pacta sunt-servanda et que, malgré la possibilité d'interruption à tout moment, certaines étapes minimales d'une procédure de médiation doivent être engagées et suivies. La forme concrète de ces étapes minimales n'est toutefois pas claire. Dans la pratique, on pourrait citer comme exemples de "raisons essentielles" d'interrompre une procédure de médiation la situation dans laquelle le médiateur lui-même estime qu'un accord entre les parties n'a aucune chance d'aboutir, lorsque l'une ou les deux parties au conflit enfreignent de manière

répétée les principes convenus au préalable ou lorsque la neutralité ou l'impartialité du médiateur n'est plus garantie. Il convient en outre de noter que l'insistance sur une procédure de médiation n'apporte rien, même à la partie qui préférerait ne pas interrompre la procédure : En effet, s'il n'existe même pas un consensus minimal sur la mise en œuvre d'une médiation, les chances de succès d'une résolution volontaire du conflit sont très limitées. En outre, il existe des conflits si désespérément bloqués que tant les parties en conflit que le médiateur décident d'interrompre la médiation entamée.

Dès que les participants ont clairement défini leurs objectifs dans le cadre de la procédure de médiation et que l'accord de médiation a été conclu entre les parties en conflit, le médiateur peut expliquer en détail le déroulement de la procédure et tenter d'expliquer les principes du travail commun, qui peuvent (mais ne doivent pas) être consignés sous la forme d'une "alliance de travail". L'alliance de travail contient les règles de base essentielles du processus de médiation en ce qui concerne le volontariat, l'ouverture, l'information et la divulgation, la responsabilité personnelle, la neutralité, la confidentialité ou le secret professionnel, le devoir de discrétion ainsi que le droit de refuser de témoigner. Selon le cas, il peut être consigné par écrit ou oralement, ou être conclu sous forme graphique sur un flipchart, par exemple. Par rapport aux accords oraux et graphiques, un accord écrit présente l'avantage décisif que les droits et les obligations découlant de cette alliance de travail restent toujours compréhensibles et visibles et qu'un exemplaire concret peut être remis à chaque partie au conflit. Si une telle alliance de travail est conclue, la procédure à suivre en cas d'interruption ou de résiliation du processus de médiation devrait également y figurer : C'est justement lorsque le médiateur perçoit au début d'un processus de médiation des signaux qui parlent en faveur d'une escalade ultérieure qu'il vaut la peine d'aborder explicitement ce scénario d'interruption à un stade précoce. Certains points peuvent ensuite être complétés pendant le processus de médiation avec l'accord de toutes les parties, car il n'est pas rare que certains thèmes n'apparaissent que plus tard dans la procédure. 23

3. Contrat de médiation et convention de médiation

Selon la doctrine dominante, l'accord entre le médiateur et les parties au conflit est appelé contrat de médiation et désigne un accord de droit privé entre deux ou plusieurs personnes ou groupes avec un ou plusieurs 24

médiateurs. En revanche, la littérature allemande utilise le terme de contrat de médiateur pour désigner la même relation juridique. Par opposition, l'accord sur le résultat du processus de médiation est souvent appelé accord de médiation. Les parties sont libres de décider avec quel résultat elles souhaitent conclure la médiation, de sorte que tout accord élaboré par les participants à la fin d'un processus de médiation doit être compris comme l'expression de la volonté des parties, qui peut tout à fait comporter des composantes d'une prestation créative.

25 Si la conclusion d'un accord juridiquement contraignant a été envisagée dans le cadre de l'alliance de travail, il est de la responsabilité du médiateur de respecter les exigences formelles nécessaires. Du point de vue des parties, il devrait donc être essentiel de penser aux compétences du médiateur lors de son choix. Dans le cas où des médiateurs sans formation juridique sont mandatés, il est recommandé de faire rédiger ou au moins vérifier l'accord de médiation par un juriste afin de s'assurer que le document est juridiquement valable. Le recours à des conseils généraux d'avocats ne signifie pas non plus que les parties au conflit ne participent plus activement au processus de médiation, car il s'agit uniquement de décrire les faits à un juriste et de se faire présenter la situation juridique, étant donné qu'une évaluation juridique générale ne fait pas partie du champ d'activité du médiateur. Une participation active de tous les participants garantit que les intérêts des parties au conflit restent au premier plan et qu'aucune partie au conflit n'en retire un avantage.

V. PRINCIPES ET STRUCTURE DU PROCESSUS DE MÉDIATION

26 Dans le cadre du mouvement moderne de médiation, de nombreuses règles et maximes propres à l'enseignement de la médiation ont vu le jour, mais aussi la conceptualisation de formations et de formations continues pertinentes ainsi que l'établissement d'instituts de recherche. La professionnalisation croissante de la médiation a par conséquent conduit à un catalogue de principes de base généraux qui s'est entre-temps imposé plus ou moins dans le monde entier et s'est établi dans la littérature. Ces principes de base n'ont toutefois pas un caractère contraignant, mais sont considérés comme une ligne d'orientation et un guide pour l'activité de médiation.

A. Principes du processus de médiation

La possibilité de parvenir à un accord à l'amiable avec des parties en conflit vise à leur accorder une liberté maximale dans l'organisation de leur processus de recherche de solution. Ce principe est regroupé dans la pratique et la doctrine sous le terme d'autonomie des parties et signifie que les participants gèrent eux-mêmes la recherche de solution, surtout sans influence directe du médiateur. La retenue exigée de la part du médiateur dans la formulation de propositions de solutions n'est donc pas seulement déterminante pour la caractérisation du rôle de médiateur, mais crée un espace dans lequel les parties au conflit peuvent travailler à leur propre solution. Dans le processus de médiation, le principe de la responsabilité propre est étroitement lié à la maxime de l'autonomie des parties, selon laquelle les participants portent l'entière responsabilité de la résolution de leur conflit. Le rôle peu invasif de la personne chargée de la médiation permet donc aux parties non seulement de trouver une solution, mais leur confère également, avec la compétence exclusive, l'obligation d'y parvenir dans le cadre prévu de la procédure de médiation. La confidentialité est également considérée comme un principe fondamental de la procédure de médiation, même si les formulations les plus diverses existent à ce sujet. A ces trois conditions de la procédure de médiation, que la doctrine s'accorde à considérer comme indispensables, s'ajoutent, selon les auteurs, des principes supplémentaires comme celui de l'ouverture : Le critère de "l'ouverture" désigne la confrontation constructive des parties, qui comprend la tolérance d'une confrontation mutuelle avec des faits pertinents ainsi qu'avec des points de vue personnels. Concrètement, les parties devraient donc avoir la possibilité d'aborder et de révéler des sujets désagréables dans le cadre de la médiation, qui pourraient éventuellement affaiblir leur position, sans pour autant devoir craindre un désavantage juridique. Un cadre confidentiel, et en ce sens "ouvert", permet aux parties de dépasser leur expérience antérieure et de trouver leurs propres solutions créatives. 27

Par principe du volontariat, il faut entendre que les parties participent à une médiation de leur plein gré, c'est-à-dire sans contrainte, et qu'elles ne doivent en aucun cas être mises sous pression pour trouver une issue au conflit. Nonobstant le principe méthodologique du volontariat, il existe toutefois des situations dans lesquelles les parties sont tenues de participer à une médiation, ce que l'on appelle la médiation obligatoire et qui a été soutenue 28

par le Tribunal fédéral. La base juridique pertinente pour la médiation obligatoire découle de l'article 307, paragraphe 3, du Code civil, qui prévoit des mesures appropriées pour protéger le bien de l'enfant. Bien que le message relatif au CPC désigne le caractère volontaire de la médiation comme son élément central, qui peut tout au plus être recommandé aux parties, la médiation obligatoire se distingue de la médiation volontaire surtout en ce qui concerne son champ d'application : les médiations ordonnées interviennent spécifiquement dans les questions familiales et se concentrent sur les intérêts et les droits des enfants, même si l'un des parents s'y oppose dans le cas particulier.

B. Structure du processus de médiation (modèle des phases)

29 Dans la pratique, la procédure de médiation est menée sur la base de différents modèles, il n'existe donc pas de déroulement strictement prédéfini : des procédures en trois étapes à une médiation en 12 étapes, les variantes les plus diverses sont présentées dans la littérature. Certaines habitudes se sont imposées en fonction du domaine d'application : ainsi, la médiation familiale se déroule en plusieurs séances espacées dans le temps, alors que dans le domaine de la médiation commerciale, les procédures en bloc sont plutôt courantes. Ce qui peut être considéré comme le plus petit dénominateur commun, c'est la description du déroulement de la médiation selon un modèle de phases structuré, qui est en principe structuré de la même manière, indépendamment des variantes. Les différentes phases ne doivent toutefois pas être comprises comme un plan de déroulement rigide, mais comme une structure de base qui, dans certaines circonstances, doit être adaptée de manière flexible – après concertation avec les parties :

30 Le modèle de phases permet de s'orienter et d'éviter les erreurs grossières de déroulement qui peuvent justement se produire dans des situations de conflit fortement escaladées. La structure prédéfinie permet de résoudre les blocages entre les participants. De plus, le modèle de phases est approprié pour encourager l'attitude coopérative des parties et pour rendre le déroulement du processus plus facile à contrôler. Lors du passage d'une phase à l'autre, il peut être utile de résumer brièvement les résultats obtenus jusqu'à présent et de les apprécier.

Phase 0 : phase préliminaire

La phase préliminaire est d'une importance capitale pour la médiation et constitue le premier contact entre le médiateur et le client potentiel. La première demande n'est donc pas encore, à proprement parler, un rapport de mandat, mais doit plutôt être qualifiée d'invitatio ad offerendum. D'un point de vue juridique, il est donc décisif pour le médiateur de savoir à quel moment la relation de mandat proprement dite s'établit ou à quel moment il se trouve dans une phase d'initiation au mandat proprement dit. Il s'agit en premier lieu de savoir qui sont les mandants et quel est le mandat. La mise en place solide de cette phase préliminaire a une influence essentielle sur le déroulement ultérieur de la médiation et ses chances de succès, car c'est justement au début qu'il existe de nombreux obstacles qui peuvent faire échouer un processus de médiation : Un exemple classique est l'entrée directe dans la discussion sur le conflit sans avoir assuré au préalable un cadre sûr. Si une partie tente d'influencer le processus dans ce sens, le médiateur devrait reporter les demandes d'une partie au conflit à la phase suivante, afin de justifier et de consolider son impartialité avant même un éventuel rapport de mandat. Cela ne signifie pas qu'il ne faut pas écouter avec empathie une partie au conflit en colère et ignorer ses besoins fondamentaux ; il s'agit plutôt de sensibiliser cette dernière au rôle de l'impartialité et d'insister, en invoquant cette même qualité, sur le fait que le traitement proprement dit du conflit ne doit se faire qu'en présence de toutes les parties. 31

Les risques et dangers au cours de la phase préliminaire peuvent surtout exister lorsqu'il s'agit d'une médiation pour le compte d'un tiers, par exemple lorsqu'un responsable d'équipe charge le médiateur d'arbitrer un conflit entre deux ou plusieurs collaborateurs. En règle générale, le mandat pour une médiation (à l'exception des médiations obligatoires mentionnées plus haut) devrait obligatoirement provenir des parties elles-mêmes, sur la base du principe de volontariat de la procédure, car elles sont en fin de compte les expertes et les experts de leur conflit. Parallèlement, une personne exerçant des fonctions de direction peut tout à fait décider, dans le cadre de sa position de cadre, que les relations conflictuelles seront traitées avec l'aide d'une personne externe et neutre. Le domaine d'application de la médiation commerciale constitue en ce sens une exception à la règle. 32

Phase 1 : Début de la médiation et orientation

Normalement, le premier entretien commun entre les parties et le médiateur a lieu dès la phase préliminaire ou immédiatement au début de la première 33

phase. Lors de la première phase ou phase 1, les parties au conflit sont priées d'exposer brièvement et clairement leurs préoccupations, de sorte que le médiateur a la possibilité d'élaborer un contrat correspondant au cas concret, qui sert à préparer la médiation dans un cadre sûr. Il est essentiel d'expliquer aux parties le déroulement et les principes de la procédure de médiation et d'esquisser les tâches du médiateur, afin de créer une atmosphère agréable de transparence, qui peut notamment être contrôlée par des rituels d'accueil appropriés. A la fin de la première phase, toutes les conditions cadres formelles du mandat de médiation devraient être suffisamment clarifiées pour que les éléments les plus importants puissent être consignés par écrit sous forme de contrat. Cela vaut également si aucun contrat écrit explicite n'est conclu : Il est essentiel que les conditions cadres négociées soient claires pour tous les participants. D'un point de vue juridique, tant l'accord écrit que l'accord oral constituent une convention de droit privé en vigueur, selon la constellation entre deux ou plusieurs parties ou groupes ou, selon le cas, avec une ou plusieurs personnes chargées de la médiation.

Phase 2 : clarifier les faits et déterminer les thèmes

34 Lors de la deuxième phase ou phase 2, il s'agit pour le médiateur d'obtenir une vue d'ensemble des faits et d'élaborer un recueil de thèmes sur cette base. Sur le plan du contenu, les thèmes doivent être déterminés de manière aussi consensuelle que possible avec les parties impliquées. Bien que les parties décrivent leurs points de vue sur le conflit, il ne s'agit pas pour le médiateur de décrire le conflit en détail, mais plutôt de savoir ce qui se passe actuellement et où il est possible d'intervenir pour faire baisser la tension.

35 Les médiateurs écoutent activement, paraphrasent ce qu'ils entendent et posent, selon les cas, des questions sur la situation et les thèmes abordés. Ce qui a été dit par les parties est donc résumé dans cette phase avec ses propres mots, de sorte que la personne concernée reçoit le reflet de ce qui vient d'être dit par le médiateur et peut ainsi trouver une nouvelle approche de sa propre déclaration. La paraphrase ne consiste pas seulement à répéter ce qui a été dit. La technique de la paraphrase sert notamment à montrer dans quelle mesure les parties ont compris ce qu'elles ont dit. Cela leur donne l'occasion d'apporter éventuellement des compléments, de résoudre des contradictions ou d'expérimenter déjà à ce stade un changement de perspective. La paraphrase en tant que technique permet donc d'orienter la discussion, d'éliminer les ambiguïtés et d'impliquer tous les participants, ainsi que de

désamorcer les éventuelles agressions sous-jacentes dans les formulations. Il est donc important d'anticiper les changements de thèmes qui se profilent ou les nouveaux conflits qui apparaissent : Cela est particulièrement fréquent à la fin des séances. C'est pourquoi il est d'autant plus important pour le médiateur de garder en permanence une vue d'ensemble et de rester maître de l'animation de la discussion.

36 De même, des thèmes complexes peuvent surcharger les parties au début et provoquer de petites frictions, raison pour laquelle il peut être judicieux de commencer par des thèmes plus simples ou moins controversés et de procéder à une priorisation thématique, sans pour autant ignorer complètement des thèmes brûlants. Si la procédure est menée strictement selon les normes les plus strictes possibles en matière de médiation, toutes les informations relatives à la collecte des thèmes doivent être étayées par des documents, des chiffres et des contrats pertinents. Cela peut entraîner des retards considérables, car l'une ou l'autre des parties au conflit peut considérer l'accès au dossier comme une intrusion et donc le refuser. Il peut également être délicat pour les médiateurs non juristes de conserver certains documents chez eux. Bien qu'il soit parfois demandé qu'un tel comportement de refus soit surmonté professionnellement et que les perspectives des parties soient comparées par des questions et des explications ciblées, il convient ici de rappeler clairement les choses : Les médiateurs ne disposent d'aucune autorisation juridique ni d'aucune position d'autorité pour exiger des dossiers (éventuellement même confidentiels) auprès des parties. Ils ne sont ni des fonctionnaires ni des représentants de parties au sens d'une relation d'avocat et feraient donc bien de communiquer clairement cet état de fait à leurs clients et de respecter strictement les limites de leur propre activité. L'éventuel "accès mutuel au dossier" doit impérativement reposer sur le volontariat de toutes les parties au conflit et être motivé par leur volonté de contribuer, par la mise à disposition de documents, à la clarification de questions éventuellement en suspens qui ne peuvent pas être résolues autrement. Dans tous les cas, les parties ne doivent pas avoir l'impression que le succès du processus de médiation dépend de la décision de "fournir" des documents, même si le refus d'une partie signifie qu'une question ne peut pas être résolue définitivement.

Phase 3 : gestion des conflits

37 La clarification des intérêts dans la troisième phase ou phase 3 représente peut-être la phase la plus difficile dans les processus de médiation, mais aussi la plus importante. En effet, ce n'est que lorsque les intérêts centraux des parties au conflit sont majoritairement clarifiés que s'ouvrent des options créatives pour une solution consensuelle entre les participants. Dans ce contexte, il convient de tenir compte de quelques thèmes clés importants, comme la gestion du pouvoir et des hiérarchies. En effet, lorsque les décisions sont prises par le pouvoir, les intérêts de l'autre partie ne jouent qu'un rôle secondaire. Les médiateurs devraient donc toujours garder à l'esprit la nature exacte des relations entre les parties au conflit et s'il existe éventuellement des dépendances supplémentaires, implicites ou difficilement visibles, qui pourraient mettre en danger le caractère volontaire ou ouvert du processus de médiation.

38 D'autres constellations conflictuelles inhérentes au système ne peuvent pas non plus toujours être pacifiées de manière efficace. Dans cette phase, il est important de favoriser la compréhension mutuelle en mettant en évidence les motivations, les intérêts et les besoins qui ont conduit au conflit, afin de développer une compréhension du point de vue de l'autre. Il convient toutefois d'agir avec prudence à cet égard : En effet, en cas de conflit, il peut être tout à fait légitime qu'une partie ne comprenne pas le point de vue de la partie adverse. Il serait donc contre-productif que le médiateur tente de forcer la compréhension de la position de la partie adverse. Contrairement aux idées reçues, le processus de médiation n'a pas pour but de rapprocher les parties en conflit, de les réconcilier ou de trouver un compromis. Comme d'autres procédures de règlement des litiges, l'objectif peut être de se séparer de manière structurée ou de constater d'éventuelles divergences irréconciliables grâce à l'accompagnement d'une tierce personne neutre et impartiale, et d'en tirer des conséquences personnelles, sans toutefois succomber à l'immense potentiel destructeur des conflits : il peut par exemple y avoir Par exemple, le fait que les parties arrivent à la conclusion qu'elles n'ont aucune compréhension pour l'autre, mais décident en même temps de se laisser tranquilles à l'avenir et de renoncer à poursuivre le conflit, contribue déjà à apaiser considérablement la situation.

39 Enfin, les pauses entre les réunions sont également importantes. Le fait que le fait de ne pas s'occuper activement de la situation conflictuelle puisse contribuer de manière essentielle à la solution peut certes surprendre au

premier abord, même si l'importance d'une telle phase de repos peut être prouvée par les résultats de la recherche sur la créativité. Souvent, dans les pauses entre les séances de médiation, une phase de réflexion débouche dans le meilleur des cas sur un changement de perspective des participants et peut constituer la base d'éventuels entretiens ultérieurs. Cet équilibre délicat entre les exigences en matière de délais et le traitement approfondi du conflit exige de chaque médiateur un doigté particulier. Les pauses ne doivent donc pas être trop longues.

Phase 4 : élaboration d'options de solution

40 Une fois que les intérêts qui se cachent derrière les positions ont été mis à jour, il s'agit dans la quatrième phase ou phase 4 que les parties au conflit négocient ensemble des options de solution aussi concrètes que possible. Il n'est pas rare que les participants ressentent cette phase comme plus positive et plus déterminée que la clarification des intérêts qui la précède, et ce n'est parfois qu'à ce moment-là qu'un changement de perspective constructif est possible, ce qui constitue un tournant dans la procédure de médiation. Le fait que les parties en conflit soient ouvertes au point de vue ou à la perspective de la partie adverse et puissent même, le cas échéant, aller l'une vers l'autre malgré les difficultés, nécessite un accompagnement prudent, car des solutions de conflit consensuelles ne peuvent être trouvées que sur la base d'une compréhension mutuelle. Si suffisamment de variantes de solutions différentes sont soumises à l'expertise, l'une ou l'autre option est ensuite choisie. Pour ce faire, les parties au conflit évaluent ou hiérarchisent les options élaborées et négocient ensemble le meilleur choix. Le médiateur soutient cette phase de négociation avec soin et sans imposer aux parties ses propres propositions et options de solution.

Phase 5 : fin de la médiation

41 La cinquième phase ou phase 5 clôt communément le processus de médiation. Si le processus s'est déroulé de manière satisfaisante jusqu'à ce point, les options de solution choisies et les variantes de mise en œuvre des parties impliquées peuvent maintenant être fixées. L'accord final éventuellement élaboré est rédigé par écrit et dans la langue des parties au conflit, et peut être complété et garanti par des parties de procès-verbaux de réunions passées ou de contrats supplémentaires, afin de permettre aux parties de mettre en œuvre ces résultats de manière contrôlée.

42 Une fois que le contenu de l'accord a été revu et corrigé, il peut être soumis à la signature de toutes les parties. Il arrive que des médiateurs signent également l'accord en tant que responsables du processus. A la fin, tous les participants reçoivent un exemplaire, le médiateur en reçoit une copie dans son dossier pour plus de sécurité. En Suisse, il est en outre possible de faire approuver par la suite la convention de séparation ou de divorce élaborée à l'occasion de la procédure de médiation auprès de l'instance judiciaire compétente, moyennant le paiement de la taxe correspondante.

VI. QUESTIONS PRATIQUES

A. Professionnalisation et qualifications dans le domaine de la médiation

43 En Suisse, il n'existe en principe pas de bases légales en ce qui concerne les qualifications et exigences professionnelles spécifiques aux médiateurs. L'autorisation d'une médiation gratuite selon l'art. 218 al. 2 et 3 CPC constitue toutefois une exception à ce principe, étant donné que l'indemnisation du médiateur est versée par le canton, qui pose en général aussi certaines exigences en matière de formation et de qualifications pertinentes du médiateur. En l'absence de conditions-cadres claires, une partie des médiateurs proposent leurs services sans avoir suivi de formation ou de perfectionnement dans ce domaine. Ils mettent en avant leurs talents de communicateurs ou leur capacité particulière à gérer les relations humaines. D'autres encore considèrent la médiation comme un simple élément de leur profession de base et s'estiment déjà suffisamment qualifiés en tant qu'avocats ou psychologues, etc. Des personnes de professions très diverses décident de suivre une formation en médiation et ont des motivations très variées. Les origines professionnelles des médiateurs sont déterminantes pour le processus de médiation.

44 Le terme de médiateur n'est pas en soi un titre professionnel protégé et peut théoriquement être utilisé par toute personne ; c'est-à-dire qu'aucune formation ou qualification définie par la loi n'est exigée pour l'exercice de la profession. L'expérience montre que les clients sont particulièrement attentifs à la formation, à l'accréditation et à l'expérience professionnelle des médiateurs qu'ils choisissent. Celui qui souhaite exercer une activité de médiation de manière professionnelle devrait certainement s'efforcer dans un

premier temps d'obtenir une solide qualification professionnelle et suivre en conséquence une formation continue spécialisée dans ce domaine, au cours de laquelle des connaissances tant théoriques que pratiques sont acquises et améliorées, par exemple en ce qui concerne les compétences d'attitude et d'intervention orientées vers la technique.

B. Les avocats en tant que médiateurs

Dans la pratique, la question se pose souvent de savoir comment qualifier 45
l'activité de médiation des avocats, d'autant plus que la popularité de la médiation a attiré de nombreux avocats vers la profession de médiateur : En effet, de nombreux juristes exerçant la profession d'avocat en Suisse disposent désormais d'une formation complémentaire en médiation. La doctrine n'est toutefois pas unanime sur la question de savoir si la médiation est une activité d'avocat. Cette question fait d'ailleurs l'objet de controverses dans la littérature. Selon Ross, la popularité croissante de la médiation sur la scène juridique a des effets dans la mesure où il constate un déplacement des intérêts des besoins purement émotionnels des parties vers la réponse à des questions juridiques. Cela se reflète par exemple dans le fait que la clientèle associe le recours à un médiateur formé à la profession d'avocat à l'attente de pouvoir profiter de ses connaissances juridiques. L'expérience montre que les clients s'attendent à une certaine sécurité quant à l'issue de la procédure de médiation s'ils choisissent un juriste, qu'il soit avocat ou non. C'est justement parce que cette distinction n'est pas claire pour les profanes qu'il semble particulièrement important pour les avocats d'informer préalablement leurs clients sur les particularités méthodologiques de la procédure de médiation et de montrer en particulier la délimitation par rapport à l'activité d'avocat purement orientée vers les parties : Ceci afin d'éviter tout malentendu et de clarifier les rôles et les limites du contenu du mandat. Ils sont ainsi tenus de clarifier suffisamment ces réflexions pour eux-mêmes et de les communiquer ensuite à leurs clients.

Cet article est basé sur la monographie Fischer Jonas/Schneuwly Anne Mirjam, ADR – Alternative Dispute Resolution, parue en 2021 aux éditions Dike et Nomos.

BIBLIOGRAPHIE

Ade Juliane/Alexander Nadja, Mediation und Recht. Eine praxisnahe Darstellung der Mediation und ihrer rechtlichen Grundlagen, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 2017.

Adler Peter S., Is ADR a Social Movement?, in: Negotiation Journal 3/1987, S. 59 ff.

Ahmeti Zef, Das kosovarische Mediationsgesetz zwischen Tradition und Gegenwart, in: Perspektive Mediation 3/2010, S. 144 ff.

Becker Urs, Von Mediation, Meditation und sozialer Phantasie, in: Perspektive Mediation 4/2017, S. 251 ff.

Bennett Steven C., Arbitration: Essential Concepts, New York 2002.

Berger Iris/Ukowitz Robert, Die Stellung der Mediation im Rechtssystem, in: Gerhard Falk/Peter Heintel/Ewald E. Krainz (Hrsg.), Handbuch Mediation und Konfliktmanagement, Wiesbaden 2005, S. 105 ff.

Bernard Luc, Médiation et Négociation en relation d'aide et en contexte d'autorité, Laval 2002.

Berres Anita, Konfliktlösung durch Wirtschaftsmediation, in: Herbert J. Joka (Hrsg.), Führungskräfte Handbuch, Berlin et al. 2013, S. 253 ff.

Besemer Christoph, Mediation – Die Kunst der Vermittlung in Konflikten, 3. Aufl., Karlsruhe 2013.

Bisel Christoph, Hilft mir eine Mediation? Alles, was Sie wissen sollten, bevor Sie sich für eine Mediation entscheiden, Berlin 2019.

Böttger Andreas/Hupfeld Jörg, Mediation im Dienst der Justiz – Begleitforschung zum Modellprojekt «Schlichten statt richten», in: ZKM 2004, S. 155 ff.

Bohnet François, Kommentierungen zu Art. 213 und 216 ZPO, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Tappy Denis (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR-Bohnet).

Buschmann Barbara, Tipps für den Umgang mit Baustreitigkeiten. Konfliktprävention und alternative Streitbeilegung, Berlin et al. 2015.

Bush Robert A. B./Folger Joseph P., The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition, San Francisco 1994.

Busmann Johanna/von Ins Peter, Kommunikation statt Konfrontation – wie anwaltliche Verhandlungen gelingen, in: Anwaltsrevue 2015, S. 245 ff.

Canyameres Manel/Salberg Anne Catherine, Historical Contribution to the Ethical and Methodological Principles of Mediation, in: Jacques Faget (Hrsg.), Mediation in Political Conflicts, Oxford et al. 2011.

Carneiro Davide/Novais Paulo/Andrade Francisco/Zeleznikow John/Neves José, Online Dispute Resolution: an Artificial Intelligence Perspective, in: Artificial Intelligence Review 41/2014, S. 211 ff.

Clark Bryan, Lawyers and Mediation, Heidelberg et al. 2012.

Cornelius Jasmin, Mediation und systemische Therapie. Überlegungen zu einer Adaptierung des Mediationsverfahrens auf die speziellen Bedürfnisse von Paaren, Frankfurt a.M. 2010.

Daly Brenda/Higgins Noelle/Bolger Sarah, International Peace Mediators and Codes of Conduct: An Analysis, in: Journal of Humanitarian Assistance 2010.

Dasser Felix, Vorbemerkung zu Art. 353–399 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. KuKo-Dasser).

Dekker Stephan, Wirtschaftsmediation. Kooperatives Konfliktmanagement als Erfolgskonzept, in: Zindel et al. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich et al. 2008, S. 557 ff.

Dendorfer Renate/Lack Jeremy, The Interaction between Arbitration and Mediation: Vision v Reality, in: Dispute Resolution International, 1/2007, S. 73 ff.

Deutschmann Clara Maria/Lenz Cristina, Die Verschwiegenheit in der Mediation, in: Perspektive Mediation 2/2009, S. 98 ff.

Domont Philippe, Der Mediationsmarkt in der Schweiz, in: Perspektive Mediation 1/2012, S. 12 ff.

Eckardt Tobias, Mediation in Australien, in: ZfRV 39/1998, S. 177 ff.

Ehrli Nicola, Mediation im öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis, in: Thomas Pfisterer (Hrsg.), Konsens und Mediation im Verwaltungsbereich, Zürich 2004, S. 47 ff.

Eiholzer Heiner, Die Streitbeilegungsabrede, Fribourg 1998.

Engel Martin, Collaborative Law. Mediation ohne Mediator, Tübingen 2010.

Erk Nadja, Streitbeilegungsmechanismen im Aktionärbindungsvertrag, in: REPRAX 4/2017, S. 146 ff.

Erzigkeit Ilse, Mediation in Planen und Bauen, in: Thomas Trenczek/Detlev Berning/Cristina Lenz/Hans-Dieter Will (Hrsg.), Mediation und Konfliktmanagement, 2. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 571 ff.

Falk Gerhard, Vom «guten» Anfang in der Wirtschaftsmediation, in: Perspektive Mediation 2/2004, S. 56 ff.

Fankhauser-Lobsiger Lukas, Mediationsrecht. Rechtsverhältnisse, Vertraulichkeit, Neutralität, Freiwilligkeit, Haftung, Bern 2014.

Fillié-Utz Iris, Gedanken zu Gefühl und Verständnis in der Mediation, in: Perspektive Mediation 4/2017, S. 227.

Fischer Jonas, Die Durchsetzung einer Honorarforderung aus Mediation. Juristische und strategische Aspekte, in: AJP 2020, S. 305 ff.

Fischer Jonas/Schneuwly Anne Mirjam, Alternative Dispute Resolution: Verhandlung, Mediation, Schlichtung, Schiedsgerichtsbarkeit, Schiedsgutachten, Hybride ADR-Verfahren, Zürich et al. 2021.

Fischer Konrad, Wann ist Wirtschaftsmediation der bessere Weg?, in: SZW 2005, S. 79 ff.

Fischer-Homberger Esther/Zanolli Noa, Konflikt um Grenzen – Grenzen der Konfliktlösung/Mediation, in: Perspektive Mediation 1/2010, S. 23 ff.

Frank-Esslinger Sigrid, Mit Fragen führen. Die besten Techniken für Führungskräfte und Coaches, 2. Aufl., Freiburg i.Br. 2019.

Frenkel Douglas N./Stark James H., The Practice of Mediation: A Video-Integrated Text, New York 2018.

Gabriel Sidonia, The Technocrazy Trap. Innovation or Technocracy in International Mediation?, in: Perspektive Mediation, 3/2017, S. 153 ff.

Gelzer Philipp/Ruggle Peter, Vorbemerkung zu Art. 213–218 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK-Gelzer/Ruggle).

Geronemus David/Shaw Margaret L., Mediation in the Public and Private Sectors: Similarities and Difference, in: Samuel Estreicher/David Sherwyn (Hrsg.), Alternative Dispute Resolution in the Employment Arena, New York et al. 2004, S. 893 ff.

Girsberger Daniel, Eine optimale Form der Streiterledigung für KMU? Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, in: Hans-Caspar von der Crone et al. (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, S. 639 ff.

Girsberger Daniel/Habegger Philipp/Mràz Michael/Peter Flavio/Weber-Stecher Urs, Vorbemerkung zu Art. 353–399 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK-Girsberger/Habegger/Mraz/Peter/Weber-Stecher).

Girsberger Daniel/Peter James T., Aussergerichtliche Konfliktlösung. Kommunikation – Konfliktmanagement – Verhandlung – Mediation – Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich et al. 2019.

Glasl Friedrich, Konflikt-Diagnose in drei Schritten, in: Perspektive Mediation 1/2004, S. 11 ff.

Glässer Ulla, Lohnt sich gerichtliche Mediation? Von den Schwierigkeiten einer Kosten-Nutzen-Bilanz, in: Perspektive Mediation 3/2010, S. 126 ff.

Glenewinkel Werner/Kraft Volker, Zum Verhältnis von Mediation und Beratung. Zeigetheoretische Überlegungen in heuristischer Absicht, in: Katharina Kriegel-Schmidt (Hrsg.), Mediation als Wissenschaftszweig, Wiesbaden 2017, S. 501 ff.

Gloor Urs/Umbricht Lukas Barbara, Vorbemerkung zu Art. 213–218 ZPO und Kommentierung zu Art. 213 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas

Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. KuKo-Gloor/Umbricht Lukas).

Göksu Tarkan, Vorbemerkung zu Art. 353–399 ZPO, in: Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel, Petit commentaire CPC (Code de procédure civile), Basel 2020 (zit. PC-Göksu).

Gornig Gilbert, Mediation im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess, in: Joachim Hengstl/Ulrich Sick (Hrsg.), Recht gestern und heute, Festschrift zum 85. Geburtstag von Richard Haase, Wiesbaden 2006, S. 243 ff.

Götz Marc L., «Anwaltliche Mediation» – eine originär anwaltliche Tätigkeit?, in: AJP 2005, S. 282 ff.

Günter Michael/Bruns Georg, Psychoanalytische Sozialarbeit. Praxis, Grundlagen, Methoden, Stuttgart 2014.

Greiter Ivo, Die Suche nach kreativen Lösungen, in: Fritjof Haft/Katharina Gräfin von Schlieffen (Hrsg.), Handbuch Mediation. Verhandlungstechnik, Strategie, Einsatzgebiete, München 2002, S. 287 ff.

Grill Anne-Karin, Konfliktmanagement im internationalen Rechtsverkehr. Prozesse vermeiden – Prozesse vorbereiten – Prozesse führen, Bern 2017.

Günther Klaus/Hilber Marc, Mediation im Zivilrecht, insbesondere im Wirtschaftsrecht, in: Martin Henssler/Ludwig Koch (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, 2. Aufl., Bonn 2004, §15 ff.

Haab Zehrê Katharina/Sotoudeh Shirin, Lernfeld interreligiöser Dialog, in: Perspektive Mediation 3/2019, S. 167 ff.

Hager Günter, Schutz der Vertraulichkeit bei der Mediation, in: Ingeborg Schwenzer/Günter Hager (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, S. 53 ff.

Hamacher Peter/Erzigkeit Ilse/Sage Sebastian, So funktioniert Mediation im Planen + Bauen. Mit Fallbeispielen und Checklisten, Wiesbaden 2011.

Hauser Christoph, Verhandlungsprobleme sind verschieden – Mediationen auch, in: Perspektive Mediation 2/2005, S. 73 ff.

Hattemer Stefanie B. K., Mediation bei Störungen des Arzt-Patient-Verhältnisses, Heidelberg et al. 2012.

Heck Justus/Letzel Walter H., Mediation in Selbst- und Fremdbeschreibung, in: Perspektive Mediation 2/2018, S. 103 ff.

Heigl Norbert J., Konflikte verstehen und steuern, Wiesbaden 2014.

Hellriegel Mathias, Mediation im Umweltrecht, Berlin 2002.

Henschel Marc, Die Bedeutung von Verträgen in der Mediation und die rechtliche Stellung des Mediators, in: Caroline Meller-Hannich/Sascha Weigel (Hrsg.), Mediation. Grundlagen, rechtlicher Rahmen und Anwendungsfelder, Baden-Baden 2020, S. 41 ff.

Herrmann Gabriele/Scherg Nina, Wirtschaftsmediation im Jemen, in: Perspektive Mediation 2/2006, S. 73 ff.

Hillard Amy L., Explicit and Implicit Stereotypes: Current Models and Measurement of Attitudes, in: Joel T. Nadler/Elora C. Voyles (Hrsg.), Stereotypes. The Incidence and Impacts of Bias, Santa Barbara 2020.

Hilmer Hendrik, Mediation im öffentlichen Bereich und Umweltmediation. Besonderheiten und Vorteile der alternativen Streitschlichtung, in: Ingo Recker/Petra von der Weien (Hrsg.), Mediation, Moderation und Coaching. Erfolgreiche Methoden und Strategien aus der Praxis für die Praxis, Baden-Baden 2019, S. 64 ff.

Hinnen Hannes, Ausbruch aus dem traditionellen Mediationsverständnis, in: Perspektive Mediation 4/2013, S. 152 ff.

Hinrichs Ulrike, Praxishandbuch Mediationsgesetz, Berlin et al. 2014.

Holler Ingrid, «Mit dir zu reden ist sinnlos! ... Oder?» Konflikte klären durch Mediation mit Schwerpunkt GFK, Paderborn 2010.

Hopt Klaus J./Steffek Felix, Mediation. Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen, Tübingen 2008.

Horn Claus-Henrik, Ratgeber für Erben. Recht bekommen bei der Abwicklung des Erbes, in der Erbengemeinschaft und beim Pflichtteil, 3. Aufl., München 2017.

Horstmeier Gerrit, Das neue Mediationsgesetz. Einführung in das neue Mediationsgesetz für Mediatoren und Medianden, München 2013.

Ihde Katja, Mediation, Freiburg i.B. 2012.

Irle Günter, Mediation – Moderation – Supervision. Ein Vergleich, in: Gruppendynamik 32/2001, S. 5 ff.

Itten Anatol, Mediation: Politikgestaltung im öffentlichen Raum, in: Perspektive Mediation 3/2016, S. 164 ff.

Kaienburg Nils, Compliance in High Profile-Fällen der WTO: Legal Case Management am Beispiel des Airbus-Boeing-Falls, Tübingen 2010.

Keydel Birgit, Das Besondere der Mediation – ihr Erfolgskonzept ..., in: Perspektive Mediation 2/2018, S. 95 ff.

Klappenbach Doris, Mediative Kommunikation. Mit Rogers, Rosenberg & Co. konfliktfähig für den Alltag werden, 2. Aufl., Paderborn 2011.

Kobel Pierre/Rüedi Hubert, Zehn Fragen zu den Richtlinien SAV für die Mediation, in: Anwaltsrevue 2005, S. 445 ff.

Koch Ludwig, Vertragsgestaltungen in der Mediation, in: Martin Henssler/Ludwig Koch (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, 2. Aufl., Bonn 2004.

Kolodej Christa, Strukturaufstellungen für Konflikte, Mobbing und Mediation, 2. Aufl., Wiesbaden 2019.

Korbion Claus-Jürgen, Baurechtsfälle und Schlichtung nach VOB, Freiburg et al. 2019.

Köstler Anja, Mediation, 2. Aufl., München 2019.

Krainz Ewald E./Rabl Tina, Gruppen- und Organisationsdynamik. Notwendige Themen für die Mediation, in: Perspektive Mediation 1/2018, S. 37 ff.

Krepper Peter, Mediation: nein danke!?, in: Perspektive Mediation 4/2017, S. 258 ff.

Kreuser Karl, Mir doch egal, was Mediation ist, in: Katharina Kriegel-Schmidt (Hrsg.), Mediation als Wissenschaftszweig, Wiesbaden 2017, S. 17 ff.

Kühr Ann-Kathrin/Löchtefeld Stefan, Iku-Interessenanalyse – Das ganze System begreifen, in: Perspektive Mediation 1/2004, S. 23 ff.

Kummer Juliane, Die Entwicklung des Mediationsgesetzes in Deutschland, in: Caroline Meller-Hannich/Sascha Weigel (Hrsg.), Mediation. Grundlagen, rechtlicher Rahmen und Anwendungsfelder, Baden-Baden 2020, S. 17 ff.

Landry Sherry, Med-Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model, in: Defense Counsel Journal 63/1996, S. 263 ff.

Lauterbach Matthias, Wie Wirtschaftsmediation zum State of the Art werden kann, in: Detlev Berning (Hrsg.), Mediation und Konfliktkultur. Wie Top-Manager Konflikte lösen, Wiesbaden 2017, S. 77 ff.

Le Forestier Tanja, Zukunft im Jetzt – mit wenigen Beteiligten von der Konfliktebene auf die Lösungsebene, in: Ingo Recker/Petra von der Weien (Hrsg.), Mediation, Moderation und Coaching. Erfolgreiche Methoden und Strategien aus der Praxis für die Praxis, Baden-Baden 2019, S. 44 ff.

Lederer Susanne, Wie fördern WIR die Verbreitung von Mediation?, in: Perspektive Mediation 3/2018, S. 187 ff.

Lehmann Lorenz, Mediation – ein gewöhnungsbedürftiges Verfahren. Praxiserfahrungen eines Parteivertreters am Beispiel Deponie Bärengraben Würenlingen, in: Umweltrecht in der Praxis URP 2005, S. 169 ff.

Lenz Cristina/Sommer Martin, Die MediatorIn als VertragsgestalterIn, in: Perspektive Mediation 4/2010, S. 176 ff.

Lies Jan, Praxis des PR-Managements: Strategien – Instrumente – Anwendung, Wiesbaden 2015.

Liatowitsch Peter/Mordasini Claudia, Kommentierung zu Art. 213 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. Schulthess-Komm.-Liatowitsch/Mordasini).

Lünse Dieter, Konfliktvermittlung in Hamburg. Stadtteilgespräch Gewaltprävention, in: Perspektive Mediation 1/2012, S. 38 ff.

Mähler Gisela/Mähler Hans-Georg, Kriterien für Gerechtigkeit in der Mediation, in: Anne Dieter/Leo Montada/Annedore Schulze (Hrsg.),

Gerechtigkeit in Konfliktmanagement und in der Mediation, Frankfurt et al. 2000, S. 9 ff.

Marriott Arthur, Corruption in arbitration and mediation compared, in: Arbitration 72/2006, S. 231 ff.

Masser Kai/Engewald Bettina/Scharpf Lucia/Ziekow Jan, Die Entwicklung der Mediation in Deutschland. Bestandesaufnahme nach fünf Jahren Mediationsgesetz, Baden-Baden 2018.

Meiffert Torsten, Verwandlung durch Begegnung – Metamorphose und Mediation, in: Perspektive Mediation 2/2019, S. 82 ff.

Menkel-Meadow Carrie, When Dispute Resolution Begets Disputes of Its Own: Conflicts among Dispute Professionals, in: 44 UCLA Law Review, S. 1871 ff.

Merz Barbara, Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit. Zur Inkraftsetzung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: SJZ 107/2011, S. 30 ff.

Meyer Valerie, Court-connected Alternative Dispute Resolution, Amerikanische Erfahrungen und Schweizer Perspektiven, Zürich 2005.

Morawe Doris, Mediation und Gesundheit. Ein Konfliktlösungsmodell für die psychotherapeutische Praxis, Berlin 2018.

Müller Elke, Gerechtigkeit in der Mediation, in: Perspektive Mediation 2/2005, S. 78 ff.

Mundschütz Katrin, Mediationsrechtliche Bestimmungen in Europa – ein kurzer Überblick, in: Perspektive Mediation 2/2005, S. 87 ff.

Normann Katrin/Löbel Anke, Was wann warum? Mediation und/oder Beratung, in: Perspektive Mediation 4/2017, S. 233 ff.

Notter Pandora, Mediation im Verwaltungsverfahren, Zürich et al. 2013.

Oldenbruch Hannah, Die Vertraulichkeit im Mediationsverfahren, Berlin 2006.

Parkinson Lisa, Ausbildung und Einschätzung der Kompetenzen von FamilienmediatiorInnen, in: Perspektive Mediation 1/2006, S. 15 ff.

Patera Mario, Neurobiologie und Mediation – Impulse für interessenbasierte Mediationsprozesse, in: ZKM 2009, S. 4 ff.

Pauluhn Max, Mediationspflicht im Zivilrecht – Zweckmässigkeit obligatorischer und richterlich angeordneter Mediation am Beispiel Italiens, in: Caroline Meller-Hannich/Sascha Weigel (Hrsg.), Mediation. Grundlagen, rechtlicher Rahmen und Anwendungsfelder, Baden-Baden 2020, S. 117 ff.

Pfändler Andrea Maria, Mediation beim Finanzintermediär – eine Alternative zum Gerichtsprozess? Management der Reputationsrisiken von Banken durch aussergerichtliche Verfahren der Streitschlichtung, Hamburg 2015.

Pfisterer Thomas, Konsens und Mediation im Verwaltungsbereich, Zürich 2004.

Pilartz Heinz, Mediation für mehr Gesundheit am Arbeitsplatz. Gesundheitsthemen im Berufsalltag mal anders anpacken, Wiesbaden 2017.

Poschke Sabrina, Das neue Schweizer Scheidungsrecht. Ausgewählte Aspekte im Rechtsvergleich mit dem deutschen Scheidungsrecht, Berlin 2000.

Prestin Cornelia, Mediationsgesetz, Mediationsvereinbarung und rechtliche Vorgaben, in: Ingo Recker/Petra von der Weien (Hrsg.), Mediation, Moderation und Coaching. Erfolgreiche Methoden und Strategien aus der Praxis für die Praxis, Baden-Baden 2019, S. 10 ff.

Proksch Stephan, Mediation. Die Kunst der professionellen Konfliktlösung, Wiesbaden 2018.

Pühl Harald, Organisationsmediation beginnt mit der Pre-Mediation, in: Perspektive Mediation 2/2005, S. 82 ff.

Rafi Anusheh, Familienmediation, in: Thomas Trenczek/Detlev Berning/Cristina Lenz/Hans-Dieter Will (Hrsg.), Mediation und Konfliktmanagement, 2. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 509 ff.

Rajk Alessandra/Lenz Cristina, Qualitätssicherung von MediatorInnen – ein Vergleich zwischen Österreich, Deutschland, Schweiz, in: Perspektive Mediation 2/2011, S. 91 ff.

Rauschenbach Anne-Katrin, Kreativitätsforschung. Ergebnisse einer empirischen Studie zum Einsatz von Kreativitätstechniken in der

Lösungsphase der Mediation, in: Katharina Kriegel-Schmidt (Hrsg.), Mediation als Wissenschaftszweig, Wiesbaden 2017, S. 391 ff.

Recker Ingo, Unternehmensinterne Mediation. Promotoren und Besonderheiten, in: Ingo Recker/Petra von der Weien (Hrsg.), Mediation, Moderation und Coaching. Erfolgreiche Methoden und Strategien aus der Praxis für die Praxis, Baden-Baden 2019.

Reitz Kristina, Ideen über Ideen. Mediation unter Berücksichtigung der angewandten Kreativitätsforschung, in: Katharina Kriegel-Schmidt (Hrsg.), Mediation als Wissenschaftszweig, Wiesbaden 2017, S. 121 ff.

Reutter Wolfgang Paul, Die Achtsamkeit des Mediators. Einführung in eine achtsamkeitsbasierte Haltung in der Mediation, Baden-Baden 2017.

Risse Jörg, Wirtschaftsmediation, in: NJW 53/2000, S. 1614 ff.

Roberto Vito/Hauser Petra, Kommentierung zu Art. 213 ZPO, in: Baker McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010 (zit. SHK-Roberto/Hauser).

Rosner Siegfried/Winheller Andreas, Mediation und Verhandlungsführung. Theorie und Praxis des wertschöpfenden Verhandelns – nicht nur in Konflikten, München et al. 2012.

Ross Donna, Med-Arb/Arb-Med: A More Efficient ADR Process or an Invitation to a Potential Ethical Disaster?, in: Arthur W. Rovine (Hrsg.), Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, Leiden et al. 2013, S. 352 ff.

Röthemeyer Peter, Mediation. Grundlagen, Recht Markt, Stuttgart 2015.

Ruggle Peter, Kommentierungen zu Art. 213 und 216 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK-Ruggle).

Rumo-Jungo Alexandra, Alternative Streitbeilegungsmethoden in und ausserhalb von Gerichtsverfahren, in: FZR 2002 I (Sonderheft), S. 135 ff.

Salewski Wolfgang, Die Kunst des Verhandelns: Motive erkennen – erfolgreich kommunizieren, Weinheim 2008.

Schäfer Christa D., Einführung in die Mediation. Ein Leitfaden für die gelingende Konfliktbearbeitung, Wiesbaden 2017.

Schlee Jörg, Kollegiale Beratung und Supervision für pädagogische Berufe, 4. Aufl., Stuttgart 2019.

Schmitt Gerd, Mediation von der Mitte her denken – work(s) in progress, in: Katharina Kriegel-Schmidt (Hrsg.), Mediation als Wissenschaftszweig, Wiesbaden 2017, S. 85 ff.

Schmiedel Liane/Wendenburg Felix, Rechtliche Grundlagen der zivilrechtlichen Mediation in Deutschland, Österreich und der Schweiz, in: Perspektive Mediation 3/2010, S. 113 ff.

Schulz Katharina/Kiefer Florian, Mediation als begleitete Orientierung in einer postmodernen Gesellschaft – eine bildungstheoretische Reformulierung, in: Katharina Kriegel-Schmidt (Hrsg.), Mediation als Wissenschaftszweig, Wiesbaden 2017, S. 71 ff.

Schüttel Nadine, Streitbeilegung im Internet – Zukunft oder Irrweg?, Freiburg i.Br. 2014.

Schweizer Philippe, Kommentierung zu Art. 353 ZPO, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Tappy Denis (Hrsg.), Code de procédure civile, Commentaire Romand, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR-Schweizer).

Seidenstücker Beate, Macht macht's unmöglich, in: Perspektive Mediation 2/2009, S. 60 ff.

Sensburg Patrick-Ernst, Quo vadis Wirtschaftsmediation. Wirtschaftsmediation im Jahre 2023 – eine rechtspolitische Prognose, in: Detlev Berning (Hrsg.), Mediation und Konfliktkultur. Wie Top-Manager Konflikte lösen, Wiesbaden 2017, S. 25 ff.

Stacher Marco, Der unzuständige Schiedsrichter, in: ZZZ 29/2013, S. 32 ff.

Stamer Malte/Pfeiffer Ingrid, Aussenwirkungen und Innensicht – zur Landschaft der Mediationsausbildung in Deutschland, in: Perspektive Mediation 1/2006, S. 5 ff.

Staub Liselotte, Pflichtmediation – Mythos oder Wirklichkeit?, in: ZVW 2006, S. 121 ff.

Staubli Andrea, Erfahrungen einer Richterin mit Mediation, in: Perspektive Mediation 3/2010, S. 122 ff.

Steinacher Werner, Mediation im Prozess der Kodifizierung, in: Perspektive Mediation 1/2005, S. 12 ff.

Tan Joyce A., WIPO Guide on Alternative Dispute Resolution (ADR) Options for Intellectual Property Offices and Courts, Genf 2018.

Tercier Pierre, ADR and Arbitration, in: Arnold Ingen-Housz (Hrsg.), ADR in Business. Practice and Issues across Countries and Cultures, New York 2011, S. 3 ff.

Thiele Martina, Medien und Stereotype. Konturen eines Forschungsfeldes, Bielefeld 2015.

Trenczek Thomas, Aussergerichtliches Konfliktmanagement (ADR) und Mediation – Verfahren, Prinzipien und Modelle, in: Thomas Trenczek/Detlev Berning/Cristina Lenz/Hans-Dieter Will (Hrsg.), Mediation und Konfliktmanagement, 2. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 35 ff.

Tröndle Jakob, Konfliktauflösung durch Selbstveränderung. Mediation als Subjektivierung, Wiesbaden 2018.

Vogel-Etienne Ueli/Lautenbach-Koch Annegret, Mediation in a nutshell, Zürich et al. 2014.

van der Vleugel Fabienne, Mediation: A Tool for European Business People, in: NYSBA 5/2012, S. 81 ff.

von Deym-Soden Gräfin Benedikta, Spieglein Spieglein an der Wand ...: Über die Beschäftigung von MediatorInnen mit ihrer eigenen Kultur-Zugehörigkeit, in: Perspektive Mediation 1/2005, S. 332 ff.

von Sinner Alex, Über den antiken Ursprung der Bezeichnung Mediation, in: Perspektive Mediation 4/2006, S. 197 ff.

von Westphalen Friedrich, Das Harvard-Verhandlungskonzept für erfolgreiche Juristen, in: Monatsschrift für Deutsches Recht 1993, S. 946 ff.

Wambach-Schulz Marita K., Mediations-Beratungswirklichkeit für Anwält*innen. Eine antinomietheoretische Professionalisierungsperspektive,

in: Katharina Kriegel-Schmidt (Hrsg.), Mediation als Wissenschaftszweig, Wiesbaden 2017, S. 415 ff.

Wandrey Michael, Der Konfliktwürfel. Eine Orientierungshilfe zum Fallverstehen in der Mediation, in: Perspektive Mediation 2/2004, S. 62 ff.

Warwel Doreen, Gerichtsnahe Mediation. Empirische Untersuchung der Verhaltens- und Vorgehensweisen von Richtermediatoren in gerichtsnahen Mediationsverfahren, Münster 2007.

Wegner-Kirchhoff Sabine/Kellner Judith, Mediation mit Erben. Lösungsorientiertes Arbeiten mit Familien und kleinen Unternehmen, Wiesbaden 2019.

Wermke Christian, Praxishandbuch Mediation, 3. Aufl., Weil im Schönbuch 2016.

Wetzstein Irmgard, Mediativer Journalismus. Konstruktive Konfliktbearbeitung in der qualitätsjournalistischen Auslandberichterstattung, Wiesbaden 2011.

Wildhaber Isabelle S./Johnson Wilcke Alexandra, Die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (ARV) 2010, S. 160 ff.

Wirz Pascal, Zum Sinn und Zweck von Mediationsklauseln in Verträgen, in: Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, recht 2013, S. 92 ff.

Wöhrer Bianca, Die Vertraulichkeit in der Mediation und deren Durchsetzung im österreichischen Zivilprozess, Wien 2015.

Wüstehube Ljubjana, Konflikt-Perspektiv-Analyse (KPA). Ein mediationsanaloges Instrument zur konstruktiven Analyse und Bearbeitung von Konflikten, in: Perspektive Mediation 1/2004, S. 18 ff.

Zaal Alfred, Was sind Stereotype?, Norderstedt 2010.

Zbinden Andrea, Mediation und Verhandlung – eine Beziehung von gegenseitigem Nutzen, in: Jusletter vom 29.10.2018.

Zillessen Horst, Mediation. kooperatives Konfliktmanagement in der Umweltpolitik, Opladen et al. 1998.

Zuber Marina, Konfliktmanagement anhand von Mediation und Kommunikationsmodellen. Fallbeispiel von Mitarbeitern einer Kindertagesstätte, Masterarbeit Kaiserslautern 2019.

COMMENTAIRE

Art. 219 CPC

Un commentaire de Laurent Grobéty

PROPOSITION DE CITATION

Laurent Grobéty, Kommentierung zu Art. 219 ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Citation abrégée: OK-Grobéty, N. XXX zu Art. 219 ZPO.

Titre 3 Procédure ordinaire

Chapitre 1 Champ d'application

Art. 219

Les dispositions du présent titre s'appliquent à la procédure ordinaire et, par analogie, aux autres procédures, sauf disposition contraire de la loi.

TABLE DES MATIÈRES

I. Fondements 223
A. Nature 223
B. Caractéristiques 224
II. Champ d'application 226
A. Champ d'application négatif 226
B. Champ d'application positif 227
III. Application aux autres procédures 228
A. Application aux autres types de procédure 228
B. Autres procédures particulières 230
Bibliographie 232

I. FONDEMENTS

A. Nature

Parmi les différents types de procédure que connaît le CPC, la procédure ordinaire constitue la **procédure de base**[1]. Par conséquent, elle s'applique aussi par analogie aux autres types de procédure (art. 219 CPC). Les autres types de procédure sont la procédure simplifiée (art. 243 ss CPC) et la procédure sommaire (art. 248 ss CPC). Les dispositions relatives à ces procédures sont, de manière générale, moins détaillées et se bornent à réglementer les exceptions au système prévu par la procédure ordinaire[2]. À noter que la loi instaure certaines procédures spéciales en droit de la famille (art. 271 ss CPC). Ces dernières ne sauraient être qualifiées de type de procédure à part entière mais contiennent plutôt des dérogations aux régimes prévus par les procédures ordinaire, simplifiée et sommaire[3]. 1

Le CPC détermine ainsi le champ d'application de chaque type de procédure. Il en résulte en particulier que le mélange de différents types de procédure dans un même procès est prohibé (cf. not. art. 90 let. b et 224 al. 1 CPC)[4]. De même, la loi ne prévoit en principe pas de changement de type de procédure en cours d'instance (cf. not. art. 227 al. 1 CPC). Certains mécanismes permettent un **maintien du type de procédure applicable**, même lorsque la valeur litigieuse fluctue en cours d'instance et que la limite de l'art. 243 al. 1 CPC est franchie dans un sens ou dans l'autre (cf. not. art. 85 al. 1 2e phrase et 227 al. 3 CPC)[5]. La jurisprudence pose néanmoins une exception lorsqu'une demande reconventionnelle en constat négatif est interjetée en réaction à une 2

1. ATF 139 III 368 consid. 3.1 ; Leuenberger, Bestimmungen, p. 381 ; BK-Killias, art. 219 CPC N. 1.
2. Leuenberger, Bestimmungen, p. 381.
3. Heinzmann, N. 261 ; Grobéty, N. 449 ; BSK-Willisegger, art. 219 CPC N. 10. *Contra* : ZK-Leuenberger, art. 219 CPC N. 3 ; KUKO-Richers/Naegeli, art. 219 CPC N. 6 ; CR-Tappy, art. 219 CPC N. 9 qui semblent considérer que la procédure ordinaire s'applique par analogie directe aux procédures spéciales du droit de la famille.
4. Hofmann/Lüscher, p. 65.
5. Sur le maintien de la procédure applicable en cas d'action en paiement non chiffrée : TC/FR 102 2019 262 du 4 février 2020 consid. 3 ; PC-Grobéty/Heinzmann, art. 85 CPC N. 18 avec réf.

action partielle (art. 86 CPC) ; un basculement de la procédure simplifiée vers la procédure ordinaire peut alors intervenir[6].

3 Dès lors que la procédure civile relève du droit public, les dispositions du CPC sont **de nature impérative**[7]. En conséquence, le type de procédure applicable à l'une ou l'autre prétention n'est pas laissé au libre choix des parties. Demeure réservée la situation dans laquelle le demandeur opte pour la voie de la protection dans les cas clairs (art. 257 CPC) et, ainsi, de la procédure sommaire (art. 248 let. b CPC). Les parties peuvent toutefois exercer une influence indirecte sur la procédure applicable en vertu du principe de disposition (art. 58 al. 1 CPC) et des règles sur la valeur litigieuse (art. 91 ss et 243 al. 1 CPC). Ainsi, le demandeur peut choisir de ne faire valoir qu'une partie, inférieure à CHF 30'000.-, de sa prétention en exerçant une action partielle (art. 86 CPC) [8]. Il lui est également loisible de cumuler plusieurs prétentions (art. 90 CPC), ou de renoncer à le faire, ce qui se répercute généralement sur la valeur litigieuse (art. 93 al. 2 CPC). Enfin, certaines règles relatives à la valeur litigieuse permettent aux parties de s'entendre sur celle-ci (art. 91 al. 2 CPC). C'est parfois la partie demanderesse seule qui peut déterminer provisoirement la valeur litigieuse afin de fixer la procédure applicable (art. 85 al. 1 1re phrase CPC). Les parties ne sauraient cependant se livrer à des exagérations manifestes, au risque de se voir reprocher un abus de droit (art. 52 CPC) [9].

B. Caractéristiques

4 La procédure ordinaire correspond à **l'expression du procès civil classique**[10]. Celle-ci est essentiellement laissée à l'initiative des parties. Les principes cardinaux de la procédure civile que sont la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC) et de disposition (art. 58 al. 1 CPC) s'y appliquent dans une large mesure, ou, plus précisément, de manière moins atténuée qu'en procédure sommaire ou simplifiée[11]. L'activité du tribunal se cantonne à la conduite

6. ATF 145 III 299 consid. 2.3; 143 III 506 consid. 4.
7. ATF 146 III 185 consid. 4.4.2 ; Hohl, t.I, N. 82 s.
8. Avec un risque de basculement vers la procédure ordinaire en cas de demande reconventionnelle en constat négatif de la partie défenderesse (ATF 145 III 299 consid. 2.3; 143 III 506 consid. 4.).
9. Arrêt 4A_307/2021 du 23 juin 2022 consid. 2.
10. Message CPC, p. 6863.
11. PC-Heinzmann/Herrmann-Heiniger, art. 219 CPC N. 9.

formelle de la procédure. Il dispose d'un important pouvoir d'appréciation à cet égard. Il peut ainsi décider d'ordonner un deuxième échange d'écritures (art. 225 CPC), une, ou plusieurs[12], audiences d'instruction (art. 226 CPC) ou citer directement les parties aux débats principaux (art. 228 ss CPC).

Contrairement à la procédure simplifiée ou à la procédure sommaire, la procédure ordinaire se déroule **pour l'essentiel par écrit**. L'oralité y joue un rôle secondaire mais est tout de même présente. Le tribunal peut ainsi ordonner des débats d'instruction (art. 226 CPC) ou organiser un second tour de parole à l'ouverture des débats principaux (art. 229 al. 1 CPC)[13] à l'occasion desquels les parties plaident en principe deux fois (art. 228 et 232 CPC). En outre, les exigences relatives à la forme et au contenu des actes des parties y sont plus strictes. Il n'est notamment pas possible de dicter une demande au procès-verbal, contrairement à ce qui prévaut pour les procédures simplifiée et sommaire (cf. art. 244 et 252 CPC). Enfin, le pouvoir d'interpellation du tribunal est plus limité en procédure ordinaire (art. 56 CPC) qu'en procédure simplifiée (art. 247 al. 1 CPC). 5

À juste titre, la procédure ordinaire est qualifiée d'exigeante[14]. Elle l'est d'autant plus que tout éventuel manquement aux règles posées par la loi peut s'avérer lourd de conséquences[15]. Ainsi, en vertu de l'application stricte de la maxime des débats, un fait qui n'est pas ou mal allégué, ou qui l'est tardivement, n'est généralement pas retenu, ce qui peut conduire au rejet de la demande sur le fond[16]. Le législateur considère que la procédure ordinaire est conçue pour les procès de droit privé commercial présentant une valeur litigieuse importante[17]. Pour cette raison, les parties sont en règle générale assistées d'un mandataire professionnel, sans pour autant y être obligées. 6

12. CR-Tappy, art. 226 CPC N. 7.
13. ATF 147 III 475 consid. 2.3.3; Brugger, p. 26.
14. La version allemande du Message parle d'*anspruchsvolles Verfahren* (Botschaft ZPO, p. 7245). Cf. ég. PC-Heinzmann/Herrmann-Heiniger, art. 219 CPC N. 10 ; BK-Killias, art. 219 CPC N. 3.
15. BK-Killias, art. 219 CPC N. 4.
16. ATF 144 III 54 consid. 4.2.2. À noter qu'il en va de même pour les contestations (arrêt 4A_132/2022 du 18 juillet 2022 consid. 2).
17. Message CPC, p. 6863. Cf. ég. BK-Killias, art. 219 CPC N. 4.

II. CHAMP D'APPLICATION

A. Champ d'application négatif

7 Le champ d'application de la procédure ordinaire se définit principalement négativement[18]. En effet, celle-ci revêt un **caractère subsidiaire** par rapport aux procédures simplifiée et sommaire[19]. En conséquence, la procédure ordinaire est applicable aux prétentions pour lesquelles la procédure simplifiée (art. 243 ss CPC), la procédure sommaire (art. 248 ss CPC) et la procédure de divorce (art. 274 ss CPC) ne s'appliquent pas.

8 La procédure ordinaire s'applique donc aux prétentions qui ne sont pas soumises à la **procédure simplifiée** du fait de leur nature. Celles-ci sont exhaustivement énumérées à l'art. 243 al. 2 CPC. Il faut encore y ajouter les procédures relatives aux enfants dans les affaires de droit de la famille (art. 295 ss et 307*a* CPC)[20]. Par ailleurs, la procédure ordinaire ne concerne que les prétentions dont la valeur litigieuse est supérieure à CHF 30'0000.- en vertu de l'art. 243 al. 1 CPC. La valeur litigieuse est déterminée selon les art. 91 ss CPC. À cet égard, le calcul de la valeur litigieuse précède la détermination de la procédure applicable[21]. Ainsi, en cas de cumul objectif d'actions, il sied d'additionner d'abord la valeur des différentes prétentions selon l'art. 93 al. 2 CPC et de déterminer ensuite la procédure applicable au résultat en vertu de l'art. 243 al. 1 CPC[22].

9 La procédure ordinaire ne s'applique pas aux affaires soumises à la **procédure sommaire**. Il s'agit des cas clairs (art. 257 CPC), dont l'application dépend toutefois de la volonté de la partie requérante, de la mise à ban (art. 258 ss CPC), des mesures provisionnelles (art. 261 ss CPC) ainsi que de la juridiction gracieuse (art. 248 let. e CPC). À cela s'ajoutent les cas dans lesquels la loi prescrit l'application de la procédure sommaire (art. 248 let. a CPC). La loi dresse un catalogue de ces affaires aux art. 249 à 251*a* CPC. Celui-ci n'est cependant pas exhaustif, le Tribunal fédéral l'ayant déjà étendu à l'une ou l'autre reprise[23].

18. CR-Tappy, art. 219 CPC N. 3 ; BSK-Willisegger, art. 219 CPC N. 19.
19. Heinzmann, N. 266 ss.
20. PC-Heinzmann/Herrmann-Heiniger, art. 219 CPC N. 17.
21. ATF 142 III 788 consid. 4.2.3 ; Grobéty, N. 231; BK-Sterchi, art. 93 CPC N. 7.
22. ATF 142 III 788 consid. 4.2.3.

Il incombe au tribunal de **déterminer la procédure applicable**, le demandeur n'étant pas tenu d'indiquer la procédure applicable dans la demande[24]. Le respect de la procédure applicable n'en demeure pas moins une condition de recevabilité que le tribunal examine d'office (art. 60 CPC)[25]. Il vérifie à cet égard que les conditions relatives à la forme (art. 130 CPC) et au contenu (art. 221, 244 et 252 CPC) de l'acte soient remplies ou que celui-ci ne conduise pas à l'application simultanée de plusieurs types de procédure (cf. not. art. 90 let. b ou 224 al. 1 CPC). En cas de doute ou de litige relatif à la procédure applicable, le tribunal peut rendre une décision sur cette question[26]. Une telle décision est généralement qualifiée d'autre décision au sens de l'art. 319 let. b CPC[27], voire de décision finale (art. 236 CPC) ou incidente (art. 237 CPC) si le vice prétendu est susceptible de conduire à l'irrecevabilité de la demande. Lorsque la demande est déclarée irrecevable, faute d'avoir été introduite selon la procédure prescrite, l'art. 63 CPC offre une seconde chance à la partie demanderesse en lui permettant d'introduire une nouvelle demande dans un délai d'un mois. 10

B. Champ d'application positif

Dans certaines situations, le champ d'application de la procédure ordinaire se détermine toutefois de manière positive. Il en va premièrement ainsi des **litiges à caractère non patrimonial**. Une prétention est qualifiée de non patrimoniale lorsqu'elle est de nature idéale et qu'elle ne relève pas du patrimoine d'une personne ou qu'elle n'est pas étroitement liée à celui-ci[28]. Dépourvus de valeur litigieuse[29], ces litiges sont en principe soumis à la procédure ordinaire, à moins que la procédure sommaire ou la procédure simplifiée ne s'applique en raison de la nature de la prétention (cf. art. 243 al. 2 et 295 CPC)[30]. À noter que de nombreuses affaires non patrimoniales sont tranchées en procédure sommaire ou simplifiée du fait de leur nature, ce qui 11

23. ATF 144 III 100 consid. 6 ; 138 III 166 consid. 3 ; arrêt 4A_605/2014 du 5 février 2015 consid. 2.1.6.
24. PC-Heinzmann/Herrmann-Heiniger, art. 219 CPC N. 2 ; BK-Zingg, art. 59 CPC N. 167.
25. Grobéty, N. 431 ; BK-Zingg, art. 59 CPC N. 167.
26. PC-Heinzmann/Herrmann-Heiniger, art. 219 CPC N. 2.
27. Heinzmann, N. 266.
28. ATF 142 III 145 consid. 6.1 ; 108 II 77 consid. 1a. Pour des développements et exemples de litiges à caractère (non) patrimonial : PC-Heinzmann/Grobéty, art. 91 CPC N. 8 ss avec de nombreuses réf.
29. PC-Heinzmann/Grobéty, art. 91 CPC N. 8.

restreint la portée de cette jurisprudence[31]. Pensons notamment aux litiges visant à mettre un terme à des violences, menaces ou à du harcèlement (art. 243 al. 2 let. b CPC) ou portant sur l'exercice d'un droit de réponse (art. 249 let. a ch. 2 CPC).

12 Le second cas dans lequel le champ d'application de la procédure ordinaire se définit de manière positive concerne **les litiges soumis à la compétence d'une instance cantonale unique** (art. 5 s. et 8 CPC). Pour ces affaires, la procédure ordinaire trouve application quelle que soit la valeur litigieuse et l'application de la procédure simplifiée est en principe exclue (art. 243 al. 3 CPC)[32]. Le système présente néanmoins des atténuations. Il n'est tout d'abord pas exclu que la procédure sommaire soit applicable devant une instance cantonale unique. Il en va notamment ainsi lorsqu'un tribunal de commerce est amené à prononcer des mesures provisionnelles (art. 6 al. 5 et 248 let. d CPC)[33] ou qu'il doit trancher une prétention dans le cadre de la protection dans les cas clairs (art. 257 CPC)[34]. En outre, le tribunal de commerce n'est jamais compétent pour connaître d'une affaire pour laquelle la procédure simplifiée s'applique en vertu de l'art. 243 al. 2 CPC[35]. Rappelons enfin que pour les litiges portant sur l'assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale (art. 7 CPC), la procédure simplifiée s'applique indépendamment de la valeur litigieuse (art. 243 al. 2 let. f CPC).

III. APPLICATION AUX AUTRES PROCÉDURES

A. Application aux autres types de procédure

13 L'art. 219 CPC prévoit que les dispositions relatives à la procédure ordinaire s'appliquent **par analogie** aux autres types de procédure, sauf disposition contraire de la loi. La portée de l'art. 219 CPC dépend ainsi de la densité normative avec laquelle le législateur a réglé les différents types de procédure[36]. Le raisonnement consiste à rechercher, dans un premier temps,

30. ATF 142 III 145 consid. 4 ; BK ZPO-Killias, art. 219 CPC N. 19 ; BSK-Willisegger, art. 219 CPC N. 21.
31. CR-Tappy, art. 219 CPC N. 7.
32. BK-Killias, art. 219 CPC N. 12 ; BSK-Willisegger, art. 219 CPC N. 22.
33. BK- Killias, art. 219 CPC N. 13.
34. ATF 142 III 515 consid. 2.2.4.
35. ATF 139 III 457 consid. 4.4.
36. Leuenberger, Bestimmungen, p. 381.

si les dispositions relatives au type de procédure concerné prévoient quelque chose et, à défaut, d'appliquer la disposition topique relative à la procédure ordinaire. À noter que celle-ci peut également trouver application par suite d'un raisonnement en cascade[37]. Ainsi, dans le cadre d'une procédure relative à des mesures protectrices de l'union conjugale, les dispositions sur la procédure ordinaire ne peuvent intervenir que dans la mesure où les art. 272 s. CPC d'abord, puis celles sur la procédure sommaire ne règlent pas le problème concerné.

L'application des dispositions relatives à la procédure ordinaire aux autres types de procédure n'est cependant pas sans limites. L'art. 219 CPC indique en premier lieu que celles-ci s'appliquent **sauf disposition contraire de la loi**. Il s'agit principalement des dispositions relatives aux autres types de procédure. D'autres lois, en particulier la LP (p.ex. art. 84 al. 2 LP) mais aussi le droit privé matériel, peuvent également prévoir des exceptions aux règles sur la procédure ordinaire[38]. 14

En second lieu, l'application par analogie des règles sur la procédure ordinaire ne peut intervenir que si elle s'intègre dans la **nature de la procédure concernée**[39]. Le Tribunal fédéral considère à cet égard que l'art. 223 al. 1 CPC, qui impose de fixer un délai supplémentaire faute de dépôt de la réponse, ne peut s'appliquer lorsque la partie requise ne dépose pas de déterminations dans une procédure de mainlevée[40]. Déterminer les dispositions de la procédure ordinaire qui s'avèrent compatibles avec la procédure sommaire ou simplifiée n'est pas toujours chose aisée ; la question laisse une large place au pouvoir d'interprétation du juge. Celui-ci ne s'exerce toutefois pas sans limites. En cas de doute, il convient à notre sens de revenir à la règle et d'appliquer les dispositions sur la procédure ordinaire par analogie[41]. 15

L'application par analogie des dispositions sur la procédure ordinaire peut intervenir par une **reprise directe** de la disposition concernée. Ainsi, les 16

37. BSK-Willisegger, art. 219 CPC N. 17 ; PC-Heinzmann/Herrmann-Heiniger, art. 219 CPC N. 20.
38. BK-Killias, art. 219 CPC N. 23 ; Leuenberger, Bestimmungen, p. 381.
39. Message CPC, p. 6946; ATF 138 III 483 consid. 3.2.2.
40. ATF 138 III 483 consid. 3.2.2 ; CR-Tappy, art. 219 CPC N. 10.

dispositions relatives à l'obligation de dresser un procès-verbal (art. 235 CPC), à la notification des décisions (art. 236 ss CPC) ou à la clôture de la procédure sans décision (art. 241 s. CPC) s'appliquent par analogie aux procédures simplifiée et sommaire[42]. *A maiore minus*, le tribunal peut en outre procéder à quelques atténuations ou adaptations de la règle reprise, en particulier à des fins de compatibilité avec la nature de la procédure applicable[43]. Le Tribunal fédéral a par exemple jugé qu'en procédure sommaire, les parties ne pouvaient partir de l'idée qu'un second tour de parole leur est garanti mais qu'elles pouvaient faire valoir des faits et moyens de preuve nouveaux de manière illimitée lorsque le tribunal ordonne un second échange d'écritures ou la tenue d'une audience[44].

B. Autres procédures particulières

17 En plus des différents types de procédure, il s'agit de se demander dans quelle mesure l'art. 219 CPC s'applique aux **étapes de la procédure** qui précèdent ou qui suivent l'application de la procédure ordinaire ainsi qu'aux procès civils dans lesquels le CPC n'est pas applicable, ou ne l'est qu'à titre de droit supplétif.

18 Les voies de droit du CPC sont composées de l'appel (art. 308 ss CPC), du recours (art. 319 ss CPC), de la révision (art. 328 ss CPC) ainsi que de l'interprétation et la rectification (art. 334 CPC). Ces procédures font l'objet d'une réglementation qui leur est propre[45]. Le législateur a d'ailleurs abandonné l'idée d'un renvoi vers les règles relatives à la procédure de première instance[46]. Pour le Tribunal fédéral, cela laisse penser que le législateur n'a pas voulu d'une application des règles de la procédure de première instance aux **voies de droit**[47]. C'est donc uniquement lorsque les règles sur les voies de droit ne prévoient rien qu'une application par analogie

41. Dans le même sens, Leuenberger, Bestimmungen, p. 381, pour qui le juge ne peut renoncer à une application de l'art. 219 CPC qu'en cas de contradiction flagrante avec la nature de la procédure concernée.
42. BK-Killias, art. 219 CPC N. 31 et 37. Sur l'obligation de dresser un procès-verbal : arrêt 5D_28/2017 du 20 mai 2017 consid. 2.1.
43. BSK-Willisegger, art. 219 CPC N. 26.
44. ATF 146 III 237 consid. 3.1 ; PC-Heinzmann/Herrmann-Heiniger, art. 219 CPC N. 20.
45. ATF 142 III 413 consid. 2.2.1 ; Hurni, N. 208 ; BK-Killias, art. 219 CPC N. 45.
46. Hurni, N. 184 et 208.
47. ATF 138 III 625 consid. 2.2.

des règles sur la procédure de première instance peut entrer en ligne de compte[48]. Le Tribunal fédéral a ainsi appliqué par analogie les art. 221 et 244 CPC afin de déterminer le contenu du mémoire d'appel, l'art. 311 CPC étant muet à ce sujet[49]. En revanche, il n'est de notre point de vue pas possible de procéder à une interprétation extensive des dispositions sur les voies de droit en appliquant l'art. 219 CPC[50].

Même si elle en constitue un préalable obligatoire (art. 197 CPC), **la procédure de conciliation** ne fait pas partie de la procédure ordinaire qui commence avec le dépôt de la demande (art. 220 CPC). Tout comme les voies de droit, la loi règlemente la procédure de conciliation de manière détaillée[51]. Celle-ci poursuit par ailleurs d'autres buts qu'une procédure de première instance, à savoir une résolution amiable du litige dans un cadre moins formel qu'en procédure ordinaire (art. 201 al. 1 CPC). En conséquence, les règles sur la procédure ordinaire trouvent principalement application lorsque les art. 197 ss CPC se montrent lacunaires[52]. Il en va généralement ainsi lorsque l'autorité de conciliation agit « comme un tribunal » en rendant un prononcé d'irrecevabilité[53] ou une décision (art. 212 CPC)[54]. Dans ce dernier cas, l'autorité de conciliation est cependant tenue d'appliquer en premier lieu les règles sur la procédure simplifiée, puis, celles de la procédure ordinaire à titre subsidiaire (art. 219 CPC)[55]. 19

Enfin, l'application de la procédure ordinaire ne découle **pas nécessairement du CPC**. Celle-ci s'applique en principe devant le Tribunal 20

48. BK-Killias, art. 219 CPC N. 46 ; Dike-Pahud, art. 219 CPC N. 22 ; BSK-Willisegger, art. 219 CPC N. 14. Cf. toutefois PC-Heinzmann/Herrmann-Heiniger, art. 219 CPC N. 41 pour qui les voies de droit sont comprises dans le renvoi de l'art. 219 CPC.
49. ATF 138 III 213 consid. 2.3. Cf. ég. CR-Tappy, art. 219 CPC N. 8 selon lequel les règles sur les plaidoiries finales (art. 232 CPC) s'appliquent aux débats en appel selon l'art. 316 al. 1 CPC.
50. Cf. ATF 138 III 625 consid. 2.2 dans lequel le Tribunal fédéral précise qu'en appel, l'art. 317 al. 1 CPC régit de manière complète et autonome la possibilité pour les parties d'invoquer des novas et qu'une application de l'art. 229 al. 3 CPC par analogie est exclue car cette disposition concerne la procédure de première instance.
51. Leuenberger, Bestimmungen, p. 382 ; PC-Heinzmann/Herrmann-Heiniger, art. 219 CPC N. 39.
52. Leuenberger, Bestimmungen, p. 382. Plus restrictif : Trezzini, art. 219 CPC N. 5.
53. Cf. à ce sujet ATF 146 III 295 consid. 4.
54. Leuenberger, Bestimmungen, p. 384 ; BSK-Willisegger, art. 219 CPC N. 6 ; PC-Heinzmann/Herrmann-Heiniger, art. 219 CPC N. 40
55. ATF 147 III 440 consid. 5.3

fédéral des brevets (art. 27 LTFB)[56]. Elle peut enfin s'appliquer, à titre de droit cantonal supplétif, en procédure de recours contre des décisions de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (art. 450*f* CC)[57]. En revanche, la PCF[58] – et non le CPC – s'applique dans les rares cas dans lesquels le Tribunal fédéral statue en instance unique (art. 120 al. 3 LTF). Il n'est cependant pas exclu que les dispositions du CPC y interviennent à titre subsidiaire[59].

BIBLIOGRAPHIE

Brugger Daniel, Der Tatsachenvortrag «zu Beginn» der Hauptverhandlung (Art. 229 Abs. 2 ZPO), PCEF 2019 p. 22 ss.

Grobéty Laurent, Le cumul objectif d'actions en procédure civile suisse, Genève et al. 2018.

Grobéty Laurent/Heinzmann Michel, Commentaires de l'art. 85 et art. 91 CPC, in : Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (édit.), Petit commentaire CPC, Code de procédure civile, Bâle 2020.

Heinzmann Michel/Herrmann-Heiniger Christelle, Commentaire de l'art. 219 CPC, in : Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (édit.), Petit commentaire CPC, Code de procédure civile, Bâle 2020.

Heinzmann Michel, La procédure simplifiée – Une émanation du procès civil social, thèse d'habilitation Fribourg, Genève et al. 2018.

Hofmann David/Lüscher Christian, Le Code de procédure civile, 2e éd., Berne 2015.

Hohl Fabienne, Procédure civile, tome I : Introduction et théorie générale, 2e éd., Berne 2016.

Hurni Christoph, Zum Rechtsmittelgegenstand im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Berne 2018.

56. CR-Tappy, art. 219 CPC N. 13.
57. ATF 140 III 385 consid. 2.3 ; CR-Tappy, art. 219 CPC N. 13.
58. LF du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (RS 273).
59. BK-Killias, art. 219 CPC N. 47.

Killias Laurent, Kommentierung zu Art. 219 ZPO, in : Hausherr Heinz/Walter Hans Peter (édit.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–352 und Art. 400–406 ZPO, Berne 2012.

Leuenberger Christoph, Kommentierung zu Art. 219 ZPO, in : Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (édit), Zürcher Kommentar, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3e éd., Zurich 2016 (cité : ZK-Leuenberger, art. 219 CPC)

Leuenberger Christoph, Die Bestimmungen über das ordentliche Verfahren gelten sinngemäss für sämtliche andere Verfahren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 219 ZPO), in : Fankhauser Roland et al. (édit.), Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zurich 2016, p. 379 ss (cité : Leuenberger, Bestimmungen).

Pahud Eric, in : Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, 2e éd., Zurich et al. 2016.

Richers Roman/Naegeli Georg, Kommentierung zu Art. 219 ZPO, in : Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (édit.), Kurzkommentar – Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3e éd., Bâle 2021.

Sterchi Martin, Kommentierung zu Art. 93 ZPO, in : Hausherr Heinz/Walter Hans Peter (édit.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–352 und Art. 400–406 ZPO, Berne 2012.

Tappy Denis, Commentaires de l'art. 219 et art. 226 CPC, in : Bohnet François et al. (édit), Commentaire romand, Code de procédure civile, 2e éd., Bâle 2018.

Trezzini Francesco, Commento dall'art. 219 CPC, in : Trezzini Francesco et al. (édit), Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), 2 vol., Pregassona 2017.

Willisegger Daniel, Kommentierung zu Art. 219 ZPO, in : Infanger Dominik/Spühler Karl/Tenchio Luca (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3e éd., Bâle 2017.

Zingg Simon, Kommentierung zu Art. 59 ZPO, in : Hausherr Heinz/Walter Hans Peter (édit.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–352 und Art. 400–406 ZPO, Berne 2012.

COMMENTAIRE

Art. 220 CPC

Un commentaire de Laurent Grobéty

PROPOSITION DE CITATION

Laurent Grobéty, Commentaire de l'art. 220 CPC, in: Lorenz Droese (édit.), Commentaire en ligne du Code de procédure civile

Citation abrégée: OK-Grobéty, art. 220 CPC N. XXX.

Chapitre 2 Échange d'écritures et préparation des débats principaux

Art. 220 Introduction

La procédure ordinaire est introduite par le dépôt de la demande.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction de la demande 237
A. Caractéristiques 237
B. Traitement par le tribunal 238
II. Effets 241
A. Détermination de la valeur litigieuse et de la procédure applicable 241
B. Litispendance 242
Bibliographie 242

I. INTRODUCTION DE LA DEMANDE

A. Caractéristiques

L'art. 220 CPC dispose que le dépôt de la demande constitue le moment déterminant pour l'introduction de la procédure devant le tribunal de première instance[60]. En procédure ordinaire, la demande se caractérise par un mémoire écrit comprenant à tout le moins les conclusions de la partie demanderesse et leur motivation en fait (art. 221 al. 1 CPC)[61]. L'introduction d'une demande en procédure simplifiée (art. 244 CPC) détermine le début de celle-ci par l'effet du renvoi de l'art. 219 CPC[62]. Le CPC connait pour le surplus différents types d'actes introductifs d'instance[63]. En procédure sommaire, la procédure est introduite par le biais d'une requête (art. 252 al. 1 CPC). Nous pouvons encore mentionner la requête de conciliation (art. 202 CPC) ainsi que la requête commune ou la demande unilatérale tendant au divorce (art. 274 CPC). Ces actes ne sont cependant pas visés par l'art. 220 CPC qui se limite aux demandes au sens des art. 221 et 244 CPC[64]. 1

En tant que **mémoire écrit**, la demande doit être déposée sur un support papier ou électronique ; elle doit être signée (art. 130 al. 1 et 2 CPC). Contrairement à la procédure simplifiée ou sommaire (cf. art. 244 al. 1 et 252 al. 2 CPC), la procédure ordinaire ne permet pas le dépôt d'une demande orale dictée au procès-verbal[65]. De même, un mémoire déposé par téléfax ou par courriel ne remplit pas les exigences de forme propres à la procédure ordinaire[66]. Une demande déposée sous cette forme est considérée comme non introduite, ce qui ne permet pas le respect d'éventuels délais[67]. Lorsqu'elle est introduite sur un support papier, la demande doit être remise à la Poste suisse, au greffe du tribunal ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (cf. art. 143 al. 1 CPC). Un acte transmis sous forme 2

60. Arrêt 4A_452/2017 du 19 octobre 2018 consid. 3.2 (non publié à l'ATF 144 III 526).
61. Message CPC, p. 6946; Leuenberger, art, 220 CPC nº 1; Bohnet, p. 269.
62. Heinzmann, nº 183 ; BSK-Willisegger, art. 220 CPC nº 34.
63. Sur la terminologie et ses origines, cf. Bohnet, p. 269.
64. BSK-Willisegger, art. 220 CPC nº 35 s.
65. PC-Heinzmann, art. 220 CPC nº 2; BK-Killias, art. 219 CPC nº 5.
66. ATF 121 III 252 consid. 3; KuKo-Richers/Naegeli, art. 220 CPC nº 5.
67. ATF 121 III 252 consid. 4; BK-Killias, art. 219 CPC nº 5; KuKo-Richers/Naegeli, art. 220 CPC nº 5.

électronique doit être muni d'une signature électronique qualifiée selon la LF du 18 mars 2016 sur la signature électronique (art. 130 al. 2 CPC)[68]. Pour le surplus, les art. 130 ss CPC sont applicables quant aux exigences formelles.

3 Le projet Justitia 4.0 aura des incidences sur les modalités d'introduction de la demande telles que décrites ci-dessus. En effet, le projet de LF sur les **plateformes de communication électronique dans le domaine judiciaire** (P-LCPJ), qui devrait entrer en vigueur dans le courant de l'année 2025, prévoit la mise en place d'une ou plusieurs plateformes permettant la transmission électronique de documents dans le domaine judiciaire (art. 1 al. 2 let. a P-LCPJ). Le projet apporte quelques modifications aux dispositions du CPC relatives à la forme des actes. L'art. 128*c* al. 1 P-CPC pose notamment le principe d'une utilisation obligatoire d'une plateforme de communication électronique pour les tribunaux et les représentants professionnels des parties au sens de l'art. 68 al. 2 CPC[69]. Le dépôt de la demande sur une plateforme électronique au sens de la LCPJ deviendra alors le mode usuel d'introduction de la demande en procédure ordinaire (art. 130 P-CPC).

4 Les exigences relatives au **contenu de la demande** sont fixées à l'art. 221 CPC pour la procédure ordinaire et aux art. 244 et 252 CPC pour les procédures sommaire et simplifiée. Il est renvoyé aux commentaires de ces dispositions.

5 Dans la majeure partie des cas, une introduction régulière de la demande est subordonnée au respect de **délais**. Il s'agit en général, lorsque la conciliation a été tentée, du délai fixé par l'autorisation de procéder pour le dépôt de la demande (art. 209 al. 3 et 4 CPC). En l'absence d'une procédure de conciliation préalable, d'éventuels délais pour agir peuvent résulter d'une autre loi, à l'image de l'inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (art. 961 al. 3 CC) ou de l'action en libération de dette (art. 83 al. 2 LP), mais aussi du CPC lui-même en cas de validation de mesures provisionnelles (art. 263 CPC).

B. Traitement par le tribunal

6 Plusieurs possibilités s'offrent au tribunal à réception de la demande. Celui-ci dispose d'un large **pouvoir d'appréciation dans la conduite du procès**,

68. RS 943.01.

bien que la loi lui prescrive de garantir une certaine célérité (art. 124 al. 1 CPC)[70].

Si le mémoire de demande présente un **vice de forme** réparable, le tribunal fixe un délai pour sa rectification (art. 132 al. 1 CPC). Il en va notamment ainsi lorsque l'acte n'est pas signé ou qu'il manque une annexe telle que l'autorisation de procéder ou la procuration[71]. Le même sort est réservé aux actes illisibles, inconvenants, incompréhensibles ou prolixes (art. 132 al. 2 CPC). Dans certaines situations, notamment en cas d'exemplaire manquant, le tribunal peut rectifier lui-même le vice aux frais de son auteur (art. 131 CPC). Rappelons finalement qu'une demande introduite dans une forme qui n'est pas prévue par la loi (p.ex. par courriel ou téléfax) est considérée comme non introduite, si bien qu'il n'existe pas de possibilité de rectification de l'acte dans un tel cas (*supra* nº 2). Lorsque la demande reçue par le tribunal lui a été adressée par erreur, l'art. 143 al. 1bis nCPC prévoit, dès son entrée en vigueur le 1er janvier 2025, la transmission d'office de celle-ci au tribunal compétent. Dans ce cas, l'art. 63 al. 1 nCPC prévoit que l'instance est réputée introduite à la date du premier dépôt de l'acte. 7

À réception de la demande, le principe d'économie de procédure impose au tribunal de procéder à un premier examen des **conditions de recevabilité**[72]. En conséquence, le tribunal peut, déjà à ce stade de la procédure, rendre une décision finale d'irrecevabilité (art. 236 al. 1 CPC)[73]. Afin de limiter le risque d'une violation du droit d'être entendu, le tribunal peut aussi ordonner un échange d'écriture limité au respect de la condition de recevabilité litigieuse (art. 125 let. a CPC ; *infra* nº 9). À noter que certaines conditions de recevabilité ne peuvent pas être examinées avant que la partie défenderesse n'ait été entendue. Tel est notamment le cas lorsque la compétence à raison du lieu n'est pas donnée, mais que la partie défenderesse accepte tacitement la compétence du tribunal (art. 18 CPC)[74]. Il en va de même si le litige fait 8

69. Message du 15 février 2023 concernant la loi fédérale sur les plateformes de communication électronique dans le domaine judiciaire, FF 2023 679 p. 49.
70. ATF 140 III 159 consid. 4.2.
71. Bohnet, p. 275; BSK-Willisegger, art. 220 CPC nº 21.
72. Message CPC, p. 6891; Bohnet, p. 245.
73. Bohnet, p. 245; KuKo-Richers/Naegeli, art. 220 CPC nº 10; BSK-Willisegger, art. 220 CPC nº 24. Cf. ég. Dike-Pahud, art. 220 CPC nº 9 pour qui le tribunal ne peut procéder de la sorte sans entendre l'adverse partie uniquement si l'irrecevabilité est manifeste.
74. KuKo-Richers/Naegeli, art. 220 CPC nº 11.

l'objet d'une convention d'arbitrage (art. 61 let. a CPC). Le défendeur peut en outre, de manière expresse ou tacite, renoncer à la procédure de conciliation dans la réponse lorsque la valeur litigieuse dépasse CHF 100'000.- (art. 199 al. 1 CPC)[75]. Dans tous les cas, le tribunal peut choisir de limiter la procédure et la réponse à la question de la recevabilité (art. 222 al. 3 *cum* 125 let. a CPC).

9 Lorsque la demande n'apparaît pas d'emblée irrecevable et qu'elle n'est entachée d'aucun vice de forme, le tribunal rend les **ordonnances d'instruction** nécessaires à l'avancement de la procédure[76]. Une fois la demande introduite, le tribunal peut exiger la fourniture d'une avance de frais de la part de la partie demanderesse (art. 98 CPC). Le versement doit intervenir dans le délai fixé et, cas échéant, prolongé (art. 144 al. 2 CPC), par le tribunal (art. 101 al. 1 CPC) ; ce dernier n'entre pas en matière si la partie demanderesse ne s'est pas exécutée à l'issue d'un délai supplémentaire (art. 101 al. 3 CPC). L'art. 222 al. 1 CPC impose en outre au tribunal de notifier la demande à la partie défenderesse et de lui impartir un délai pour le dépôt d'une réponse. La question de savoir dans quel ordre le tribunal doit procéder relève de son pouvoir d'appréciation[77]. Sauf circonstances particulières, l'économie de procédure commande en général d'attendre le paiement de l'avance de frais avant de notifier la demande à l'adverse partie[78].

10 Pour le surplus, dès l'introduction de la demande, le tribunal est chargé de la **conduite du procès** (art. 124 al. 1 CPC)[79]. Il peut alors rendre des ordonnances d'instruction en vue d'une simplification de la procédure (art. 125 CPC). Ainsi, le tribunal peut procéder à une division de causes (art. 125 let. b CPC) ou joindre la demande à un autre procès déjà pendant (art. 125 let. c CPC). Il lui est également loisible de limiter la procédure à certaines questions ou conclusions (art. 125 let. a CPC). À ce stade de la procédure, il peut s'avérer judicieux de procéder de la sorte lorsqu'il ressort de la demande qu'un problème de recevabilité se pose ou lorsque celle-ci présente des conclusions subsidiaires dont le traitement peut s'avérer fastidieux. Rien ne s'oppose selon nous à ce que le tribunal rende de telles ordonnances avant d'entendre l'adverse partie. Au contraire, c'est l'économie de procédure qui guide le

75. Message CPC, p. 6937; KuKo-Richers/Naegeli, art. 220 CPC nº 12.
76. Arrêt 5A_856/2017 du 9 mars 2018 consid. 4.3; PC-Heinzmann, art. 222 CPC nº 5.
77. ATF 140 III 159 consid. 4.4.
78. ATF 140 III 159 consid. 4.4; PC-Heinzmann, art. 222 CPC nº 5.
79. BSK-Willisegger, art. 220 CPC nº 13.

tribunal dans son appréciation (art. 124 al. 1 CPC)[80]. À cet égard, il est opportun de procéder de la sorte lorsque des étapes procédurales conséquentes peuvent être évitées[81], ce qui est le cas du dépôt d'une réponse (cf. art. 222 al. 3 CPC).

II. EFFETS

A. Détermination de la valeur litigieuse et de la procédure applicable

L'introduction de la demande revêt plusieurs conséquences procédurales. Le Tribunal fédéral a tout d'abord précisé que le dépôt de la demande est le moment déterminant pour le calcul de la **valeur litigieuse**[82]. Il s'agit ici du corollaire de l'obligation pour le demandeur d'indiquer la valeur litigieuse dans sa demande (art. 221 al. s1 let. c CPC)[83]. Le calcul de la valeur litigieuse intervient selon les principes fixés aux art. 91 ss CPC. Sous réserve d'une exagération manifeste ou d'une mésentente entre les parties sur ce point (art. 91 al. 2 CPC), la valeur litigieuse correspond au montant indiqué par la partie demanderesse. C'est sur la base de ce montant que la procédure applicable est déterminée[84]. 11

Il découle de ce qui précède que la **procédure applicable** est déterminée au moment de l'introduction de la demande ; c'est donc à compter de ce moment que les règles relatives à la procédure ordinaire trouvent application[85]. En conséquence, il est loisible à la partie demanderesse de réduire ses conclusions une fois l'autorisation de procéder délivrée ; la procédure applicable se détermine alors sur la base des conclusions réduites[86]. De même, il est possible, dans la demande, de modifier les conclusions qui ont fait l'objet de l'autorisation de procéder en application de l'art. 227 CPC par analogie, sans tenir compte de l'exigence de l'identité des procédures[87]. La 12

80. ATF 140 III 159 consid. 4.2.
81. BK-Frei, art. 124 CPC nº 30; KuKo-Weber, art 124 CPC nº 16.
82. ATF 141 III 137 consid, 2.2.
83. Heinzmann, nº 183; Grobéty, nº 230.
84. BSK-Wilisegger, art. 221 CPC nº 23; CR-Tappy, art. 221 CPC nº 15.
85. Arrêt 4A_222/2017 du 8 mai 2018 consid 4.1.2; Heinzmann, nº 183; Hohl/Bovey, p. 524.
86. Arrêt 4A_222/2017 du 8 mai 2018 consid. 4.2; PC-Heinzmann, art. 220 CPC nº 5; Hohl/Bovey, p. 524.
87. Arrêt 4A_222/2017 du 8 mai 2018 consid 4.1.2; Hohl/Bovey, p. 524; Grobéty, nº 216 s.

détermination de la procédure applicable incombe au tribunal, dès lors qu'il s'agit d'une condition de recevabilité dont l'examen intervient d'office (art. 60 CPC). La partie demanderesse n'est pas tenue d'indiquer la procédure applicable dans sa demande. Tout au plus doit-elle respecter les formes propres à la rédaction des actes dans la procédure concernée. En cas de doute sur la procédure applicable, ou sur requête d'une partie, le tribunal peut fixer celle-ci, en fonction des circonstances, au moyen d'une ordonnance d'instruction, d'une décision incidente ou d'une décision finale (art. 219 CPC nº 10).

B. Litispendance

13 L'art. 62 al. 1 CPC prévoit que **l'instance est introduite** par le dépôt de la requête de conciliation, de la demande, de la requête, ou de la requête commune en divorce. Il en découle que dans la majeure partie des cas, le dépôt de la demande n'a pas pour effet de créer la litispendance, dès lors qu'une procédure de conciliation préalable a eu lieu[88]. Ce n'est que dans l'éventualité où la procédure de conciliation est exclue (art. 198 CPC), facultative (art. 199 al. 3 nCPC) ou lorsque les parties y ont renoncé (art. 199 CPC) que l'introduction de la demande coïncide avec le moment de la litispendance[89]. Dans ce cas, il revient en outre au tribunal de délivrer aux parties une attestation de dépôt de l'acte introductif d'instance (art. 62 al. 2 CPC).

14 À noter qu'en vertu de l'art. 65 CPC, c'est à partir de la transmission de la demande à la partie défenderesse et non de l'introduction de la demande, qu'il incombe à la partie demanderesse de poursuivre le procès (*Fortführungslast*). Un **retrait** de l'acte à compter de ce moment conduit en principe à l'autorité de la chose jugée[90].

BIBLIOGRAPHIE

Bohnet François, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 II 185 ss.

88. Arrêt 5A_788/2020 du 17 mai 2021 consid. 3.1.2.1.
89. CR-Tappy, art. 220 CPC nº 5 s.
90. PC-Heinzmann, art. 220 CPC nº 6.

Frei Nina j., in: Hausherr Heinz/Walter Hans Peter (édit.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1-352 und Art. 400-406 ZPO, Berne 2012.

Grobéty Laurent, Le cumul objectif d'actions en procédure civile suisse, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2018.

Heinzmann Michel, in : Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (édit.), Petit commentaire CPC, Code de procédure civile, Bâle 2020.

Heinzmann Michel, La procédure simplifiée – Une émanation du procès civil social, thèse d'habilitation Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2018.

Hohl FabienneBovey Grégory, Dix ans de Code de procédure civile : bilan et perspectives, RDS 2021 I 509 ss.

Killias Laurent, in: Hausherr Heinz/Walter Hans Peter (édit.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1-352 und Art. 400-406 ZPO, Berne 2012.

Leuenberger Christoph, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (édit.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3e éd., Zurich 2016.

Pahud Eric, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, 2e éd., Zurich/St.-Gall 2016.

Richers Roman/Naegeli Georg, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja (édit.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3e éd., Bâle 2021.

Tappy Denis, in: Bohnet François et al. (édit.), Commentaire romand, Code de procédure civile, 2e éd., Bâle 2019.

Weber Roger, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja (édit.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3e éd., Bâle 2021.

Willisegger Daniel, in: Infanger Dominik/Spühler Karl/Tenchio Luca (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3e éd., Bâle 2017.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 239 CPC

Un commentaire de Philip Carr / Tobias Aggteleky

PROPOSITION DE CITATION

Philip Carr / Tobias Aggteleky, Kommentierung zu Art. 239 ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Citation abrégée: OK-Carr / Aggteleky, N XXX zu Art. 239 ZPO.

Art. 239 Communication aux parties et motivation

[1] Le tribunal peut communiquer la décision aux parties sans motivation écrite:

a. à l'audience, par la remise du dispositif écrit accompagné d'une motivation orale sommaire;

b. en notifiant le dispositif écrit.

[2] Une motivation écrite est remise aux parties, si l'une d'elles le demande dans un délai de dix jours à compter de la communication de la décision. Si la motivation n'est pas demandée, les parties sont considérées avoir renoncé à l'appel ou au recours.

[3] Les dispositions de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral concernant la notification des décisions pouvant faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral sont réservées.

TABLE DES MATIÈRES

I. Objet de la réglementation et champ d'application 248
II. Notification et motivation de la décision 251
A. Notification 251
B. Motivation 251
1. Obligation et exigences en matière de motivation 251
2. Délimitation par rapport au dispositif 253
III. Variantes de la notification de la décision (al. 1) 253
A. Notification avec motivation 254
B. Notification sans motivation 254
1. Remise du dispositif avec une brève motivation orale (let. a) 255
2. Notification du dispositif aux parties (let. b) 255
3. Notification du dispositif avec une brève motivation écrite (remarques) 255
4. Notification du dispositif après communication orale de la décision 257
IV. Motivation écrite ultérieure ou renonciation à contester (al. 2) 257
V. Réserve de la loi sur le Tribunal fédéral (al. 3) 258
VI. Exécutabilité des décisions notifiées par voie de dispositif 259
VII. Effet de l'autorité de la chose jugée dans le dispositif des décisions notifiées 262
VIII. Révision du CPC 264
A. Obligation de motiver les décisions des instances cantonales supérieures et uniques 264
B. Exécution des décisions notifiées par voie de dispositif 265
Matériaux 266
Bibliographie 266

I. OBJET DE LA RÉGLEMENTATION ET CHAMP D'APPLICATION

1 L'art. 239 CPC règle les modalités de notification des décisions. En font notamment partie la forme de la notification ainsi que la question de savoir si, quand et comment les décisions doivent être motivées.

2 L'art. 239 CPC s'applique aux décisions de première instance rendues en procédure ordinaire, simplifiée ou sommaire. Les décisions rendues dans le cadre de procédures de droit de la famille (notamment la procédure de divorce) sont également concernées par cette norme. Elle ne s'applique en principe pas aux décisions sur recours, d'autant plus que le CPC prescrit que les décisions des instances d'appel et de recours doivent toujours être notifiées avec une motivation écrite (art. 318, al. 2, CPC et art. 327, al. 5, CPC). Les décisions qui sont rendues après l'admission d'une demande de révision doivent également être motivées par écrit (art. 333 al. 3 CPC). Il en va de même pour les décisions des instances cantonales uniques selon les art. 5 à 8 CPC. La notification des décisions du Tribunal fédéral est régie par l'art. 60 LTF.

3 En ce qui concerne la nature des décisions, l'art. 239 CPC s'applique uniquement aux décisions régies par le chapitre 5 du CPC, c'est-à-dire aux décisions finales, aux décisions partielles, aux décisions incidentes et aux décisions sur les mesures provisoires.

4 La décision finale met fin au procès devant l'instance concernée par une décision sur le fond ou une décision de non-entrée en matière (art. 236 CPC). Est donc également considérée comme décision finale la décision partielle qui n'est pas expressément réglée dans le CPC et par laquelle le tribunal statue sur une partie des conclusions en cas de cumul objectif ou subjectif d'actions. Le tribunal peut rendre une décision incidente lorsqu'une décision finale peut être rendue immédiatement grâce à un jugement divergent de l'instance supérieure et qu'il est ainsi possible d'économiser un temps ou des frais importants (art. 237 CPC).

5 En revanche, l'art. 239 CPC n'est pas applicable aux décisions d'organisation de la procédure et aux "autres décisions de première instance" (cf. art. 319, let. b, CPC). Il n'en résulte toutefois pas que de telles ordonnances judiciaires ne

doivent jamais être motivées ; au contraire, une obligation de motiver peut, dans certains cas, découler directement du droit d'être entendu.

L'ordonnance de radiation suite à une transaction, une admission de la demande ou un retrait de la demande selon l'art. 241, al. 3, CPC est un acte purement déclaratoire, car ces substituts de décision mettent immédiatement fin au procès. La décision de classement devrait néanmoins mentionner le motif du classement (transaction, admission de la demande ou retrait de la demande), mais ne doit pas être motivée. Il en va autrement de la radiation de la procédure pour cause de non-objet pour d'autres motifs selon l'art. 242 CPC. Alors que la procédure prend fin de plein droit dans les cas visés à l'art. 241 CPC, le classement de la procédure pour cause de défaut d'objet pour d'autres motifs présuppose une constatation judiciaire à ce sujet. Cette constatation doit être motivée au moins sommairement, la motivation pouvant être fournie à la demande d'une partie conformément à l'art. 239 CPC. 6

En principe, la décision relative aux frais de justice (art. 104 s. CPC) doit également être motivée. Ici aussi, les modalités sont régies par l'art. 239 CPC. La motivation doit faire apparaître les principes de répartition sur lesquels le tribunal s'est basé. La motivation peut être succincte si la répartition se fait selon le principe de la partie perdante (cf. art. 106 CPC). 7

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la décision relative au montant des frais de justice n'a pas besoin d'être motivée tant que le tribunal respecte le cadre tarifaire et que les parties ne font pas valoir de circonstances exceptionnelles. Une exception à cette règle est le cas où le tribunal fixe l'indemnité de la partie, en dérogation à une note de frais déposée, à un montant déterminé ne correspondant pas à l'indemnité usuelle accordée dans la pratique ; une telle décision doit être motivée. Le dépôt d'une note de frais peut donc augmenter les exigences quant à l'obligation de motiver la décision sur les frais. Cette jurisprudence ne s'applique toutefois que lorsque le tribunal statue sur les frais à la fin de la procédure au fond. En revanche, l'obligation de motiver existe lorsque les conséquences en matière de frais et d'indemnisation constituent l'objet même de la procédure. 8

Selon le point de vue défendu ici, le calcul des frais de justice doit être motivé même si le cadre tarifaire est respecté, lorsque le tarif pertinent confère au tribunal une marge d'appréciation d'une certaine portée. Alors que les limites 9

tarifaires sont relativement étroites, par exemple pour les décisions rendues dans les affaires sommaires relevant du droit des poursuites, les tarifs cantonaux accordent régulièrement aux tribunaux un pouvoir d'appréciation considérable, notamment dans les litiges patrimoniaux dont la valeur litigieuse est élevée. Il est difficile de décrire de manière générale les cas dans lesquels une motivation est indiquée. Une brève motivation de la décision sur les frais est recommandée, quel que soit le montant des frais de justice. Si une décision est motivée par écrit, directement ou à la demande d'une partie (art. 239, al. 2, CPC), nous estimons qu'il faudrait en tout cas motiver la fixation des frais de justice à partir d'un montant moyen à quatre chiffres, en indiquant les bases tarifaires, y compris les suppléments et les réductions appliqués. Dans le cas contraire, les parties ne pourront guère contester correctement la décision sur les frais.

10 Dans ce contexte, il convient également de noter que l'art. 110 CPC prévoit expressément la contestation indépendante de la décision sur les frais par voie de recours. Pour cette raison, la décision sur les frais doit être motivée conformément aux principes susmentionnés, même si le reste de la décision n'est pas soumis à l'obligation de motivation, ce qui est notamment le cas pour la décision de radiation du rôle selon l'art. 241 al. 3 CPC. La décision sur les frais contenue dans la décision de radiation peut d'abord être notifiée dans le dispositif, mais elle doit être motivée par écrit à la demande d'une partie dans le délai de dix jours prévu à l'art. 239 al. 2 CPC.

11 L'art. 239 CPC s'applique également aux décisions que l'autorité de conciliation peut rendre à la demande de la partie demanderesse dans les litiges patrimoniaux dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 2 000 CHF (art. 212 CPC). La motivation des propositions de jugement soumises par l'autorité de conciliation est facultative (art. 210 al. 2 CPC). Les autorisations d'agir ne constituent pas des décisions et n'ont pas besoin d'être motivées. La décision relative aux frais de la procédure de conciliation contenue dans l'autorisation de procéder (cf. art. 209 al. 2 let. d CPC) a toutefois valeur de décision et peut être contestée par le biais d'un recours en matière de frais. Les décisions des autorités de conciliation en matière de frais sont généralement soumises à des limites tarifaires étroites, raison pour laquelle une motivation de la décision en matière de frais ne semble généralement pas obligatoire. Rien ne s'oppose toutefois à ce que l'on fixe aux parties, dans ces cas, un délai pour demander

une motivation écrite de la décision sur les frais, en application de l'art. 239 CPC.

II. NOTIFICATION ET MOTIVATION DE LA DÉCISION

A. Notification

Par "notification" de la décision, on entend sa communication aux parties, ce qui ressort notamment des textes français et italien ("communication" ou "notificazione"). La décision devient juridiquement existante dès sa communication aux parties et ne déploie d'effet contraignant qu'à partir de ce moment. Une modification ultérieure de la décision par le tribunal est exclue (sous réserve d'une restitution, d'une explication ou d'une rectification). La notification de la décision fait également courir les délais qu'elle déclenche. 12

Seule une décision contenant tous les éléments mentionnés à l'art. 238 CPC est considérée comme dûment notifiée. La communication de la décision doit se faire sous une forme conforme à l'art. 138 CPC (notification physique), à l'art. 139 CPC (notification électronique) ou à l'art. 141 CPC (publication). La remise de la décision lors des débats principaux conformément à l'art. 239 al. 1 let. a CPC constitue une forme de notification indépendante. 13

Une partie ne doit pas subir de préjudice du fait d'une notification défectueuse. En principe, la notification défectueuse entraîne l'annulabilité de la décision et seulement exceptionnellement sa nullité. Il convient d'examiner dans chaque cas concret si la partie concernée a effectivement été induite en erreur par le défaut de notification reproché et si elle a ainsi été désavantagée. Si tel n'est pas le cas, le défaut de notification reste sans conséquence. 14

B. Motivation

1. Obligation et exigences en matière de motivation

Conformément à l'art. 239 CPC, une décision doit être motivée par écrit si le tribunal le décide ou si une partie le demande dans les dix jours suivant la notification. La motivation écrite mentionnée à l'art. 239 CPC se réfère ici aux motifs de la décision selon l'art. 238, let. g, CPC. La brève motivation orale éventuellement communiquée aux parties lors des débats principaux (art. 239 15

al. 1 let. a CPC) sert essentiellement à expliquer la décision. Elle ne remplace pas la motivation écrite et ne doit donc pas répondre à des exigences élevées.

16 En dehors de l'art. 239 CPC, une obligation de motivation peut résulter directement du droit des parties d'être entendues (art. 29, al. 2, Cst. et art. 53 CPC). Une telle obligation de motivation découlant directement du droit d'être entendu est surtout pertinente pour les décisions d'organisation de la procédure et les "autres décisions de première instance", car l'art. 239 CPC ne s'applique pas à ces types de décisions. Les décisions d'organisation de la procédure et les "autres décisions de première instance" peuvent faire l'objet d'un recours si la loi le prévoit ou si elles risquent de causer un préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b CPC). Si, dans de tels cas, l'instance de première instance qui a rendu la décision ne fournissait pas de motivation, les parties ne pourraient guère contester de manière motivée et leur droit d'être entendues serait violé. C'est pourquoi les décisions d'organisation de la procédure et les "autres décisions de première instance" doivent être motivées au moins lorsqu'elles sont (vraisemblablement) susceptibles de recours.

17 Le droit d'être entendu impose également certaines exigences quant à l'étendue de la motivation : La motivation doit en principe renseigner sur l'historique de la procédure, mentionner les faits déterminants (y compris l'éventuel résultat de la preuve) et indiquer les bases juridiques sur lesquelles le tribunal s'est fondé pour apprécier les prétentions litigieuses. Un résumé des points de vue des parties doit également figurer dans la motivation. Il n'est toutefois pas nécessaire que le tribunal examine en détail tous les points de vue des parties et réfute expressément chacun d'entre eux. La motivation doit mentionner brièvement les considérations qui ont guidé le tribunal et sur lesquelles il a fondé sa décision. Elle doit permettre aux parties de se rendre compte de la portée de la décision et de pouvoir la contester de manière appropriée.

18 Dans la pratique, il n'est pas rare de rencontrer des décisions dites "en l'état", dont la motivation se compose d'une seule phrase ou d'un enchaînement de diverses propositions subordonnées introduites par la conjonction "que" ("considérant que [...]"). Il convient d'éviter de telles justifications, car elles peuvent rendre la lecture et la compréhension difficiles. Le Tribunal fédéral considère que les "décisions en ce sens" ne sont généralement admissibles que pour les jugements courts. L'élément déterminant reste toutefois de savoir si la décision est bien compréhensible dans le cas concret.

2. Délimitation par rapport au dispositif

La motivation doit être distinguée en particulier du dispositif, en distinguant le dispositif (écrit) au sens de l'art. 239 CPC et le dispositif au sens de l'art. 238, let. d, CPC: 19

Le dispositif au sens de l'art. 238 let. d CPC désigne la formule du jugement en tant qu'élément nécessaire et véritable pièce maîtresse de la décision. La formule de jugement exprime de manière concise le résultat de la décision. Elle ne doit pas contenir de motivation, mais peut exceptionnellement renvoyer à la motivation "dans le sens des considérants", lorsqu'une formulation complète et sans équivoque de la formule de jugement n'est pas possible. En principe, le dispositif doit refléter les demandes formulées et donner une réponse à toutes les demandes. La formule de jugement doit préciser ce qui est accordé à la partie requérante et ce qui fait l'objet d'une éventuelle exécution. La décision sur les frais au sens de l'art. 104 CPC fait également partie de la formule de jugement. 20

En revanche, le dispositif (écrit) selon l'art. 239 CPC ne comprend pas seulement la formule de jugement au sens de l'art. 238 let. d CPC, mais tous les éléments mentionnés à l'art. 238 CPC, à l'exception des motifs de la décision (c'est-à-dire la motivation du jugement) selon l'art. 238 let. g CPC. Si la décision est notifiée de manière motivée, le moyen de droit principal pertinent de l'appel ou du recours doit être mentionné. En cas de décision de la dernière ou unique instance cantonale, il convient de mentionner la possibilité de recours en matière civile et de recours constitutionnel subsidiaire au Tribunal fédéral conformément à la LTF. En revanche, si la décision est notifiée sans motivation dans le dispositif, il convient d'indiquer qu'une motivation écrite peut être demandée dans un délai de dix jours, faute de quoi il y a lieu de considérer que la décision n'est pas attaquée par voie d'appel ou de recours (cf. art. 239, al. 2, CPC). 21

III. VARIANTES DE LA NOTIFICATION DE LA DÉCISION (AL. 1)

Le premier alinéa de l'art. 239 CPC règle les variantes de la notification de la décision, qui sont présentées ci-après. Trois variantes de notification découlent du texte et de la systématique de l'art. 239 al. 1 CPC: la notification d'une décision motivée, la notification d'une décision non motivée lors des 22

débats principaux et la notification d'une décision non motivée par voie de signification aux parties. En outre, d'autres variantes de communication de la décision se sont développées dans la pratique et seront également discutées ci-après.

23 Lorsqu'il décide du mode de notification, le tribunal se laisse guider par différentes considérations. Ainsi, dans les cas simples, les parties seront souvent mieux servies par une notification rapide sans motivation écrite. Si la motivation écrite s'avère complexe, le tribunal peut être amené à y renoncer dans un premier temps pour se décharger lui-même. A l'inverse, le tribunal aura tendance à notifier sa décision directement motivée par écrit s'il existe déjà un projet de jugement détaillé ou si le tribunal a procédé à de nombreuses clarifications. Une motivation écrite directe de la décision entre également en ligne de compte lorsqu'il apparaît déjà au cours de la procédure qu'une partie va contester la décision. Le tribunal devrait en outre se demander si la portée de la force de chose jugée de son jugement est claire lorsque celui-ci est notifié (uniquement) dans le dispositif.

24 Le choix du mode de notification relève de la seule compétence du tribunal. Les parties n'ont donc aucun droit à ce que le tribunal choisisse un mode de notification particulier (par exemple la notification dans le dispositif pour économiser des frais). Si une décision est notifiée par voie de dispositif, une partie peut toutefois demander une motivation écrite.

A. Notification avec motivation

25 L'art. 239, al. 1, CPC est une disposition potestative. Le tribunal est donc libre de notifier directement la décision avec une motivation écrite. Dans ce cas, la notification et la motivation de la décision ont lieu simultanément.

B. Notification sans motivation

26 L'art. 239 al. 1 CPC permet également au tribunal de première instance de notifier la décision aux parties sans motivation écrite, la loi prévoyant soit la remise du dispositif lors des débats principaux avec une brève motivation orale, soit la notification du dispositif.

1. Remise du dispositif avec une brève motivation orale (let. a)

Le tribunal peut remettre le dispositif aux parties lors des débats principaux et le motiver brièvement oralement (art. 239 al. 1 let. a CPC). Il s'agit là d'une forme de notification autonome qui s'ajoute aux formes de notification prévues aux art. 138 ss. CPC, qui s'ajoute aux formes de notification prévues par la loi. La notification de la décision à l'audience suppose que les parties soient effectivement présentes. Une partie défaillante à l'audience principale peut donc s'attendre à ce que la décision lui soit notifiée conformément aux articles 138 et suivants du CPC. CPC soit notifiée. 27

La brève motivation orale prévue par la loi est une disposition d'ordre. Un dispositif remis lors des débats principaux est donc considéré comme notifié même si le tribunal ne fournit pas de motivation orale succincte. Le tribunal devrait cependant absolument saisir la possibilité d'expliquer sa décision. La motivation orale succincte lors de l'audience principale offre une excellente occasion de communiquer aux parties les motifs de la décision sous une forme compréhensible. S'il y a une contradiction entre la motivation orale succincte et une motivation écrite ultérieure, seule la motivation écrite est déterminante. 28

2. Notification du dispositif aux parties (let. b)

Au lieu de remettre le dispositif lors des débats principaux, le tribunal peut également notifier la décision non motivée aux parties (art. 239 al. 1 let. b CPC). Il doit alors respecter les formes prévues aux art. 138 ss. CPC. Dans la littérature, il est parfois indiqué que le tribunal devrait si possible renoncer à ce type de notification de la décision, car chaque partie a le droit de savoir pourquoi elle a perdu ou gagné. Néanmoins, la notification du dispositif sans motivation devrait être la forme de notification la plus fréquente dans la pratique. 29

3. Notification du dispositif avec une brève motivation écrite (remarques)

Dans la pratique judiciaire, une autre forme de notification de la décision s'est développée, qui n'est pas expressément réglée dans la loi. Ainsi, la décision notifiée aux parties dans le dispositif conformément à l'art. 239 al. 1 let. b CPC est parfois accompagnée d'une brève motivation écrite ou d'une annotation. 30

La doctrine est presque unanimement d'avis que de telles annotations écrites sont en principe admissibles. Selon l'opinion défendue ici, de telles annotations sont dans tous les cas utiles (et parfois même nécessaires). L'apport d'une motivation sommaire aura tendance à dissuader une partie de demander une motivation complète. Il est manifestement dans l'intérêt des parties d'obtenir des éclaircissements, au moins sous forme sommaire, sur les motifs déterminants de la décision. Les notes écrites remplacent en quelque sorte la motivation orale succincte et ont fait leurs preuves dans la pratique.

31 Néanmoins, certains principes doivent être respectés lors de la rédaction d'annotations. Ainsi, pour des raisons de clarté, il convient d'attirer l'attention des parties sur le fait que l'annotation du dispositif ne constitue pas une motivation écrite (complète) de la décision et qu'une telle motivation peut être demandée dans les dix jours (art. 239, al. 2, CPC). L'annotation doit alors être sommaire et résumer sous forme condensée la ligne d'argumentation essentielle du tribunal. En revanche, les annotations dont le volume et le contenu correspondent pour l'essentiel à une motivation écrite complète ne sont pas admises. D'une part, des annotations aussi volumineuses ne déchargent pas le tribunal de manière significative, de sorte qu'une renonciation à la notification de la décision motivée ne semble guère justifiée. D'autre part, une annotation trop détaillée procure un avantage à la partie perdante dans la perspective d'un recours contre la décision, car elle peut ainsi déjà rédiger son mémoire de recours pendant le délai de la demande d'une motivation écrite complémentaire et le temps jusqu'à sa notification. Cette inégalité de traitement peut constituer une violation du droit à l'égalité des armes prévu par la Convention et la Constitution. La limite entre une note admissible et une motivation factuelle inadmissible de la décision ne peut être évaluée que dans un cas concret. Le tribunal doit faire preuve de discernement. D'une manière générale, il est recommandé de mettre l'accent sur les conclusions dans l'annotation et d'être aussi concis que possible dans la présentation de celles-ci. Néanmoins, les réflexions les plus importantes doivent trouver leur place dans la brièveté requise. Une partie qui ne reconnaît pas ses principaux arguments dans la note ne renoncera guère à une motivation écrite de la décision.

4. Notification du dispositif après communication orale de la décision

Il n'est pas non plus expressément prévu par la loi de communiquer oralement la décision lors des débats principaux (éventuellement avec une brève motivation), mais de renoncer à la remise du dispositif écrit et de le notifier à la place conformément à l'art. 239 al. 1 let. b CPC. Une telle procédure ne semble en principe pas poser de problème, la simple communication orale de la décision sans remise du dispositif ne constituant pas une notification formelle de la décision. Dans ce cas, seule la notification ultérieure du dispositif est considérée comme une notification formelle. Bien entendu, le tribunal est libre de notifier directement aux parties une décision écrite et motivée après la communication orale de la décision lors de l'audience principale. 32

IV. MOTIVATION ÉCRITE ULTÉRIEURE OU RENONCIATION À CONTESTER (AL. 2)

Si le tribunal a notifié sa décision sans motivation écrite, l'art. 239 al. 2 (première phrase) CPC prévoit qu'une motivation écrite doit être fournie ultérieurement si une partie le demande dans les dix jours suivant la notification de la décision. Le délai de dix jours est de nature légale et n'est pas extensible. Le droit de demander une motivation écrite est une conséquence du droit d'être entendu et revient donc aux deux parties - même si l'une d'entre elles a entièrement obtenu gain de cause. La demande d'un émolument judiciaire plus élevé pour la motivation écrite ultérieure est autorisée, ce dont de nombreux cantons ont fait usage. En revanche, il n'est pas admissible d'imposer unilatéralement des frais plus élevés à une partie lorsqu'elle demande une motivation de la décision, car les deux parties ont le bon droit de savoir pourquoi elles ont perdu ou gagné. La répartition des frais de justice générés par la motivation de la décision suit donc les principes généraux de répartition (et non le principe du pollueur-payeur). 33

Le délai de recours pour déposer un appel ou un recours ne commence à courir qu'à partir de la notification de la motivation écrite de la décision (art. 311, al. 1, CPC et art. 321, al. 1, CPC). 34

Si, dans le délai de dix jours, une partie forme par erreur un recours auprès de l'instance d'appel contre une décision non motivée par écrit au lieu de demander une motivation écrite, le recours doit en principe être transmis à 35

l'instance de première instance en tant que demande de motivation écrite. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'est toutefois pas contraire au droit fédéral que l'instance de recours n'entre pas en matière sur le recours dirigé contre la décision non motivée, dans la mesure où la décision notifiée de manière non motivée indiquait sans équivoque qu'une renonciation à l'appel serait acceptée si une motivation n'était pas demandée dans le délai imparti. Une interprétation aussi formaliste de l'art. 239 al. 2 CPC est difficilement conciliable avec le droit d'être entendu, en tout cas pour les parties qui ne connaissent pas le droit.

36 Le rejet d'une demande de motivation écrite d'un jugement constitue une décision finale qui nécessite à son tour l'indication des voies de recours.

37 Si aucune motivation écrite n'est demandée dans le délai imparti, cela vaut, conformément à l'art. 239, al. 2 (deuxième phrase) CPC, renonciation à contester la décision par voie d'appel ou de recours. Toutefois, la partie qui n'a pas demandé de motivation écrite peut également contester la décision par un appel ou un recours si l'autre partie a demandé une motivation écrite. Une demande de révision reste possible même après une renonciation à l'appel selon l'art. 239 al. 2 CPC, d'autant plus que la révision est possible selon les art. 328 et suivants CPC. ZPO permet, lorsque les conditions pertinentes sont remplies, de corriger des décisions entrées en force.

V. RÉSERVE DE LA LOI SUR LE TRIBUNAL FÉDÉRAL (AL. 3)

38 Conformément à l'art. 239, al. 3, CPC, les dispositions de la LTF relatives à la notification des décisions susceptibles de recours devant le Tribunal fédéral sont réservées. Cette réserve se réfère notamment à l'art. 112 LTF. Cette disposition prévoit que les décisions susceptibles de recours devant le Tribunal fédéral doivent toujours être notifiées aux parties par écrit et motivées (al. 1). Une notification orale lors de l'audience n'est pas exclue, mais elle n'est pas suffisante en soi. Une notification préalable de la décision dans le dispositif avec livraison ultérieure de la motivation écrite est également admissible.

39 Dans le domaine du droit civil, l'art. 112 LTF couvre les décisions des instances cantonales d'appel et de recours ainsi que les décisions des instances cantonales uniques selon les art. 5 à 8 CPC. Le CPC tient déjà compte de la réserve de la LTF concernant les décisions des instances de

recours cantonales dans la mesure où les décisions d'appel et de recours doivent être notifiées avec une motivation écrite (art. 318, al. 2, CPC et art. 327, al. 5, CPC).

En ce qui concerne les décisions rendues par des instances cantonales uniques, il manque en revanche dans le CPC une disposition qui prévoirait obligatoirement une motivation écrite de telles décisions. La question se pose donc de savoir si l'art. 239 al. 1 CPC ne s'applique pas aux décisions des instances cantonales uniques, malgré la réserve de l'art. 112 LTF, de sorte que de telles décisions ne devraient pas être motivées par écrit dans tous les cas. L'art. 112 al. 2 LTF constitue la toile de fond de cette question. Cette disposition prévoit que les tribunaux peuvent, conformément au droit cantonal, notifier leur décision sans motivation écrite et que les parties peuvent en demander une copie intégrale dans les 30 jours. 40

Selon l'opinion majoritaire, l'art. 112, al. 2, LTF n'a plus sa place dans le domaine de la procédure civile depuis l'entrée en vigueur du CPC fédéral, car le droit de procédure civile est désormais réglé de manière exhaustive au niveau fédéral. Selon l'opinion minoritaire, l'absence d'adaptation de l'art. 112 al. 2 LTF à l'art. 239 al. 1 CPC pourrait toutefois être une erreur du législateur. Si l'on suit ce point de vue, il serait admissible que les seules instances cantonales notifient des décisions non motivées et que les parties aient la possibilité de demander une motivation dans un délai de 30 jours. Une clarification législative serait en tout cas la bienvenue. 41

VI. EXÉCUTABILITÉ DES DÉCISIONS NOTIFIÉES PAR VOIE DE DISPOSITIF

Le thème de la force exécutoire dans le dispositif des décisions notifiées mérite une attention particulière dans le contexte de l'art. 239 CPC. La problématique de la force exécutoire des décisions notifiées sans motivation provient du fait que le délai de recours contre une décision de première instance ne commence à courir qu'à partir de la notification de la motivation écrite (art. 311, al. 1, CPC et art. 321, al. 1, CPC), mais que la remise ou la notification du dispositif (non motivé) constitue néanmoins une notification de la décision. La partie qui succombe doit-elle accepter l'exécution (cf. art. 336, al. 1, CPC) alors qu'elle n'a pas encore de recours contre la décision qui lui est défavorable ? 42

43 La question de savoir si une décision notifiée dans le dispositif est exécutoire ne se pose que si le recours ouvert contre elle n'a pas d'effet suspensif de par la loi. Cela vaut pour les décisions susceptibles de recours (art. 325 al. 1 CPC) ainsi que pour les décisions susceptibles d'appel concernant les mesures provisionnelles et les demandes de droit de réponse (art. 315 al. 4 CPC).

44 Dans la littérature et la pratique cantonale, la question de la force exécutoire des décisions notifiées dans le dispositif reçoit des réponses différentes. Une majorité des instances cantonales supérieures et une partie de la doctrine partent du principe que les décisions notifiées uniquement dans le dispositif sont exécutoires dès leur notification, pour autant qu'il n'existe pas de moyen de recours empêchant l'exécution de la décision. Afin de se défendre contre une menace d'exécution jusqu'à ce que les motifs écrits soient disponibles, la partie perdante peut, en application par analogie des art. 261 ss. CPC, de demander à l'instance de recours de suspendre l'exécution à titre provisionnel.

45 Une autre partie de la doctrine défend en revanche le point de vue selon lequel les décisions notifiées par voie de dispositif ne sont pas exécutoires jusqu'à ce que les motifs écrits soient disponibles ou jusqu'à ce que le délai pour demander une telle motivation ait expiré sans avoir été utilisé. C'est également l'avis de la Cour suprême de Zurich, qui part du principe qu'il existe une lacune dans le CPC et applique par analogie l'art. 112 al. 2 (3e phrase) LTF. Selon cette disposition, la décision n'est pas exécutoire tant que le délai pour demander une motivation écrite n'a pas expiré sans avoir été utilisé ou tant que l'expédition complète n'a pas été notifiée. Un arrêt du Tribunal fédéral va également dans ce sens, mais il s'agissait d'une décision sur recours à laquelle l'art. 112, al. 2, LTF est directement applicable.

46 A notre avis, la première solution est plus convaincante. La Cour suprême zurichoise justifie sa position négative en premier lieu par le fait qu'en cas de force exécutoire immédiate dans le dispositif des décisions notifiées, la partie perdante risquerait de ne plus pouvoir recouvrer sa créance après une exécution forcée injustifiée en raison de l'effondrement du patrimoine de la partie adverse. Il convient d'objecter à cela que la partie gagnante, qui ne peut pas encore exécuter faute de motifs, court le même risque. Toutefois, dans la mesure où il existe une décision - même si elle n'est pas encore motivée -, l'intérêt de la partie gagnante doit être pondéré plus fortement que celui de la

partie perdante, car il existe dans ce cas une probabilité accrue que la prétention existe effectivement.

Il convient également de souligner que la pratique de la Cour suprême zurichoise ne suit pas une ligne claire. Ainsi, elle a elle-même relativisé sa pratique dans le contexte d'une ouverture de faillite ordonnée dans le dispositif et a même soutenu le contraire dans un arrêt concernant le délai pour relever une action en déchéance (art. 83 al. 2 LP). La question de savoir si une décision notifiée dans le dispositif est accessible à l'exécution ne devrait toutefois pas être traitée au cas par cas, mais de manière uniforme du point de vue procédural et dogmatique. Une application par analogie de l'art. 112, al. 2, LTF serait contraire à la lettre et à la systématique de la loi et aurait pour conséquence que les décisions susceptibles de recours, contrairement à l'art. 336, al. 1, CPC, auraient certes force de chose jugée, mais ne seraient pas exécutables dès leur notification dans le dispositif. 47

A cela s'ajoute le fait que le prononcé de mesures provisionnelles dans le dispositif répond à un besoin pratique, d'autant plus que la motivation écrite peut prendre beaucoup de temps, même pour les décisions de mesures. En effet, la force exécutoire immédiate constitue selon le CPC un élément central des décisions de mesures, ce qui ressort déjà de l'art. 315 al. 4 let. b CPC. Si les décisions de mesures n'étaient exécutables qu'une fois que la motivation écrite de la décision est disponible, cela aurait pour conséquence que la première instance serait de facto tenue de notifier les décisions de mesures toujours immédiatement avec une motivation écrite. En effet, ce n'est qu'ainsi que l'on pourrait garantir que les mesures puissent remplir la fonction qui leur est assignée, à savoir rétablir le plus rapidement possible un ordre de paix provisoire entre les parties. Si l'on refusait la force exécutoire à des décisions notifiées dans le dispositif, cela nuirait à une protection juridique rapide et efficace. 48

Par souci d'exhaustivité, il convient de souligner que les instances de recours et les instances cantonales uniques doivent, selon le droit en vigueur, s'accommoder de ces mêmes inconvénients. Une adaptation est toutefois prévue dans le cadre de la révision du CPC. 49

Si l'on suit l'approche selon laquelle la partie qui succombe et qui veut empêcher provisoirement l'exécution d'une décision notifiée dans le dispositif doit s'adresser directement à l'instance de recours, cette solution doit 50

également s'appliquer par analogie lorsque la décision notifiée dans le dispositif ne contient pas d'ordonnances exécutoires. C'est notamment le cas des décisions de rejet et des décisions de non-entrée en matière. Dans ces cas (par exemple en cas de rejet d'une demande de mesures), la partie perdante doit avoir la possibilité de demander des mesures conservatoires à l'instance de recours avant même de recevoir les motifs écrits de la décision.

51 Il en va de même lorsque la partie qui obtient gain de cause risque de subir un préjudice difficilement réparable parce qu'il existe un recours à effet suspensif contre la décision, que la force exécutoire n'est donc pas encore acquise de par la loi et que la partie devrait donc attendre la motivation pour entamer l'exécution. Dans de tels cas, il peut être justifié que l'instance de recours ordonne la force exécutoire anticipée avant même que la motivation de la décision ne soit disponible.

VII. EFFET DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE DANS LE DISPOSITIF DES DÉCISIONS NOTIFIÉES

52 Une autre problématique qui se pose en relation avec les décisions notifiées dans le dispositif concerne l'effet de force de chose jugée de telles décisions. Comme nous l'avons déjà mentionné, la notification des décisions par voie de dispositif devrait constituer la forme de notification la plus fréquente dans la pratique. Cette forme de notification peut présenter certains avantages. Mais elle comporte également des risques qu'il ne faut pas sous-estimer. Si aucune partie ne demande de motivation écrite, il peut notamment en résulter des incertitudes juridiques quant à l'effet de l'entrée en force de la décision non motivée.

53 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une décision n'a force de chose jugée que sous la forme qu'elle revêt dans le dispositif du jugement. La portée de ce dernier ne ressort toutefois souvent que des considérants du jugement. Il est donc possible que l'effet de l'entrée en force d'un jugement notifié dans le dispositif ne soit pas clair.

54 C'est notamment le cas lorsque le dispositif se contente d'indiquer que la demande est rejetée. Ce résultat peut avoir différentes raisons. On pourrait imaginer que le droit revendiqué a été nié dans son principe. Il est tout aussi possible que l'action ait été rejetée parce que la légitimation matérielle, l'exigibilité du droit ou la réalisation d'une condition faisaient défaut. Une

extinction de la créance par compensation pourrait également entrer en ligne de compte. Le dispositif à lui seul ne permet pas de clarifier la situation à cet égard.

En cas de cumul objectif alternatif d'actions, le Tribunal fédéral a même expressément indiqué qu'il fallait se référer à la motivation du jugement pour savoir dans quelle mesure le tribunal avait statué sur les différents moyens de manière définitive. Il en va de même de manière générale dans les cas où le tribunal doit juger une action partielle, car dans certaines constellations, seule la motivation du jugement permet de voir dans quelle mesure une prétention déterminée a été examinée. Il va de soi qu'un recours à la motivation du jugement n'est possible que si celle-ci existe. Ce n'est justement pas le cas pour les décisions rendues dans le dispositif. 55

Il convient d'éviter les ambiguïtés décrites ci-dessus concernant l'effet de la chose jugée. Les parties sont donc bien avisées, lorsque la portée du dispositif n'est pas claire, d'exiger une motivation écrite de la décision (à moins qu'une telle ambiguïté ne leur procure des avantages tactiques). Les parties peuvent en principe demander une explication de la décision même après l'expiration du délai pour demander une motivation écrite. Une explication est notamment autorisée lorsque le dispositif n'est pas clair (art. 334, al. 1, CPC), ce qui est toujours le cas lorsque la portée de l'autorité de chose jugée est incertaine. Avec l'explication, le tribunal fait connaître sa volonté initiale de former le droit. La condition est que la volonté de former le droit puisse encore être reconstituée par le tribunal, ce qui est de moins en moins garanti au fur et à mesure que le temps passe. Si le contenu de la décision ne peut pas être déterminé et qu'une explication n'est pas (ou plus) possible, la décision n'a pas l'autorité de la chose jugée. 56

Il ne peut cependant pas être de la seule responsabilité des parties de se préoccuper de la clarification de l'effet de force de chose jugée des décisions en exigeant une motivation écrite ou une explication. Les tribunaux devraient plutôt s'abstenir de notifier des décisions nécessitant des explications et dont la portée n'apparaît pas dans le dispositif. Pour cela, il n'est pas nécessaire de rédiger une motivation écrite (complète) du jugement. Le tribunal peut plutôt se contenter de consigner les motifs déterminants de la décision dans le cadre d'une annotation du dispositif et préciser ainsi dans quelle mesure les prétentions litigieuses (et les éventuelles créances compensatoires) ont été jugées. 57

VIII. RÉVISION DU CPC

58 Il est actuellement difficile d'évaluer les modifications qu'apportera la révision en cours du CPC en ce qui concerne la notification et la motivation des décisions, d'autant plus qu'il existe encore en partie des divergences fondamentales entre les deux Chambres. Deux aspects pertinents des débats parlementaires menés jusqu'à présent sont brièvement mis en lumière ci-après.

A. Obligation de motiver les décisions des instances cantonales supérieures et uniques

59 Dans le cadre de la révision du CPC, l'art. 318, al. 2, CPC et l'art. 327, al. 5, CPC, selon lesquels les décisions d'appel et de recours doivent toujours être notifiées avec une motivation écrite, doivent être supprimés ou adaptés à l'art. 239 CPC. Cette nouveauté est en principe à saluer et permet de notifier également les décisions sur recours dans le dispositif.

60 Le Conseil national et le Conseil des États ont ensuite décidé d'adapter l'art. 112, al. 2, LTF. La version révisée doit désormais permettre aux tribunaux, conformément au droit fédéral (notamment l'art. 239 CPC), de notifier des décisions sans motivation écrite. Cette réglementation doit également être saluée et souligne le fait que les instances cantonales supérieures et uniques peuvent également notifier leurs décisions sans motivation écrite.

61 Un certain flou subsiste quant au délai dans lequel les parties doivent demander une motivation écrite des décisions des instances cantonales supérieures et uniques, d'autant plus que l'art. 112 al. 2 LTF prévoit un délai de 30 jours, alors que l'art. 239 al. 2 CPC prévoit un délai de 10 jours. Comme l'art. 318 al. 2 CPC et l'art. 327 al. 5 CPC (dans la version adoptée par le Conseil national et le Conseil des Etats) renvoient à l'art. 239 CPC, le délai de dix jours devra être appliqué aux décisions sur recours. Pour les décisions d'instances cantonales uniques, il manque (jusqu'à présent) une réglementation explicite dans le CPC. Néanmoins, selon l'opinion défendue ici, le délai de dix jours doit également être appliqué aux décisions des instances cantonales uniques, d'autant plus qu'il n'y a pas de raison objective de traiter ces décisions différemment. Une clarification législative serait toutefois indiquée.

B. Exécution des décisions notifiées par voie de dispositif

Le projet de CPC révisé prévoyait un nouvel art. 336, al. 3, CPC, selon lequel une décision notifiée sans fondement est immédiatement exécutoire si le recours n'a pas d'effet suspensif et si le tribunal n'a pas différé l'exécution. Selon le nouvel art. 239, al. 2bis CPC, cette compétence devait revenir au tribunal de première instance. 62

Le Conseil des États a pris une autre direction. Dans la version qu'il a adoptée, l'art. 336 al. 3 CPC précise qu'une décision notifiée sans motivation écrite doit être exécutoire aux conditions habituelles fixées à l'al. 1 de cette disposition. En outre, la pratique déjà adoptée par une majorité des instances cantonales supérieures, selon laquelle il est possible de demander à l'instance de recours un sursis à l'exécution même si la décision n'est pas encore motivée, doit être transposée dans la loi par une nouvelle version des art. 315 al. 5 CPC et 325 al. 2 CPC. Cette solution proposée par le Conseil des Etats mérite à notre avis d'être privilégiée. Le Conseil national a toutefois rejeté par la suite aussi bien la proposition du Conseil fédéral que la décision du Conseil des Etats après un vote étonnant selon lequel la situation actuelle ne constitue pas un problème connu, mais que c'est plutôt la décision du Conseil des Etats qui créerait des problèmes pratiques et juridiques. Il faut espérer, selon l'avis exprimé ici, que le Conseil des Etats s'imposera dans le cadre de la suite des débats parlementaires. 63

Il convient de souligner qu'aucune adaptation de la réglementation de l'art. 112, al. 2, LTF, selon laquelle les décisions soumises au recours devant le Tribunal fédéral ne sont pas exécutables jusqu'à l'expiration du délai de motivation écrite ou jusqu'à ce que la motivation écrite soit disponible, n'est actuellement prévue. Avec la solution adoptée par le Conseil des Etats, cela aurait pour conséquence que seules les décisions des instances cantonales inférieures notifiées par voie de dispositif seraient exécutoires, et non les décisions des instances cantonales supérieures et uniques notifiées par voie de dispositif (et soumises au recours au Tribunal fédéral) à partir du moment de leur notification. On peut se demander si l'inégalité de traitement entre les décisions des instances cantonales inférieures et supérieures ou des instances cantonales uniques qui en résulte est intentionnelle et appellerait également une clarification de la part du législateur. 64

MATÉRIAUX

Amtliches Bulletin des Nationalrats, Sondersession Mai 2022, N. 670 ff.

Amtliches Bulletin des Ständerats, Sommersession 2021, S. 345 ff.

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2006/914/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2006-914-de-pdf-a.pdf, besucht am 25. Juli 2022.

Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 26. Februar 2020, BBl 2020, S. 2697 ff., abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2020/653/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2020-653-de-pdf-a.pdf, besucht am 25. Juli 2022.

Fahne 2022 Ia N, Sondersession Mai 2022, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2020/20200026/N22%20D.pdf, besucht am 25. Juli 2022.

BIBLIOGRAPHIE

Bachofner Eva, Neues und Bewährtes zum Rechtsöffnungsverfahren, BJM 2020, S. 1 ff.

Berger Bernhard / Güngerich Andreas / Hurni Christoph / Strittmatter Reto, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2021.

Bohnet François / Droese Lorenz, Präjudizienbuch ZPO, Bern 2018.

Brunner Alexander / Vischer Moritz, in: Oberhammer Paul / Domej Tanja / Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Droese Lorenz, Res iudicata ius facit, Habil. Bern 2015 (zit. Droese, Res iudicata).

Droese Lorenz, in: Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK-Droese).

Ehrenzeller Bernhard, in: Niggli Marcel Alexander / Uebersax Peter / Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011.

Engler Thomas, in: Gehri Myriam A. / Jent-Sørensen Ingrid / Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2015.

Gehri Myriam A., in: Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

Gloor Urs / Umbricht Lukas Barbara, in: Oberhammer Paul / Domej Tanja / Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Gschwend Julia / Steck Daniel, in: Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

Herzog Nicolas, in: Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

Infanger Dominik, in: Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

Jenny David, in: Sutter-Somm Thomas / Hasenböhler Franz / Leuenberger Christoph (Hrsg.), Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2016.

Killias Laurent, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012.

Kriech Markus, in: Brunner Alexander / Gasser Dominik / Schwander Ivo (Hrsg.), DIKE Kommentar, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich / St. Gallen 2016.

Markus Alexander R. / Wuffli Daniel, Rechtskraft und Vollstreckbarkeit: zwei Begriffe, ein Konzept?, ZBJV 151/2015, S. 75 ff.

Markus Alexander R. / Huber-Lehmann Melanie, Erteilung und Entzug der Vollstreckbarkeit: Zuständigkeit de lege lata und de lege ferenda, AJP 2020, S, 1555 ff.

Mosimann Hans-Jakob, Entscheidbegründung, Zürich 2013.

Richers Roman / Naegeli Georg, in: Oberhammer Paul / Domej Tanja / Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Rüegg Viktor / Rüegg Michael, in: Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

Rusch Lukas / Lindholm Michelle / Chevalley Cyrill A.H., Die Teilklage in der Bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ZZZ 2021, S. 727 ff.

Schwander Ivo, in: Brunner Alexander / Gasser Dominik / Schwander Ivo (Hrsg.), DIKE Kommentar, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich / St. Gallen 2016.

Seiler Benedikt, Die Anfechtung von prozessleitenden Verfügungen und weitere Aspekte der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO, BJM 2018, S. 65 ff.

Sogo Miguel / Naegeli Georg, in: Oberhammer Paul / Domej Tanja / Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Staehelin Daniel / Bachofner Eva, Vollstreckung im Niemandsland, in: Jusletter vom 16. April 2012, https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2012/659/_10174.html, besucht am 21. April 2022.

Staehelin Daniel, in: Sutter-Somm Thomas / Hasenböhler Franz / Leuenberger Christoph (Hrsg.), Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2016 (zit. SK-Staehelin).

Staehelin Daniel, Die unspezifizierte unechte Teilklage - oder die Zulassung der alternativen Klagenhäufung, in: Fankhauser Roland / Widmer Lüchinger Corinne / Klingler Rafael / Seiler Benedikt (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Thomas Sutter-Somm, 2016, S. 627 ff. (zit. Staehelin, Teilklage).

Staehelin Daniel, in: Staehelin Adrian / Staehelin Daniel / Grolimund Pascal (Hrsg.), Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2019 (zit. Staehelin, Zivilprozessrecht).

Stanischewski Flora, Die Verrechnung im Zivilprozess unter der Schweizerischen ZPO, ZZZ 55/2021, S. 647 ff.

Steck Daniel / Brunner Norbert, in: Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

Stein-Wigger Matthias / Bachofner Eva, Das baselstädtische Reglement über die Gerichtsgebühren, BJM 2018, S. 93 ff.

Steiner Jakob, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss., ZPR Band 31, Zürich / St. Gallen 2019.

Sterchi Martin H., Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012.

Sutter-Somm Thomas / Seiler Benedikt, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich / Basel / Genf 2021.

Tappy Denis, in: Bohnet François / Haldy Jacques / Jeandin Nicolas / Schweizer Philippe / Tappy Denis (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019.

Urwyler Adrian / Grütter Myriam, in: Brunner Alexander / Gasser Dominik / Schwander Ivo (Hrsg.), DIKE Kommentar, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich / St. Gallen 2016.

Vetter Meinrad / Albert Eliane, Wann ist die Einreichung einer Kostennote sinnvoll?, SJZ 117/2021, S. 310 ff.

Zingg Simon, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 240 CPC

Un commentaire de Philip Carr / Tobias Aggteleky

PROPOSITION DE CITATION

Philip Carr / Tobias Aggteleky, Kommentierung zu Art. 240 ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Citation abrégée: OK-Carr / Aggteleky, N XXX zu Art. 240 ZPO.

Art. 240 Communication et publication de la décision

Lorsque la loi le prévoit ou que l'exécution de la décision le commande, la décision est également publiée ou communiquée aux autorités et aux tiers concernés.

TABLE DES MATIÈRES

I. Objet de la réglementation 273
II. Principes de base 273
III. Cas d'application (sélection) 274
A. Communication de la décision aux autorités 274
B. Communication de la décision à des tiers 275
C. Publication de la décision 276
Matériaux 276
Bibliographie 277

I. OBJET DE LA RÉGLEMENTATION

D'une manière générale, les décisions ne sont notifiées qu'aux parties à la procédure (et aux parties accessoires), les modalités de la notification de la décision étant régies pour l'essentiel par l'art. 239 CPC. L'art. 240 CPC prévoit, par extension de ce principe, que la décision est également communiquée ou publiée aux autorités et aux tiers concernés, pour autant que la loi le prévoie ou que cela serve à l'exécution. 1

La communication de la décision aux autorités ou aux tiers ne constitue pas une notification formelle de la décision et les destinataires de la communication n'acquièrent pas pour autant la qualité de partie. En ce sens, la communication de la décision selon l'art. 240 CPC doit également être distinguée de la notification des décisions de droit de la famille à l'enfant qui a atteint l'âge de 14 ans (cf. art. 301, let. b, CPC). 2

L'art. 240 CPC ne se réfère pas non plus à la mise à disposition des décisions selon l'art. 54 al. 1 CPC (par exemple par dépôt auprès du tribunal, publication dans des recueils de décisions, etc.) L'art. 54 al. 1 CPC accorde au public intéressé, dans certaines circonstances, le droit de consulter les décisions judiciaires. De même, les obligations d'informer les autorités judiciaires conformément au droit fédéral ou cantonal ne constituent pas un cas d'application d'une communication selon l'art. 240 CPC. 3

La publication sur la base de l'art. 240 CPC doit être distinguée de l'avis public selon l'art. 141 CPC. La publication au sens de l'art. 141 CPC est une forme de notification (dite notification par édit) qui a lieu à certaines conditions lorsque les autres formes de notification s'avèrent impossibles. 4

II. PRINCIPES DE BASE

S'il existe une base légale, le tribunal décide d'office si une décision doit être communiquée ou publiée aux autorités ou aux tiers. Les personnes et les autorités auxquelles la décision est communiquée doivent être expressément mentionnées dans la décision (art. 238, let. e, CPC). Tous les destinataires de la décision doivent ressortir du dispositif de la décision. La communication ultérieure n'est possible qu'au moyen d'une rectification de la décision (art. 334 CPC). 5

6 La communication aux autorités et aux tiers se fait le plus souvent par la remise d'un extrait du dispositif de la décision. Exceptionnellement, la communication de la décision complète avec les considérants peut s'imposer lorsqu'un simple extrait ne répondrait pas au besoin d'information de l'autorité ou du tiers destinataire.

7 Si la loi prévoit la publication de la décision, c'est en principe le droit cantonal qui détermine l'organe de publication, sous réserve des prescriptions du droit fédéral (cf. p. ex. art. 35 LP ou art. 986 al. 2 CO). Il s'agit en règle générale de la feuille officielle cantonale.

III. CAS D'APPLICATION (SÉLECTION)

8 Sans prétendre à l'exhaustivité, nous énumérons ci-après quelques exemples dans lesquels, conformément à l'art. 240 CPC, la décision est communiquée aux autorités (A) ou aux tiers (B) ou publiée (C).

A. Communication de la décision aux autorités

9 Une communication de la décision à une autorité est par exemple prévue par la loi dans les cas suivants :

- Dans le domaine du CC : Le tribunal doit communiquer aux offices de l'état civil compétents ou à leurs autorités de surveillance un grand nombre de décisions relevant du droit de la famille et du droit des personnes (p. ex. déclaration d'absence, mariage, constatation de la paternité ou de l'état civil ; art. 42 CC ainsi que les art. 40 et 42 s. OEC). La dissolution ou la suppression d'associations et de fondations inscrites au registre du commerce doivent être communiquées à l'office du registre du commerce en vue de leur radiation (art. 79 et art. 89 al. 2 CC). Les restrictions de disposition d'un époux sur un immeuble doivent être communiquées au registre foncier (art. 178, al. 3, CC). Il en va de même pour les annotations d'inscriptions provisoires ordonnées par le tribunal (art. 961 al. 2 CC et art. 124 al. 1 ORF).

- Dans le domaine du CO : certaines décisions en matière de droit des sociétés doivent être communiquées à l'office du registre du commerce compétent (p. ex. retrait provisoire du pouvoir de représentation [art. 565 al. 2 CO], dissolution et inscription des liquidateurs de la société en nom collectif [art. 574 al. 2 CO et art. 583 al. 3 CO] ou de la société anonyme

[art. 737 CO et art. 740 al. 2 CO]). Les jugements concernant les loyers contestés et les autres créances des bailleurs doivent être communiqués au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (art. 23, al. 2, OBLF).

- Dans le domaine de la LP : certaines dispositions relatives aux procédures de faillite, telles que l'ouverture, la révocation de la faillite ainsi que la suspension ou la clôture de la procédure de faillite, doivent être communiquées à l'office du registre du commerce (art. 176 LP, art. 939 CO, art. 158, al. 1, ORC). Il en va de même (sous réserve de l'art. 293c, al. 2, LP) pour l'octroi du sursis concordataire définitif ou provisoire (art. 296 LP, art. 160 ORC) et l'homologation du concordat par abandon d'actifs (art. 308 LP, art. 161 ORC).
- Dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle : les décisions en matière de brevets ou de marques doivent être notifiées à l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (art. 70a LBI, art. 54 LPM).
- Dans le domaine du droit des cartels : les décisions prises en application de la loi sur les cartels doivent être notifiées au secrétariat de la Commission de la concurrence (art. 48, al. 2, LCart).

B. Communication de la décision à des tiers

Une communication de la décision à des tiers est par exemple prévue par la loi dans les cas suivants : 10

- Dans le domaine du CC : Les décisions relatives à des atteintes à la personnalité peuvent être communiquées à des tiers à la demande d'une partie (art. 28a, al. 2 CC). Si le débiteur néglige d'exécuter une obligation d'entretien, le juge peut ordonner à ses débiteurs d'effectuer tout ou partie des paiements au créancier (art. 132, al. 2, CC). Si une curatelle limite l'exercice des droits civils d'une personne, les débiteurs doivent en être informés (art. 452, al. 2, CC).
- Dans le domaine de la protection des données : en droit de la protection des données également, la partie demanderesse peut exiger que la décision soit communiquée à des tiers (art. 15, al. 3, LPD et art. 25, al. 3, let. b, LPD).
- Dans le domaine des mesures provisoires : Dans les conditions de l'article 261 du Code de procédure civile, le tribunal ordonne des mesures

provisoires. Une telle mesure peut notamment consister en une instruction à une tierce personne (ou à une autorité de registre) (art. 262 let. c CPC).

C. Publication de la décision

11 Une publication de la décision est par exemple prévue par la loi dans les cas suivants :

- Dans le domaine du CC : Les décisions relatives à des atteintes à la personnalité peuvent être publiées à la demande d'une partie (art. 28a, al. 2 CC). Dans certaines circonstances, le retrait du pouvoir de représentation d'un époux peut également être publié (art. 174, al. 3, CC). Le créancier inconnu d'une cédule hypothécaire peut être invité publiquement par le tribunal à s'annoncer (art. 856, al. 1, CC).
- Dans le domaine de la protection des données : dans le domaine du droit de la protection des données également, la partie demanderesse peut exiger la publication de la décision (art. 15 al. 3 LPD et art. 25 al. 3 let. b LPD).
- Dans le domaine du CO : l'annulation de titres doit être publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce et, selon l'appréciation du tribunal, également d'une autre manière (art. 986, al. 2, CO ; cf. également art. 972 CO et art. 977 CO).
- Dans le domaine de la LP : la révocation de la faillite est rendue publique (art. 195, al. 3, LP). Il en va de même en ce qui concerne l'octroi du sursis concordataire définitif ou provisoire (art. 296 LP, sous réserve de l'art. 293c al. 2 LP) et l'homologation du concordat par abandon d'actifs (art. 308 LP).
- Dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle : le tribunal peut autoriser la partie qui a obtenu gain de cause à publier une décision en matière de brevets aux frais de la partie adverse (art. 70, al. 1, LBI).

MATÉRIAUX

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2006/914/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2006-914-de-pdf-a.pdf, besucht am 22. Juni 2022.

BIBLIOGRAPHIE

Killias Laurent, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012.

Kriech Markus, in: Brunner Alexander / Gasser Dominik / Schwander Ivo (Hrsg.), DIKE Kommentar, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich / St. Gallen 2016.

Michel Margot / Steck Daniel, in: Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

Nordmann Francis / Oneyser Stéphanie, in: Staehelin Daniel / Bauer Thomas / Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetzt über Schuldbetreibung und Konkurs I, 3. Aufl., Basel 2021.

Oberhammer Paul / Weber Philipp, in: Oberhammer Paul / Domej Tanja / Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Sogo Miguel / Naegeli Georg, in: Oberhammer Paul / Domej Tanja / Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Staehelin Daniel, in: Sutter-Somm Thomas / Hasenböhler Franz / Leuenberger Christoph (Hrsg.), Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2016.

Stäubli Christoph, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016.

Steck Daniel / Brunner Norbert, in: Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.

Sutter-Somm Thomas / Seiler Benedikt, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich / Basel / Genf 2021.

Zürcher Johann, in: Brunner Alexander / Gasser Dominik / Schwander Ivo (Hrsg.), DIKE Kommentar, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich / St. Gallen 2016.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Vorb. zu Art. 261 – 269 ZPO und Art. 261 ZPO

Un commentaire de Patrick Honegger-Müntener

PROPOSITION DE CITATION

Patrick Honegger-Müntener, Kommentierung zu Vorb. zu Art. 261 – 269 ZPO und Art. 261 ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Citation abrégée: OK-Honegger-Müntener, N XXX zu Vorb. zu Art. 261 – 269 ZPO und Art. 261 ZPO.

Chapitre 5 Mesures provisionnelles et mémoire préventif

Section 1 Mesures provisionnelles

Art. 261 Principe

[1] Le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire remplit les conditions suivantes:

a. elle est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être;

b. cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable.

[2] Le tribunal peut renoncer à ordonner des mesures provisionnelles lorsque la partie adverse fournit des sûretés appropriées.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités ... 283
A. Définition et but ... 283
B. Contexte historique ... 283
C. Champ d'application ... 284
II. Conditions des mesures provisoires ... 284
A. Généralités ... 284
B. Droit d'injonction ... 285
1. Généralités ... 285
2. Premier risque de commission et risque de récidive en particulier ... 285
C. Motif de la décision ... 287
1. Généralités ... 287
2. Urgence temporelle ... 287
a. Principe et objectif de l'urgence temporelle ... 287
b. Urgence relative en particulier ... 287
3. Menace de préjudice difficilement réparable ... 291
a. Généralités et notion de préjudice ... 291
b. Préjudice non facilement réparable en particulier ... 292
c. Principe de proportionnalité : pesée des intérêts avec les inconvénients de la partie adverse ? ... 294
D. Examen du droit à l'injonction et du motif de l'injonction par le tribunal ... 297
1. Généralités ... 297
2. Notion de vraisemblance ... 298
3. La vraisemblance du droit / l'intensité de l'examen ... 299
III. Garantie de la partie défenderesse ... 301
IV. Procédure d'adoption de mesures provisoires ... 303
A. Compétence dans les affaires internes ... 303
1. Compétence territoriale ... 303
a. Généralités ... 303
b. Droit de choix de la partie requérante / problèmes de coordination ... 304
c. Accords d'élection de for ... 305
2. Compétence matérielle ... 306
B. Situation internationale ... 306
1. Compétence ... 306
a. Compétence internationale selon la LDIP ... 306
b. Compétence internationale selon la CL ... 311
2. Droit applicable ... 313
3. Reconnaissance et exécution ... 315
a. Reconnaissance et exécution selon la LDIP ... 315
b. Reconnaissance et exécution selon la CL ... 315
C. Demande de mesures ... 317

D. Fixation des frais de procédure de la procédure de mesure et leur transfert 318
E. Voies de recours contre les décisions relatives aux mesures 319
1. Recours selon le CPC 319
a. Appel (art. 308 ss CPC) 319
b. Recours (art. 319 ss. CPC) 321
c. Révision (art. 328 ss. CPC) 321
2. Recours selon la LTF 322
Matériaux 323
Bibliographie 323

I. GÉNÉRALITÉS

A. Définition et but

En Suisse aussi, un procès civil (plus ou moins complexe) peut durer des années. Les mesures provisoires sont indispensables pour protéger le demandeur ou le défendeur des inconvénients qui pourraient survenir pendant la durée de la procédure, parfois longue, jusqu'à l'octroi d'une protection juridique définitive. Leur objectif institutionnel réside dans la réalisation du droit en temps utile et dans la protection effective des droits subjectifs. Il ne faut toutefois pas oublier que dans la pratique, les mesures provisionnelles servent souvent d'autres objectifs, comme par exemple l'obtention rapide et bon marché d'une expertise factuelle ou juridique, qui permet une meilleure évaluation des chances de succès procédural et peut servir de base à une solution transactionnelle, ou "l'aiguisage des épées avant le grand combat", afin de connaître les moyens de défense de la partie adverse. On ne peut en principe pas y voir un abus des mesures provisionnelles. Au contraire, le tribunal doit être conscient de ces fonctions secondaires lors de l'adoption de mesures provisoires. 1

Selon leur contenu, les mesures provisoires sont divisées en trois catégories : Les mesures conservatoires (pour garantir l'exécution d'un jugement), les mesures de prestation (pour l'exécution provisoire d'un droit) et les mesures de réglementation (pour régler provisoirement un rapport juridique). 2

B. Contexte historique

Sous l'empire des codes cantonaux de procédure civile déjà, le législateur fédéral a introduit dans le droit privé fédéral des dispositions relatives aux mesures provisoires afin de garantir des droits subjectifs. Ces dispositions ont connu un sort différent lors de l'entrée en vigueur du CPC : alors que certaines normes ont été supprimées sans être remplacées ou intégrées dans des dispositions plus spécifiques du CPC, d'autres restent en vigueur, parfois sous une forme modifiée. Par ailleurs, tous les codes cantonaux de procédure civile connaissaient une réglementation de la procédure d'adoption de mesures provisionnelles, la nature juridique de la mesure provisionnelle, c'est-à-dire son appartenance au droit matériel privé fédéral ou au droit de 3

procédure alors cantonal, étant controversée. Avec le CPC suisse, ce litige concernant la répartition des compétences a perdu de son importance.

4 Les art. 261 ss. CPC correspondent pour l'essentiel au standard actuel et s'appuient au moins matériellement sur les dispositions relatives à la protection de la personnalité selon les art. 28c ss. aCCS, de sorte que la doctrine et la jurisprudence correspondantes peuvent continuer à être prises en compte.

C. Champ d'application

5 Même après l'entrée en vigueur du CPC, le droit privé fédéral connaît des normes relatives aux mesures provisionnelles ou à des institutions comparables. Il convient de déterminer au cas par cas si celles-ci priment en tant que leges speciales ou si les art. 261 ss. CPC sont applicables à titre complémentaire. Au sein du CPC, on trouve des normes spécifiques sur les mesures provisoires à l'art. 276 CPC (procédure de divorce), à l'art. 303 CPC (action alimentaire et action en paternité) et à l'art. 374 CPC (procédure d'arbitrage), pour lesquels il convient de se référer aux commentaires de ces dispositions. Enfin, les dispositions relatives à la procédure de mesures sont applicables à titre complémentaire à l'administration des preuves à titre provisionnel (art. 158, al. 2, CPC).

II. CONDITIONS DES MESURES PROVISOIRES

A. Généralités

6 Pour que des mesures provisionnelles nécessaires soient ordonnées, la partie requérante doit rendre vraisemblable qu'un droit qui lui revient est violé ou qu'une violation est à craindre (art. 261 al. 1 let. a CPC ; droit à une décision) et qu'elle risque de subir un préjudice difficilement réparable en raison de la violation (art. 261 al. 1 let. b CPC ; motif de la décision).

7 Pour le prononcé de mesures superprovisoires, c'est-à-dire de mesures qui sont prises sans que la partie adverse soit entendue (voir art. 265 CPC), ainsi que pour le prononcé de mesures provisoires à l'encontre de médias à caractère périodique (voir art. 266 CPC), la loi prévoit des conditions plus strictes. Pour les conditions particulières, il convient de se référer aux commentaires relatifs à ces dispositions.

B. Droit d'injonction

1. Généralités

Le droit de disposition est le droit matériel que la partie requérante souhaite garantir ou faire valoir au moyen de mesures provisionnelles. Pour fonder un droit à une décision, la partie requérante doit donc alléguer et rendre vraisemblables les faits dont résulte la violation d'un droit (matériel) ou la crainte d'une violation de celui-ci (art. 261 al. 1 let. a CPC). De son côté, le tribunal doit établir un pronostic sur le fond en se basant sur les arguments de la partie requérante ainsi que sur la prise de position de la partie adverse. La demande de décision ne doit pas être de nature pécuniaire - sauf exceptions légales (art. 262 let. e CPC). En ce qui concerne les prétentions pécuniaires, les instruments de la LP, en particulier le séquestre (cf. art. 271 ss LP), priment sur les mesures provisionnelles du CPC (art. 269 let. a CPC). Sinon, les demandes de prestations et d'aménagement ainsi que les demandes en constatation peuvent en principe fonder un droit à une décision. La violation du droit matériel peut être soit imminente, soit déjà existante ou en cours. Il est également possible que l'acte de violation soit déjà terminé et que seule sa répétition menace. Le droit matériel détermine en principe si une telle violation existe. Dans le cas d'une première violation ou d'une menace de nouvelle violation, le CPC exige en revanche lui-même un risque de commission ou de répétition. D'après l'avis non unanime, mais probablement majoritaire, il s'agit d'une condition spécifique de la prétention, de sorte que si elle est niée dans la procédure de mesures, la demande de mesures est rejetée. 8

2. Premier risque de commission et risque de récidive en particulier

Il y a risque de commission ou de récidive lorsque l'infraction imminente s'est intensifiée au point d'apparaître comme une menace imminente. Ce n'est pas le point de vue subjectif de la partie requérante qui est déterminant, mais un critère objectivé. Une possibilité purement abstraite ou hypothétique de commission ou de répétition ne suffit pas, car le risque de commission ou de répétition doit également être crédible. 9

Il est vrai que le risque de commission et de répétition dépend de manière non négligeable de la formation de la volonté de la partie adverse, c'est-à-dire de faits internes. La partie requérante ne doit donc en principe exposer que 10

les circonstances qui permettent au tribunal de déduire des déclarations ou du comportement de la partie adverse sa volonté (probable) de commettre ou de répéter l'infraction. Compte tenu des difficultés liées à la "vraisemblance positive", la pratique se sert en outre de diverses suppositions concernant le risque de répétition, mais pas le risque de commission. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un acte de violation laisse en général supposer ou au moins indique qu'il sera commis à nouveau lorsqu'un avertissement n'a pas eu d'effet ou serait inutile. Conformément à la jurisprudence, le risque de récidive est régulièrement admis lorsque la partie adverse conteste le caractère illicite de son comportement, car dans un tel cas, on peut supposer qu'elle le poursuivra en se fiant à sa légalité.

11 La doctrine et la jurisprudence s'opposent à la question de savoir dans quelle mesure la partie adverse peut renverser la présomption de risque de répétition en déclarant qu'elle ne commettra plus d'infractions. Dans d'anciens arrêts, le Tribunal fédéral a expliqué qu'il fallait poser des exigences strictes pour renverser la présomption. La présomption n'est renversée ni par la simple cessation de la violation ni par la déclaration de la défenderesse de s'abstenir de toute violation future si la prétention n'est pas reconnue en même temps. Sans prendre position sur ce point, le Tribunal fédéral a également souligné qu'en droit allemand, même une déclaration d'abstention ne suffisait pas si elle n'était pas garantie par une peine conventionnelle. Suivant ces considérations, la doctrine a également exigé une telle "déclaration d'abstention garantie". Plus récemment, le Tribunal fédéral a admis qu'une "déclaration formelle de distance" suffisait, mais la tendance semble être d'exiger une reconnaissance de la prétention. D'autres tribunaux, en revanche, considèrent qu'une déclaration de renonciation et de soumission sans reconnaissance d'une obligation juridique et sans peine conventionnelle suffit, si elle est inconditionnelle et sans équivoque.

12 En principe, il convient à mon avis de retenir qu'en l'absence de base légale, ni une reconnaissance du droit ni une peine conventionnelle ne sont nécessaires pour renverser la présomption de risque de répétition. Ce qui doit être déterminant, c'est plutôt de savoir si, sur la base de la déclaration formelle de distance, une répétition de l'acte de contrefaçon paraît encore vraisemblable dans le cas concret. Par ailleurs, le comportement de la partie adverse, qui conduit à la disparition du risque de répétition (et donc au rejet

de la demande de mesures), peut être pris en compte dans la répartition des frais.

C. Motif de la décision

1. Généralités

Le motif de décision constitue la justification procédurale pour protéger provisoirement le droit à une décision par des mesures provisionnelles, au lieu d'attendre le résultat définitif d'une procédure fiable. Pour fonder un motif de décision, la partie requérante doit alléguer et rendre vraisemblables des faits dont il ressort que la violation (ou la violation à craindre) du droit à une décision risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (art. 261 al. 1 let. b CPC). De son côté, le tribunal doit établir un pronostic de préjudice sur la base de l'exposé correspondant de la partie requérante. D'après l'avis non unanime, mais probablement majoritaire, le motif de la décision est une condition matérielle, de sorte qu'en l'absence de ce motif, la demande de mesures est rejetée et il n'y a pas de non-entrée en matière. 13

2. Urgence temporelle

a. Principe et objectif de l'urgence temporelle

La condition de l'urgence temporelle n'a pas fait l'objet d'une norme autonome dans la loi, mais elle est largement reconnue par la doctrine et la jurisprudence. L'urgence temporelle est admise lorsqu'il n'est pas possible d'attendre le jugement (entré en force) dans la procédure au fond sans ordonner une mesure provisionnelle, sans que la partie requérante ne subisse un préjudice difficilement réparable. Il n'en résulte toutefois aucunement une subsidiarité de la procédure de mesures par rapport à d'autres possibilités d'action juridique. Au contraire, seuls les inconvénients liés à la durée de la procédure au fond peuvent justifier des mesures provisionnelles. 14

b. Urgence relative en particulier

i. Etat de l'opinion dans la doctrine et la jurisprudence

Sous le terme d'urgence relative, la doctrine et la jurisprudence discutent de manière controversée de la question de savoir dans quelle mesure le fait que la partie requérante attende l'introduction de la procédure au fond peut 15

conduire à la suppression de l'urgence temporelle. Il existe un large consensus sur le fait que la passivité du requérant peut conduire au rejet de la demande de mesures. La question de savoir sur quelle base dogmatique le rejet pour cause d'absence d'urgence relative est controversée et semble en partie aléatoire. Certains soutiennent qu'en l'absence d'urgence relative, l'urgence temporelle n'est plus un élément constitutif de l'infraction. D'autres argumentent plutôt dans le sens d'une péremption procédurale annulant le droit, de sorte que la partie requérante ne peut plus se prévaloir de l'urgence en raison d'une violation de la bonne foi, d'un comportement abusif ou d'un manque d'intérêt à la protection juridique.

16 La notion même d'urgence relative n'est pas claire. Certains sont d'avis qu'elle fait défaut lorsque le requérant a laissé s'écouler, lors du dépôt de la demande de mesures, un laps de temps qui aurait probablement suffi pour la tenue du procès ordinaire. D'autres estiment au contraire que l'urgence relative fait déjà défaut si la procédure au fond a été définitivement close avant ou seulement un peu après la procédure de mesures, pour autant que la partie requérante ait engagé la procédure au fond dès que cela lui aurait été possible au plus tôt. La différence entre les deux points de vue réside dans le fait que, pour la première, il suffit que la procédure de mesures ait été engagée dans la durée d'une procédure au fond hypothétique pour que l'urgence relative soit admise, alors que, pour la seconde, la procédure de mesures doit également être terminée dans cette durée.

17 Pour les deux conceptions, il convient donc de déterminer la durée hypothétique de la procédure au fond, et pour la seconde, également la durée hypothétique de la procédure de mesures. Selon la doctrine et la jurisprudence, la durée hypothétique de la procédure doit être déterminée concrètement en tenant compte du cas d'espèce et non pas sur la base d'une période abstraite. Selon l'opinion majoritaire, une éventuelle procédure de recours ne doit être prise en compte que dans la mesure où elle a un effet suspensif, car seule la date à laquelle la partie requérante aurait pu obtenir un jugement exécutoire dans une procédure au fond est déterminante pour l'urgence relative. En d'autres termes, pour la durée hypothétique de la procédure au fond, il faut en général tenir compte de la procédure de recours lorsque la décision de première instance est susceptible d'appel (cf. art. 315 al. 1 CPC), alors qu'une éventuelle procédure devant le Tribunal fédéral n'est en général pas déterminante (cf. art. 103 al. 1 LTF). En ce qui concerne la durée

hypothétique de la procédure de mesure, une éventuelle procédure de recours n'a en revanche généralement pas d'importance, car l'appel contre les décisions de mesure n'a généralement pas d'effet suspensif (cf. art. 315 al. 4 let. b CPC).

Malgré la détermination en principe concrète de la durée hypothétique de la procédure, la pratique se sert régulièrement de règles empiriques abstraites : Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral des brevets part du principe que la procédure ordinaire de contrefaçon dure en moyenne deux ans, alors que la procédure de mesures visant à obtenir une injonction dure environ huit à dix mois. Par conséquent, le droit à l'octroi de mesures provisionnelles est perdu sur le plan procédural si la partie requérante attend environ 14 mois à partir du moment où une procédure ordinaire aurait pu être engagée pour faire valoir son droit. La pratique cantonale et la doctrine partent en général d'une durée de procédure de deux à trois ans pour la procédure au fond, notamment dans les procès en matière de propriété intellectuelle ou de droit de la concurrence. La prudence est toutefois de mise dans certains cas. Ainsi, le tribunal de commerce du canton de Berne a déjà estimé la durée de la procédure au fond à un an et quart (sans compter la procédure de recours) et celle de la procédure de mesures à sept mois. 18

Pour l'urgence relative, il faut ensuite déterminer le moment le plus précoce possible pour engager la procédure au fond. En théorie, ce moment correspond au moment où les bases effectives de la prétention sont telles qu'il est possible de rédiger et de motiver une demande au fond juridiquement suffisante et correspondant à la demande de mesures. Il convient de noter que les exigences de la procédure au fond sont plus strictes que celles de la procédure en matière de mesures, de sorte qu'il peut être nécessaire de clarifier davantage les faits, voire de demander une expertise privée dans certaines circonstances. Il faut tout de même exiger que la partie requérante s'efforce honnêtement de clarifier les faits en temps utile. Selon une opinion largement répandue, le délai de l'urgence relative doit être suspendu ou ne pas commencer à courir tant que la partie requérante mène des pourparlers de conciliation avec la partie adverse ou lui adresse un avertissement. Enfin, la question de savoir si la partie requérante doit avoir connaissance de la violation (imminente) du droit à l'injonction ou si l'ignorance par négligence peut suffire est controversée. A mon avis, il est décisif de savoir si l'on pouvait raisonnablement attendre de la partie requérante qu'elle engage la procédure 19

au fond à ce moment-là, selon les règles de la bonne foi, de sorte qu'une ignorance contraire à la diligence est suffisante.

ii. Appréciation et prise de position

20 Avec l'exigence de l'urgence relative, le Tribunal fédéral s'est éloigné de la conception de l'urgence initialement introduite en Allemagne, selon laquelle c'était surtout le temps de préparation de la demande de mesure qui était déterminant pour la durée de l'attente autorisée - certes en fonction de l'appréciation du cas particulier. De ce point de vue, la Suisse défendait également à l'époque des "délais de péremption normaux" d'un à trois mois, qui correspondent encore aujourd'hui à la situation juridique en vigueur en Allemagne. Les délais suisses basés sur le concept d'urgence relative sont donc beaucoup plus généreux. Le concept d'urgence relative est justifié par l'objectif de la protection juridique préventive. Celle-ci sert à prévenir les inconvénients dus à la longue durée de la procédure au fond, mais ne poursuit pas l'objectif d'éliminer la survenance d'autres inconvénients au-delà de la clôture de la procédure au fond. Sa fonction se limiterait donc au moment de l'entrée en force (hypothétique) de la décision au fond, car il ne devrait pas être dans les mains de la partie requérante de repousser ce moment par son attente (abusive), les intérêts de la partie adverse étant lésés par les facilités de la procédure de mesures. Ces considérations doivent être approuvées. A la lumière des faits, cette préoccupation n'est à mon avis pas ou pas suffisamment réalisée par la conception de l'urgence relative, indépendamment de la notion que l'on peut suivre. Si l'on part du principe que seule la demande de mesures doit être déposée pendant la durée d'une hypothétique procédure au fond, il est inhérent à la notion que la décision de mesures ne pourrait être prise qu'après la fin de l'hypothétique procédure au fond. Les mesures ordonnées dans ce cas protégeraient donc précisément la partie requérante contre des inconvénients qui ne surviendraient ou ne s'aggraveraient qu'après la clôture hypothétique de la procédure au fond. Il en va de même si l'on exige que la procédure de mesures soit également terminée dans le cadre de l'hypothétique procédure au fond, en particulier lorsque la fin de la procédure de mesures et celle de l'hypothétique procédure au fond sont proches l'une de l'autre. Il n'en irait autrement que si l'art. 268 al. 2 CPC était interprété - ce qui, à notre connaissance, n'est pas le cas dans la pratique - en ce sens que les mesures provisionnelles ordonnées devraient être limitées à la durée de la procédure au fond hypothétique. L'urgence

relative favorise par conséquent la partie requérante, sans qu'il y ait de justification à cela.

A mon avis, la notion d'urgence relative devrait donc être abandonnée. Il faudrait plutôt ajouter à l'urgence temporelle (au sens objectif) une urgence subjective comme élément constitutif de l'infraction. L'urgence subjective fait défaut lorsqu'il ressort du comportement du requérant qu'il n'est pas pressé. C'est notamment le cas lorsque la partie requérante attend longtemps avant d'engager la procédure de mesure, alors qu'elle est au courant de l'acte de violation ou de la menace de violation ou qu'elle pouvait ou devait le savoir selon les règles de la bonne foi. En effet, compte tenu de la préférence structurelle dont bénéficie la partie requérante dans la procédure de mesures, on peut tout à fait exiger d'elle, eu égard aux intérêts de la partie adverse, qu'elle engage la procédure de mesures le plus rapidement possible. La durée admissible de l'attente doit bien sûr être déterminée au cas par cas. Le point de départ doit être le temps dont la partie requérante a besoin, selon les règles de la bonne foi, pour préparer la demande de mesure. Dans certains cas, il convient de tenir compte de la complexité juridique et factuelle du cas (en particulier du temps nécessaire aux clarifications), des efforts de conciliation ou des tentatives de mise en demeure extrajudiciaires. Sans circonstances particulières, un délai de trois mois à compter de la connaissance ou de l'obligation de connaissance devrait constituer la limite supérieure. Le fondement dogmatique au niveau des faits est préférable, car on ne peut guère voir d'abus de droit dans le simple fait d'attendre. De plus, cela aurait l'avantage que l'urgence subjective devrait en principe être rendue vraisemblable par la partie requérante. 21

3. Menace de préjudice difficilement réparable

a. Généralités et notion de préjudice

Par inconvénient, on entend toute atteinte juridique ou factuelle de la partie requérante dans sa situation juridique matérielle. Les inconvénients peuvent être de nature matérielle, c'est-à-dire économique, ou immatérielle, voire résulter du simple écoulement du temps dans le procès. C'est en cela que le préjudice au sens de l'art. 261 al. 1 let. b CPC se distingue du préjudice au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC et de l'art. 93 al. 1 let. a LTF. Le préjudice doit encore être imminent, c'est-à-dire d'une part qu'il ne doit pas encore s'être entièrement réalisé et d'autre part qu'il doit être vraisemblable sur la base 22

d'indices objectifs. La simple possibilité d'un préjudice ne suffit pas. De même, la partie requérante ne doit pas se contenter de rendre vraisemblable le droit à une décision ou d'indiquer globalement les avantages de la partie adverse, mais doit exposer le préjudice (qui ne peut pas être facilement réparé) de manière juridiquement fondée. En ce sens, il n'existe pas de "présomption de préjudice".

b. Préjudice non facilement réparable en particulier

23 Le préjudice décrit ci-dessus doit, selon la formulation de la loi, être de nature qualifiée, c'est-à-dire qu'il ne doit pas être facilement réparable par un résultat positif ultérieur du procès. Une renonciation à cet élément qualificatif, comme l'indique la doctrine de manière isolée au motif que le sens de l'ordre juridique est d'éviter autant que possible les inconvénients, doit être résolument rejetée pour la simple raison que cette conception fait fi, sans justification plus précise, du texte clair de l'art. 261 al. 1 let. b CPC. Par ailleurs, elle méconnaît le fait que dans la procédure de mesures, l'existence du droit à une décision doit seulement être rendue vraisemblable en raison de moyens de preuve limités et qu'il existe dans cette mesure un risque que la mesure provisionnelle soit ordonnée à tort. Il serait intolérable de faire supporter ce risque à la partie adverse (et de la renvoyer à son tour à une éventuelle demande de dommages-intérêts selon l'art. 264 CPC), alors que la partie requérante ne subirait aucun préjudice notable en cas d'absence de mesures provisionnelles.

24 Un préjudice difficilement réparable est admis s'il ne peut pas être compensé par de l'argent ou s'il ne peut pas l'être entièrement ou pleinement. La doctrine et la jurisprudence sont divisées sur la question de savoir si les droits à l'exécution réelle menacés constituent en soi un tel préjudice ou si une réparation intégrale peut être obtenue par une prestation pécuniaire fondée sur des droits contractuels, extracontractuels ou d'enrichissement illégitime ou sur la gestion d'affaires sans mandat, de sorte qu'une mesure provisionnelle présuppose un intérêt particulier à l'exécution réelle.

25 Les partisans de la première conception déduisent de l'art. 97 CO un droit matériel inconditionnel à l'exécution réelle, qu'il convient de garantir au moyen de mesures provisionnelles. En tant que prestation secondaire, les dommages-intérêts ne peuvent pas constituer en soi une réparation intégrale. Le point de vue opposé soutient que la justification au fond dans la procédure

de mesures est finalement encore incertaine, compte tenu du degré de preuve réduit et de la limitation des moyens de preuve, et qu'il ne peut donc pas y avoir de droit absolu à l'exécution réelle. Cette incertitude doit être à la charge de la partie requérante, de sorte qu'un préjudice difficilement réparable ne peut être admis que s'il existe (de manière crédible) un intérêt particulier à l'exécution en nature. En outre, le droit à l'exécution réelle a de toute façon des limites, car même après un jugement en connaissance de cause en toute dernière instance, seule une demande de dommages-intérêts peut être obtenue. De son côté, le Tribunal fédéral a d'abord considéré, dans un arrêt plus ancien, qu'un manque à gagner, qui pouvait être revendiqué par le biais d'une action en dommages et intérêts, ne constituait pas un préjudice difficilement réparable. Dans des décisions ultérieures, il a encore qualifié ce point de vue de défendable ou de non arbitraire, mais l'a rejeté peu après, du moins implicitement, en ce qui concerne les prétentions immatérielles.

Il semble à mon avis plus convaincant d'exiger un intérêt particulier à l'exécution réelle, étant donné que toute prétention juridique et tout report de l'exécution réelle sont assortis d'un risque non négligeable de non-exécution, de sorte qu'on ne peut pas y voir un préjudice suffisamment important et difficilement réparable, compte tenu du désavantage subi par la défenderesse dans la procédure de mesures. Toutefois, la controverse dogmatique n'a guère d'effets pratiques dans la pratique. A mon avis, cela est dû en premier lieu au fait que les défenseurs de l'exigence d'un intérêt particulier à l'exécution réelle l'affirment régulièrement dans les cas où les défenseurs du droit inconditionnel à l'exécution réelle considèrent le renvoi à la prétention secondaire (pécuniaire) comme particulièrement choquant, à savoir entre autres en cas de préjudices ou d'intérêts immatériels, en cas de vidage ou d'érosion du droit à l'exécution réelle, en cas de difficultés de preuve et en cas de solvabilité douteuse du défendeur. Il n'en reste pas moins que la discussion sur les préjudices reste, dans la pratique, une affaire délicate qui s'accompagne d'un certain pouvoir d'appréciation du tribunal. 26

Sans prétendre à l'exhaustivité, nous présentons ci-après un bref aperçu de la pratique récente. Un préjudice difficilement réparable a été admis en cas de violation de droits absolus ou immatériels, de difficultés à prouver le dommage ou le lien de causalité, de confusion sur le marché, de solvabilité douteuse de la partie défenderesse, de risque de perte d'un moyen de preuve principal, de "difficulté imminente" à intenter un procès après le versement du 27

montant de la garantie ou de limitation considérable de la liberté de mouvement économique. En revanche, dans de nombreux cas, les tribunaux ont également estimé qu'un préjudice concret n'avait pas été allégué ou rendu vraisemblable à suffisance de droit. Dans certains cas, un préjudice résultant d'une déclaration d'indemnisation a été nié.

c. Principe de proportionnalité : pesée des intérêts avec les inconvénients de la partie adverse ?

i. Etat de l'opinion dans la doctrine et la jurisprudence

28 La question de savoir dans quelle mesure les inconvénients subis par la partie adverse doivent être pris en compte dans le cadre de la prévision des inconvénients pour l'adoption de mesures provisoires est controversée.

29 La jurisprudence du Tribunal fédéral est fluctuante. Dans d'anciens arrêts relatifs au droit des brevets, le Tribunal fédéral a indiqué que si les conditions étaient remplies, une mesure devait être prise, "peu importe si et à quel point elle pouvait désavantager la partie adverse". La loi ne tient compte de l'éventuel désavantage de la partie adverse que par le fait que le tribunal peut exiger une garantie de la partie requérante (aujourd'hui art. 264 al. 1 CPC). Rien n'empêcherait le tribunal de fixer la garantie à un niveau tel que l'intégralité du dommage puisse être réparée après la procédure au fond. Une véritable pesée des inconvénients inverserait l'ordre légal. Deux ans seulement après la confirmation de cette jurisprudence, le Tribunal fédéral a toutefois estimé, dans un litige relevant du droit de la concurrence déloyale, qu'en cas de demande de levée provisoire d'une interdiction de livraison, les intérêts ou les inconvénients des parties devaient être soigneusement pesés les uns par rapport aux autres, sans pour autant justifier en détail la dérogation à sa jurisprudence antérieure que cela impliquait. L'exigence d'une pesée complète des intérêts et des inconvénients a été confirmée plus tard en ce qui concerne une clause de non-concurrence relevant du droit du travail, puis de manière générale, car on ne voit pas pourquoi le pronostic des inconvénients devrait être effectué selon des règles différentes dans des domaines juridiques différents. Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral s'est toutefois senti obligé de se prononcer sur la jurisprudence divergente antérieure. Il a expliqué que dans le cas présent, contrairement aux décisions antérieures en matière de droit des brevets, il existait un lien contractuel entre les parties et qu'il s'agissait en outre d'une exécution provisoire. Il est à mon avis plutôt douteux

que l'existence d'une relation contractuelle puisse effectivement être pertinente pour les conditions de la protection juridique provisoire. Quoi qu'il en soit, les décisions relatives au droit des brevets concernaient également une exécution provisoire, à savoir le droit d'abstention du brevet. Dans sa jurisprudence la plus récente relative au CPC, le Tribunal fédéral part à nouveau du principe, concernant un litige en matière de droit des marques, qu'il n'est pas nécessaire de procéder à une pesée des inconvénients en raison de la possibilité d'obliger la partie requérante à fournir des sûretés. "Il suffit que la partie requérante risque un préjudice difficilement réparable (...) ; il n'est pas nécessaire que ce préjudice soit plus important ou plus vraisemblable que celui qu'encourrait la partie adverse au cas où les mesures requises seraient ordonnées".

Au vu de cette jurisprudence fluctuante de la Cour suprême, il n'est pas étonnant que la doctrine et la jurisprudence cantonale apportent également des réponses différentes à la question. Une partie importante de la doctrine exige, dans le cadre du pronostic des inconvénients, une mise en balance des inconvénients de la partie requérante si les mesures provisoires ne sont pas ordonnées avec ceux de la partie défenderesse si les mesures provisoires sont ordonnées. Des différences nuancées existent notamment sur la question de savoir si tous les inconvénients ou seulement les inconvénients difficilement réparables doivent être pris en compte dans le pronostic des inconvénients. En outre, la pesée des intérêts et des inconvénients est parfois ancrée dogmatiquement dans une condition d'ordonnance autonome de la "proportionnalité au sens strict" et non dans le pronostic des inconvénients. Pour justifier une pesée complète des intérêts et des inconvénients, on invoque essentiellement le principe constitutionnel de l'égalité de droit (art. 8, al. 2, Cst.) ou le principe de l'égalité des armes en matière de procédure qui en découle (art. 29, al. 1, Cst.) ainsi que le principe de la proportionnalité (art. 5, al. 2, Cst. et art. 36, al. 3, Cst.). Ces principes exigent que, même dans le domaine de la protection juridique provisoire, on recherche toujours un équilibre des intérêts entre la partie requérante et la partie défenderesse. En outre, la pesée globale des intérêts doit être considérée comme un corollaire à la diminution structurelle de la garantie de l'exactitude dans la procédure de mesures. En revanche, une autre partie de la doctrine est d'avis qu'il n'y a pas de pesée complète des intérêts ou des inconvénients dans le cadre de l'examen des prétentions, mais que l'examen de la proportionnalité au sens de la nécessité et de l'exigence n'est pertinent qu'au niveau de l'aménagement du

30

contenu de la mesure. Pour justifier leur position, les représentants de l'OFJ font valoir qu'il n'existe pas de base légale pour une telle pesée complète des intérêts et des inconvénients. L'établissement d'une pesée complète des intérêts conduit à une confusion non prévue par la loi entre les conditions de l'ordonnance et la forme de la mesure. En présence d'un droit à l'injonction et d'un motif d'injonction, le tribunal ne dispose plus d'un pouvoir d'appréciation pour prendre une décision. Enfin, la méthode d'un pronostic global des inconvénients souffre d'un manque de praticabilité, car la quantification des inconvénients ou la mise en balance des inconvénients n'aboutit qu'à une "précision fictive" et alourdit considérablement la procédure de mesure.

ii. Appréciation et prise de position

31 Certains qualifient la controverse dogmatique de "non pratique". A mon avis, cela n'est vrai qu'en ce qui concerne la question de savoir si l'on considère la pesée globale des intérêts et des inconvénients comme une partie du pronostic d'inconvénient ou comme une condition d'injonction indépendante de la "proportionnalité au sens strict". En revanche, la question de savoir si l'on exige une pesée complète des intérêts ou des inconvénients comme condition de la mesure ou si l'on ne tient compte des intérêts de la partie adverse que lors de l'aménagement du contenu dans le cadre d'un examen de la proportionnalité limité à l'aptitude et à la nécessité, c'est-à-dire sans examen de l'exigibilité ou de la proportionnalité au sens strict, est tout à fait pertinente dans la pratique.

32 Selon le texte de la loi, le tribunal prend "les mesures provisoires nécessaires" (art. 261, al. 1, CPC). Selon le message, une mesure est nécessaire lorsqu'elle est appropriée et nécessaire, tant du point de vue temporel que matériel, pour empêcher le préjudice (difficilement réparable) de la partie requérante ou pour protéger sa prétention rendue vraisemblable. Le message renvoie à cet effet aux décisions antérieures en matière de droit des brevets, qui n'exigeaient pas une pesée complète des inconvénients ou des intérêts. Le CPC n'offre pas d'indices permettant de prendre en compte les inconvénients ou les intérêts de la partie adverse au niveau des conditions de l'ordonnance ou d'un véritable pouvoir d'appréciation de la décision par le tribunal. Au contraire, il convient de noter, d'un point de vue systématique, que l'art. 261 al. 1 CPC, contrairement à l'art. 266 let. c CPC pour les mesures prises à

l'encontre des médias, ne norme justement pas la condition de la proportionnalité (en tout cas au sens strict) dans le droit positif.

D'un point de vue téléologique, les mesures provisoires servent à garantir l'application du droit matériel eu égard à la durée de la procédure au fond. Il faut tenir compte du fait qu'après une procédure au fond, il n'est en principe pas pertinent de savoir dans quelle mesure la décision au fond affecte la partie adverse dans sa situation juridique ou, dans le pire des cas, met en danger son existence. On peut certes objecter que le droit matériel de la partie requérante n'est protégé dans la procédure sommaire qu'avec un degré de preuve réduit et une limitation des moyens de preuve. C'est certes vrai en soi, mais la décision de mesure décide fonctionnellement de la prise en charge du "risque de préjudice" pour la durée d'une procédure au fond. Le point de vue contraire conduirait en outre à une grave érosion de la protection juridique préventive, car c'est précisément dans le cas d'actes de contrefaçon économiquement importants (dont l'interdiction met en général l'existence de la partie contrevenante en danger) qu'une mesure préventive n'est en général pas prise. En principe, il faut donc, à mon avis, se rallier à l'avis qui renonce à une pesée complète des intérêts au niveau des conditions de l'ordonnance et qui ne tient compte de la proportionnalité, limitée à l'aptitude et à la nécessité, ou des intérêts de la partie adverse qu'au niveau de la conception du contenu de la mesure. 33

D. Examen du droit à l'injonction et du motif de l'injonction par le tribunal

1. Généralités

La partie requérante doit rendre vraisemblables le droit à la décision et le motif de la décision (art. 261 al. 1 CPC). Dans la procédure de mesures contradictoires, la partie défenderesse à la demande doit également rendre ses exceptions et objections seulement vraisemblables. La répartition générale de la charge de la preuve selon l'art. 8 CC, dite "charge de la vraisemblance", s'applique. Son importance devrait toutefois être moindre en raison du degré de preuve réduit, car une "décision sur le fardeau de la vraisemblance" n'est envisageable que si les faits pertinents invoqués présentent un degré de vraisemblance identique. 34

35 La procédure de mesures étant une procédure sommaire (art. 248, let. d, CPC), les parties ne peuvent en principe utiliser que des documents pour rendre vraisemblable (art. 254, al. 1, CPC). D'autres moyens de preuve ne sont admissibles que s'ils ne retardent pas considérablement la procédure, si le but de la procédure l'exige ou si le tribunal doit établir les faits d'office (art. 254 al. 2 CPC). En particulier pour les questions techniques, le tribunal devra régulièrement demander un avis d'expert sous la forme d'une brève expertise s'il ne dispose pas de ses propres connaissances.

2. Notion de vraisemblance

36 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un fait est vraisemblable lorsque le tribunal estime, sur la base d'éléments objectifs, que le fait invoqué s'est effectivement réalisé de la sorte, même si l'on ne peut exclure qu'il en ait été autrement. Le degré de preuve dans la procédure de mesures est donc réduit par rapport au degré de preuve réglementaire de l'entière conviction du tribunal, applicable dans la procédure au fond. Néanmoins, les parties sont bien avisées de prouver, dans la mesure du possible, les faits qui leur incombent dans le sens du degré de preuve réglementaire.

37 La question de savoir si le degré de preuve de la vraisemblance dans la procédure de mesures est variable ou s'il s'agit d'une limite de décision à appliquer dans tous les cas est controversée dans la doctrine et la jurisprudence. Une partie de la doctrine et de la jurisprudence postule par exemple des exigences plus élevées en matière de vraisemblance lorsque les mesures provisoires en question sont particulièrement incisives ou lorsqu'il s'agit de mesures de prestations qui s'apparentent à une mesure d'exécution provisoire. D'autres auteurs et tribunaux rejettent une telle gradation de la vraisemblance faute de base légale, en raison de l'égalité des armes procédurales ou en invoquant la sécurité juridique. Le tribunal peut toutefois, dans le cadre de l'appréciation des preuves, tenir compte des exigences spécifiques du cas d'espèce et poser des exigences différentes quant à la manière d'atteindre le seuil de vraisemblance. Le Tribunal fédéral a certes considéré, dans le cas d'une prohibition de faire concurrence à titre provisionnel, que la qualification du type de mesure provisionnelle était déterminante pour le degré de preuve de la vraisemblance, mais il a expressément rejeté "un degré de preuve variable", en tout cas en ce qui

concerne le degré de preuve de la soi-disant "vraisemblance prépondérante", de sorte que la jurisprudence n'est pas claire à mon avis.

La controverse sur la question de savoir si, pour la vraisemblance, il convient d'appliquer un degré de preuve flexible ou un degré de preuve abstrait avec prise en compte du cas d'espèce lors de l'appréciation des preuves semble, à mon avis, de nature essentiellement théorique, sans que cela n'ait, en règle générale, de conséquences pratiques. Le fait que les nombreuses définitions de la notion de vraisemblance, qui doivent être considérées en partie dans le contexte de l'idée d'une mesure de preuve flexible, n'ont pas fait l'objet d'une systématisation approfondie et que la formulation utilisée par les tribunaux semble souvent être le fruit du hasard, plaide également en ce sens. En ce sens, il devrait en résulter un résultat similaire dans la pratique, indépendamment du fait que le tribunal définisse de manière flexible le degré de preuve de la vraisemblance ou qu'il considère, dans le cadre de l'appréciation des preuves, que le degré de preuve abstrait est plus ou moins rapidement atteint. Toujours est-il que, d'un point de vue pratique, il convient de noter que la question de la mesure de preuve correcte (éventuellement aussi flexible) constitue en principe une question de droit, alors que l'obtention de la mesure de preuve correcte (flexible ou abstraite) dans le cadre de l'appréciation des preuves est considérée comme une question de fait. Cette distinction est surtout pertinente au regard des motifs de recours limités dans la procédure de recours contre les décisions de mesures, qui ne sont soumises qu'au recours (cf. art. 320 CPC). Dans la procédure du Tribunal fédéral, en revanche, seule la violation des droits constitutionnels peut être invoquée dans le cadre des décisions sur les mesures (art. 98 LTF). Pour des raisons dogmatiques, il convient à mon avis de préconiser l'adoption d'une mesure de preuve abstraite, car d'une part les parties ont le droit de savoir à l'avance quel est le degré de conviction exigé par le tribunal et, d'autre part, il n'existe en fin de compte aucune base légale ni aucun besoin pour une interprétation différente de la notion de vraisemblance au sein de la même disposition. 38

3. La vraisemblance du droit / l'intensité de l'examen

Outre l'existence des faits fondant la prétention, la notion de vraisemblance doit, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, également comprendre l'examen de la question de savoir si la prétention invoquée résulterait de ces 39

faits. Dans la procédure de mesures, il n'y a en principe qu'un examen sommaire. La prétention de la partie requérante doit être protégée à titre préventif dans la procédure de mesures si elle ne s'avère pas vouée à l'échec sur la base des faits justifiant la prétention qui ont été rendus crédibles. Dans la pratique, on procède à un examen juridique plus approfondi en raison des exigences accrues en matière de vraisemblance des faits fondant la prétention, comme par exemple dans le cas des mesures de prestations ou de l'exécution provisoire. Ainsi, dans de tels cas, la protection juridique provisoire ne doit être accordée que si la prétention paraît prometteuse ou juridiquement fondée sur la base de l'examen sommaire.

40 La vraisemblance du droit fait l'objet de critiques justifiées de la part de la doctrine, car les questions de fait et de droit sont ici confondues de manière dogmatique. La vraisemblance, qui s'oppose (en termes de droit de la preuve) à la stricte mesure de la preuve, ne peut en soi se rapporter qu'aux faits (fondant la prétention). En revanche, le bien-fondé juridique probable du droit à une décision ne peut être examiné que de manière plus ou moins approfondie. Dans ce contexte, le critère de la vraisemblance pourrait tout au plus être utilisé par analogie. En l'absence de réglementation légale, il est toutefois interdit d'imposer aux parties, en particulier à la partie requérante, de rendre la situation juridique vraisemblable, étant donné que la demande de mesures peut être déposée sans motivation juridique (cf. art. 221, al. 3, en relation avec l'art. 219 CPC).

41 Dans la doctrine, la question de savoir si une réduction de la profondeur de l'examen juridique dans la procédure de mesure est justifiée est également controversée. L'appréciation de cette question est difficile, notamment parce qu'aucun critère général et abstrait de délimitation entre le simple examen sommaire (éventuellement plus poussé) et l'examen approfondi de la situation juridique n'a été élaboré jusqu'à présent, pour autant que l'on puisse en juger. Dans la mesure où le temps le permet, le tribunal ne rendra de toute façon pas de "décision light", mais appréciera la situation juridique de manière globale, raison pour laquelle les effets du litige se manifesteront plutôt rarement dans la pratique. D'un point de vue dogmatique, le principe iura novit curia, qui s'applique également à la procédure en matière de mesures, plaide en premier lieu pour un examen juridique complet sur la base des faits (rendus vraisemblables). Il faut également tenir compte du fait que le prononcé d'une mesure provisionnelle ne constitue pas seulement un préjudice de fait pour

l'affaire principale, mais aussi une atteinte grave aux intérêts de la partie adverse. C'est pourquoi le "principe de l'égalité des chances" ou l'égalité des armes en matière de procédure impose également un examen juridique complet. Dans ce contexte, l'opinion du Tribunal fédéral selon laquelle il suffit, dans la procédure de mesures, que le droit à une décision ne paraisse pas dépourvu de toute chance de succès, doit être rejetée par principe, comme le fait la doctrine majoritaire. Dans la procédure de mesures, il faut plutôt exiger de manière générale que la prétention soit juridiquement fondée au vu des faits (rendus crédibles). Le tribunal s'appuiera en premier lieu sur la loi, la jurisprudence du Tribunal fédéral ou la doctrine dominante et prendra en second lieu une décision conforme au devoir dans le cas d'espèce. Il faut bien sûr tenir compte du fait que l'examen complet dans la procédure de mesures n'est pas définitif.

III. GARANTIE DE LA PARTIE DÉFENDERESSE

Le tribunal peut renoncer à ordonner des mesures provisoires si la partie défenderesse fournit des sûretés appropriées (art. 261, al. 2, CPC). A la lumière de ce qui précède, la mesure provisionnelle n'est pas évitée par la fourniture de sûretés, mais celle-ci - en tant qu'expression du principe de proportionnalité au niveau de l'élaboration du contenu de la mesure - est elle-même la mesure provisionnelle avec un contenu particulier. La garantie ne peut donc être ordonnée que si les conditions pour l'adoption d'une mesure provisionnelle sont remplies. 42

D'un point de vue fonctionnel, la fourniture de sûretés par la partie adverse au sens de l'art. 261, al. 2, CPC - contrairement à celle de la partie requérante au sens de l'art. 264, al. 2, CPC - ne vise pas à atténuer les conséquences d'une mesure provisionnelle injustifiée, mais plutôt à satisfaire efficacement le besoin de protection de la partie requérante. C'est là que réside le nœud du problème, c'est pourquoi la fourniture de sûretés par la partie adverse fait figure de "murmure" dans la doctrine et la jurisprudence, non seulement sous l'ancien droit, mais aussi sous le CPC. En effet, si un préjudice difficilement réparable menace, la garantie de la partie adverse, comprise dans le sens d'une caution purement pécuniaire, ne peut guère satisfaire entièrement le besoin de protection juridique de la partie requérante, car la caution ne représente qu'une garantie d'exécution d'une éventuelle demande de dommages-intérêts. La caution ne permet donc pas d'éliminer les difficultés 43

de preuve liées à la demande de dommages-intérêts ou de remédier à des préjudices immatériels imminents. D'autre part, si une simple caution devait suffire à satisfaire le besoin de protection juridique de la partie requérante, le motif de la décision, c'est-à-dire le préjudice qui ne peut être facilement réparé, ne devrait régulièrement pas être donné en soi, de sorte que la question de la garantie appropriée de la partie défenderesse ne se pose pas. C'est donc à juste titre qu'il est indiqué que la partie défenderesse ne peut que réfuter des problèmes de solvabilité en fournissant une garantie.

44 La question de savoir si d'autres types de sûretés sont admissibles en plus de la caution en espèces ou par garantie, dans le sens d'une application par analogie de l'art. 100, al. 1, CPC, n'est pas entièrement clarifiée. Dans la doctrine, il est indiqué qu'une garantie appropriée peut consister à déposer l'objet de la vente litigieuse de manière à ce qu'il soit inaccessible ou à faire cesser l'état prétendument illicite. En revanche, une simple déclaration écrite de la part de la partie adverse ne suffit généralement pas à constituer une garantie adéquate. La question de savoir si une déclaration d'abstention contenant la promesse d'une amende massive et concrètement désignée en cas d'infraction peut servir de garantie adéquate est également discutée. Une partie de la doctrine rejette cette hypothèse, car la peine conventionnelle, même si elle est importante, ne peut pas couvrir plus que le préjudice effectivement subi, ne constitue en revanche pas une pénalité et, dans le procès en dommages-intérêts, l'excédent devrait être libéré par la partie adverse. A mon avis, ce motif doit être rejeté. Dans la mesure où l'on conçoit la garantie selon l'art. 261 al. 2 CPC comme une peine conventionnelle, son appréciation est régie par le droit matériel, c'est-à-dire le droit général des obligations. Selon l'art. 161 al. 1 CO, la peine conventionnelle est échue, même si le créancier n'a subi aucun dommage. Dans ce contexte, la totalité de la peine conventionnelle est due - sous réserve d'une peine conventionnelle excessivement élevée selon l'art. 163 al. 3 CO - même si un éventuel dommage effectif est inférieur à la peine. Toutefois, si la partie adverse fait une déclaration d'abstention garantie par une peine conventionnelle massive, le droit de disposition, c'est-à-dire le premier risque de commission ou de répétition, devrait régulièrement disparaître, de sorte que la question d'une garantie ne se pose même pas.

45 Etant donné que la maxime de disposition s'applique également dans la procédure de mesures, le défendeur doit, pour l'ordonnance d'une garantie,

déposer une demande avec la réponse à la demande qui - dans la mesure où cela peut être exigé du défendeur - précise le type et l'étendue de la garantie. Il est également possible de fournir ultérieurement des sûretés pour lever une mesure provisionnelle déjà ordonnée. Le texte de loi parle enfin à l'art. 261 al. 2 CPC de "fournit", ce qui indique qu'il ne s'agit pas de la demande ou de l'offre de la garantie, mais de la fourniture effective de celle-ci par la partie adverse. Cela correspond également à la jurisprudence plutôt stricte du Tribunal fédéral concernant l'ancien droit. La doctrine critique parfois cette pratique, car dans ce cas, la partie adverse ne sait même pas quel doit être le montant des sûretés appropriées. En effet, il faudra accorder une certaine flexibilité au tribunal sur le plan temporel en raison de considérations téléologiques. En règle générale, il devrait être indiqué que le tribunal qui souhaite accepter la sûreté fixe un délai à la partie défenderesse pour fournir la sûreté après avoir respecté le droit d'être entendu de la partie requérante dans la procédure de mesure. Mais il est également possible de prendre la décision de mesure et de faire dépendre la mesure du fait que la garantie ordonnée ne soit pas reçue dans le délai fixé. Le choix de la procédure est laissé à l'appréciation du tribunal et devrait dépendre essentiellement des circonstances du cas d'espèce. En revanche, le tribunal ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation - contrairement à la formulation de la loi "peut" - en ce qui concerne l'ordonnance d'une garantie, dans la mesure où la partie défenderesse a déposé une demande suffisante et où le tribunal estime que la garantie est appropriée.

IV. PROCÉDURE D'ADOPTION DE MESURES PROVISOIRES

A. Compétence dans les affaires internes

1. Compétence territoriale

a. Généralités

Selon l'art. 13 CPC, sauf disposition contraire de la loi, le tribunal compétent pour ordonner des mesures provisoires est obligatoirement celui du lieu où la compétence est donnée pour la cause principale (let. a) ou celui où la mesure doit être exécutée (let. b). L'art. 13 CPC met à la disposition de la partie requérante un for alternatif obligatoire au lieu du tribunal compétent pour la cause principale ou au lieu d'exécution de la mesure. La partie requérante 46

doit rendre vraisemblables les faits qui fondent la compétence. S'il s'agit de faits doublement pertinents, le tribunal doit en principe se fonder d'abord sur les allégations de la partie requérante pour examiner la compétence.

47 Le for du lieu où la compétence est donnée dans la cause principale se détermine selon les règles générales de compétence des art. 9 ss ou 20 ss CPC. CPC. Le lieu d'exécution est "le lieu où le contenu de la mesure provisoire doit être rendu directement efficace par l'application de la contrainte juridique". Il dépend essentiellement du contenu de la demande de mesure. Pour les mesures conservatoires, il devrait en règle générale se situer au lieu de l'objet à garantir et pour les mesures de prestation au lieu de la fourniture de la prestation ou du respect de l'omission.

b. Droit de choix de la partie requérante / problèmes de coordination

48 L'art. 13 CPC ouvre à la partie requérante un droit d'option entre le for du lieu de la cause principale et celui du lieu d'exécution. Comme la loi ne contient pas de différenciation à ce sujet, ce droit d'option existe en principe aussi bien pour les mesures provisionnelles prises avant que pour celles prises pendant la litispendance de la procédure au fond.

49 Selon l'opinion dominante, le droit d'option de la partie requérante est toutefois limité lorsque la procédure au fond est déjà pendante. Dans ce cas, la partie requérante ne doit plus pouvoir choisir entre tous les tribunaux du fond potentiels, mais uniquement entre celui devant lequel la cause principale est pendante et celui du lieu d'exécution. Il convient de se rallier à ce point de vue. En effet, pendant que la cause principale est déjà pendante, il n'existe en principe pas d'autre compétence dans la cause principale qui pourrait être saisie pour la procédure de mesure selon l'art. 13 let. a CPC en raison de l'effet de blocage de la procédure (principale) pendante (cf. art. 64 al. 1 let. a CPC). En outre, des considérations d'économie de procédure plaident en faveur de ce point de vue, car deux tribunaux du fond différents ne devraient pas avoir à traiter simultanément des questions similaires.

50 Selon l'opinion dominante, l'exercice du droit d'option pour la procédure en matière de mesures avant la litispendance de l'affaire principale n'oblige pas la partie requérante - en raison de l'absence d'effet de fixation de la requête en matière de mesures - à mener l'action en production ou la procédure au fond devant le tribunal du fond choisi pour la procédure en matière de mesures. Ce

point de vue doit être approuvé de lege lata, bien que de lege ferenda, il faudrait à mon avis se demander si, dans cette situation de fait également, des raisons importantes d'économie de procédure ne plaident pas en faveur du fait que deux tribunaux du fond potentiels différents ne doivent pas s'occuper de questions similaires dans le même litige.

Le droit d'option de la partie requérante ouvre par conséquent une possibilité 51
de forum shopping qui mérite d'être prise en considération dans le cadre de la consultation d'avocat. Il est par exemple possible d'utiliser à son profit les éventuelles différences de jurisprudence intracantonale et intercantonale, d'attaquer la partie adverse dans la procédure de mesure pendant la procédure au fond pendante devant le tribunal du lieu d'exécution et d'ouvrir ainsi un "deuxième front" ou, après une décision de mesure négative, d'engager la procédure au fond devant un tribunal au fond alternatif (éventuellement plus bienveillant et non prévenu).

c. Accords d'élection de for

Compte tenu de la nature contraignante de l'art. 13 CPC, la conclusion d'une 52
convention d'élection de for portant uniquement sur la compétence de prononcer des mesures provisoires est interdite (cf. art. 9, al. 2, CPC). En revanche, on peut se demander dans quelle mesure la convention d'élection de for au fond se répercute sur la compétence en matière de mesures selon l'art. 13 CPC.

Selon l'opinion dominante, l'effet de prorogation et de dérogation d'une 53
convention d'élection de for dans la cause principale se répercute sur la compétence en matière de mesures au lieu de la cause principale (art. 13 let. a CPC), mais même en cas de convention exclusive d'élection de for dans la cause principale, il subsiste en tout cas une compétence en matière de mesures au lieu d'exécution (art. 13 let. b). Ce point de vue doit être approuvé. L'art. 13 let. a CPC ne règle pas lui-même les fors principaux pertinents pour la compétence en matière de mesures, mais renvoie pour cela aux règles générales de compétence. Dans la mesure où une convention d'élection de for est autorisée dans la cause principale, son effet de prorogation et de dérogation doit se répercuter indirectement sur le champ d'application de l'art. 13 let. a CPC. Outre le tribunal principal convenu (le cas échéant aussi exclusivement), la compétence en matière de mesures au lieu d'exécution

subsiste toutefois, puisque ce for en matière de mesures est directement déclaré obligatoire par l'art. 13 let. b CPC.

2. Compétence matérielle

54 La compétence matérielle et fonctionnelle est en principe régie par le droit cantonal (art. 4 al. 1 CPC). Il existe une exception lorsque le CPC exige qu'un litige soit jugé par une seule instance cantonale (art. 5, al. 1, CPC) ou lorsqu'un canton prévoit un tribunal de commerce pour les litiges relevant du droit commercial (art. 6, al. 1, CPC). Dans ces cas, ce tribunal est obligatoirement compétent pour ordonner des mesures provisoires avant la litispendance de l'affaire principale (art. 5 al. 2 et art. 6 al. 2 CPC). Selon l'opinion dominante, il en va de même - bien que la loi ne l'ait pas prévu jusqu'à présent - dans le cadre d'une action directe devant le tribunal supérieur (art. 8 CPC).

55 Dans la doctrine, lorsque la partie demanderesse (ou requérante) peut choisir entre le tribunal de commerce et le tribunal ordinaire en vertu de l'art. 6, al. 3, CPC, on soutient, pour des raisons d'économie de procédure, que le choix du tribunal des mesures compétent à raison de la matière pour la procédure de mesures consomme la possibilité de choix concernant le tribunal dans la procédure au fond. Ce point de vue doit à mon avis être rejeté - malgré les avantages incontestés d'une telle procédure en termes d'économie de procédure. La demande de mesures n'a aucun effet de fixation sur la procédure au fond en ce qui concerne la compétence territoriale. D'un point de vue systématique, rien d'autre ne peut s'appliquer à la compétence matérielle, d'autant plus que, selon la constellation concrète, il ne doit pas nécessairement exister un tribunal de commerce au for alternatif (local). L'argument de l'économie de procédure ne peut pas non plus être retenu, car l'art. 13 CPC en vigueur permet justement le forum shopping. Il convient d'accepter cette décision de lege lata.

B. Situation internationale

1. Compétence

a. Compétence internationale selon la LDIP

i. Généralités

Dans le champ d'application de la LDIP, l'art. 10 LDIP prévoit que les tribunaux ou autorités suisses compétents pour ordonner des mesures provisoires sont en principe ceux qui sont compétents au fond (let. a) ou ceux du lieu où la mesure doit être exécutée (let. b) ; il existe en outre d'autres compétences spécifiques en matière de mesures dans les chapitres particuliers de la LDIP. Contrairement à la réglementation précédente, la disposition inspirée de l'art. 13 CPC ne règle donc plus seulement la compétence internationale, mais aussi la compétence territoriale. 56

En ce qui concerne la détermination du for au lieu de la cause principale, il convient de tenir compte des dispositions pertinentes de la LDIP. En revanche, pour le lieu d'exécution, on peut en principe se référer aux explications relatives à l'art. 13 CPC. 57

ii. Droit de choix de la partie requérante / problèmes de coordination

L'art. 10 LDIP ouvre à la partie requérante un droit d'option entre le for du lieu de la cause principale et celui du lieu d'exécution. Bien que l'art. 10 LDIP - tout comme l'art. 13 CPC - ne fasse pas de distinction entre les mesures provisoires prises avant et pendant la litispendance de la procédure au fond, l'étendue du droit d'option en cas de procédure au fond pendante à l'étranger ou en Suisse est controversée dans les détails. 58

Le Tribunal fédéral a protégé, dans le cadre de l'arbitraire, aussi bien l'opinion selon laquelle le tribunal suisse peut en tout cas être compétent à titre subsidiaire sur la base du for du lieu de la cause principale si le tribunal étranger déjà saisi n'a pas ordonné de mesures provisoires, que celle selon laquelle la compétence internationale incontestée du tribunal étranger pour connaître de la cause principale exclut l'ordonnance de mesures provisoires sur la base du for du lieu de la cause principale. Les avis sont également partagés dans la doctrine. Les meilleures raisons plaident en faveur de la négation de la compétence des tribunaux suisses pour prendre des mesures sur la base d'un for principal suisse potentiel lorsque la procédure principale étrangère est en cours. On peut certes objecter que, malgré la suspension de la procédure au fond (art. 9 LDIP), il n'est pas garanti qu'une décision (de mesure) reconnaissable en Suisse puisse être rendue dans une procédure au fond étrangère déjà pendante et que le droit suisse porte à cet égard une responsabilité résiduelle pour la protection effective des droits subjectifs des parties concernées. Il suffit toutefois, à mon avis, de mettre à la disposition de 59

la partie requérante la compétence alternative en matière de mesures au lieu d'exécution en Suisse. Même si la procédure principale est en cours en Suisse, la partie requérante ne peut pas (comme dans le cas de l'art. 13 CPC) choisir un autre tribunal suisse potentiel pour la procédure principale.

60 Contrairement à l'art. 13 CPC, le for des mesures au lieu d'exécution suisse n'est pas disponible sans condition selon la jurisprudence du Tribunal fédéral lorsque la procédure principale étrangère est déjà en cours. Selon la jurisprudence relative à l'art. 10 aIPRG, issue du droit international du divorce, il faut une nécessité ou une urgence accrue pour l'adoption de mesures nationales pour que la compétence en matière de mesures au for de l'exécution en Suisse soit accordée alors qu'une procédure étrangère au fond est en cours. Selon le Tribunal fédéral, il faut répondre par l'affirmative notamment dans les groupes de cas suivants : (i) lorsque le droit applicable par le tribunal étranger ne connaît pas de réglementation comparable à l'art. 276 CPC ; (ii) lorsque les décisions de mesures prises par le tribunal du divorce étranger ne peuvent pas être exécutées au domicile suisse des parties ; (iii) lorsque des mesures doivent être ordonnées pour garantir l'exécution future sur des biens en Suisse ; (iv) lorsqu'il y a péril en la demeure ou (v) lorsqu'on ne peut pas s'attendre à ce que le tribunal étranger rende sa décision dans un délai raisonnable. Le Tribunal fédéral s'est d'abord référé à cette jurisprudence dans un litige successoral concernant l'article 10 aLDIP et l'a ensuite confirmée dans le cadre de l'article 10 LDIP.

61 Il n'est pas certain que cette jurisprudence consolidée du Tribunal fédéral soit convaincante à tous égards. A première vue, on pourrait argumenter qu'en raison du respect envers le tribunal principal étranger déjà saisi et de l'idéal de la concordance internationale des décisions, il n'est pas opportun d'affirmer une compétence sans condition en matière de mesures au lieu d'exécution en Suisse. Cet argument n'est toutefois que partiellement convaincant si l'on considère que la capacité de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères de mesures sous la LDIP n'est pas garantie dans de nombreux cas par la juridiction suprême. En revanche, le fait que les mesures provisoires prises par un tribunal au lieu d'exécution puissent être exécutées plus rapidement et sans problème plaide d'autant plus en faveur d'une compétence alternative sans condition en matière de mesures au lieu d'exécution, notamment dans les relations internationales. Dans ce contexte, il semble en

tout cas approprié que l'exigence du Tribunal fédéral d'une nécessité ou d'une urgence accrue soit comprise de manière généreuse.

Enfin, il n'apparaît pas clairement si les conditions restrictives pour l'invocation du lieu d'exécution doivent également être appliquées lorsque la procédure au fond est déjà en cours en Suisse. A notre avis, on pourrait tout à fait répondre par l'affirmative à cette question, compte tenu de l'intérêt bien moindre de la partie requérante à ce que la mesure soit exécutée au for suisse en cas de litispendance de la procédure au fond devant un tribunal au fond suisse plutôt qu'étranger. Mais comme l'art. 10 LDIP s'appuie largement sur l'art. 13 CPC et qu'il autorise un forum shopping correspondant, il y a de meilleures raisons d'admettre une compétence alternative pour les mesures au lieu d'exécution suisse lorsque la procédure au fond est pendante en Suisse, d'autant plus qu'il n'existe en principe pas de base légale explicite pour les conditions restrictives. 62

iii. Conventions d'élection de for

Selon la doctrine dominante, l'effet de prorogation et de dérogation d'une convention d'élection de for dans la cause principale se répercute également sur la compétence en matière de mesures au lieu de la cause principale (art. 10 let. a LDIP), de sorte que seuls les tribunaux convenus peuvent être saisis à ce titre. En revanche, il est moins clair sous l'empire de la LDIP de savoir si, en cas de convention exclusive d'élection de for dans la cause principale, une compétence en matière de mesures au lieu d'exécution suisse (art. 10, let. b LDIP) subsiste ou non. A cet égard, il convient à mon avis de distinguer deux ensembles de questions : D'une part, il s'agit de savoir si la compétence en matière de mesures au lieu d'exécution suisse est de nature impérative - comme sous le CPC - de sorte qu'un effet dérogatoire d'une convention d'élection de for dans la cause principale doit être rejeté pour cette raison déjà. D'autre part, il convient d'examiner si, du point de vue de la volonté des parties, une convention d'élection de for au fond couvre, dans un cas concret, la compétence en matière de mesures au lieu d'exécution. 63

Contrairement à l'art. 13 CPC, le libellé de l'art. 10 LDIP ne stipule pas expressément que la compétence en matière de mesures au lieu d'exécution est de nature impérative. A mon avis, on ne peut toutefois pas en déduire en soi qu'elle n'est pas de nature impérative, car la LDIP suit une autre technique de réglementation que le CPC. En effet, selon la LDIP, la nature impérative 64

d'un for doit être déterminée sur la base de l'interprétation de la norme concrète. Certes, le caractère impératif de l'art. 13 let. b CPC pour les cas internes ne signifie pas automatiquement que le for du lieu d'exécution suisse est également de nature impérative selon la LDIP. Néanmoins, on peut faire valoir que l'art. 10 LDIP s'est largement inspiré de l'art. 13 CPC. En outre, il ne semble pas tout à fait congruent de justifier le caractère impératif dans les relations internes, entre autres, par le fait qu'une mesure peut être ordonnée et exécutée plus rapidement au lieu d'exécution, mais de le nier dans les relations internationales, bien qu'il existe ici, en tout cas sous la LDIP, des incertitudes considérables en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères en matière de mesures. Dans ce sens, le droit à une protection juridique effective plaide à mon avis plutôt en faveur d'une nature contraignante de la compétence en matière de mesures au lieu d'exécution suisse.

65 En revanche, dans la doctrine, la discussion ne porte pas sur la question de la nature impérative de la compétence en matière de mesures au lieu d'exécution, mais sur celle de la volonté des parties. Cette question ne se pose bien sûr que si l'on ne part pas du principe de la nature impérative de la compétence de la mesure au lieu d'exécution. Selon une partie importante de la doctrine, les parties ne devraient pas, lors de la conclusion de la convention d'élection de for, envisager toutes les éventualités de la protection juridique préventive, de sorte qu'une dérogation au for du lieu d'exécution ne correspondrait pas, dans le doute, à la volonté des parties et que son acceptation ne se justifierait à cet égard que si la convention faisait explicitement référence à la protection juridique préventive. En revanche, la jurisprudence a tendance à être plus généreuse en partant du principe que la dérogation contenue dans la convention d'élection de for se réfère également à la protection juridique provisoire. La situation dans laquelle une protection juridique effective est rendue impossible par la convention exclusive d'élection de for n'est toutefois plus couverte par la volonté des parties. En ce sens, il doit rester possible, malgré la convention d'élection de for, de demander une protection juridique provisoire devant un autre tribunal que celui auquel le privilège exclusif a été accordé, au moins lorsque cet autre tribunal est seul en mesure d'ordonner à temps une mesure immédiatement exécutoire.

b. Compétence internationale selon la CL

i. Généralités

La CL s'applique si la demande principale à garantir doit être qualifiée de matière civile et commerciale et n'est soumise à aucune exclusion. En outre, la partie défenderesse doit - sous réserve d'une convention d'élection de for (art. 23 CL) ou d'une compétence exclusive (art. 22 CL) - être domiciliée dans un État contractant (art. 1, art. 2 et art. 4, al. 1, CL). Dans son champ d'application, la CL prime la LDIP (cf. art. 1, al. 2, LDIP). 66

Le tribunal compétent pour ordonner "ses" mesures provisoires (nationales) en vertu de la CL est en premier lieu le tribunal de première instance selon les art. 2 et 5 ss. CL, le tribunal principal désigné est compétent. Cela n'est certes pas expressément réglé dans la CL, mais découle du principe largement reconnu au niveau international et confirmé par la CJCE selon lequel le tribunal compétent pour connaître de l'affaire principale doit également pouvoir ordonner des mesures provisoires. En outre, il existe également, sous certaines conditions restrictives, une compétence en matière de mesures selon l'art. 31 CL en relation avec le droit national. 67

ii. Compétence en matière de mesures selon l'art. 31 CL en relation avec le droit national

Outre le juge du fond, les mesures provisoires prévues par le droit d'un État contractant, y compris celles qui visent à obtenir une sûreté, peuvent être demandées aux juridictions de cet État en vertu de l'art. 31 CL, même si un autre État contractant est compétent pour connaître du fond. L'art. 31 CL est donc une porte ouverte à des compétences exorbitantes (nationales) en matière de mesures, raison pour laquelle la pratique s'efforce de restreindre son champ d'application. Cette limitation se fait essentiellement par le biais de la notion autonome de mesure provisoire et de l'exigence supplémentaire d'un lien réel. 68

Selon la CJCE, ne sont considérées comme des mesures provisoires au sens de l'art. 31 CL que les mesures destinées à empêcher une modification de la situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée à la juridiction compétente pour connaître du fond. En outre, compte tenu de la possibilité de contourner les juridictions du fond prévues par la CL au moyen de compétences exorbitantes 69

en matière de mesures, la CJCE exige qu'il existe un lien réel entre l'objet de la mesure sollicitée et la compétence territoriale de la juridiction saisie. La CJCE est même encore plus restrictive en ce qui concerne les mesures d'exécution qui ont pour effet l'exécution provisoire de la demande au fond. Pour de telles mesures de prestation, il n'y a de compétence via l'art. 31 CL que si la partie requérante garantit, sur la base d'une garantie, que la partie défenderesse récupérera le montant déjà payé en cas de victoire dans le litige principal et que la mesure ne concerne que des biens qui se trouvent ou devraient se trouver dans le domaine de compétence territoriale du tribunal compétent pour la mesure.

iii. Droit d'option de la partie requérante / problèmes de coordination

70 Selon l'opinion dominante, la partie requérante peut en principe choisir, avant la litispendance de l'affaire principale, entre tous les tribunaux du fond virtuellement compétents selon la CL. Le droit de choix ne peut toutefois se rapporter qu'aux tribunaux du fond que la partie requérante pourrait saisir elle-même si elle déposait une demande.

71 En revanche, la question de savoir si le droit d'option pour la procédure sur mesures en ce qui concerne les juridictions virtuelles du fond subsiste même après la litispendance de l'affaire principale dans un autre État contractant n'est pas entièrement résolue. Une partie de la doctrine accorde à la partie requérante, dans ce cas également, un droit de choix illimité parmi les tribunaux virtuels du fond. Cette position est motivée par le fait que rien d'autre ne peut être déduit de la convention et que l'opinion contraire limite fortement l'efficacité de la protection juridique préventive en Europe. D'autres avis doctrinaux nient en revanche un droit d'option illimité et n'accordent la compétence en matière de mesures à d'autres juridictions virtuelles principales que dans les conditions restrictives de l'art. 31 CL en relation avec le droit national. A mon avis, il faut plutôt se rallier à cette dernière opinion. Étant donné que les droits nationaux prévoient régulièrement une compétence en matière de mesures au lieu d'exécution ou dans des lieux similaires, une protection juridique préventive efficace est garantie par l'art. 31 CL et le droit national. Il n'est donc pas nécessaire de prévoir une compétence illimitée en matière de mesures dans un tribunal du fond qui n'est que théoriquement compétent.

iv. Conventions d'élection de for

Aux conditions de l'art. 23 CL, des conventions d'élection de for peuvent également être conclues sous l'empire de la CL, qui ont des effets sur la compétence en matière de mesures. L'étendue de l'effet dérogatoire d'une convention exclusive d'élection de for pour la compétence en matière de mesures au lieu de la cause principale et pour celle selon l'art. 31 CL en relation avec le droit national n'est pas entièrement clarifiée. 72

Selon l'opinion dominante, une convention exclusive d'élection de for dans la cause principale déroge en tout cas à la compétence en matière de mesures devant d'autres tribunaux virtuels du fond. Il convient, à mon avis, de souscrire à cette opinion. Dans cette constellation, d'autres tribunaux du fond ne sont plus compétents pour connaître de l'affaire principale, de sorte que la compétence en matière de mesures des tribunaux du fond virtuels fondée sur la compétence au fond doit également être supprimée sous la CL. Il est en revanche plus difficile de déterminer si la compétence en matière de mesures selon l'art. 31 CL en lien avec le droit national peut également être écartée. La question de savoir si cette question doit être jugée selon la lex fori ou de manière autonome selon la CL est déjà controversée. Selon le Tribunal fédéral et la doctrine suisse majoritaire, cette question est régie par la lex fori, c'est-à-dire, en Suisse, par la LDIP. Il en va ainsi qu'une convention exclusive d'élection de for dans la cause principale déroge en principe aussi à la compétence en matière de mesures selon l'art. 31 CL en relation avec le droit national, dans la mesure où ce tribunal n'est pas seul en mesure d'ordonner à temps une mesure immédiatement exécutoire. A notre avis, les conditions et les effets d'une convention d'élection de for sont en revanche réglés de manière autonome et exhaustive par la CL, de sorte qu'un recours au droit national n'est pas admissible pour cette question, malgré le renvoi global de l'art. 31 CL. Selon la CL, c'est donc la volonté des parties qui est en principe déterminante pour l'appréciation de l'effet dérogatoire ; à mon avis, en l'absence de référence expresse à la compétence en matière de mesures, il faut plutôt partir du principe que les parties n'ont pas voulu déroger à cette compétence. 73

2. Droit applicable

La question du droit applicable aux mesures provisoires est très controversée, du moins lorsque la LDIP ne règle pas elle-même la question (voir p. ex. l'art. 62, al. 2, LDIP). 74

75 Dans la doctrine, une tendance se dessine de soumettre la question du droit à une décision à la lex causae applicable au fond, mais de juger les autres conditions et aspects procéduraux selon la lex fori. Une décision du Tribunal fédéral concernant le séquestre va également dans ce sens, selon laquelle la question de l'exigibilité de la créance du séquestre ne doit pas simplement être jugée selon le droit suisse, mais selon le droit étranger applicable. Cela semble à mon avis approprié. Les mesures provisionnelles ne sont pas une fin en soi, mais servent à la réalisation du droit matériel dans la cause principale. Or, si le droit étranger est applicable dans la cause principale, il ne peut en principe pas être question, pour l'appréciation du droit à une décision dans la procédure de mesures, de savoir si ce droit serait donné ou non selon la lex fori éventuellement non applicable dans la cause principale. Pour la même raison, la détermination de la lex causae dans le cas d'une procédure au fond pendante à l'étranger - dans la mesure où le tribunal suisse est tenu de respecter sa compétence - ne devrait pas se fonder sur la LDIP suisse, mais sur le DIP de l'Etat judiciaire étranger.

76 Une autre question est en revanche de savoir comment déterminer le contenu du droit étranger. En principe, cela doit également être évalué dans la procédure de mesures selon l'art. 16 LDIP. Selon l'art. 16 al. 1 LDIP, le contenu du droit étranger applicable doit être constaté d'office, la collaboration des parties pouvant être exigée. Dans les affaires patrimoniales, la preuve du droit étranger peut même être confiée aux parties. En cas d'impossibilité de déterminer le droit étranger, l'art. 16 al. 2 LDIP prévoit l'application du droit suisse comme droit de substitution. Il convient toutefois de noter que, selon le Tribunal fédéral, les exigences relatives à la constatation d'office du droit étranger diminuent avec l'urgence croissante de la procédure de mesures, de sorte qu'il n'est en tout cas pas arbitraire, dans la procédure de séquestre (et probablement aussi dans d'autres procédures de mesures superprovisionnelles), d'appliquer directement le droit suisse de substitution. Dans ce sens, la partie requérante qui est intéressée par l'application du droit étranger est bien avisée d'apporter de son propre chef, dans la mesure du possible, la preuve du droit étranger.

3. Reconnaissance et exécution

a. Reconnaissance et exécution selon la LDIP

La possibilité de reconnaître des décisions étrangères relatives à des mesures provisoires selon les art. 25 ss. LDIP est controversée dans la doctrine, dans la mesure où elle n'est pas spécialement réglée dans des normes particulières de la LDIP (voir p. ex. l'art. 96 al. 3 LDIP), et n'a toujours pas été clarifiée par le Tribunal fédéral - pour autant que l'on puisse le voir - en tant que juge suprême. Une présentation détaillée de l'état de l'opinion dans toutes ses ramifications dépasse le cadre de ce commentaire, raison pour laquelle nous y renonçons ici. La discussion porte principalement sur la question de savoir si les décisions de mesures provisionnelles peuvent remplir la condition de l'autorité formelle de la chose jugée ou du caractère définitif selon l'art. 25 let. b LDIP. A mon avis, la réponse est plutôt affirmative, car les décisions de mesures peuvent également avoir l'autorité formelle de la chose jugée, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent plus être contestées par des voies de recours ordinaires. Les décisions de mesures peuvent donc tout à fait remplir la première alternative de l'art. 25 let. b LDIP, raison pour laquelle leur capacité de reconnaissance et d'exécution ne peut pas, à mon avis, être niée par principe, même sous le régime de la LDIP. 77

b. Reconnaissance et exécution selon la CL

Les ordonnances extraterritoriales de protection juridique provisoire d'un État contractant dans le champ d'application matériel de la CL sont en principe des décisions au sens de l'art. 32 CL. En tant que telles, elles peuvent être exécutées dans les conditions générales des art. 33 ss. La CL peut être reconnue et exécutée ou déclarée exécutoire dans tous les autres États contractants. Outre les conditions générales, il convient toutefois de tenir compte de certaines particularités pour les décisions sur mesures. 78

Selon la CJCE, pour qu'une décision sur mesures puisse être reconnue et exécutée, il faut que la partie adverse ait été entendue dans l'État d'origine dans le cadre d'une procédure contradictoire. Il suffit que la partie adverse ait pu théoriquement être entendue avant la reconnaissance et l'exécution de la mesure dans l'Etat d'origine ou qu'elle ait pu théoriquement contester la décision. Cette jurisprudence a surtout des conséquences pour la capacité de reconnaissance et d'exécution des décisions dites ex parte ou des mesures 79

superprovisoires. Selon le droit suisse, une procédure de mesures provisoires a lieu d'office après une procédure de mesures superprovisionnelles afin de garantir le droit d'être entendu de la partie adverse et de réexaminer la décision de mesures superprovisionnelles (cf. art. 263 al. 2 CPC). Dans ce contexte, on pourrait se demander si la décision de mesure superprovisoire (suisse) peut être reconnue et exécutée selon la CL déjà après l'octroi du droit d'être entendu, mais avant la fin de la procédure de confirmation dans les autres Etats contractants. Le droit d'être entendu n'implique pas seulement le droit pour la partie adverse de s'exprimer, mais aussi - en tout cas dans une certaine mesure - l'obligation pour le tribunal de tenir compte de ces observations dans sa décision. A mon avis, il y a donc de meilleures raisons de répondre par la négative à la question posée, ce qui signifie que les décisions superprovisionnelles de droit suisse en matière de mesures ne peuvent pas être reconnues et exécutées dans les autres Etats contractants en vertu de la Convention de Lugano. La décision de mesure confirmant la mesure superprovisoire peut toutefois être reconnue et exécutée selon la CL. En revanche, les décisions superprovisionnelles étrangères peuvent être reconnues et exécutées en Suisse conformément à la CL, dans la mesure où le délai de recours ou un délai pour mener une procédure contradictoire a déjà expiré sans avoir été utilisé.

80 Des particularités existent ensuite pour les décisions sur mesures rendues sur la base d'une compétence selon l'art. 31 CL en relation avec le droit national. Selon la CJCE, il convient d'examiner, dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution de telles décisions relatives à une mesure de prestation, si celle-ci constitue, selon les critères de la CJCE, une mesure provisoire au sens de l'art. 31 CL, c'est-à-dire que la mesure de prestation n'a été ordonnée que moyennant une garantie et qu'elle ne concerne que des biens qui se trouvent ou devraient se trouver dans le ressort territorial de la juridiction compétente en matière de mesures. La CJCE considère par analogie que cet examen ne constitue pas un contrôle de la compétence du tribunal d'origine. La pertinence de cette classification dogmatique semble pour le moins sujette à discussion, car elle implique de facto un contrôle de la compétence du tribunal d'origine. La question de savoir dans quelle mesure l'élément de lien réel nécessaire à la compétence au sens de l'art. 31 CL doit être vérifié au stade de la reconnaissance et de l'exécution n'est pas non plus entièrement résolue. En ce qui concerne les mesures d'exécution, la question devrait de toute façon être largement superflue en raison de la limitation conceptuelle

des mesures provisoires aux biens relevant de la compétence territoriale du tribunal d'origine. Compte tenu de l'idée de protection comparable, à savoir que le lien réel devrait également empêcher le contournement des règles de compétence dans la procédure au fond, il semble à mon avis tout à fait évident de vérifier également le lien réel pour les autres types de mesures au stade de la reconnaissance et de l'exécution. Au vu de ce qui précède, il ne devrait donc guère y avoir de place pour la reconnaissance et l'exécution de mesures extraterritoriales sur la base de l'art. 31 CL en relation avec le droit national. C'est pourquoi la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives à des mesures rendues en vertu de l'art. 35 du règlement européen sur la compétence judiciaire en matière civile et commerciale en relation avec le droit national a même été expressément exclue dans le règlement européen sur la compétence judiciaire en matière civile et commerciale (cf. art. 2, let. a, al. 2 du règlement européen sur la compétence judiciaire en matière civile et commerciale).

C. Demande de mesures

La procédure de mesure est introduite par une requête qui doit en principe être présentée dans les formes prévues à l'art. 130 CPC, mais qui peut aussi, dans les cas simples ou urgents, être déposée oralement auprès du tribunal et consignée au procès-verbal (cf. art. 252 CPC). Pour le reste, les exigences générales de l'art. 221 CPC (en relation avec l'art. 219 CPC) s'appliquent en principe. 81

Dans la doctrine, la question de savoir dans quelle mesure il est nécessaire de spécifier la mesure provisionnelle demandée est discutée. Certains soutiennent que, compte tenu du large pouvoir d'appréciation du tribunal dans la définition du contenu, une demande formulée de manière générale et faisant ressortir l'objectif de protection juridique est suffisante et que le tribunal n'est pas lié par une demande spécifique. Il est objecté à cela que cela contredit l'importance de la demande (en particulier au regard des possibilités de défense de la partie adverse) ou la maxime de disposition, que cela met sérieusement en danger l'indépendance du juge et que la partie requérante doit sinon répondre de manière causale d'une mesure qu'elle n'a peut-être pas du tout voulue ainsi. En principe, il faut partir de l'exigence d'une demande de mesure déterminée. Compte tenu de la marge d'appréciation considérable dont dispose le tribunal, il est à mon avis admissible que le tribunal ordonne 82

une autre mesure (plus appropriée) ou une mesure plus légère que celle demandée. Ceci au moins tant que la mesure n'est pas plus "incisive" pour la partie adverse. La maxime de disposition ne s'applique en ce sens que de manière limitée.

D. Fixation des frais de procédure de la procédure de mesure et leur transfert

83 En ce qui concerne les frais de procédure et leur transfert, ce sont en principe les dispositions générales des art. 95 ss. CPC, étant précisé qu'en vertu de l'art. 99, al. 3, let. c, CPC, la partie défenderesse ne peut pas exiger de sûretés pour ses indemnités de partie. Selon l'art. 104 al. 3 CPC, les frais de procédure de la procédure de mesures peuvent être jugés en même temps que l'affaire principale. Il convient de faire une distinction entre la procédure de mesures avant et pendant une procédure au fond.

84 Selon l'avis général, les frais de la procédure de mesure pendant une procédure au fond ne sont en général fixés et répartis qu'avec la décision finale au fond (et selon son issue) en cas d'acceptation de la demande de mesure. En cas de rejet de la requête de mesure pendant la procédure au fond, la partie requérante est tenue de payer les frais de la procédure de mesure même si elle obtient gain de cause au fond. Le tribunal peut en tenir compte soit dans la décision sur la mesure, soit dans la décision sur le fond.

85 Alors que, selon l'avis général, la partie requérante doit supporter définitivement les frais de procédure selon l'art. 106 al. 1 CPC en cas de rejet de la demande de mesure avant la litispendance de la procédure au fond, la situation juridique est extrêmement controversée en cas d'acceptation de celle-ci. L'opinion dominante estime à mon avis à juste titre que les frais judiciaires de la procédure de mesures sont dans ce cas mis provisoirement à la charge de la partie requérante qui a obtenu gain de cause, l'obligation de verser une indemnité de partie n'étant ordonnée qu'en cas d'omission de la prosecution. Cela correspond en tout cas par analogie à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'administration préventive des preuves. Néanmoins, dans les cas où la partie adverse reconnaît la prétention à la décision de manière pertinente du point de vue du droit procédural pendant le délai de mise en possession, une modification de la répartition des frais en faveur de la partie requérante doit à mon avis être réservée dans la procédure de mesures via l'art. 268 al. 1 CPC.

E. Voies de recours contre les décisions relatives aux mesures

1. Recours selon le CPC

a. Appel (art. 308 ss CPC)

L'appel est en principe ouvert contre les décisions de première instance relatives aux mesures provisionnelles, pour autant qu'il s'agisse d'un litige non pécuniaire ou, dans le cas d'un litige pécuniaire, que la valeur litigieuse des dernières conclusions maintenues soit supérieure à CHF 10'000 (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC) et qu'il n'y ait pas d'exception selon l'art. 309 CPC. Le texte du CPC n'est pas tout à fait précis à cet égard, car seules les décisions de mesures prises en première instance par un tribunal cantonal inférieur peuvent entrer en ligne de compte comme objet de contestation de l'appel. En revanche, les décisions de mesures prises en première instance par l'instance cantonale unique (cf. art. 5 al. 2 CPC, art. 6 al. 5 CPC) ne peuvent être attaquées que selon la LTF. 86

La question de savoir si les décisions de première instance en matière de mesures constituent une catégorie de décisions à part entière est controversée dans la doctrine. A mon avis, la question est surtout de nature théorique, sans que cela n'ait de conséquences pratiques. Même les avis qui considèrent les décisions sur les mesures provisoires comme un type de décision à part entière estiment en effet que toute décision rendue dans le cadre de la procédure de mesures ne peut pas être considérée comme une "décision sur les mesures provisoires" au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (ou également de l'art. 319 let. a CPC). Ainsi, les ordonnances du tribunal des mesures qui ne seraient pas qualifiées de décision finale ou incidente dans la procédure au fond (p. ex. une ordonnance de production) seraient également des décisions d'organisation de la procédure qui ne seraient soumises au recours que dans les conditions de l'art. 319 let. b CPC, même dans la procédure de mesures. De même, les décisions du tribunal des mesures rendues dans le cadre de la procédure de mesures et pouvant être qualifiées de décisions incidentes dans la procédure au fond (par ex. concernant la compétence) sont de toute façon soumises à la réglementation de l'art. 237 al. 2 CPC. Dans cette mesure, l'importance de la mention explicite des décisions relatives aux mesures provisoires se limite à la décision d'acceptation ou de rejet des mesures ou à la décision de non-entrée en matière dans la procédure 87

relative aux mesures. Il semble douteux que cela justifie l'hypothèse d'un type de décision autonome, d'autant plus que, selon le système de recours du CPC, il ne serait de toute façon pas décisif de savoir si l'on veut maintenant considérer la décision de mesure comme une décision finale, partielle ou même intermédiaire, puisqu'elle est soumise aux mêmes règles de contestation.

88 La question de savoir si un appel est possible contre les décisions de mesures superprovisoires est également contestée. Selon l'opinion majoritaire, les mesures superprovisoires ne peuvent pas faire l'objet d'un recours en raison de l'absence d'intérêt à la protection juridique, aussi bien en cas de prononcé que de refus de la mesure. A mon avis, cette exclusion du droit de recours doit être rejetée avec une partie importante de la doctrine, en tout cas en cas de refus de la mesure superprovisionnelle. Selon l'art. 265 al. 1 CPC, la mesure superprovisionnelle requiert une "urgence particulière", ce qui est le cas lorsqu'il apparaît crédible qu'une intervention soudaine (sans audition de la partie adverse) est nécessaire pour éviter des inconvénients inacceptables. Si le tribunal des mesures nie une telle urgence particulière et que le requérant ne dispose d'aucun moyen de recours, l'ordre juridique accepte, en cas de négation injustifiée de l'urgence particulière, qu'aucune protection juridique effective ne soit plus possible dans la "procédure normale de mesures". Toujours est-il que même le Tribunal fédéral autorise, à titre exceptionnel, un recours direct au Tribunal fédéral dans certaines matières particulièrement sensibles.

89 La question de la détermination de la valeur litigieuse ou de la nature patrimoniale de la décision relative à la mesure ne semble pas non plus totalement clarifiée. L'opinion majoritaire est que la valeur litigieuse ou la nature de la mesure provisionnelle en soi sont déterminantes. D'autres, en revanche, se basent sur l'affaire principale, comme pour les décisions partielles et incidentes. Le Tribunal fédéral suit en principe cette dernière opinion pour la LTF. Dans la mesure où il qualifie la mesure provisionnelle en question de décision incidente notifiée de manière autonome (au sens de la LTF), il se base sur la valeur litigieuse ou la nature de l'affaire principale, pour autant que celle-ci soit encore litigieuse. Ce n'est que lorsqu'il qualifie exceptionnellement la décision de mesure de décision finale qu'il semble se baser de manière générale sur la valeur litigieuse de la mesure. En revanche, le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé directement sur la situation

juridique selon l'art. 308 al. 2 CPC - pour autant qu'on puisse le voir. A mon avis, pour des raisons de congruence du système de recours, il faut partir des mêmes principes pour le CPC que pour la procédure devant le Tribunal fédéral. Il faut donc se baser sur la valeur litigieuse ou la nature de l'affaire principale, dans la mesure où la mesure sert (encore) à garantir une prétention au fond. Cela vaut en principe aussi bien lorsque la mesure a été prise pendant une procédure au fond que lorsque la mesure provisoire a été prononcée avant la litispendance de l'affaire principale.

Pour le reste, la procédure d'appel est régie par les dispositions générales des articles 310 et suivants. CPC, avec certaines particularités. Comme les décisions sur les mesures sont rendues en procédure sommaire (art. 248 let. d CPC), le délai d'appel n'est que de 10 jours (art. 314 al. 1 CPC), pour lequel aucun férié judiciaire n'est applicable (art. 145 al. 2 let. b CPC). Un appel joint n'est pas admissible (art. 314 al. 2 CPC). Enfin, l'appel contre les décisions relatives aux mesures provisoires n'a en principe pas d'effet suspensif (art. 315 al. 4 let. b CPC). Celui-ci peut toutefois être accordé à titre exceptionnel si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable (art. 315 al. 5 CPC). Selon le Tribunal fédéral, le sursis à l'exécution ne peut pas être refusé lorsqu'il s'agit d'une mesure de prestation qui peut avoir un effet définitif, à moins que l'appel ne paraisse d'emblée manifestement infondé ou manifestement irrecevable. 90

b. Recours (art. 319 ss. CPC)

Les décisions de première instance relatives aux mesures provisoires qui ne sont pas susceptibles d'appel peuvent faire l'objet d'un recours (art. 319 let. a CPC). Bien entendu, seules les décisions de mesures prises par une instance cantonale inférieure peuvent faire l'objet d'un recours. Les dispositions générales des art. 319 ss. CPC s'appliquent en principe à la procédure de recours. CPC, le délai de recours n'étant que de 10 jours et aucun férié judiciaire ne s'appliquant (voir art. 321 al. 2 CPC ; art. 145 al. 2 let. b CPC). 91

c. Révision (art. 328 ss. CPC)

La question de savoir si les décisions de mesures provisionnelles sont soumises au "recours d'urgence" de la révision ne semble pas encore totalement clarifiée. Alors que certains auteurs rejettent cette possibilité de manière générale, car une mesure provisionnelle n'a pas d'effet juridique 92

matériel, une autre opinion - à mon avis pertinente - fait une distinction. Ce qui est déterminant, c'est la mesure dans laquelle une mesure provisionnelle peut être modifiée ou levée si elle est ordonnée ou exigée à nouveau si elle est refusée. Cela a certes pour conséquence que les décisions de mesures ne sont en général pas susceptibles de révision. Si, par exemple, une demande de mesure est rejetée, la partie requérante a en principe la possibilité d'étayer une nouvelle demande avec des faits et des moyens de preuve qui n'ont pas été pris en compte jusqu'à présent. Compte tenu de la pratique du Tribunal fédéral selon laquelle, conformément à l'art. 268 CPC, aucune modification rétroactive ou annulation rétroactive n'est possible en cas de changement de circonstances ou de mesures provisoires qui se révèlent ultérieurement injustifiées, il est toutefois tout à fait possible d'envisager des cas dans lesquels les conséquences d'une décision de mesure ne peuvent pas être entièrement corrigées. C'est surtout le cas lorsque la partie défenderesse a déjà dû fournir des prestations, en particulier des pensions alimentaires provisoires, en raison d'une mesure de prestation, mais qu'elle ne peut pas en demander le remboursement rétroactif selon l'art. 268 CPC, ni par une action en dommages-intérêts selon l'art. 264 al. 2 CPC ou une action en modification matérielle. Pour ces cas, il semble nécessaire, du point de vue de l'Etat de droit, d'autoriser la révision d'une décision de mesure. Pour le reste, la procédure de révision est régie par les dispositions générales des articles 328 et suivants du Code civil. Il convient de noter que, contrairement à l'art. 268 CPC, seuls les faux nova peuvent constituer un motif de révision (art. 328 al. 1 let. a CPC).

2. Recours selon la LTF

93 La décision d'appel ou de recours de la dernière instance cantonale ou la décision de mesures provisionnelles d'une seule instance cantonale peut en principe être attaquée selon les dispositions générales par un recours en matière civile (art. 72 ss LTF) ou par un recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF). Dans les deux cas, seule la violation des droits constitutionnels peut être invoquée (cf. art. 98 LTF ; cf. aussi art. 116 LTF).

94 En ce qui concerne le recours au Tribunal fédéral, il faut notamment tenir compte du fait que les décisions sur mesures sont généralement considérées comme des décisions préliminaires et incidentes notifiées de manière autonome et qu'elles ne peuvent donc être attaquées par les deux types de

recours que si elles peuvent entraîner un préjudice irréparable de nature juridique ou si l'admission du recours entraînerait immédiatement une décision finale et permettrait ainsi d'économiser un temps et des frais considérables (art. 93, al. 1, LTF). Dans le cas contraire, la décision sur recours ou la décision sur mesure ne peut être contestée que dans le cadre du recours contre la décision finale, dans la mesure où celle-ci a encore des effets sur le contenu de la décision finale (art. 93 al. 3 LTF), ce qui ne devrait guère être le cas.

L'auteur remercie Tanja Domej, avocate, Carmen Honegger, MLaw, LLM (Londres), Natascha Honegger, MLaw, Christian Stähle, MLaw, avocat, ainsi que Julius Schumann, magistrat, pour leur relecture critique et leurs nombreuses et précieuses suggestions lors de la rédaction de ce commentaire.

La doctrine et la jurisprudence sont prises en compte jusqu'en juillet 2022.

MATÉRIAUX

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO).

Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung vom 26. Februar 2020, BBl 2020, S. 2697 ff. (zit. Botschaft Änderung ZPO).

BIBLIOGRAPHIE

Alder Daniel, Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Diss., Bern 1993 = Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht Nr. 33.

Arens Peter, Verfügungsanspruch und Interessenabwägung beim Erlass einstweiliger Verfügungen, in: Ficker Hans Claudius/König Detlef/Kreuzer Karl F./Leser Hans G./Frhr. Marschall von Bieberstein Wolfgang/Schlechtriem Peter (Hrsg.), Festschrift für Ernst von Caemmerer, Tübingen 1978, S. 75 ff.

Baker & McKenzie (Hrsg.), Handkommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2010 (zit. SHK-BearbeiterIn).

Baumgartner Samuel/Dolge Annette/Markus Alexander R./Spühler Karl, Schweizerisches Zivilprozessrecht: mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts, 10. Auflage, Bern 2018.

Berti Stephen V., Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, ZSR 116/1997, S. 171 ff.

Berger-Steiner Isabelle, Das Beweismass im Privatrecht: Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, Diss., Bern 2007 = Abhandlungen zum schweizerischen Recht Nr. 745.

Bohnet François, Procédure civile, 3. Auflage, Basel 2021.

Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Tappy Denis (Hrsg.), Commentaire romande Code de procédure civile, 2. Auflage, Basel 2019 (zit. CR-BearbeiterIn).

Briner Alfred, Vorsorgliche Massnahmen im schweizerischen Immaterialgüterrecht: Ein Überblick über die neuere Entwicklung, SJZ 1982, S. 157 ff.

Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE Komm.-BearbeiterIn).

Brunner Eugen, Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im gewerblichen Rechtsschutz, SMI 1989, S. 6 ff.

Bucher Andreas (Hrsg.), Commentaire romand: Loi sur le droit international privé (LDIP) – Convention de Lugano (CL), Basel 2011 (zit. CR-BearbeiterIn).

Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (Hrsg.), Petit commentaire Code de procédure civile, Basel 2020 (zit. PC-BearbeiterIn).

Chiesa Spartaco, Die vorsorglichen Massnahmen im gewerblichen Rechtsschutz gemäss der Tessiner Prozessordnung, SMI 1989, S. 27 ff.

Dasser Felix/Oberhammer Paul (Hrsg.), SHK – Stämpflis Handkommentar zum LugÜ, 3. Auflage, Bern 2021 (zit. SHK-BearbeiterIn).

David Lucas/Frick Markus R./Kunz Oliver M./Studer Matthias U./Zimmerli Daniel, Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht: Teilband 2, 3. Auflage, Basel 2011.

Domej Tanja, Die Neufassung der EuGVVO: Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht, RabelsZ 78 (2014), S. 509 ff.

Droese Lorenz, Unklarheiten um den klaren Fall gemäss Art. 257 ZPO, ZBJV 155/2019, S. 229 ff.

Ernst René, Die vorsorglichen Massnahmen im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Diss., Zürich 1992 = Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Nr. 100.

Frenkel Daniela, Informationsbeschaffung zur Glaubhaftmachung der Arrestvoraussetzungen sowie Auskunftspflichten im Arrestvollzug: unter besonderer Berücksichtigung der Arrestrevision 2011, Diss., Zürich 2012 = Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Nr. 170.

Furrer Andreas/Girsberger Daniel/Müller-Chen Markus (Hrsg.), CHK – Handkommentar zum schweizerischen Privatrecht: IPRG, 3. Auflage, Zürich 2016 (zit. CHK-BearbeiterIn).

Gasser Dominik/Rickli Brigitte, Schweizerische Zivilprozessordnung: Kurzkommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014.

Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin, ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2015 (zit. OFK-BearbeiterIn).

Geimer Reinhold/Schütze Rolf A., Europäisches Zivilverfahrensrecht: Kommentar, 4. Auflage, München 2020.

Gessler Dieter, Vorsorgliche Massnahmen bei strittigen Kaufverträgen, in: Schluep Walter R./Isler Peter R. (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht: Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993, S. 291 ff.

Giacomini Sergio, Merksätze zum zivilprozessualen Massnahmeverfahren, ZZZ 2005, S. 475 ff.

Gloor Alain, Vorsorgliche Massnahmen im Spannungsfeld von Bundesrecht und kantonalem Zivilprozessrecht, Diss., Zürich 1982 = Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Nr. 59.

Graner Paul, Die einstweiligen Verfügungen nach bernischem Zivilprozess, Diss., Bern 1932.

Grob Alexander, Vorsorgliche Massnahmen bei Persönlichkeitsverletzungen: unter besonderer Berücksichtigung der materiellen Voraussetzungen (Art. 28c ZGB), Diss., Basel 1989.

Grolimund Pascal/Loacker Leander D./Schnyder Anton K. (Hrsg.), Basler Kommentar zum IPRG, 4. Auflage, Basel 2021 (zit. BSK-BearbeiterIn).

Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979.

Haas Ulrich/Marghitola Reto (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht: Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2020 (zit. Fachhandbuch-BearbeiterIn).

Haldy Jacques, Procédure civile suisse, Basel 2014.

Hasenböhler Franz, Die provisorische Verfügung nach basellandschaftlichem Zivilprozessrecht, BJM 1976, S. 1 ff. (zit. Hasenböhler, Verfügung).

Hasenböhler Franz, Summarisches Verfahren, insbesondere Rechtsschutz in klaren Fällen und vorsorgliche Massnahmen, Anwaltsrevue 2014, S. 259 ff. (zit. Hasenböhler, Massnahmen).

Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2012 (zit. BK-BearbeiterIn).

Heizmann Reto/Loacker Leander D. (Hrsg.), UWG, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. DIKE Komm.-BearbeiterIn).

Hilty Reto M./Arpagaus Reto (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel 2013 (zit. BSK-BearbeiterIn).

Hofstetter Karl A., Der einstweilige Rechtsschutz im Luzerner Zivilprozess, ZBJV 1983, S. 393 ff.

Honegger-Müntener Patrick, Verlegung der Prozesskosten des Massnahmeverfahrens vor Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens, ZZZ 2022, S. 185 ff.

Huber-Zimmermann, Die einstweiligen Verfügungen nach solothurnischem Zivilprozessrecht, Diss., Bern 1983.

Huth Max Werner, Die vorsorglichen Verfügungen nach baselstädtischem Zivilprozessrecht, Diss., Basel 1974.

Jung Peter/Spitz Philippe (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Auflage, Bern 2016 (zit. SHK-BearbeiterIn).

Kofmel Ehrenzeller Sabine, Der Vorläufige Rechtsschutz im internationalen Verhältnis: Grundlagen, Habil., Tübingen 2005 = Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht Nr. 39.

Köhler Helmut/Bornkamm Joachim/Feddersen Jörn/Alexander Christian (Hrsg.), Beck'sche KurzKommentare Band 13a: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 40. Auflage, München 2022 (zit. Beck-KUKO-BearbeiterIn).

Kren Kostkiewicz Jolanta (Hrsg.), IPRG/LugÜ Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2019 (zit. OFK-BearbeiterIn).

Kren Kostkiewicz Jolanta, Vorsorgliche Massnahmen im schweizerischen IPRG: direkte Zuständigkeit, anwendbares Recht sowie Anerkennung und Vollstreckung, in: Bolle Pierre-Henri (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Basel 2000, S. 289 ff.

Kunz Oliver M./Hoffmann-Nowotny Urs H./Stauber Demian (Hrsg.), ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde: Kommentar zu den Art. 308-327a ZPO, Basel 2013 (zit. ZPO-Rechtsmittel-BearbeiterIn).

Leuenberger Christoph, Der Endentscheid nach Art. 236 und Art. 308 ZPO: Wie weit geht die Auslegung in Übereinstimmung mit dem BGG, SZZP 2015, S. 89 ff. (zit. Leuenberger, Endentscheid).

Leuenberger Christoph, Glaubhaftmachen, in: Leuenberger Christoph (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000, S. 108 ff. (zit. Leuenberger, Glaubhaftmachen).

Leuenberger Christoph/Uffer-Tobler Beatrice, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Bern 2016.

Leupold Michael, Die Nachteilsprognose als Voraussetzung des vorsorglichen Rechtsschutzes, sic! 2000, S. 265 ff.

Lutz Martin J., Die vorsorgliche Massnahme, in: Institut für gewerblichen Rechtsschutz (INGRES) in Zürich (Hrsg.), Kernprobleme des Patentrechts: Festschrift zum einhundertjährigen Bestehen eines eidgenössischen Patentgesetzes, Bern 1988, S. 321 ff.

Markus Alexander R./Conrad Zina, Einstweiliger Rechtsschutz – international, in: Grolimund Pascal/Koller Alfred/Loacker Leander D./

Portmann Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65 Geburtstag, Zürich 2018, S. 235 ff.

Meier Isaak, Einstweiliger Rechtsschutz im Aktienrecht, in: Meier Isaak/Riemer Hans Michael/Weimar Peter (Hrsg.), Recht und Rechtsdurchsetzung: Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, S. 67 ff. (zit. Meier, FS Walder).

Meier Isaak, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im schweizerischen Privatrecht und Zivilverfahrensrecht, Habil., Zürich 1983 (zit. Meier, Rechtsschutz).

Meier Isaak, Schweizerisches Zivilprozessrecht: eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010 (zit. Meier, ZPR).

Meier Isaak/Giudici Camilla/Hamburger Carlo/Müller Nicola/Scheiwiller Sarah/Schindler Riccarda, Einstweiliger Rechtsschutz im schweizerischen Recht zwischen Optimierung und Standardisierung, in: Pekcanitez Hakan (Hrsg.), Festschrift für Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Izmir 2015, S. 239 ff.

Meng Franz Joseph, Die vorsorgliche Verfügung nach aargauischer Zivilprozess- und Handelsgerichtsordnung, Diss., Basel 1971.

Müller Jürg, Zur einstweiligen Verfügung im Immaterialgüterrecht, ZBJV 1983, S. 30 ff.

Müller-Chen Markus/Widmer Lüchinger Corinne (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG – Band I: Art. 1-108, 3. Auflage, Zürich 2018 (zit. ZK-BearbeiterIn).

Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Auflage, Basel 2018 (zit. BSK-BearbeiterIn).

Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 3. Auflage, Basel 2021 (zit. KUKO-BearbeiterIn).

Oetiker Christian/Weibel Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum LugÜ, 2. Auflage, Basel 2016.

Orlando Danilo A., Beweislast und Glaubhaftmachung im vorsorglichen Rechtsschutz: Gedanken zu einem Entscheid des Bundesgerichtes, SJZ 90/1994, S. 89 ff.

Pedrazzini Mario M., Vorsorgliche Massnahmen im Immaterialgüterrecht: Eine Ergänzung, SJZ 1983, S. 160 f.

Phurtag Sejee, Vorsorgliche Massnahmen im internationalen Zivilprozessrecht: unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen und des englischen Rechts, Diss., Bern 2019 = CIVPRO – Institut für Internationales Verfahrensrecht Nr. 3.

Rauscher Thomas/Krüger Wolfgang (Hrsg.) Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen: Band 2 §§355-945b ZPO, 6. Auflage, München 2020 (zit. MüKo-BearbeiterIn).

Rauscher Thomas/Krüger Wolfgang (Hrsg.) Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen: Band 3 §§946-1120 ZPO, 6. Auflage, München 2022 (zit. MüKo-BearbeiterIn).

Rüetschi David, Die Verwirkung des Anspruchs auf vorsorglichen Rechtsschutz durch Zeitablauf, sic! 2002, S. 416 ff.

Schai Damian, Vorsorglicher Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht: Unter besonderer Berücksichtigung superprovisorischer Anordnungen des aargauischen Handelsgerichts, Diss. Zürich 2009 = Veröffentlichungen zum aargauischen Recht Nr. 52.

Schenker Urs, Die Vorsorgliche Massnahme im Lauterkeits- und Kartellrecht, Diss., Zürich 1985 = Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Nr. 60.

Schlosser Ralph, Les conditions d'octroi des mesures provisionnelles en matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale, sic! 2005, S. 339 ff.

Schweizer Mark, Das Beweismass der Glaubhaftmachung, ZZZ 2014/2015, S. 1 ff. (zit. Schweizer, Glaubhaftmachung).

Schweizer Mark, Verwirkung patentrechtlicher Ansprüche, sic! 2009, S. 325 ff. (zit. Schweizer, Verwirkung).

Seiler Benedikt, Die Berufung nach ZPO, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013.

Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017 (zit. BSK-BearbeiterIn).

Stach Patrick A., Vorsorgliche Massnahmen nach Bundesrecht und St. Gallischem Zivilprozessrecht, Diss., St. Gallen 1991.

Staehelin Daniel/Grolimund Pascal/Bachofner Eva, Zivilprozessrecht: unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3. Auflage, Zürich 2019.

Stamm Walter, Das Institut der vorsorglichen Massnahme im zürcherischen Zivilprozessrecht, Diss., Zürich 1943.

Stauber Demian, Das Verhältnismässigkeitsprinzip bei superprovisorischen Massnahmen und seine Auswirkungen auf die besondere Dringlichkeit, sic! 2010, S. 602 ff.

Steiner Jakob, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss., Basel 2018 = Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht Band 31.

Streuli-Youssef Magda, Zur Dringlichkeit bei vorsorglichen Massnahmen, in: Donatsch Andreas/Fingerhuth Thomas/Lieber Viktor/Rehberg Jörg/Walder-Richli Hans Ulrich (Hrsg.), Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 301 ff.

Sutter-Somm Thomas, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 2017.

Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Auflage, Zürich 2016 (zit. Schulthess Komm.-BearbeiterIn).

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021 (zit. CHK-BearbeiterIn).

Vogel Oscar, Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes, SJZ 1980, S. 89 ff.

Vorwerk Volkert/Wolf Christian (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar zur ZPO, 44. Auflage, München 2022 (zit. BeckOK-BearbeiterIn).

Walter Gerhard/Domej Tanja, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Auflage, Bern 2012.

Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar zum OR I, 7. Auflage, Basel 2020 (zit. BSK-BearbeiterIn).

Willi Christoph, Glaubhaftmachung und Glaubhaftmachungslast, sic! 2011, S. 215 ff.

Ziegler Walter, Die vorsorgliche Massnahme in der Zivilprozessgesetzgebung der schweizerischen Kantone, Diss., Zürich 1944.

Zogg Samuel, «Vorsorgliche» Unterhaltszahlungen im Familienrecht, FamPra.ch 2018, S. 47 ff.

Zürcher Johann Jakob, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich: Einstweiliger und definitiver Rechtsschutz für immaterialgüter- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche im summarischen Verfahren, Diss., Zürich 1998 = Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Nr. 10.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Vorb. zu Art. 353 - 399 CPC

Un commentaire de Anne Mirjam Schneuwly

PROPOSITION DE CITATION

Anne Mirjam Schneuwly, Vorbemerkung zu Art. 353 - 399 ZPO, in: Lorenz Droese (Hrsg.), Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung

Citation abrégée: OK-Schneuwly, N. XXX zu Vorb. zu Art. 353 – 399 ZPO.

TABLE DES MATIÈRES

I. L'arbitrage comme méthode alternative de règlement des litiges 335
A. Arguments courants en faveur de l'arbitrage 335
B. Développement historique 336
II. Définitions 337
A. Définitions 337
1. L'Arbitrage institutionnel 338
2. Arbitrage ad hoc 339
B. Délimitations 340
1. Arbitrage international et interne 340
2. Arbitrage par rapport à la conciliation et à la médiation 341
3. L'Arbitrage par rapport aux expertises arbitrales 341
III. L'Arbitrage interne dans le CPC 342
A. Arbitrabilité 342
1. Principe de l'arbitrabilité 342
2. Arbitrage dans le droit du travail 343
3. Arbitrage dans les litiges de construction 344
4. Arbitrage en matière de bail 345
5. Arbitrage en matière de succession 345
B. Convention d'arbitrage 345
C. Désignation du tribunal arbitral 346
D. Aperçu de la procédure d'arbitrage 347
1. Principes de procédure 347
2. Compétence 347
3. Les règlements d'arbitrage en particulier 348
a. Règlement Suisse 2021 348
b. Règlement d'arbitrage de la CCI 349
c. Règles d'arbitrage de la CNUDCI 349
4. Fin de la procédure d'arbitrage 349
5. Recours 350
a. Recours à l'arbitrage 350
b. Révision 350
6. Force de chose jugée et exécution 351
Bibliographie 351
Matériaux 361

I. L'ARBITRAGE COMME MÉTHODE ALTERNATIVE DE RÈGLEMENT DES LITIGES

L'arbitrage est systématiquement classé dans la catégorie des modes alternatifs de règlement des litiges (MARL), ce qui est toutefois remis en question par une partie de la doctrine. Contrairement à un tribunal étatique, l'arbitrage ne peut être classé de manière concluante, car il présuppose deux caractéristiques contradictoires. Ainsi, les parties au litige concluent leurs conventions d'arbitrage sur une base volontaire d'une part, tout en s'engageant explicitement à participer à la procédure d'arbitrage d'autre part. C'est précisément cette combinaison d'initiatives volontaires et obligatoires qui présente l'avantage de permettre aux procédures d'arbitrage de s'orienter avec agilité vers une solution à l'amiable. 1

La doctrine considère l'arbitrage comme une institution juridique hybride sui generis, car elle réunit les deux éléments opposés. En d'autres termes, elle est caractérisée comme une institution de droit procédural avec des éléments de droit contractuel. Dans l'arbitrage, les parties au litige désignent typiquement une tierce personne qui, en sa qualité d'arbitre, non seulement dirige la procédure d'arbitrage (comme c'est le cas dans les procédures de médiation ou d'ADR), mais qui exerce en outre un pouvoir de décision contraignant sur l'ensemble du litige. Dans les litiges commerciaux, on observe une nette tendance à s'éloigner de la juridiction étatique au profit de la juridiction privée, car les groupes mondialisés préfèrent le plus souvent recourir à l'arbitrage pour régler leurs conflits économiques dans un cadre privé. 2

A. Arguments courants en faveur de l'arbitrage

L'arbitrage se caractérise avant tout par des procédures professionnelles sur mesure. En outre, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues dans le cadre de l'arbitrage interne sont garanties par le CPC et par l'arbitrage international dans presque tous les pays du monde, en vertu de la Convention de New York. Un autre avantage est le libre choix du corps arbitral, qui permet de désigner des arbitres disposant des meilleures compétences. Le secret ou la confidentialité du contenu de la procédure (art. 44 al. 1 et 2 du Règlement Suisse 2021 ; art. 8 Appendix I - Statutes of the International Court of Arbitration) est également important, car il permet de 3

sauver la relation commerciale délicate pour l'avenir et de la protéger contre les dommages de réputation. Une tendance à la transparence se dessine toutefois depuis peu avec la publication des sentences arbitrales - à condition que les parties consentent explicitement à leur publication (art. 44 al. 3 Règlement Suisse 2021 ; art. 34 al. 5 RAU).

4 En principe, on attribue à la procédure d'arbitrage une efficacité en termes de temps et de coûts par rapport aux jugements des tribunaux étatiques. Il faut certes s'attendre à des frais forfaitaires élevés pour le recours à l'arbitrage, mais cette affirmation doit être relativisée : Les frais de procédure devant les tribunaux étatiques peuvent certes être nettement moins élevés en première instance qu'en procédure d'arbitrage - notamment lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas 30 000 CHF et que la procédure simplifiée est appliquée (art. 243 ss CPC). Toutefois, lorsque la valeur litigieuse est plus élevée et surtout lorsque l'on peut s'attendre à ce que la décision soit portée devant les instances de recours, les frais de procédure devant le tribunal arbitral pèsent effectivement moins lourd par rapport aux frais totaux de la procédure judiciaire étatique. Il convient en outre de noter qu'en vertu de l'article 380 CPC, les parties indigentes ne bénéficient pas de l'assistance judiciaire gratuite dans la procédure d'arbitrage et que, par conséquent, les deux parties sont tenues d'avancer ou de prendre en charge les frais de la procédure d'arbitrage, même si leur situation financière est précaire.

5 Enfin, les tribunaux arbitraux déchargent également les tribunaux étatiques. En contrepartie, des accords internationaux efficaces, tels que la Convention de New York, sont ratifiés, ce qui peut à son tour renforcer la juridiction arbitrale.

B. Développement historique

6 Il n'est pas possible de déterminer avec certitude où et quand l'arbitrage a vu le jour, précisément parce que la conciliation est considérée comme la forme originelle et universelle de règlement des litiges. Dans l'Antiquité déjà, les litiges commerciaux étaient réglés par voie d'arbitrage. Ces premières formes d'arbitrage n'ont cessé d'évoluer au Moyen Âge, avec l'émergence du commerce maritime et l'époque coloniale, jusqu'à l'époque moderne. Avec la mondialisation, les associations professionnelles et les chambres de commerce se sont développées et ont favorisé l'accès au commerce interrégional et international, notamment en mettant en place des règlements

d'arbitrage efficaces. Elles ont spécialisé leurs services et proposent aujourd'hui à leurs membres des procédures d'arbitrage et de conciliation sur mesure.

En Suisse aussi, l'arbitrage, et en particulier l'arbitrage ad hoc, a une longue tradition qui remonte au Moyen Age. Le canton de Genève connaissait déjà une codification du droit de l'arbitrage depuis 1819. Par la suite, plusieurs cantons de Suisse alémanique ont également introduit des dispositions relatives à l'arbitrage dans leurs codes de procédure civile. Avec le concordat du 27 mars 1969 sur l'arbitrage (CA), tous les cantons ont ensuite adhéré à un système d'arbitrage interne uniforme. Finalement, ce concordat a été remplacé par le CPC, entré en vigueur le 1er janvier 2011. Il convient également de noter que les chambres de commerce des cantons de Bâle, Berne, Genève, Neuchâtel, Tessin, Vaud et Zurich avaient déjà élaboré en 2004 un règlement d'arbitrage commun - les Swiss Rules of International Arbitration. La version révisée du Règlement Suisse est entrée en vigueur le 1er juin 2021 (ci-après : Règlement Suisse 2021). 7

II. DÉFINITIONS

A. Définitions

Un tribunal arbitral peut être défini comme une "formation de jugement instituée par les parties en lieu et place des juridictions étatiques normalement compétentes pour statuer de manière contraignante sur un litige". Les tribunaux arbitraux sont donc des tribunaux privés conçus par des instances privées ou publiques pour les litiges civils et peuvent être saisis par les parties au litige sur la base d'une déclaration d'intention convenue dans un cadre privé. Concrètement, un arbitre ou un groupe d'arbitres sont chargés d'arbitrer un litige entre les parties privées et de le régler par une décision contraignante et exécutoire. 8

L'arbitrage ne fait pas l'objet d'une définition proprement dite dans la loi. Au contraire, elle est en quelque sorte présupposée par les dispositions relatives à la procédure et à l'arbitrabilité (art. 353 ss CPC et art. 176 ss LDIP). "L'arbitrage est avant tout une création contractuelle dont l'objectif est de constituer un cadre neutre pour la résolution d'un litige conformément à la volonté des parties". 9

1. L'Arbitrage institutionnel

10 La Suisse joue un rôle prépondérant dans l'institutionnalisation de l'arbitrage international. Fondé par les chambres de commerce et d'industrie de Bâle, Berne, Genève, Lausanne, Lugano, Lucerne (Suisse centrale), Neuchâtel et Zurich, le Swiss Arbitration Centre, anciennement Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI), propose des services d'arbitrage international et interne. Mais d'autres institutions d'arbitrage importantes ont également leur siège en Suisse, par exemple le Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), dont le siège est à Genève, le Tribunal arbitral du sport (TAS) à Lausanne, l'Organisation mondiale du commerce (OMC) à Genève, la Commission d'indemnisation des Nations unies (UNCC), également à Genève, et le Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts (CRT) à Zurich. Pour l'arbitrage interne, ces dernières institutions d'arbitrage sont peu pertinentes, car elles sont plutôt spécialisées dans les situations internationales.

11 Pour les affaires internationales, le choix de l'institution d'arbitrage revêt une grande importance. On fait volontiers appel à des institutions d'arbitrage renommées comme la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), dont le siège est à Paris, la London Court of International Arbitration (LCIA), dont le siège est à Londres, ou la China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), dont le siège est à Pékin. Pour régler des litiges dans le cadre de l'arbitrage interne, il faut toutefois garder à l'esprit que le siège du tribunal arbitral doit se trouver en Suisse (art. 353 al. 1 CPC). Le siège de l'institution d'arbitrage ne doit cependant pas être assimilé au siège du tribunal arbitral, car ce dernier peut en général être choisi librement par les parties (art. 355 al. 1 CPC ; voir aussi art. 17 Règlement Suisse 2021 ; art. 18 Règles d'Arbitrage de la CCI ; art. 18 RAU). Ainsi, pour les procédures d'arbitrage interne, il est en principe possible de faire appel à des institutions d'arbitrage établies à l'étranger.

12 Les tribunaux arbitraux institutionnels offrent un service professionnel et assument également certaines tâches dans l'administration des procédures. Souvent, dans le cadre des services administratifs, les institutions d'arbitrage prennent également en charge le contrôle des budgets approuvés et facturent les frais courants selon des tarifs standardisés. Les parties au litige font appel à ce soutien administratif dès la phase préparatoire de la procédure. Elle peut

s'avérer très utile lors de la désignation du tribunal arbitral, par exemple pour garantir un choix de l'arbitre qui soit acceptable pour les deux parties.

Parmi les avantages importants de l'arbitrage institutionnel, on peut citer l'administration orientée vers le client ou le suivi constructif de la procédure d'arbitrage. Il est également indiqué de recourir à un soutien professionnel au cas où la procédure s'enlise parce que les parties au litige ne parviennent pas à se mettre d'accord sur des points délicats. Les parties au litige peuvent ainsi être accompagnées dans leur propre recherche de consensus, même de manière ponctuelle selon les besoins. Concrètement, il s'agit d'arbitrer le litige de manière ciblée et de veiller, par une solution aussi amiable que possible, à ce qu'un recours aux tribunaux publics devienne caduc. 13

Les tribunaux arbitraux institutionnels élaborent en outre les règles de procédure, qui revêtent une grande importance dans la pratique, car elles permettent d'orienter ou de garantir le déroulement des procédures de manière ciblée. Les parties qui décident de faire appel à une institution d'arbitrage existante se soumettent généralement aussi au règlement d'arbitrage correspondant et à ses règles de procédure. 14

2. Arbitrage ad hoc

L'arbitrage ad hoc est de facto la forme de règlement des litiges la plus pratiquée ou la plus courante. Les tribunaux arbitraux ad hoc sont saisis dans le cadre d'une convention d'arbitrage et en particulier pour les litiges qui ne nécessitent pas l'administration d'une institution d'arbitrage. Dans ce cas, les parties au litige désignent d'abord l'arbitre ou le panel arbitral souhaité auquel elles souhaitent confier le règlement du litige. Une fois la procédure terminée, le tribunal arbitral est dissous. Un tribunal arbitral ad hoc s'administre lui-même et ne nécessite pas d'administration institutionnelle, ce qui peut faire gagner du temps et de l'argent dans certains cas. Il n'est toutefois pas possible de répondre de manière concluante à la question de savoir si un arbitrage institutionnel ou ad hoc est moins coûteux, car les coûts sont principalement générés par le déroulement de la procédure en soi et non par les services administratifs. 15

Les arbitrages ad hoc sont présentés comme particulièrement flexibles, car la procédure peut être avantageusement adaptée à la situation. Les parties ou le tribunal arbitral peuvent s'orienter de manière proactive vers un règlement 16

consensuel du litige, que ce soit à l'avance ou seulement lorsqu'un litige est en cours. La procédure ad hoc est également avantageuse parce qu'elle offre une plus grande confidentialité ou un plus grand secret. En effet, elle n'est pas administrée par des tiers - comme dans la procédure institutionnelle - mais par les personnes déjà impliquées et le nombre de personnes informées - qui doivent par exemple respecter un secret industriel - est limité.

17 La flexibilité peut avoir un effet négatif, surtout si la clause d'arbitrage n'est pas formulée de manière suffisamment claire. En effet, les tribunaux arbitraux ad hoc se constituent de manière autonome et risquent davantage de retarder la procédure sans l'aide structurante d'une institution d'arbitrage. De plus, l'efficacité de cette procédure immédiate dépend directement de la participation constructive ou de la capacité de compromis des parties au litige. Il existe en outre le risque que des tribunaux étatiques du siège du tribunal arbitral soient éventuellement saisis pour obtenir l'assistance nécessaire, ce qui peut réduire à néant certains avantages tels que l'efficacité des coûts et la confidentialité. Enfin, les tribunaux arbitraux dans les procédures ad hoc assument leurs tâches administratives de manière totalement autonome - c'est-à-dire sans recourir à des services institutionnels - et sont donc comparativement plus chargés.

B. Délimitations

1. Arbitrage international et interne

18 L'arbitrage suisse est organisé de manière dualiste dans l'ordre juridique : Premièrement, les règles relatives à l'arbitrage interne sont stipulées dans la troisième partie du CPC (art. 353-397 CPC) et deuxièmement, celles relatives à l'arbitrage international sont stipulées au chapitre 12 de la LDIP (art. 176-194 LDIP). L'arbitrage national selon le CPC ne peut être appliqué que si toutes les parties au litige ont leur siège ou leur domicile en Suisse lors de la conclusion de la convention d'arbitrage et si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse (art. 353 al. 1 CPC en relation avec l'art. 176 al. 1 LDIP). L'arbitrage international selon la LDIP s'applique si l'une des parties a son siège ou son domicile en dehors de la Suisse (art. 176 al. 1 LDIP). Toutefois, les parties au litige sont libres d'appliquer les art. 176 ss. LDIP pour les affaires internes, à condition qu'elles en aient convenu ainsi.

2. Arbitrage par rapport à la conciliation et à la médiation

De par leur conception, la conciliation et la médiation sont toutes deux classées parmi les ADR. Ces deux méthodes visent à soutenir les parties de la manière la plus constructive possible dans leur processus de règlement des litiges, afin qu'elles puissent régler elles-mêmes leur litige à l'amiable, et non pas à arbitrer le litige à leur place. Par rapport à l'arbitrage, ces ADR offrent également une plus grande liberté d'organisation, ce qui permet au médiateur ou au conciliateur de trouver des solutions agiles en fonction de la situation avec les parties au litige. Lorsqu'une procédure de conciliation ou de médiation a abouti, l'accord est consigné dans un contrat. Ce contrat peut ensuite déboucher sur une décision de règlement, qui a finalement des conséquences similaires à celles d'un jugement. En revanche, une procédure d'arbitrage se termine toujours par un jugement. Si une procédure de conciliation ou de médiation n'aboutit pas, les parties au litige peuvent envisager d'autres méthodes d'arbitrage. Ainsi, le caractère contraignant est considéré comme une caractéristique qualifiée qui distingue l'arbitrage de la médiation et de la conciliation, alors que les tribunaux arbitraux - comme les tribunaux étatiques - imposent une telle obligation aux parties. En d'autres termes, les médiateurs ou les arbitres proposent une solution aux parties au litige, tandis que les tribunaux arbitraux - comme les tribunaux étatiques - rendent une décision contraignante. 19

3. L'Arbitrage par rapport aux expertises arbitrales

L'expertise-arbitrage est une instance procédurale autonome. Selon l'article 189 CPC, les parties au litige peuvent convenir formellement de demander une expertise arbitrale sur des questions de fait et de droit étroitement liées à un ou plusieurs tiers compétents qui ne sont ni impliqués dans la résolution du litige ni invités à régler le cas litigieux. Ces arbitres indépendants sont plutôt chargés d'éclaircir des faits juridiquement pertinents ou de trancher de manière contraignante certains éléments d'un litige. En revanche, les tribunaux arbitraux règlent les litiges de manière autoritaire, ce qui inclut la réponse aux questions de fait et de droit ainsi que la décision sur la prétention (y compris l'adjudication), tandis que les expertises arbitrales sont demandées en premier lieu pour établir les faits juridiquement pertinents à l'attention des parties et, dans certaines circonstances, d'un tribunal (arbitral). 20

21 Contrairement à l'arbitrage autoritaire, les parties au conflit peuvent convenir de demander un rapport d'arbitrage, dans la mesure où l'instance saisie dispose de ce droit d'examen étendu. Il convient également de distinguer si un expert mandaté est chargé d'expertiser uniquement certains éléments de décision du litige ou s'il doit le juger de manière contraignante - c'est-à-dire à la place du tribunal compétent. Dans la pratique, les parties au litige délèguent d'abord leurs questions techniques spécialisées à des experts-arbitres spécifiquement qualifiés, tandis qu'elles font ensuite appel à un tribunal arbitral pour le règlement du conflit proprement dit. Contrairement à la sentence arbitrale, l'expertise arbitrale n'est pas directement exécutoire, mais doit être exécutée par le biais d'une décision de justice.

22 Bien que l'expertise-arbitrage ne soit sollicitée que ponctuellement en Suisse, elle offre une méthode alternative avantageuse pour mettre d'emblée certains faits hors de cause dans un procès en cours ou à venir : Concrètement, elle permet de désamorcer ou d'éliminer préventivement des éléments de litige en clarifiant au préalable, de manière efficace et sans émotion, des faits spécifiques pertinents sur le plan juridique. Le cas échéant, cela permet d'éviter un procès sans issue ou de le classer sans suite.

III. L'ARBITRAGE INTERNE DANS LE CPC

23 La troisième partie du CPC a une nature autonome et - même si des concepts du droit de procédure civile classique sont tout à fait repris - elle devrait en principe être appliquée comme une loi indépendante. Les règles applicables aux tribunaux étatiques ne peuvent pas être utilisées pour combler les lacunes de l'arbitrage interne. Comme l'ancien Concordat sur l'arbitrage (CA) était adapté aux tribunaux internes, il a également servi de base à la troisième partie du CPC et la doctrine éprouvée ainsi que les avantages avérés peuvent ainsi être maintenus dans la pratique.

A. Arbitrabilité

1. Principe de l'arbitrabilité

24 Les tribunaux arbitraux ne peuvent pas arbitrer tous les litiges, car selon l'article 354 CPC, seuls les objets du litige dont les parties au litige peuvent disposer librement sont considérés comme arbitrables. Outre l'arbitrage commercial classique et les tribunaux de règlement des litiges internes aux

fédérations (arbitrage sportif), les litiges en matière de travail, de construction ou de succession peuvent également être jugés par un tribunal arbitral dans certaines limites. L'arbitrage institutionnalisé dans le droit du travail (pour les litiges relevant du droit du travail individuel ou collectif), qui repose sur des clauses d'arbitrage dans les conventions collectives de travail (CCT), est particulièrement important dans la pratique.

2. Arbitrage dans le droit du travail

Il ressort de l'interdiction de renonciation en droit du travail selon l'art. 341 al. 1 CO qu'il n'est pas possible de disposer librement des droits découlant des art. 361 et 362 CO. Ainsi, il est interdit de renoncer à des créances découlant de dispositions impératives du droit du contrat de travail pendant les rapports de travail en cours et jusqu'à un mois après la fin de ceux-ci. De même, le Tribunal fédéral considère que les litiges de droit du travail dans les relations internes ne peuvent pas être arbitrés (à quelques exceptions près). Cette position de refus vise principalement à mieux protéger les droits des travailleurs en Suisse. Les clauses d'arbitrage dans les contrats de travail ne peuvent pas être exclues a priori mais peuvent être contestées ou limitées dans leur champ d'application si le litige relève de la procédure sociale de droit civil. 25

Il en va autrement des litiges relatifs aux plans sociaux, où l'arbitrage est obligatoire. Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur un plan social lors d'un licenciement collectif, l'article 335j CO prévoit qu'un tribunal arbitral doit être désigné pour établir un plan social par le biais d'une sentence arbitrale contraignante. Bien que ce tribunal arbitral ne relève pas de l'arbitrage classique, il s'agit néanmoins d'un mécanisme de règlement des litiges, car il est fait appel à une tierce personne neutre qui doit résoudre de manière contraignante le litige entre les parties au travail. Cet organe d'arbitrage est exclusivement actif dans la conception de contrats et élabore un contrat contraignant ou un plan social concret en consultation avec les partenaires sociaux. Il n'a toutefois pas le pouvoir de rendre une sentence arbitrale sur des droits litigieux avec force de chose jugée et directement exécutoire. 26

Enfin, il convient de mentionner l'Office fédéral de conciliation (OCF) et les offices cantonaux de conciliation pour les litiges découlant des conventions collectives de travail et des contrats-types de travail. L'EES est un office de 27

conciliation de droit public composé d'un président proposé par le Conseil fédéral et de deux assesseurs proposés par les associations faîtières, qui représentent les travailleurs et les employeurs. En cas d'échec de la médiation, une procédure d'arbitrage est engagée. Toutefois, l'EES ne mène une procédure d'arbitrage qu'avec l'accord explicite et mutuel des partenaires sociaux. En effet, elle rend à la fin une sentence arbitrale ayant un effet contraignant et exécutoire comme un jugement judiciaire (art. 5 EES en relation avec l'art. 387 CPC). En outre, l'EES agit également de manière préventive afin d'atténuer ou d'éviter autant que possible les conflits potentiels. En conclusion, l'EES peut soit viser une solution à l'amiable dans son rôle de conciliateur, soit prononcer une sentence contraignante dans sa fonction d'arbitre - avec une concession explicite des parties au litige.

3. Arbitrage dans les litiges de construction

28 L'arbitrage est considéré comme bien établi dans le secteur de la construction pour les litiges immobiliers. La norme SIA 150:2018 a été lancée en tant que nouveau règlement d'arbitrage avec des directives favorisant l'efficacité pour la procédure devant un tribunal arbitral. Grâce à des allègements orientés vers la recherche de solutions, tels qu'une réglementation plus stricte des délais, le choix entre des négociations de conciliation volontaires ou obligatoires et des dépôts simplifiés des parties, l'accent est mis efficacement sur un règlement consensuel du litige.

29 Cette norme SIA est certes axée sur les procédures d'arbitrage dans le secteur de la construction en Suisse, mais elle s'applique également aux litiges internationaux en matière de construction et à d'autres litiges. Outre les expertises ordonnées par l'instance judiciaire, celles que les parties demandent elles-mêmes à des experts spécifiquement qualifiés sont désormais admises comme moyens de preuve, à condition que leurs rapports reflètent leur propre appréciation (art. 24 al. 4 SIA 150:2018). Une procédure simplifiée s'applique également si la valeur litigieuse est inférieure à 250 000 CHF ou si les parties en conviennent ainsi. Dans le cadre de la procédure simplifiée, un tribunal arbitral unique rend une décision dans un délai de six mois après un seul échange écrit ou une seule audience ou, si les parties en ont convenu ainsi, sur la base de preuves documentaires.

4. Arbitrage en matière de bail

Comme l'a décidé le Tribunal fédéral, les prétentions en matière de bail à loyer en rapport avec la location de locaux commerciaux ou avec un loyer conforme aux usages locaux ou de quartier peuvent être arbitrées sans restriction. 30

En revanche, les litiges relatifs aux baux à loyer et aux baux à ferme d'habitations ne sont en principe pas arbitrables, sauf si l'autorité de conciliation localement compétente ou étatique pour les litiges relatifs aux baux à loyer est désignée comme tribunal arbitral (art. 361 al. 4 en relation avec l'art. 200 CPC). Si une audience de conciliation a lieu, une commission paritaire tentera de concilier les parties au litige afin d'éviter un recours au tribunal. 31

5. Arbitrage en matière de succession

Un partage successoral à venir ou un futur transfert de legs comporte souvent un risque potentiel de conflit pour la communauté héréditaire. Par conséquent, la question se pose de savoir si les actions successorales peuvent également être introduites devant un tribunal arbitral. Sont notamment considérées comme arbitrables l'action en partage successoral (art. 604 CC), l'action en information (art. 607 et 610 CC) et l'interprétation du testament. Künzle considère en outre que l'arbitrabilité est donnée pour l'action en nullité (art. 519 ss CC), l'action en réduction et aussi pour la compensation (art. 626 ss CC). 32

Les tribunaux arbitraux sont compétents en matière de succession lorsqu'un défunt a conclu un pacte successoral de son vivant ou lorsque les héritiers présentent un pacte après le décès. Le partage d'une succession peut prendre du temps et, notamment dans le cas de successions issues d'une entreprise familiale, il est vital pour la pérennité économique d'avoir réglé suffisamment tôt le remplacement des générations. Le testateur peut prendre des dispositions à cet égard de son vivant et désigner un arbitre dans le pacte successoral, qui arbitrerait le litige en cas d'action en partage de la succession. 33

B. Convention d'arbitrage

Les conventions d'arbitrage (art. 358 CPC) sont soit des conventions d'arbitrage, soit des clauses d'arbitrage. Ainsi, par clause d'arbitrage, les parties 34

conviennent à l'avance de faire appel à un tribunal arbitral en cas de litige éventuel. Si, en revanche, elles souhaitent soumettre un litige existant à un tribunal arbitral, cela est stipulé dans une convention d'arbitrage. Il doit être clairement stipulé quel tribunal arbitral sera compétent. La renonciation au tribunal étatique doit être formulée de manière explicite, faute de quoi elle est considérée comme annulable en raison d'une restriction inadmissible de la liberté personnelle (art. 27 al. 2 CC).

35 Dans la convention d'arbitrage ou le compromis d'arbitrage, les parties stipulent contractuellement qu'en cas de litige, elles souhaitent faire appel à un tribunal arbitral plutôt qu'à un tribunal étatique. Il n'existe pas de définition légale de la convention d'arbitrage dans le CPC ou dans la LDIP. Le Tribunal fédéral a défini la convention d'arbitrage comme une convention "par laquelle deux ou plusieurs parties déterminées ou déterminables conviennent de soumettre un ou plusieurs litiges, existants ou futurs, à un tribunal arbitral, de manière obligatoire et à l'exclusion de la juridiction étatique initiale, conformément à un régime juridique déterminé directement ou indirectement". La question de savoir si les conventions d'arbitrage doivent être considérées comme des contrats de droit procédural ou de droit privé matériel, voire comme une forme mixte, est controversée dans la doctrine.

36 Si le litige porte sur la validité d'un contrat contenant une clause d'arbitrage, cette clause reste valable indépendamment de l'annulabilité ou de la nullité du contrat et le tribunal arbitral peut être saisi conformément à ces prescriptions. En d'autres termes, si le tribunal arbitral juge le contrat nul, il n'en résulte pas automatiquement la nullité de la clause arbitrale (art. 23 al. 2 du Règlement Suisse 2021 ; art. 23 al. 1 RAU).

C. Désignation du tribunal arbitral

37 Selon l'art. 361 al. 1 CPC, les parties jouissent d'une autonomie totale pour la nomination du tribunal arbitral, c'est-à-dire qu'elles peuvent déterminer elles-mêmes la procédure de nomination dans leur convention d'arbitrage. Elles peuvent par exemple décider de désigner un arbitre unique ou plusieurs arbitres. S'il n'y a pas de choix préalable clair des parties, chaque partie doit nommer le même nombre de membres (art. 361 al. 2 CPC ; art. 11 al. 1 Règlement Suisse 2021 ; art. 9 al. 1 RAU). Les arbitres élus doivent ensuite choisir à l'unanimité une autre personne qui exercera la présidence ou la présidence (art. 361 al. 2 CPC ; art. 9 al. 1 RAU). Selon l'art. 368 al. 1 CPC,

aucune partie ne peut exercer une influence prépondérante sur la nomination des membres. Le tribunal arbitral n'est opérationnel qu'une fois que tous les membres ont accepté leur mandat. Si l'une ou l'autre partie omet de désigner ses membres pour le tribunal arbitral dans les délais, une tierce personne ou le tribunal étatique sera chargé de les nommer à leur place en tant que juge d'appui (art. 362 CPC).

D. Aperçu de la procédure d'arbitrage

1. Principes de procédure

Les tribunaux arbitraux peuvent rendre des sentences arbitrales définitives ou exécutoires en lieu et place des instances judiciaires publiques ou étatiques, à condition qu'ils satisfassent aux exigences de l'Etat de droit ou qu'ils garantissent des négociations équitables en tout temps et en toutes circonstances. Ainsi, selon l'article 373 al. 4 CPC, les tribunaux arbitraux doivent : "garantir l'égalité de traitement des parties et leur droit d'être entendues et mener une procédure contradictoire". Ces principes de procédure pour les procédures d'arbitrage sont formulés de manière identique à l'art. 373 al. 4 CPC ainsi qu'à l'art. 182 al. 3 LDIP et correspondent aux garanties générales de procédure sous l'art. 29 al. 1 et 2 Cst. c'est-à-dire aux droits explicitement stipulés "à un traitement égal et équitable" ainsi qu'"au droit d'être entendu", à l'exception du droit "à être jugé dans un délai raisonnable". 38

Les tribunaux arbitraux doivent garantir de manière suffisante les principes de procédure et ainsi garantir en principe une jurisprudence indépendante et impartiale (art. 12 Règlement Suisse 2021 ; art. 11 RUA ; art. 11 Règles d'Arbitrage de la CCI). Si ces garanties procédurales ou les principes de l'égalité de traitement des parties ou du droit d'être entendu ont été violés, cela justifie un recours selon l'art. 393 let. d CPC et peut être dénoncé en conséquence. 39

2. Compétence

Un tribunal arbitral est compétent pour trancher un litige si les parties l'ont stipulé dans une convention d'arbitrage et si l'affaire est arbitrable. Si la compétence du tribunal arbitral est contestée, l'article 359 al. 1 CPC autorise le tribunal arbitral à statuer de sa propre compétence (compétence dite de 40

compétence ; voir également l'article 23 al. 1 du Règlement Suisse 2021). En revanche, c'est le tribunal étatique et non le tribunal arbitral qui est compétent pour garantir la constitution conforme au droit des tribunaux arbitraux. Par exemple, selon l'art. 356 al. 2 let. a CPC, il incombe uniquement à l'instance judiciaire publique de statuer sur une demande des parties visant à récuser, à révoquer ou à remplacer un arbitre contesté.

3. Les règlements d'arbitrage en particulier

41 Les parties au litige peuvent déterminer elles-mêmes dans leur convention d'arbitrage la forme de procédure qu'elles souhaitent convenir. Selon l'article 373 al. 1 CPC, elles sont libres de régler elles-mêmes leur litige dans une procédure tailor made ou de choisir de préférence un règlement d'arbitrage de leur choix - par exemple le Règlement Suisse 2021, le Règlement d'Arbitrage de la CNUDCI (RAU) ou le Règlement d'Arbitrage de la CCI. La troisième possibilité est de se référer à un droit de procédure étatique (art. 373 al. 1 let. c CPC). Si les parties au litige ont omis de déterminer la forme de la procédure, le tribunal arbitral est compétent pour édicter ces règles de procédure (Procedural Rules).

42 Si les parties décident de faire appel à une institution d'arbitrage dans le cadre d'un litige, elles adoptent généralement aussi le règlement d'arbitrage de cette institution. En cas d'arbitrage ad hoc, la majorité des parties choisissent le règlement de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), mais il est également possible de se référer au règlement d'une institution d'arbitrage, comme le Règlement d'arbitrage de la CCI ou le Règlement suisse 2021.

a. Règlement Suisse 2021

43 Pour que le Règlement Suisse s'applique dans un arbitrage national ou international, la convention d'arbitrage conclue entre les parties doit y faire explicitement référence (art. 1 al. 1 du Règlement Suisse 2021). Après les principes généraux de procédure énoncés aux articles 1 à 7 du Règlement Suisse 2021, les articles 8 à 15 du Règlement Suisse 2021 concrétisent la procédure à suivre pour la composition du tribunal arbitral. La procédure d'arbitrage est réglée aux art. 16-32 du Règlement Suisse 2021 et concrétise entre autres la procédure et les délais pour l'échange d'écritures et la procédure orale.

b. Règlement d'arbitrage de la CCI

Le Règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) s'efforce d'offrir un cadre neutre pour la résolution des litiges internationaux, en couvrant un large éventail de traditions juridiques, de cultures et de professions. Le Règlement d'arbitrage régit l'introduction de la procédure (art. 4-6 du Règlement d'arbitrage de la CCI), la désignation du tribunal arbitral (art. 11-15 du Règlement d'arbitrage de la CCI) et le processus de résolution des litiges (art. 16-30 du Règlement d'arbitrage de la CCI), tout en laissant aux parties la possibilité d'adapter la procédure à leurs besoins. 44

c. Règles d'arbitrage de la CNUDCI

Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (RAC) offre un ensemble complet de règles de procédure pour les tribunaux arbitraux ad hoc mais aussi institutionnels. Conformément à l'art. 1 al. 1 du RUA, l'autonomie des parties est totale, de sorte que les dispositions du RUA peuvent être modifiées librement par les parties et adaptées à leurs besoins. La procédure elle-même ne se distingue pas particulièrement des autres réglementations. Toutefois, en ce qui concerne la désignation du tribunal arbitral, le REA a des règles particulièrement efficaces qui rendent tout retard quasiment impossible. Si les parties n'ont pas réglé séparément la nomination, c'est l'appointing authority qui se charge de la nomination du panel arbitral. Cette appointing authority peut être choisie par les parties elles-mêmes (art. 6 al. 1 RUA) ; si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord sur la désignation, c'est l'autorité de désignation qui est désignée - en l'occurrence le secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye. 45

4. Fin de la procédure d'arbitrage

Une fois la procédure d'arbitrage terminée, le tribunal arbitral doit rendre sa sentence, qu'il notifie aux parties (art. 381 ss CPC). Tous les membres du tribunal arbitral doivent participer à la délibération et au vote de la sentence. Si l'un des membres refuse de participer, les autres peuvent néanmoins délibérer et statuer, à moins qu'il n'en ait été convenu autrement (art. 382 al. 1 et 2 CPC). 46

La sentence peut être notifiée oralement dans un premier temps, puis être motivée par écrit, à condition que les parties n'y renoncent pas (art. 34 al. 2 et 47

3 des Swiss Rules 2021 ; art. 34 al. 2 et 3 du RAU). Il n'est pas prévu d'indiquer les voies de recours. Si les parties parviennent à se mettre d'accord suffisamment tôt, en reconnaissant ou en retirant la plainte, ou en mettant fin au litige par une transaction déjà en cours de procédure, le tribunal arbitral doit le prononcer, à la demande des deux parties, sous la forme d'une sentence arbitrale qui entre en force et qui est exécutoire (art. 385 CPC).

5. Recours

48 En raison de leur autonomie, les parties sont également habilitées à déterminer elles-mêmes la procédure de recours en matière d'arbitrage. A cet égard, il convient de considérer "toutes les possibilités de recours qui - selon la volonté des parties - ne mettent pas encore fin à la procédure arbitrale et ferment donc la voie de recours devant le tribunal étatique (cf. art. 391 CPC)".

a. Recours à l'arbitrage

49 La doctrine ne peut pas classer de manière concluante le recours en matière civile comme une voie de recours ordinaire ou extraordinaire, car les motifs de recours contre les sentences arbitrales sont limités (art. 393 CPC). En effet, les tribunaux étatiques ne peuvent en principe pas intervenir dans la jurisprudence arbitrale privée autonome par un contrôle de l'exactitude du contenu, mais uniquement vérifier les conditions d'un fonctionnement correct de la juridiction arbitrale. Selon l'art. 390 al. 1 CPC, les parties peuvent également, en alternative au Tribunal fédéral, saisir le tribunal cantonal (art. 390 al. 2 en relation avec l'art. 356 CPC) comme instance de recours. Le recours n'est recevable qu'après épuisement des voies de recours arbitrales prévues par la convention d'arbitrage (art. 391 CPC), c'est-à-dire qu'il a un effet subsidiaire.

b. Révision

50 Selon l'art. 396 al. 1 CPC, la révision d'une sentence arbitrale doit être portée devant un tribunal cantonal supérieur. Les motifs de révision correspondent à ceux qui, selon l'art. 328 CPC, s'appliquent également aux procédures judiciaires étatiques. La compétence de l'instance de révision compétente se limite à l'annulation de la sentence et au renvoi au tribunal arbitral initial pour un nouveau jugement (art. 399 CPC).

6. Force de chose jugée et exécution

Les sentences arbitrales acquièrent, dès leur notification orale, respectivement dès leur signification, l'effet d'une décision judiciaire immédiatement définitive et exécutoire (art. 387 CPC). L'exécution des sentences arbitrales est mise en œuvre par les autorités judiciaires de la même manière que celle d'un jugement étatique. En conséquence, elles sont également compétentes pour certifier, sur demande, le caractère exécutoire des sentences arbitrales. La procédure d'arbitrage est considérée comme close dans la mesure où la sentence arbitrale de première instance n'a pas été contestée et que le titre exécutoire a ainsi force de loi. 51

BIBLIOGRAPHIE

Arroyo Manuel, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. Schulthess Kommentar).

Aubert Gabriel, L'arbitrage en droit du travail, in: Aubert Gabriel/Aubry Girardin Florence/Mahon Pascal/Kocherhans Nathalie (Hrsg.), Journée de droit du travail et de la sécurité sociale 1996, Zürich 1999, S. 107 ff.

Bachofner Eva, Die Mieterausweisung. Rechtsschutz in klaren und in weniger klaren Fällen, Diss. Basel 2018.

Baumgartner Samuel/Dolge Annette/Markus Alexander R./Spühler Karl, Schweizerisches Zivilprozessrecht mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts, 10. Aufl., Bern 2018.

Berger Bernhard, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar ZPO, Bd II: Art. 150–353 ZPO und Art. Art. 400–406 ZPO, Bern 2012 (zit. BK).

Berger Bernhard/Güngerich Andreas/Hurni Christoph/Strittmatter Reto, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2021.

Berger Bernhard/Kellerhals Franz, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 4. Aufl., Bern 2021.

Besson Sébastien/Lauber-Thommesen Nina, in: Zuberbühler Tobias/Müller Christoph/Habegger Philipp (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration – Commentary, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. Swiss Rules Commentary).

Blake Susan/Browne Julie/Sime Stuart, A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution, 4. Aufl., Oxford 2016.

Bohnet François, Procédure civile, 3. Aufl., Basel 2021.

Bohnet François/Constantina Catalina, L'arbitrabilité des conflits individuels de travail, in : Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal/Bohnet François (Hrsg.), Les procédures en droit du travail, Neuenburg/Basel 2020, S. 138 ff.

Bohnet François/Droese Lorenz, Präjudizienbuch ZPO Zivilprozessordnung, Bern 2018 (zit. Präjudizienbuch).

Boog Chrsitoph/Stark-Traber Sonja, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar ZPO, Bd III: Art. 353–399 ZPO und Art. 407 ZPO, Bern 2014 (zit. BK).

Born Gary B., International Commercial Arbitration, 3. Aufl., Den Haag 2021.

Brooker Penny, The Juridification of Alternative Dispute Resolution, Anglo-American Law Review 28/1999, S. 1 ff.

Bucher Andreas, in: Bucher Andreas (Hrsg.), Loi sur le droit international privé (LDIP) – Convention de Lugano, Commentaire Romand, Basel 2011 (zit. CR).

Bühler Micha/Stacher Marco, Costs in International Arbitration, in: Arroyo Manuel (Hrsg.), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, Volume I, 2. Aufl. The Netherlands 2018, S. 2567 ff.

Burkhalter Peter/Grell Boris T., Schiedsgerichtsbarkeit der Schweizer Immobilienwirtschaft, Zürich 2005.

Buschmann Barbara, Tipps für den Umgang mit Baustreitigkeiten. Konfliktprävention und alternative Streitbeilegung, Berlin/Wien/Zürich 2015.

Carneiro Davide/Novais Paulo/Andrade Francisco/Zeleznikow John/Neves José, Online Dispute Resolution: an Artificial Intelligence Perspective, in: Artificial Intelligence Review 41 (2014), S. 211 ff.

Caron David D./Caplan Lee M., The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary, 2. Aufl., Oxford 2013

Casey Angela, Fehlende Schiedsfähigkeit zwingender arbeitsrechtlicher Ansprüche im Binnenverhältnis – Anmerkungen zu BGE 4A_7/2018 vom 18.4.2018, in: ASA Bulletin 36 (2018), S. 399 ff. (zit. fehlende Schiedsfähigkeit)

dieselbe, Individualarbeitsrechtliche Streitigkeiten im Schiedsverfahren, in: ASA Bulletin 35 (2017), S 266 ff. (zit. individualarbeitsrechtliche Streitigkeiten)

Chrobak Lennart: Der Anwendungsbereich des Schiedsverfahrens in Erbsachen. Eine Untersuchung der objektiven Schiedsfähigkeit gemäss ZPO und IPRG unter Einbezug des Stiftungs-, Trust- und Familienrechts, Diss. Zürich.

Courvoisier Maurice/Wenger Werner, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. Schulthess Kommentar).

Croft Clyde/Kee Christopher/Waincymer Jeff, A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules, Cambridge 2013.

Dasser Felix, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. KuKo).

Dolge Annette, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK).

Ehle Bernd, SIA 150:2018 – Modern Swiss arbitration rules for construction disputes, in: ASA Bulletin 36 (2018), S. 896 ff.

Emerson Frank D., History of Arbitration Practice and Law, in: Cleveland State Law Review 19/1970, S. 155 ff.

Engel Martin, Collaborative Law. Mediation ohne Mediator, Tübingen 2010.

Fischer Jonas/Schneuwly Anne Mirjam, Alternative Dispute Resolution: Verhandlung, Mediation, Schlichtung, Schiedsgerichtsbarkeit, Schiedsgutachten, Hybride ADR-Verfahren, Zürich/St. Gallen 2021.

Furrer Andreas/Girsberger Daniel/Ambauen Irma, in: Amstutz Marc et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. Zürich 2016 (zit. CHK).

Gabriel Simon/Girsberger Daniel, Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung im schweizerischen Recht, in: Gauch Peter et al. (Hrsg.), Festschrift P. Tercier, Zürich 2008, S. 819 ff.

Gautier Pierre-Yves, Pour convaincre l'arbitre, in: ASA Bulletin 32 (2014), S. 508 ff.

Girsberger Daniel, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK).

Girsberger Daniel/Habegger Philipp/Mràz Michael/Peter Flavio/Weber-Stecher Urs, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK).

Girsberger Daniel/Peter James T., Aussergerichtliche Konfliktlösung. Kommunikation – Konfliktmanagement – Verhandlung – Mediation – Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/Basel/Genf 2019.

Girsberger Daniel/Voser Nathalie, International Arbitration, Comparative and Swiss Perspectives, 4. Aufl., Zürich 2021.

Giudici Camilla, Der Sozialplan in einer vergleichenden europäischen Perspektive. Unter besonderer Berücksichtigung der Schweiz, Deutschlands und Italiens, Diss. Bern 2019.

Göksu Tarkan, in: Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel, Petit commentaire CPC (Code de procédure civile), Basel 2020 (zit. PC).

derselbe, Die neue SIA-Schiedsordnung (SIA 150:2018), BR 2018, S. 5 ff. (zit. BR).

derselbe, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. Schiedsgerichtsbarkeit).

derselbe, Schiedsgerichtlicher Instanzenzug – Welches Verfahren bei Rechtsmitteln an ein Obergericht?, ASA Bulletin 34 (2016), S. 606 ff. (zit. ASA Bulletin).

Gränicher Dieter, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. Schulthess Kommentar).

derselbe, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander/Schnyder Anton (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht (IPRG), 4. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK).

Haas Ulrich/Brosi Jeffrey, Einseitige, insbesondere testamentarische Schiedsklauseln nach der (geplanten) Reform zur Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, in: ZZPInt 21 (2016), S. 323 ff.

Habegger Philipp, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK).

Heinzmann Michel/Maradan Léonard, Procès civil social et arbitrabilité des litiges en droit du travail, in: Universitäre Fernstudien Schweiz (Hrsg.), Quid iuris?, Festschrift Universitäre Fernstudien Schweiz 10 Jahre Bachelor of Law, Bern 2015, S. 97 ff.

Huber, Lucius, Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz – Perspektiven und Herausforderungen, in: ZSR NF 121 II, 2002, S. 77 ff.

Hochstrasser Daniel/Brulet Simone, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander/Schnyder Anton (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht (IPRG), 4. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK).

Hofbauer Simone, History of Arbitration in Switzerland, in: Arroyo Manuel (Hrsg.), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, Volume I, 2. Aufl. The Netherlands 2018, S. 3 ff.

Horn Jakob, Der Emergency Arbitrator und die ZPO, Tübingen 2019.

Jermini Cesare/Bernardoni Nicola, Domestic Arbitration under the Swiss Code of Civil Procedure, in: Arroyo Manuel (Hrsg.), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, Volume I, 2. Aufl., The Netherlands 2018, S. 21 ff.

Jermini Cesare/Castiglioni Luca, in: Zuberbühler Tobias/Müller Christoph/Habegger Philipp (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration – Commentary, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. Swiss Rules Commentary).

Johnson Alexandra C., Arbitration Labor Disputes, in: Arroyo Manuel (Hrsg.), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, Volume I, 2. Aufl. The Netherlands 2018, S. 1191 ff.

Jones Grant/Pexton Peter, ADR and Trusts: An international guide to arbitration and mediation of trust disputes, London 2015.

Kellor, Frances A., American Arbitration: Its History, Functions and Achievements, Washington D.C. 1948.

Kramer Michael, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. Dike Kommentar).

Kramer Michael/Wiget Matthias, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. Dike Kommentar).

Künzle, Hans Rainer, Schiedsfähigkeit von und Schiedsverfahren in Erbsachen, Einleitung, in: successio 2020, S. 70 ff. (zit. Schiedsfähigkeit)

derselbe, Unternehmen im Nachlass – insbesondere Vollstreckung an Gesellschaftsanteilen – Länderbericht Schweiz, in: Künzle Hans Rainer (Hrsg.), 2. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag. Referate des Weiterbildungsseminars des Vereins Successio und der Arbeitsgemeinschaft Testamentsvollstreckung und Vermögenssorge e.V. an der Universität Luzern vom 21.4.2017, Zürich 2018, S. 47 ff. (zit. Unternehmen im Nachlass).

Lazpoulos Michael, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar ZPO, Bd III: Art. 353–399 ZPO und Art. 407 ZPO, Bern 2014 (zit. BK).

Mabillard Ramon/Briner Adrian, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander/Schnyder Anton (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht (IPRG), 4. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK).

Marugg Daniel /Jung-Utzinger Julia, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar ZPO, Bd III: Art. 353–399 ZPO und Art. 407 ZPO, Bern 2014 (zit. BK).

Marugg Daniel/Keller Jupitz Carolina, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar ZPO, Bd III: Art. 353–399 ZPO und Art. 407 ZPO, Bern 2014 (zit. BK).

Marugg Daniel/Neukom Chaney Anna, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar ZPO, Bd III: Art. 353–399 ZPO und Art. 407 ZPO, Bern 2014 (zit. BK).

Mràz Michael/Peter Flavio, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK).

Molina Martin/Pfisterer Stefanie, in: Zuberbühler Tobias/Müller Christoph/Habegger Philipp (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration – Commentary, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. Swiss Rules Commentary).

Müller Christoph, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. Schulthess Kommentar).

Neidhart Elena, La nature bicéphale de l'expertise-arbitrage, in: Hirsch Laurent/Imhoos Christophe (Hrsg.), Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, Zürich 2018, S. 299 ff.

Niedermaier Tilman, Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen in strukturellen Ungleichgewichtslagen. Ein deutsch-U.S.-amerikanischer Rechtsvergleich mit Schlaglichtern auf weitere Rechtsordnungen, Tübingen 2013.

Oeticker Christian, in: Müller-Chen Markus/Widmer Lüchinger Corinne (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Band II, Art. 108a–200, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18.12.1987, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. ZK).

derselbe, Ad Hoc Arbitration in Switzerland, in: Arroyo Manuel (Hrsg.), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, Volume I, 2. Aufl. The Netherlands 2018, S. 893 ff.

Patocchi Paolo Michele/Niedermaier Tilman, UNCITRAL Arbitration Rules (UncitralO), in: Rolf A. Schütze (Hrsg.), Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, 3. Aufl., Köln 2018, S. 963 ff.

Paulsson Jan/Petrochilos Georgios, UNCITRAL Arbitration, The Netherlands 2018.

Patocchi Paolo Michele/Niedermeier Tilmann, UNCITRAL Arbitration Rules (UncitralO), in: Rolf A. Schütze (Hrsg.), Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, 3. Aufl. Köln, S. 963 ff.

Pfändler Andrea Maria, Mediation beim Finanzintermediär – eine Alternative zum Gerichtsprozess? Management der Reputationsrisiken von Banken durch aussergerichtliche Verfahren der Streitschlichtung, Hamburg 2015.

Pfiffner Daniel C./Hochstrasser Daniel, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander/Schnyder Anton (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht (IPRG), 4. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK).

Pfisterer Stefanie, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar ZPO, Bd III: Art. 353–399 ZPO und Art. 407 ZPO, Bern 2014 (zit. BK).

Picht Peter Georg/Chrobak Lennart, Einseitige Schiedsklauseln in der Schweizer Schiedsrechtsrevision – Teil I, in: SJZ 114 (2018), S. 205 ff.

Planinic Tanja/Erk Nadja, Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2015 (zit. OFK).

Raeschke-Kessler Hilmar, Die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Schiedsrichter – ein transnationales Rechtsproblem?, ASA Bulletin 28 (2008), S. 3 ff.

Reiner Andreas/Petkutei Jurgita/Kern Carsten, ICC-Schiedsordnung, in: Rolf A. Schütze (Hrsg.), Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, 3. Aufl. Köln, S. 21 ff.

Rigozzi Antonio/Kaufmann-Kohler Gabrielle, International Arbitration, Law and Practice in Switzerland, 3. Aufl., Oxford 2015.

Roebuck Derek, The Myth of Modern Mediation, in: Arbitration (1) 73 (2007), S. 105 ff.

Rohner Thomas, in: Zuberbühler Tobias/Müller Christoph/Habegger Philipp (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration – Commentary, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. Swiss Rules Commentary).

Rohrer Beat, Art. 269a OR, in: SVIT Schweiz (Hrsg.), Das Schweizerische Mietrecht, Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2018.

Schüttel Nadine, Streitbeilegung im Internet – Zukunft oder Irrweg?, Diss. Freiburg i.Br. 2014.

Schwander Ivo/Stacher Marco, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. Dike Kommentar).

Schweizer Philippe, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Tappy Denis (Hrsg.), Code de procédure civile, Commentaire Romand, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR).

Smahi Nadia, The Arbitrator's Liability and Immunity Under Swiss Law – Part I, in: ASA Bulletin 34 (2016), S. 876 ff.

Spoorenberger Frank/Franchini Daniela, in: Zuberbühler Tobias/Müller Christoph/Habegger Philipp (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration – Commentary, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. Swiss Rules Commentary).

Stacher Marco, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar ZPO, Bd III: Art. 353–399 ZPO und Art. 407 ZPO, Bern 2014 (zit. BK).

derselbe, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. Dike Kommentar).

derselbe, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2021.

Staehelin Adrian/Staehelin Daniel /Grolimund Pascal, Zivilprozessrecht (PrintPlu§), 3. Aufl., Zürich 2019.

Street Laurence, The language of ADR – its utility in resolving international commercial disputes in the role of the mediator, in: Arbitration 58 (1992), Supp (Annual conference Hong Kong), S. 17 ff.

Stürner Michael/Wilhelmi Rüdiger, Post-M&A-Schiedsverfahren. Recht und Rechtsfindung jenseits des gesetzlichen Rechts, Wiesbaden 2019.

Sutter-Somm Thomas/Gut Nicolas, Schiedsgerichte in Erbsachen. Die Sicht des Zivilprozessrechts, insbesondere die Frage der Zulässigkeit einseitiger (testamentarischer) Schiedsklauseln, in: Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Schiedsgerichte in Erbsachen, Zürich 2012, S. 138 ff.

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt, in: Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2021 Zürich (zit. CHK).

Vischer Frank/Müller Roland, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl. Basel 2014.

Walser Manuel, Schiedsfähigkeit, Zürich 2018.

Webster Thomas H./Bühler Michael W., Handbook of ICC Arbitration, 5. Aufl., London 2021.

Wenger Werner/Aufrichtig Janina, Ist das gemäss Art. 335j OR zu bestellende «Schiedsgericht» ein Schiedsgericht?, in: Fankhauser Roland/Widmer Lüchinger Corinne/Klingler Rafael/Seiler Benedikt (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 719 ff.

Widdascheck Mirko, Die UNCITRAL Arbitration Rules als semi-institutionelle Schiedsverfahrensregeln, Frankfurt a.M. 2016.

Wildhaber Isabelle S./Johnson Wilcke Alexandra, Die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (ARV) 2010, S. 160 ff.

Wimalasena Philip, The Publication of Arbitral Awards as a Contribution to Legal Development – A Plea for more Transparency in International Commercial Arbitration, in: ASA Bulletin 37 (2019), S. 279 ff.

Wolaver Earl S., The Historical Background of Commercial Arbitration, in: University of Pennsylvania Law Review and American Law Register 83/1934, S. 132 ff.

Zufferey Jean-Baptiste/Perritaz Pierre/Schumacher Valentin, Das Schiedsgutachten: Erläuterungen, Mustervertrag, Zürich 2013.

MATÉRIAUX

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28.6.2006, BBl 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 407f CPC

Un commentaire de Jan Heller

PROPOSITION DE CITATION

Jan Heller, Commentaire de l'art. 407f CPC, in: Lorenz Droese (édit.), Commentaire en ligne du Code de procédure civile

Citation abrégée: OK-Heller, art. 407f CPC N. XXX.

Chapitre 7: Disposition transitoire de la modification du 17 mars 2023

Art. 407*f*

Les art. 8, al. 2, 2e phrase, 63, al. 1, 118, al. 2, 2e phrase, 141a, 141b, 143, al. 1bis, 149, 167a, 170a, 176, al. 3, 176a, 177, 187, al. 1, 3e phrase, et 2, 193, 198, let. bbis, f, h et i, 199, al. 3, 206, al. 4, 210, al. 1, phrase introductive et let. c, 239, al. 1, 298, al. 1bis , 315, al. 2 à 5, 317, al. 1bis, 318, al. 2, 325, al. 2, 327, al. 5, et 336, al. 1 et 3, s'appliquent également aux procédures en cours à l'entrée en vigueur de la modification du 17 mars 2023.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction et structure du commentaire 368
II. Historique 368
III. Bases de l'art. 407f nCPC 370
A. Fonctionnement de l'énumération de l'art. 407f nCPC 370
1. Moment de la litispendance 371
2. Notion de « procédure » à l'art. 407f nCPC 372
B. Nature de l'énumération de l'art. 407f nCPC 372
C. Relation avec le droit transitoire des art. 404 ss. CPC 372
1. Applicabilité des art. 404 ss. CPC 373
2. Droit transitoire général 374
a. Maintien de l'application de l'ancien droit (art. 404 CPC) 374
b. Actions ou requêtes modifiées et multiples dans une même procédure 375
c. Compétence territoriale (art. 404 al. 2 CPC) 376
d. Voies de recours (art. 405 CPC) 376
D. Digression : effet réflexe sur le droit cantonal de la procédure administrative ... 377
IV. Droit révisé dans le cadre du champ d'application de l'art. 407f nCPC 378
A. Action directe devant la juridiction supérieure (art. 8, al. 2, deuxième phrase, nCPC) 378
B. Litispendance en cas d'absence de compétence et de mauvais type de procédure (art. 63 al. 1 nCPC) 378
C. Assistance judiciaire gratuite en cas d'administration préventive des preuves (art. 118 al. 2 deuxième phrase nCPC) 379
D. Numérisation dans la procédure civile 380
1. Utilisation de moyens électroniques (art. 141a s., art. 170a, art. 187, al. 1, troisième phrase, art. 193 et art. 298, al. 1bis, nCPC) 380
2. Procès-verbal en cas d'enregistrement (art. 141b, al. 1, let. b, art. 176, al. 3, art. 176a, art. 187, al. 2, et art. 193 nCPC) 381
E. Respect des délais (art. 143 al. 1bis nCPC) 382
F. Procédure de restitution (art. 149 nCPC) 383
G. Droit à la preuve 383
1. Droit de refus concernant l'activité d'un service juridique interne à l'entreprise (art. 167a nCPC) 383
2. Expertise privée (art. 177 nCPC) 385
H. Procédure de conciliation 387
1. Exceptions à la procédure de conciliation (art. 198 let. bbis, f, h et i nCPC) ... 387
a. Actions alimentaires et autres questions relatives aux enfants (art. 198 let. bbis nCPC) 387
b. Litiges en cas de compétence d'une seule instance cantonale (art. 198 let. f nCPC) 387

c. Actions jointes en cas de délai d'action fixé par le tribunal (art. 198 let. h nCPC) 389
d. Actions devant le Tribunal fédéral des brevets (art. 198 let. i nCPC) 390
2. Renonciation à la procédure de conciliation (art. 199 al. 3 nCPC) 390
3. Amende d'ordre en cas de défaut dans la procédure de conciliation (art. 206 al. 4 nCPC) 391
4. Proposition de décision (art. 210 al. 1 let. c nCPC) 392
I. Notification et motivation des décisions cantonales (art. 239 al. 1, 318 al. 2 et 327 al. 5 nCPC) 392
J. Faits et moyens de preuve nouveaux en procédure d'appel (art. 317 al. 1bis nCPC) 393
K. Effet suspensif et force exécutoire (art. 315 al. 5, 325 al. 2 et art. 336 al. 1 et al. 3 nCPC) 393
1. Exécution des décisions non motivées 393
2. Appel contre une décision d'aménagement 394
3. Pas d'effet suspensif en appel en cas d'assignation du débiteur et de garantie de l'entretien (art. 315 al. 2 let. c et d nCPC) 394
4. Autorisation d'exécution anticipée et octroi de l'effet suspensif par l'instance d'appel (art. 315 al. 4 et 5 et 325 al. 2 nCPC) 395
V. Droit révisé en dehors du champ d'application de l'art. 407f nCPC 395
A. Actions contre la Confédération (art. 5 al. 1 let. f et art. 10 al. 1 let. c nCPC) 396
B. Tribunal de commerce (art. 6 al. 2, 3, 4 et 6 nCPC et art. 5 al. 3 let. c nIPRG) 397
1. Litige commercial (art. 6 al. 2 nCPC) 397
2. Droit de choisir le demandeur (art. 6, al. 3, nCPC) 399
3. Litiges commerciaux internationaux (art. 6 al. 4 let. c nCPC et art. 5 al. 3 let. c nIPRG) 399
4. La consorité (art. 6 al. 6 nCPC) 400
C. Découverte du motif de récusation (art. 51 al. 3 et 328 al. 1 let. d nCPC) 401
D. Indications incorrectes des voies de recours (art. 52 al. 2 nCPC) 401
E. Droit de réplique (art. 53 al. 3 nCPC) 403
F. Coopération simple (art. 71 nCPC) 404
G. Action en dénonciation de litige (art. 81 et art. 82 al. 1 nCPC) 404
H. Fixation d'un délai pour chiffrer l'action en revendication non chiffrée (art. 85 al. 2 nCPC) 405
I. Cumul objectif d'actions (art. 90 al. 2 nCPC) 406
J. Valeur litigieuse et droit aux dépens 407
1. Valeur litigieuse en cas de demande reconventionnelle en constatation négative (art. 94 al. 3 nCPC) 407
2. Action collective (art. 94a nCPC) 408
3. Tarifs et droit de la représentation à une indemnité de partie (art. 96 nCPC) 409

4. Avance de frais (art. 98 nCPC) 410
5. Principes de répartition en cas de pluralité de parties (art. 106 al. 3 nCPC) ... 410
6. Liquidation des frais judiciaires (art. 111, al. 1 et 2, nCPC) 411
7. Avance des frais de justice et garantie lors d'actes d'entraide judiciaire (art. 11b nLDIP) 412
K. Langue de la procédure (art. 129 al. 2, 251a al. 2 et 356 al. 3, 2e phrase nCPC ainsi que l'art. 42 al. 1bis nLPC) 412
1. Procédure civile ordinaire (art. 129 al. 2 let. a nCPC)..... 412
2. Litiges commerciaux internationaux (art. 129 al. 2 let. b nCPC)..... 413
3. Arbitrage (art. 251a, al. 2, et 356, al. 3, 2e phrase, nCPC) 414
4. Procédure devant le Tribunal fédéral (art. 42 al. 1bis nLTF)..... 414
L. Contenu de la citation (art. 133 let. d nCPC) 415
M. Déroulement des délais en cas de courrier A-Plus (art. 142 al. 1bis nCPC)..... 415
N. Suspension des délais (art. 145, al. 4, nCPC et art. 56, al. 2, nLP) 416
O. Procédure de conciliation..... 419
1. Comparution personnelle en procédure de conciliation (art. 204 al. 1, 2e phrase, al. 2 et al. 3 let. a et let. d nCPC) 419
2. Délai pour agir après l'octroi de l'autorisation d'agir (art. 209, al. 4, nCPC) 420
3. Fixation des frais de justice et des indemnités de partie en cas de décision de l'autorité de conciliation (art. 212 al. 3 nCPC) 421
P. Demande reconventionnelle (art. 224 al. 1bis nCPC)..... 422
Q. Faits et moyens de preuve nouveaux (art. 229 al. 1 à al. 2bis nCPC) 423
R. Contenu de la décision (art. 238 let. g nCPC) 424
S. Défaut dans la procédure simplifiée 425
1. Défaut d'assister aux débats en cas de demande non motivée par écrit (art. 245 al. 1, phrases 2 et 3 nCPC) 425
2. Défaut d'assister à l'audience en cas de demande motivée par écrit (art. 245, al. 2, 2e phrase, nCPC)..... 426
T. Procédure sommaire 426
1. Champ d'application (art. 249, 250, 251, 251a et 305 nCPC) 426
2. Mesures provisoires contre les médias (art. 266 let. a nCPC) 428
3. Recours en procédure sommaire 428
a. Appel (art. 314 nCPC)..... 428
b. Recours (art. 321 al. 2 nCPC)..... 428
U. Procédure en matière de droit de la famille 429
1. Procédure simplifiée en cas de procédure annexe au divorce (art. 288, al. 2, et 291, al. 3, nCPC) 429
2. Actions indépendantes concernant l'entretien d'enfants mineurs ou majeurs et d'autres questions relatives aux enfants (art. 295 nCPC)..... 430
3. Attraction de compétence et qualité de partie des parents dans l'action en entretien et en paternité (art. 304, al. 2, 2e et 3e phrases, nCPC) 431

V. Appel joint (art. 313 al. 2 let. b nCPC) 432
W. Révision 432
1. Découverte de faits et de moyens de preuve nouveaux (art. 328 al. 1 let. a nCPC) 432
2. Inefficacité de l'acquiescement à la demande, du retrait de la demande ou de la transaction judiciaire (art. 328 al. 1 let. c nCPC) 433
3. Motif de récusation (art. 328 al. 1 let. d nCPC)..... 433
4. report de l'exequatur dans la procédure de révision (art. 331 al. 2 nCPC) 433
X. Modifications de la LTF..... 434
1. Langue des écrits juridiques (art. 42 al. 1bis nLTF) 434
2. Prescription de la LTF concernant la notification des décisions cantonales (art. 112, al. 2, première phrase, nLTF) 434
3. Révision dans la procédure du Tribunal fédéral (art. 123 al. 2 let. a nLTF)..... 434
Y. Arbitrage 434
1. L'anglais comme langue de procédure dans la procédure sommaire étatique 434
2. Révocation d'un membre du tribunal arbitral par convention (art. 370 al. 1 nCPC)..... 435
3. Litispendance (art. 372, al. 2, nCPC) 435
4. Exécution des mesures provisoires du tribunal arbitral (art. 374 al. 2 nCPC) . 436
5. Révision en cas de découverte de faits et de moyens de preuve nouveaux (art. 396 al. 1 let. a nCPC) 436
Z. Exécution (art. 400, al. 2bis et al. 3, et art. 401a nCPC)..... 436
Bibliographie..... 437
Matériaux 445

I. INTRODUCTION ET STRUCTURE DU COMMENTAIRE

1 Le **1er janvier 2025**, la révision du CPC *« Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit »* du 17 mars 2023 entrera en vigueur et apportera de nombreuses nouveautés. En ce qui concerne le passage de l'ancien au nouveau droit, la disposition transitoire de l'art. *407f* CPC est d'une importance capitale. En tant que **droit** dit **intertemporel**, cette norme se consacre à la délimitation des dispositions de procédure civile qui se succèdent dans le temps. Le terme **de droit transitoire** est utilisé comme synonyme. Le droit intertemporel détermine si l'ancienne ou la nouvelle disposition de procédure civile s'applique à un état de fait (procédural) donné (*« droit de l'un ou de l'autre »*).

2 *« Art. x aCPC »* est utilisé lorsqu'il est fait référence à une disposition du CPC qui est en vigueur jusqu'au 31 décembre 2024. Le nouveau droit de procédure civile est référencé par *« art. x nCPC »* (de même que les modifications de la LDIP, de la LP et de la LTF). Si aucun *« a »* ou *« n »* n'est placé devant, il s'agit aussi bien du droit (inchangé) antérieur qu'ultérieur au 1er janvier 2025.

3 Le commentaire commence par l'**historique** de l'art. *407f* CPC (n. 4 ss). Les **bases** sont ensuite expliquées (n. 9 ss). Il se pose notamment la question de savoir si l'énumération de l'art. *407f* CPC est exhaustive (n. 17 s.). Le chapitre IV qui suit consacre un paragraphe à chaque **norme contenue dans l'art. 407*f* CPC** (n. 33 ss). Enfin, le chapitre V traite de manière transitoire des **normes non contenues dans l'art. 407*f* CPC** (infra n 89 ss.). En font également partie les **dispositions modifiées de la LDIP, de la LP et de la LTF**, pour autant qu'elles n'aient pas déjà été examinées dans le chapitre précédent en relation avec la modification d'une disposition du CPC. Les modifications rédactionnelles des textes français et italien ne sont pas traitées.

II. HISTORIQUE

4 Tant l'**avant-projet** que le **projet** ne contenaient pas de disposition transitoire. Ni le **rapport explicatif** ni le **message** ne se sont prononcés sur le droit transitoire. La représentation de l'Office fédéral de la justice a expliqué à la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats que le droit transitoire était ancré à la fin du CPC. C'est pourquoi aucune disposition transitoire séparée n'a été intégrée dans le projet. L'essentiel est que le droit

procédural est régi par le principe (qui n'est pas exprimé dans la loi) selon lequel il s'applique immédiatement, c'est-à-dire dès l'entrée en vigueur d'une révision (voir ci-dessous, n. 11). La loi ne contient que les exceptions à ce principe (notamment en ce qui concerne la compétence et la coordination des procédures). Celles-ci sont régies par **les art. 404-407 CPC**.

Dans un souci de clarification, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a introduit une disposition transitoire à l '**art. 407 CPC**, qui contient le même mécanisme que l'actuel art. *407f* nCPC, en **énumérant certaines normes modifiées**. Le Conseil des Etats a suivi sa commission. Comme le Conseil des Etats n'avait pas l'intention d'écraser l'art. 407 CPC existant, le Conseil national a créé le nouvel **art. 407*e*** CPC**.** 5

En raison de la conception de la disposition transitoire comme catalogue de dispositions modifiées du CPC, le libellé définitif de l'art. *407e* CPC n'a pu être fixé que lorsque ce que le Conseil national et le Conseil des Etats avaient décidé sur le fond était clair. C'est pourquoi le catalogue de l'art. *407e* CPC a été adapté aux décisions respectives par le secrétariat de la commission en collaboration avec l'administration. Par la suite, l'art. *407e* CPC a été adapté à l'état des débats parlementaires. Par la suite, l'art. *407e* CPC est devenu le nouvel **art. 407*f* nCPC**. C'est dans l'art. *407e* CPC que se trouve la disposition transitoire concernant les dispositions de procédure civile, qui est entrée en vigueur le 1er septembre 2023 avec la nouvelle LPD. 6

L'**interprétation historique** cherche le sens d'une norme dans l'histoire de sa création. Pour ce faire, les matériaux, dont font partie le message et le bulletin officiel du Conseil national et du Conseil des Etats, sont pris en compte. Les aspects centraux de l'art. *407f* nCPC ressortent des procès-verbaux des commissions parlementaires (voir ci-dessous n. 17 et n. 20). Le Tribunal fédéral ainsi que la majorité de la doctrine tiennent compte, entre autres, des **procès-verbaux des commissions** lors de l'interprétation historique . Selon l'art. 4 al. 2 let. c OParl, les procès-verbaux des commissions servent entre autres à l'interprétation ultérieure des actes législatifs. Selon l'art. 47 al. 1 LParl, les délibérations de la commission sont confidentielles. Les procès-verbaux des commissions doivent être consultés pour l'application du droit et à des fins scientifiques (art. 7, al. 1, OParl). Il convient de noter que les procès-verbaux de la commission ne peuvent être consultés qu'après un vote lors d'un éventuel référendum (cf. art. 7, al. 1, Oparlement). 7

8 L'utilisation des procès-verbaux des commissions fait l'objet de critiques justifiées, car ils ne sont pas accessibles au public. Certains estiment que l'interprétation historique ne doit pas tenir compte des documents secrets qui ne sont pas accessibles au public. De ce fait, la population n'est pas consciente de la manière dont la loi pourrait être interprétée. C'est pourquoi il est souhaitable à l'avenir que les idées relatives au droit transitoire soient déjà expliquées dans le message ou que les explications des commissions soient répétées au Parlement. Elles seraient ainsi facilement accessibles au grand public. Comme les procès-verbaux des commissions sont pris en compte dans la pratique, le présent commentaire s'appuie également sur les déclarations qu'ils contiennent.

III. BASES DE L'ART. *407F* NCPC

9 Avant d'aborder les questions de droit transitoire relatives à certaines normes, une présentation générale du mécanisme inscrit à l'art. *407f* nCPC est effectuée. Son **fonctionnement** est d'abord expliqué (n. 11 s.). Ensuite, la question de savoir si le catalogue contenu dans l'art. *407f* nCPC est de nature exhaustive est clarifiée (n. 17 s.). Les explications suivantes traitent de l'art. *407f* nCPC par rapport aux **dispositions transitoires générales des art. 404 ss CPC** (n. 19 ss.). De nombreuses normes du **droit cantonal de la procédure administrative** renvoient au CPC. A cet égard, la question se pose de savoir s'il s'agit de renvois dynamiques, qui englobent à chaque fois la version actuelle du CPC. Si la réponse est affirmative, l'art. *407f* nCPC joue également un rôle dans le droit cantonal de procédure administrative du point de vue du droit transitoire (n. 30 ss.).

10 Dans ce contexte, il importe peu que ce soit l'ancien ou le nouveau droit qui s'applique, si le nouveau droit ne fait que **codifier** la **jurisprudence du Tribunal fédéral** développée sous l'ancien droit (p. ex . n. 68, 81, 93, 100, 105, 112 s., 158, 167 et 180). Les **modifications rédactionnelles** sans importance quant au fond sont également insignifiantes (p. ex. n. 65, n. 159 et n. 172). En l'absence de modifications matérielles, le droit applicable dans le temps ne joue aucun rôle.

A. Fonctionnement de l'énumération de l'art. *407f* nCPC

11 L'art. *407f* nCPC prévoit, comme d'autres normes transitoires du CPC, que le nouveau droit s'applique aux **procédures en cours au moment de son**

entrée en vigueur. Cela correspond au principe intertemporel selon lequel le droit de procédure s'applique immédiatement, c'est-à-dire dès son entrée en vigueur. Contrairement à d'autres révisions, l'art. *407f* nCPC ne déclare pas applicable l'ensemble du nouveau droit, mais seulement certaines dispositions énumérées dans un catalogue (pour l'énumération, voir n. 33 ss.). Enfin, l'art. *407f* nCPC ne contient pas non plus de règles particulières qui ne s'appliqueraient qu'à la période transitoire. L'art. *407f* nCPC déclare diverses normes du nouveau droit applicables aux procédures pendantes avant le 1er janvier 2025 (voir ci-dessous n. 33 ss.). La litispendance, d'une part, et la notion de *"procédure* », d'autre part, sont importantes (cf . n. 13 ss et n. 16 ci-dessous).

Les procédures devenues **litispendantes après le 1er janvier 2025** sont régies par le nouveau droit. Ces procédures n'ont aucun lien avec la période d'application 12
de l'ancien droit. En revanche, la période à laquelle appartient le **rapport juridique matériel constituant l'objet du litige** (c'est-à-dire les faits de la vie) n'est pas pertinente.

1. Moment de la litispendance

Le **dépôt** d'une requête de conciliation, d'une demande en justice, d'une requête ou d'une demande commune de divorce crée la litispendance (art. 62 al. 1 CPC). La remise de l'acte introductif d'instance à la Poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse est déterminante (cf. art. 143 al. 1 CPC). Pour les déclarations orales consignées au procès-verbal, c'est le moment de la signature du procès-verbal qui est déterminant (cf. art. 202 al. 1, 244 al. 1 et art. 252 al. 2 CPC). Dans le cas d'une **requête nouvellement déposée ou transmise**, le moment déterminant est la date du premier dépôt (art. 63 al. 1 CPC ; voir également N. 35 ci-dessous). 13

L'action n'est litispendante que dans la mesure des prétentions invoquées. Si une **prétention modifiée ou nouvelle** au sens de l'art. 227 CPC est déposée, elle ne devient litispendante qu'avec ce dépôt ou la déclaration au procès-verbal. Une **demande reconventionnelle** devient litispendante de manière autonome en étant déposée dans la procédure de conciliation ou lors de son introduction dans la réponse (cf. art. 209 al. 2 let. b et art. 224 al. 1 CPC). 14

15 En matière d'**arbitrage**, l'art. 372 CPC s'applique en tant que *lex specialis* pour déterminer la litispendance (cf. infra n. 211 s.).

2. Notion de *« procédure »* à l'art. *407f* nCPC

16 La notion *de « procédure »*, utilisée à l'art. *407f* nCPC ainsi que dans d'autres dispositions du CPC, n'est pas clairement définie dans le CPC, ni dans la doctrine et la jurisprudence. Le CPC utilise également le terme *de « procès »*. Selon le dictionnaire, un *"procès* » est une suite d'actes juridiques qui sert à régler une affaire et qui se déroule devant les autorités ou les tribunaux. Dans le domaine d'application du CPC, il y a procès lorsque le **tribunal statue sur un rapport juridique privé d'au moins une personne (physique ou morale) privée**. Le terme *« procès* " est à mon avis un synonyme de *"procédure »*.

B. Nature de l'énumération de l'art. *407f* nCPC

17 On peut se demander si l'énumération de l'art. *407f* nCPC est exhaustive. Le libellé plaide en faveur d'une énumération exhaustive, car l'ajout *"notamment* » fait défaut. En outre, lorsqu'on insère une telle liste, il faut en principe partir du principe qu'elle contient toutes les normes. Il ressort de l'historique que l'administration et la commission avaient pour objectif de tenir la disposition transitoire à jour au fur et à mesure des débats sur la révision du CPC du 17 mars 2023 (voir ci-dessus n. 6).

18 La doctrine a identifié très tôt une première norme qui manque à tort à l'art. 407f*nCPC.* L'art. 133 let. d nCPC concernant la citation à comparaître en cas d'utilisation de moyens électroniques tels qu'une vidéoconférence devrait figurer à l'art. *407f* nCPC, car l'art. *407f* nCPC contient le reste des dispositions relatives à l'utilisation de moyens électroniques. Dans de tels cas, il convient d'élargir téléologiquement le catalogue de l'art. *407f* nCPC ou de supposer une erreur de rédaction (également n. 38 ci-dessous). Pour autant qu'on puisse le voir, aucune autre disposition ne manque à l'art. *407f* nCPC (voir par ex. n. 148 ci-dessous).

C. Relation avec le droit transitoire des art. 404 ss. CPC

19 Lorsque le CPC fédéral est entré en vigueur le 1er janvier 2011, les art. 404 à 407 CPC contenaient le droit transitoire. Selon le titre du chapitre

correspondant, les dispositions s'appliquent uniquement lors de la première entrée en vigueur de l'ensemble du CPC et non lors de révisions partielles ultérieures (*« dispositions transitoires du 19 décembre 2008 »*). Dans un premier temps, il convient de clarifier si les art. 404 ss. CPC s'appliquent également à la révision du CPC du 17 mars 2023 (n. 20). Ensuite, les dispositions transitoires générales utilisées pour le présent commentaire sont brièvement expliquées (n. 21 ss). Pour l'art. 407 CPC concernant le droit transitoire en matière d'arbitrage, nous renvoyons aux commentaires suivants (n. 212 et n. 214).

1. Applicabilité des art. 404 ss. CPC

La doctrine est divisée sur la question de savoir si les art. 404 ss. CPC s'appliquent également aux révisions partielles ultérieures. A première vue, l'ajout *"du 19 décembre 2008* » plaide en faveur de l'idée que les dispositions transitoires des art. 404 ss. CPC ne s'appliquent qu'au passage du droit cantonal au CPC fédéral. Cet ajout n'a toutefois été ajouté qu'en même temps que l'art. *407a* CPC. Au moment de l'introduction du CPC, les art. 404 ss. CPC étaient considérés comme des dispositions transitoires générales. L'administration part également du principe que les art. 404 ss. CPC doivent être respectés lors de révisions ultérieures (également n. 4 ci-dessus). Le principe général selon lequel le nouveau droit de procédure civile doit être appliqué immédiatement serait impraticable pour de nombreuses dispositions de la révision du 17 mars 2023. C'est pourquoi l'art. *407f* nCPC ne contient que les dispositions pour lesquelles ce principe est applicable. Si le législateur était parti du principe que les dispositions générales des art. 404 ss. CPC ne seraient pas applicables, l'art. *407f* nCPC serait une disposition vide de contenu. Déjà selon le principe général, les dispositions révisées seraient immédiatement applicables à toutes les procédures en cours. Par conséquent, les art. 404 ss. CPC sont également applicables lors de la révision du 17 mars 2023, pour autant que l'art. *407f* nCPC n'y déroge pas (n. 33 ss.). Pour les dispositions qui ne figurent pas dans le catalogue de l'art. *407f* nCPC, il faut se référer aux art. 404 ss. CPC, c'est-à-dire au droit transitoire général (pour plus de détails, voir n. 89 ss.). 20

2. Droit transitoire général

a. Maintien de l'application de l'ancien droit (art. 404 CPC)

21 Selon l'art. 404 al. 1 CPC, les procédures pendantes au moment de l'entrée en vigueur sont régies par l'ancien droit de procédure **jusqu'à leur clôture devant l'instance concernée**.

22 L'instance est sans conteste le **tribunal de première instance** ainsi que l'**instance cantonale de recours**. La qualification de l'**autorité de conciliation** en tant qu *'« instance »* est en revanche controversée. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et des Grisons ainsi qu'une partie de la doctrine, l'autorité de conciliation n'est pas considérée comme une instance propre. La Cour suprême zurichoise et une autre partie de la doctrine considèrent l'autorité de conciliation comme une instance propre. Le fait que le nouveau droit de procédure soit appliqué le plus tôt possible plaide en faveur de cette dernière opinion. Il convient de noter que lors de l'introduction du CPC, on a argumenté sur les difficultés **de différentes conceptions cantonales de la litispendance**. Cette problématique ne se pose plus dans le cadre de la présente modification du CPC. A mon avis, l'autorité de conciliation doit donc être considérée comme une instance distincte. Le principe de l'applicabilité immédiate du nouveau droit de procédure civile est ainsi réalisé au mieux (cf. n. 4 et n. 11 ci-dessus). Les explications suivantes se fondent en principe sur la jurisprudence du Tribunal fédéral. En raison de la situation initiale controversée, la constellation dans laquelle l'autorité de conciliation est considérée comme *une « instance »* est également abordée de manière isolée (infra n. 163).

23 Le Tribunal fédéral considère qu'une procédure devant une instance est terminée lorsqu'il existe une décision exécutoire. Si l'instance de recours annule une décision et la renvoie à l'instance précédente pour qu'elle rende une nouvelle décision, la procédure n'est pas close. La procédure est ramenée à l'état dans lequel elle se trouvait avant le prononcé de la décision attaquée. C'est pourquoi la première instance doit - après la décision de renvoi - continuer ou recommencer à appliquer l'ancien droit de procédure (**principe de l'unité de l'instance**). Cela vaut également lorsque la procédure de recours était soumise à un nouveau droit (concernant la procédure de recours, voir n. 28 s.).

b. Actions ou requêtes modifiées et multiples dans une même procédure

Dans une procédure, une **action** ou une **demande** est jugée. Dans ce cas, il est clair que pour déterminer le droit de procédure applicable, c'est-à-dire l'ancien ou le nouveau droit, on se base sur la litispendance de cette action ou de cette demande. On peut également se fonder sur le même moment en cas **de cumul subjectif** et **objectif d'actions**, car dans ce cas également - grâce à l'introduction simultanée dans une seule requête - le moment de la litispendance de toutes les actions est identique. 24

Des questions se posent en cas d'**actions modifiées et de plusieurs actions dans une procédure** dont la date de litispendance est différente (cf. ci-dessus n. 14). Un exemple est une demande qui a été introduite fin 2024 et la demande reconventionnelle correspondante qui n'est devenue litispendante qu'au début de 2025. Un autre exemple serait une action supplémentaire ajoutée ultérieurement au moyen d'une modification de la demande. Plusieurs actions sont traitées dans la même procédure - sous réserve d'une séparation au sens de l'art. 125 let. b et let. d CPC. On peut également s'interroger sur le traitement transitoire si le tribunal **réunit** une action devenue pendante jusqu'au 31 décembre 2024 avec une action d'une autre procédure devenue pendante à partir du 1er janvier 2025 (cf. art. 125 let. c CPC). 25

Nonobstant le jugement dans la même procédure, **chaque action est matériellement autonome**. Cela signifie qu'en principe, une décision est rendue pour chaque action, comme si elle faisait l'objet d'une procédure séparée. Cela signifierait, du point de vue du droit transitoire, que l'ancien droit de procédure civile serait applicable à l'action qui a été introduite avant le 1er janvier 2025, pour autant que la disposition du nouveau droit ne figure pas dans le catalogue de l'art. *407f* nCPC. Cette manière de procéder est à mon avis impraticable, car le tribunal devrait appliquer un droit de procédure différent à des actions différentes au sein de la même procédure. C'est pourquoi, à mon avis, la détermination du droit applicable doit se fonder exclusivement sur la **litispendance de la première action** comme point de départ de la procédure. Cette action a également ouvert la procédure. Il convient de noter qu'en réunissant les actions, le tribunal ne peut pas influencer le droit applicable d'un point de vue intertemporel. Cela signifie que l'ancienne loi de procédure s'applique à une **demande reconventionnelle** que le Tribunal a dissociée d'une demande devenue 26

pendante en 2024, bien que la demande reconventionnelle soit pendante en 2025. En cas de **jonction** d'une action distincte introduite en 2025, le Tribunal ne peut pas appliquer l'ancienne loi à cette action au seul motif que l'action de l'autre procédure a déjà été introduite en 2024. Dans ce cas exceptionnel, la juridiction doit appliquer une loi de procédure distincte pour les deux actions. Si cela est impraticable, le tribunal doit renoncer à la jonction.

c. Compétence territoriale (art. 404 al. 2 CPC)

27 En ce qui concerne la **compétence territoriale**, l'art. 404 al. 2 CPC prévoit le **principe de faveur**. Selon ce principe, la compétence territoriale est déterminée par le nouveau droit dès son entrée en vigueur. En outre, une compétence selon l'ancien droit est maintenue (*perpetuatio fori*). Grâce à l'art. 404 al. 2 CPC, une incompétence sous l'ancien droit est réparée. En ce qui concerne la **compétence matérielle**, l'art. 404 al. 2 CPC n'est pas applicable selon la majorité des avis. Dans ces cas, l'art. 404 al. 1 nCPC s'applique. Les dispositions relatives à la compétence territoriale n'ont pas été modifiées lors de la révision. En revanche, des modifications ont été apportées à la compétence matérielle (voir ci-dessous n. 91 et n. 96 s.).

d. Voies de recours (art. 405 CPC)

28 La recevabilité des recours et la procédure de recours sont régies par le droit en vigueur au moment de la **notification de la décision** (statut d'ouverture ; art. 405 al. 1 CPC). Cela comprend l'appel, le recours ainsi que l'explication et la rectification. Toutes les décisions sont concernées, c'est-à-dire notamment les décisions incidentes. Le nouveau droit s'applique à la **révision** des décisions notifiées sous l'ancien droit (art. 405 al. 2 CPC ; voir ci-dessous n. 201). Le nouveau droit s'applique également à la procédure qui doit être poursuivie après l'octroi d'une révision (dite procédure de renouvellement).

29 La question se pose de savoir ce qu'il faut entendre par le **moment de la notification**. En principe, une décision est considérée comme notifiée lorsqu'elle a été communiquée oralement ou par écrit aux parties. On se base sur le dispositif écrit, qui peut également être notifié sans motivation. Si une décision a été notifiée par écrit à l'une des parties au moins, il convient de se baser sur le dépôt postal. Dans le cas contraire, il se peut que deux moments différents soient déterminants, car les deux parties reçoivent la décision à un

moment différent. S'il est toutefois établi que les deux parties ont reçu la décision après l'entrée en vigueur de la modification, le nouveau droit s'applique indépendamment de la date de la poste. Le fait qu'un jugement soit notifié pendant les féries judiciaires n'est pas pertinent pour la détermination de l'appel selon l'art. 405 al. 1 CPC. La notification pendant les féries judiciaires est uniquement déterminante pour le calcul du délai de recours (cf. art. 146 al. 1 CPC). En revanche, l'art. 132 al. 1 LTF se base sur le moment où la décision a été rendue (à ce sujet n. 80 ci-dessous).

D. Digression : effet réflexe sur le droit cantonal de la procédure administrative

Les lois cantonales de procédure administrative renvoient régulièrement aux dispositions du CPC (p. ex. dans la procédure probatoire) (ce que l'on appelle les renvois externes). La question se pose alors de savoir s'il s'agit de renvois statiques ou dynamiques. Pour le savoir, il faut interpréter la norme cantonale de renvoi. En principe, il faut partir du principe que les renvois sont dynamiques si la loi cantonale sur la procédure administrative ne renvoie pas à une version précise du CPC. Une application uniforme de toutes les lois de procédure dans le canton plaide également en faveur de **renvois dynamiques**. En présence de renvois dynamiques, le droit cantonal serait modifié - sans participation du parlement cantonal et, le cas échéant, de la population cantonale en cas de référendum. Cela plaide en faveur des **renvois statiques**. A mon avis, il faut toutefois partir du principe que les renvois sont dynamiques. 30

S'il existe des **renvois dynamiques**, les modifications de la révision du 17 mars 2023 sont également déterminantes pour le droit cantonal, dans la mesure où celui-ci y renvoie dans le domaine concerné, p. ex. dans la procédure probatoire. Ainsi, les auditions pourraient par exemple être menées avec les nouvelles prescriptions sur l'utilisation de moyens électroniques (voir n. 38 ss. ci-dessous). Dans ce cas, la question de droit transitoire se pose de savoir si l'art. *407f* nCPC est également applicable ou si le droit transitoire des lois cantonales sur la procédure administrative est applicable. En principe, il convient à mon avis de se référer au droit transitoire des lois cantonales sur la juridiction administrative, car le renvoi au CPC n'englobe pas le droit transitoire d'une révision. Il est toutefois également envisageable, notamment en l'absence de dispositions cantonales appropriées, d'appliquer l'art. 31

407f*nCPC* en tant que droit cantonal subsidiaire. Le cas particulier du canton est déterminant.

32 Les dispositions du CPC sont considérées comme **du droit cantonal** dans la procédure administrative cantonale. Le Tribunal fédéral n'examine l'application du droit cantonal qu'avec **une cognition arbitraire** (cf. art. 95 LTF). Ainsi, le Tribunal fédéral ne peut examiner que de manière limitée si les instances cantonales ont appliqué ou n'ont pas appliqué à juste titre l'art. *407f* nCPC dans la procédure administrative. Le Tribunal fédéral n'examine également que de manière limitée s'il s'agit d'un renvoi dynamique ou statique, à moins qu'il n'existe des réserves constitutionnelles à l'encontre du renvoi dynamique dans le cas d'espèce.

IV. DROIT RÉVISÉ DANS LE CADRE DU CHAMP D'APPLICATION DE L'ART. 407*F* NCPC

33 Ce chapitre traite des différentes dispositions énumérées à l'art. *407f* nCPC du point de vue du droit transitoire.

A. Action directe devant la juridiction supérieure (art. 8, al. 2, deuxième phrase, nCPC)

34 Selon l'art. 8 al. 2 deuxième phrase nCPC, l'instance cantonale unique est également compétente pour ordonner des mesures provisionnelles avant l'entrée en litispendance. Il s'agit d'une clarification qui correspond à la conception dominante du droit en vigueur. L'instance cantonale unique est donc également compétente pour traiter les demandes de mesures provisoires qui sont devenues litières avant le 1er janvier 2025. Pour cela, l'accord de la partie adverse est toutefois nécessaire - comme dans le droit actuel - (cf. art. 8 al. 1 CPC). En particulier dans le cas de mesures superprovisionnelles, un tel consentement fait généralement défaut, raison pour laquelle il n'y a pas de compétence du tribunal supérieur.

B. Litispendance en cas d'absence de compétence et de mauvais type de procédure (art. 63 al. 1 nCPC)

35 L'art. 63 al. 1 nCPC prévoit désormais en outre que la date de litispendance d'une requête transmise au sens de l'art. 143 al. ^{1bis} nCPC est la date du

premier dépôt. Cela vaut également pour les requêtes qui ont été déposées par erreur avant le 1er janvier 2025 auprès d'un tribunal suisse incompétent et qui ont finalement été transmises d'office par ce tribunal après le 1er janvier 2025 en application de l'art. 143 al. 1bis nCPC (infra n. 47 ss.).

C. Assistance judiciaire gratuite en cas d'administration préventive des preuves (art. 118 al. 2 deuxième phrase nCPC)

Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral refusait l'assistance judiciaire gratuite en cas d'administration préventive des preuves au sens de l'art. 158 CPC. Le législateur a suivi les critiques de la doctrine dominante et stipule désormais à l'art. 118 al. 2 deuxième phrase nCPC que l'assistance judiciaire gratuite peut également être accordée pour l'administration provisoire des preuves. 36

Grâce à l'art. 407*f* nCPC, l'assistance judiciaire gratuite peut également être accordée pour les procédures d'administration des preuves à titre provisionnel qui ont été engagées avant le 1er janvier 2025. Si la procédure d'administration provisoire des preuves est déjà terminée, une demande ultérieure d'assistance judiciaire gratuite est exclue. La demande d'assistance judiciaire gratuite peut être déposée avant ou après la litispendance (art. 119 al. 1 CPC). Il est donc possible de déposer une demande d'assistance judiciaire gratuite même pour une **procédure** d'administration de preuves à titre provisionnel **introduite avant le 1er janvier 2025**. Toutefois, conformément à l'art. 119 al. 4 CPC, l'assistance judiciaire gratuite ne peut être accordée qu'exceptionnellement avec effet rétroactif. Toutefois, l'effet rétroactif mentionné à l'art. 119 al. 4 CPC est de nature factuelle et non intertemporelle. Cela signifie que la rétroactivité au sens de l'art. 119 al. 4 CPC se réfère aux dépenses passées et non à une situation juridique modifiée. En conséquence, conformément à la *ratio legis* de l'art. 118 al. 2 deuxième phrase nCPC, l'assistance judiciaire gratuite doit également être accordée pour les frais déjà engagés, car le législateur a voulu accorder aux personnes non fortunées un accès immédiat à l'administration des preuves à titre provisionnel, c'est-à-dire dès l'entrée en vigueur du nouveau droit. 37

D. Numérisation dans la procédure civile

1. Utilisation de moyens électroniques (art. *141a* s., art. *170a*, art. 187, al. 1, troisième phrase, art. 193 et art. 298, al. 1bis, nCPC)

38 La révision du CPC du 17 mars 2023 introduit diverses dispositions relatives à l'utilisation de moyens électroniques **de transmission du son et de l'image pour la réalisation d'actes de procédure oraux**. A l'exception de l'art. 133 let. d nCPC concernant la citation, toutes ces dispositions se trouvent dans le catalogue de l'art. *407f* nCPC. En ce qui concerne l'art. 133 let. d nCPC, la doctrine part à juste titre du principe qu'il s'agit d'une erreur de rédaction de la part du législateur, car les dispositions relatives à l'utilisation de moyens électroniques n'auraient aucun sens sans la possibilité simultanée d'une citation (déjà n. 18 ci-dessus).

39 L'exécution d'actes de procédure oraux par des moyens électroniques de transmission du son et de l'image présuppose notamment que **toutes les parties** y **consentent** (art. *141a* al. 1 nCPC *in fine*). Il est possible de **renoncer** exceptionnellement à la **transmission de l'image** avec l'accord des personnes concernées en cas d'urgence particulière ou d'autres circonstances particulières du cas d'espèce (art. *141b* al. 2 nCPC). A mon avis, ces consentements peuvent déjà être donnés avant le 1er janvier 2025. Toutefois, l'acte de procédure oral correspondant ne pourra être effectué qu'à partir du 1er janvier 2025. Les **citations à comparaître** pour les actes de procédure peuvent à mon avis déjà avoir lieu avant le 1er janvier 2025. Premièrement, le consentement n'est qu'une condition de fait pour la validité de l'acte de procédure et non l'acte de procédure lui-même. Comme les bases légales sont disponibles depuis le 17 mars 2023, les parties savent à quel cadre juridique elles consentent. Si les parties souhaitent d'abord attendre l'ordonnance adoptée sur la base de l'art. 141b*al.* 3 CPC, elles peuvent refuser provisoirement de donner leur consentement (à ce sujet, n. 40 ci-dessous). Deuxièmement, l'obtention du consentement avant le 1er janvier 2025 favorise la rapidité de la préparation et du déroulement de la procédure exigée par l'art. 124 al. 1 CPC.

40 Le Conseil fédéral règle les conditions techniques et les exigences en matière de protection et de sécurité des données dans l'**ordonnance relative à l'utilisation de moyens électroniques de transmission du son et de l'image (OETV)** (cf. art. *141b* al. 3 nCPC). L'art. 11 OEMC prévoit que

l'ordonnance s'applique également aux procédures en cours au moment de l'entrée en vigueur de l'OEMC.

L'art. *170a* nCPC prévoit l'**audition de témoins** par vidéoconférence ou par d'autres moyens électroniques de transmission du son et de l'image. Une telle audition est déjà autorisée dans les procédures devenues pendantes avant le 1er janvier 2025 (art. *407f* nCPC). La citation à comparaître peut déjà avoir lieu avant le 1er janvier 2025. Ce qui précède vaut également pour l'**interrogatoire des parties**, la **déposition des preuves** et la **présentation orale d'une expertise** ou l'**explication d'une expertise écrite** à l'audience, car l'art. 187, al. 1, troisième phrase, et l'art. 193 nCPC renvoient à l'art. *170a* nCPC. Les dispositions mentionnées figurent également dans l'énumération de l'art. *407f* nCPC. 41

L'utilisation de moyens électroniques pour la transmission de sons et d'images lors de l'**audition d'un enfant** dans les procédures relevant du droit de la famille reste interdite tant dans l'ancien que dans le nouveau droit (cf. art. 298, al. ^{1bis}, nCPC). 42

2. Procès-verbal en cas d'enregistrement (art. *141b*, al. 1, let. b, art. 176, al. 3, art. 176*a*, art. 187, al. 2, et art. 193 nCPC)

L'introduction de l'utilisation de moyens électroniques a également entraîné l'adoption de règles relatives à l'**établissement de procès-verbaux lors d'enregistrements** (cf. art. *176a* nCPC). En cas d'utilisation de moyens électroniques pour la transmission du son et de l'image, un enregistrement est effectué lors des auditions de témoins, des interrogatoires des parties, des déclarations de preuves et des auditions personnelles. L'enregistrement est expressément exclu lors de la libre discussion de l'objet du litige et des négociations de conciliation (cf. art. *141b* al. 1 let. b nCPC). 43

La possibilité actuelle d'enregistrer au moyen de bandes sonores, de vidéos ou d'autres moyens appropriés - à l'écart des vidéoconférences - est maintenue (art. 176 al. 2 et art. 235 al. 2 CPC). Dans ce contexte, l'art. *176a* nCPC s'applique également à l'audition des témoins. Le contenu de l'art. 176 al. 3 aCPC se trouve désormais à l'art. *176a* let. b et let. c nCPC. L'art. *176a* let. a nCPC prévoit désormais que le **procès-verbal** est **établi ultérieurement, sur la base de l'enregistrement**. Par conséquent, même dans les procédures pendantes avant le 1er janvier 2025, le procès-verbal peut être établi 44

ultérieurement à partir du 1er janvier 2025 dans de tels cas, si le tribunal enregistre l'audition des témoins.

45 Pour le reste de la procédure, l'article 235, al. 2, CPC s'applique, selon lequel les observations de nature factuelle doivent être consignées au procès-verbal dans leur substance, pour autant qu'elles ne figurent pas dans les mémoires des parties. L'art. 235 al. 2 CPC ne contient pas de référence à l'art. *176a* nCPC concernant la consignation ultérieure des enregistrements. Il s'agit d'une omission du législateur, raison pour laquelle l'art. *176a* nCPC s'applique également dans ce cas. Du point de vue du droit transitoire, cela signifie que pour les procédures devenues pendantes avant le 1er janvier 2025, il est possible de dresser un procès-verbal a posteriori pour les actes de procédure, tels que les plaidoiries des parties et les conclusions, qui ont eu lieu après le 1er janvier 2025, si le tribunal les a enregistrés.

46 L'article *176a* du nouveau CPC s'appliquera également, à partir du 1er janvier 2025, à l'**établissement de procès-verbaux pour les enregistrements de témoins** dans les procédures qui ont déjà été engagées avant le 1er janvier 2025. L'art. 176a nCPC s'applique *par* renvoi (art. 187 al. 2 et art. 193 nCPC) à la **présentation orale** ou à l'**explication écrite d'un rapport d'expertise** ainsi qu'à l'**interrogatoire des parties** et à la **déposition des preuves**.

E. Respect des délais (art. 143 al. 1bis nCPC)

47 L'art. 143 al. 1bis nCPC prévoit que les requêtes **déposées par erreur auprès d'un tribunal suisse incompétent dans le délai imparti** sont réputées avoir été déposées **en temps utile**. La norme prévoit en outre que si un autre tribunal en Suisse est compétent, la **requête** doit lui **être transmise d'office**. Cette règle s'applique également aux requêtes déposées dans le cadre de procédures devenues litières avant le 1er janvier 2025 (cf. art. 407*f* nCPC). La litispendance intervient dès l'abandon de la demande ou de la requête (cf. n. 13 ci-dessus). Par conséquent, ces requêtes doivent être transmises à partir du 1er janvier 2025.

48 Avant l'entrée en vigueur de l'art. 143 al. 1bis nCPC, le Tribunal fédéral considérait déjà que le délai de recours était réputé respecté lorsque l'**appel ou le recours avait été déposé auprès de l'instance précédente**. Dans ces cas, l'instance inférieure doit transmettre immédiatement le dépôt du recours à l'instance de recours compétente. Dans de tels cas, il n'est pas nécessaire

d'attendre l'entrée en vigueur de l'art. 143 al. ^{1bis} nCPC. La requête doit être transmise avant cette date.

Si plusieurs autres juridictions sont compétentes, la partie demanderesse doit être entendue avant la transmission. A mon avis, cette audition ou l'invitation à le faire peut déjà avoir lieu avant le 1er janvier 2025 pour des raisons d'économie de procédure. 49

F. Procédure de restitution (art. 149 nCPC)

L'art. 149 nCPC prévoit expressément que le tribunal ne statue pas définitivement sur la restitution si le refus de restitution entraîne la **perte définitive d'un droit**. Cela signifie qu'un recours est possible. Le Tribunal fédéral a déjà procédé à une restriction correspondante de l'art. 149 aCPC en cas de perte définitive de droits. Comme le législateur n'a pas défini la notion de perte définitive du droit, il faut partir de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral (perte définitive *« de l'action ou du moyen »*). Dans une perspective de droit transitoire, il importe peu de savoir si l'art. 149 aCPC ou l'art. 149 nCPC s'applique. D'un point de vue formel, grâce à l'art. *407f* nCPC, la nouvelle version s'applique également aux procédures dont l'instance a été introduite avant le 1er janvier 2025. 50

G. Droit à la preuve

1. Droit de refus concernant l'activité d'un service juridique interne à l'entreprise (art. *167a* nCPC)

En ce qui concerne l'activité d'un **service juridique interne à l'entreprise**, l'art. *167a* nCPC prévoit un droit de refus de l'administration des preuves. Grâce à l'art. *407f* nCPC, ce droit s'applique aux procédures déjà en cours avant le 1er janvier 2025. Les perspectives de procès des parties peuvent s'en trouver sensiblement modifiées. Diverses questions délicates se posent du point de vue du droit transitoire. 51

On peut se demander si une partie et un tiers pourront **invoquer ultérieurement le nouveau droit de refus prévu à l'article *167a* du nouveau CPC à partir du 1er janvier 2025**. En d'autres termes, une partie peut exiger que **les documents et les auditions déjà effectuées soient retirés du dossier**? Le fait que le même droit devrait s'appliquer à toutes les 52

preuves plaide en ce sens. Cette idée découle également de l'article 404, al. 1, CPC, selon lequel la procédure devant l'instance saisie doit se terminer selon le même droit.

53 Une **application par analogie de l'art. 448 al. 2 CPP** s'y oppose. Cette disposition prévoit que les actes de procédure qui ont été ordonnés ou exécutés avant l'entrée en vigueur du CPP restent valables. Ce principe est l'expression du principe de légalité, selon lequel les preuves doivent être administrées conformément au droit en vigueur et ne peuvent pas être rendues défectueuses ultérieurement par une modification de la loi. Si l'art. 448 al. 2 CPP était appliqué par analogie, les actes et les déclarations recueillis avant le 1er janvier 2025 seraient valables, pour autant qu'ils aient été admis sous l'ancien droit.

54 En revanche, l'application par analogie de l'art. 448 al. 2 CPP n'est pas praticable en droit de procédure civile. Le **principe de l'égalité de traitement ou de l'égalité des armes** impose que le même droit de la preuve s'applique à toutes les parties. En outre, un droit de la preuve différent conduit également à ce qu'une partie tente de retarder la procédure. On pourrait imaginer qu'une partie demande le report de l'audience principale à une
date postérieure au 1er janvier 2025 et obtienne ainsi l'application de l'art. *167a* nCPC en sa faveur. C'est pourquoi **l'article*167a* du nouveau CPC** doit, **à mon avis, être appliqué à l'ensemble de la procédure qui a été engagée avant le 1er janvier 2025**. Cela signifie que le droit de refus au sens de l'art. 167a*nCPC* doit déjà être respecté pour les documents et déclarations déposés avant cette date. Cela vaut également dans la procédure de recours pour les preuves administrées dans la procédure de première instance.

55 Conformément à l'art. 161 al. 1 CPC, le tribunal informe les parties et les tiers, entre autres, de l'existence d'un droit de refus (obligation d'éclairer). A partir du 1er janvier 2025, le tribunal doit donc **attirer l'attention** des parties et des tiers sur le droit de refus prévu à l'art. *167a* nCPC **et leur fixer un délai dans lequel il peut être exigé que certains documents et déclarations ne soient pas pris en compte pour la formation du jugement**. La prise de connaissance par le tribunal des documents à écarter du droit ne constituera un motif de récusation que dans des cas extrêmes (cf. art. 47 al. 1 let. f CPC).

Si une partie **retarde de mauvaise foi** la **procédure pendante avant le 1er janvier 2025** pour pouvoir encore bénéficier de l'art. *167a* nCPC, cette norme ne sera exceptionnellement pas applicable même après le 1er janvier 2025 (cf. art. 52 al. 1 CPC). Le fardeau de la preuve de la violation de la bonne foi incombe à la partie adverse. 56

2. Expertise privée (art. 177 nCPC)

Dans le nouveau droit, l'**expertise privée** est considérée **comme un document** et donc, conformément à l'art. 168 al. 1 let. b CPC, comme un moyen de preuve (art. 177 nCPC). Le législateur a ainsi corrigé la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle les expertises privées ne sont pas des moyens de preuve, mais sont considérées comme de simples allégations des parties. 57

L'art. 177 nCPC étant repris dans l'art. *407f* nCPC, on estime à juste titre qu'une expertise privée déposée dans une procédure déjà pendante avant le 1er janvier 2025 ne peut plus être rejetée comme une simple allégation de partie à compter du 1er janvier 2025. La partie qui a déposé l'expertise privée l'offre désormais comme moyen de preuve. A partir du 1er janvier 2025, il s'agira d'un moyen de preuve valable que le tribunal devra accepter, à moins que d'autres motifs ne s'y opposent (cf. art. 152 al. 1 CPC). Un nouveau dépôt après le 1er janvier 2025 n'est pas nécessaire. Le cas échéant, il est recommandé d'attirer l'attention du tribunal sur l'expertise privée. 58

Du point de vue du droit transitoire, la question se pose de savoir si une expertise privée peut être déposée en tant que véritable nouveauté après la clôture du dossier à compter du 1er janvier 2025. Pour les procédures pendantes au 1er janvier 2025, l'art. 229 aCPC est déterminant (infra n. 171). La définition des (vrais et faux) nova n'a pas changé (infra n. 169). En ce qui concerne l'introduction dans le procès, l'art. 229 aCPC est plus strict (pour plus de détails, voir n. 169 ss.). Il convient de distinguer entre les expertises privées déjà établies et celles qui doivent encore être établies. 59

Les véritables nova n'ont été rédigés qu'après la clôture du dossier (art. 229 al. 1 let. a aCPC ou art. 229 al. 2 let. a nCPC). Dans le cas d'une expertise privée déjà rédigée, il ne s'agirait pas d'une *« naissance de fait »*, mais d'une *« naissance de droit »* grâce à l'art. 177 nCPC. A mon avis, la définition de la véritable nouveauté doit être étendue à la *"naissance juridique* » dans le 60

contexte du droit transitoire. Cela permet également d'éviter des inégalités de traitement entre les parties. Si un demandeur déposait une réplique sous l'ancien droit, l'art. 177 aCPC serait déterminant. En revanche, en cas de duplique du défendeur après le 1er janvier 2025, l'art. 177 nCPC serait applicable, raison pour laquelle la duplique pourrait déposer une expertise privée comme moyen de preuve. Dans ce cas, le demandeur pourrait également déposer une expertise privée en tant que véritable nouveauté.

61 Si l'expertise privée n'a pas encore été établie, il y a **véritablement novation** par *"naissance effective* ». Dans la mesure où elle aurait pu être établie plus tôt, il s'agit d'une **novation potentielle**. Ceux-ci sont traités comme **des faux nova**. Par conséquent, les novas potestatives ne sont admises que si elles n **'ont pas pu être présentées auparavant malgré la diligence raisonnable** (art. 229 al. 1 let. b aCPC et art. 229 al. 2 let. b nCPC). On peut argumenter que l'établissement d'une expertise privée ne s'imposait pas sous le régime de l'ancien droit, raison pour laquelle l'allégation tardive est excusable. Afin de faire valoir au mieux la maxime éventuelle, on peut attendre des parties vers la fin 2024 qu'elles établissent l'expertise déjà en vue de l'entrée en vigueur de l'art. 177 nCPC le 1er janvier 2025 et qu'elles n'attendent donc pas jusqu'au début 2025.

62 En **procédure d'appel**, il convient de respecter l'art. 317 al. 1 CPC concernant la remise ultérieure. Selon Tappy, agir sans retard suppose que l'expertise privée de l'intimé doit être déposée avant même l'expiration du délai de réponse à l'appel (en particulier si le délai de réponse à l'appel court entièrement ou majoritairement en 2025). Étant donné que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il suffit que les nova soient présentés dans la réponse à l'appel ou dans la réponse à l'appel, cela vaut également, à mon avis, pour l'expertise privée. Dans la **procédure de recours**, l'expertise privée ne peut plus être présentée en raison de l'interdiction des nova (cf. art. 326 al. 1 CPC).

63 Si une partie **retarde de mauvaise foi** la **procédure pendante avant le 1er janvier 2025** pour profiter de l'art. 177 nCPC, cette norme ne sera exceptionnellement pas applicable après le 1er janvier 2025 (cf. art. 52 al. 1 CPC ; cf. ci-dessus n. 56). Le fardeau de la preuve de la violation de la bonne foi incombe à la partie adverse.

H. Procédure de conciliation

Cette section est consacrée aux **normes de la procédure de conciliation énumérées à l'art. 407*f* nCPC**. Les art. 204, 209 al. 4 et 212 al. 3 nCPC n'en font pas partie, raison pour laquelle ces normes sont commentées ci-dessous aux n. 158 ss. 64

Au lieu de *« proposition de jugement »*, on utilisera à partir du 1er janvier 2025 le terme *de « proposition de décision »*. Il s'agit d'une adaptation terminologique qui n'a pas de conséquences sur le fond. Par conséquent, **aucune question de droit transitoire** ne se pose . 65

1. Exceptions à la procédure de conciliation (art. 198 let. b^{bis}, f, h et i nCPC)

Diverses exceptions à l'obligation de conciliation ont été modifiées (art. 198 let. b^{bis}, f, h et i nCPC). Ces exceptions figurent dans le catalogue de l'art. *407f* nCPC. 66

a. Actions alimentaires et autres questions relatives aux enfants (art. 198 let. ^{bbis} nCPC)

La procédure de conciliation est supprimée pour toutes les actions relatives à l'**entretien des enfants mineurs et majeurs** ainsi que **pour toutes les autres questions relatives aux enfants** (art. 198 let. ^{bbis} nCPC). Selon l'art. 198 let. b^{bis} aCPC, la procédure de conciliation était supprimée uniquement si l'un des parents avait saisi l'APEA avant l'action. C'est pourquoi une action alimentaire devenue pendante avant le 1er janvier 2025 et jugée après le 1er janvier 2025 ne requiert **pas de procédure de conciliation préalable**, même si l'art. 198 let. b^{bis} aCPC aurait exigé une procédure de conciliation. 67

b. Litiges en cas de compétence d'une seule instance cantonale (art. 198 let. f nCPC)

L'art. 198 let. f nCPC stipule désormais que la procédure de conciliation n'est pas nécessaire en cas de litiges relatifs aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale, si une seule instance cantonale au sens de l'art. 7 CPC est compétente en la matière. Cela codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle un traitement différent des art. 5, 6 et 7 CPC n'est pas justifié. C'est pourquoi le Tribunal fédéral a considéré que la procédure de 68

conciliation n'était pas non plus nécessaire pour les litiges relatifs aux assurances complémentaires. Comme un traitement différent des art. 5, 6 et 7 CPC ne s'impose pas, Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann ne s'explique pas pourquoi une procédure de conciliation facultative n'est pas possible pour les litiges découlant d'assurances complémentaires. Ces auteurs partent à nouveau du principe qu'il s'agit d'une erreur du législateur. Il faut partir du principe, bien que ces auteurs ne l'aient pas expressément stipulé, qu'ils considèrent qu'une procédure de conciliation facultative est également autorisée pour les litiges découlant d'assurances complémentaires. Le texte de la loi et le message étant clairs, on ne peut pas, à mon avis, partir du principe qu'une procédure de conciliation volontaire est possible. En outre, le Tribunal fédéral s'est prononcé de manière convaincante contre une procédure de conciliation dans l'ancien droit, parce que l'autorité de conciliation ne dispose pas des connaissances spécialisées particulières et qu'il en résulte une double instance cantonale en raison de la compétence décisionnelle au sens de l'art. 212 CPC.

69 L'art. 198 let. f aCPC prévoyait que la procédure de conciliation était supprimée en cas d'action devant le seul tribunal cantonal au sens de l'art. 5 CPC et le tribunal de commerce au sens de l'art. 6 CPC. Ces exceptions ont été supprimées dans le nouveau droit, car une procédure de conciliation facultative a été introduite pour ces actions (cf. art. 199 al. 3 nCPC ; n. 74 s. infra). La doctrine dominante de l'ancien droit était d'avis qu'une autorité de conciliation ne devait pas mener de procédure de conciliation en présence d'une exception au sens de l'art. 198 aCPC. Au lieu de cela, il a été considéré que l'autorité de conciliation devait rendre une décision de non-entrée en matière. A partir du 1er janvier 2025, la **procédure de conciliation** devra **être menée dans tous les cas, même si la demande de conciliation a encore été déposée en 2024** (cf. art. *407f* nCPC). Cela ne s'applique toutefois pas si l'autorité de conciliation a déjà rendu une décision de non-entrée en matière en 2024. Dans ce cas, une nouvelle demande de conciliation doit être déposée. Si la litispendance initiale doit être préservée, la nouvelle demande de conciliation doit être déposée dans un délai d'un mois à compter de la décision de non-entrée en matière (cf. art. 63 al. 1 CPC).

70 Selon l'art. 135 ch. 2 CO, la **prescription** est interrompue, entre autres, par une requête de conciliation. La litispendance est alors déterminante (art. 64 al. 2 CPC). Les tribunaux de commerce des cantons de Zurich et de Berne

sont d'avis qu'il n'y a pas d'antidatage de la litispendance au sens de l'art. 63 al. 1 CPC si une action est intentée directement auprès du tribunal de commerce compétent après l'établissement de l'autorisation de procéder. Il faudrait d'abord une décision de non-entrée en matière d'un tribunal ordinaire incompétent ou un retrait de la demande faute de compétence devant ce tribunal. Le nouveau droit autorise la mise en œuvre d'une procédure de conciliation avant la saisine du tribunal de commerce (art. 198 let. f et art. 199 al. 3 nCPC *e contrario*). C'est pourquoi se pose la question de droit transitoire de savoir si, dans le cas d'une demande de conciliation déposée avant le 1er janvier 2025, l'interruption de la prescription intervient si l'action est ensuite introduite devant le tribunal de commerce. L'interruption de la prescription constituerait une dérogation aux décisions du tribunal de commerce citées précédemment à la note 144. A mon avis, l'interruption de la prescription n'intervient toutefois pas non plus sous le nouveau droit. La prescription est une **institution de droit matériel**. Par conséquent, c'est le droit transitoire matériel qui s'applique. Les effets juridiques des faits qui se sont produits avant l'entrée en vigueur de la présente loi sont également appréciés par la suite selon l'ancien droit (**principe de la non-rétroactivité**; art. 1 al. 1 Titre final CC). C'est pourquoi la jurisprudence du tribunal de commerce zurichois et bernois citée s'appliquera également à partir du 1er janvier 2025 si une action est intentée directement devant le tribunal de commerce après la procédure de conciliation. En outre, conformément à l'art. 49 al. 4 Titre final du CC, le nouveau droit ne s'applique à la prescription qu'à partir de la date de son entrée en vigueur, c'est-à-dire en l'occurrence le 1er janvier 2025. La même problématique doit être résolue de la même manière pour la seule instance cantonale au sens de l'art. 5 CPC. En revanche, à mon avis, une procédure de conciliation volontaire n'est pas possible en cas de litiges découlant d'assurances complémentaires (supra n. 68). C'est pourquoi la présente question ne se pose pas pour de tels litiges.

c. Actions jointes en cas de délai d'action fixé par le tribunal (art. 198 let. h nCPC)

71 Selon l'art. 198 let. h nCPC, la procédure de conciliation est désormais également supprimée pour les actions qui sont matériellement liées à une action pour laquelle le tribunal a fixé un délai d'action (cf. art. 263 CPC). Cette exception à la procédure de conciliation est déterminante, entre autres, pour la **créance du prix de l'ouvrage** qui doit être revendiquée en même temps

que l'inscription définitive de l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'art. 198 let. h aCPC, la créance du prix de l'ouvrage ne peut pas être introduite en justice sans procédure de conciliation.

72 L'art. 198 let. h nCPC figure dans le catalogue de l'art. *407f* nCPC. Par conséquent, la **créance de salaire** peut être introduite dès la fin de l'année 2024 en même temps que l'**action en inscription définitive de l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs**. A partir du 1er janvier 2025, il ne sera plus possible de ne pas entrer en matière en raison de l'absence de procédure de conciliation concernant la créance du salaire d'entrepreneur. Sous réserve que les fors soient différents (p. ex. en cas de convention d'élection de for pour la créance du salaire).

d. Actions devant le Tribunal fédéral des brevets (art. 198 let. i nCPC)

73 Selon l'art. 198 let. i nCPC, la procédure de conciliation est supprimée en cas d'action devant le Tribunal fédéral des brevets. Dans le droit en vigueur, la doctrine était déjà d'accord sur le fait que les actions devant le Tribunal fédéral des brevets ne nécessitaient pas de procédure de conciliation. Il s'agissait donc d'une **erreur du législateur**, due au fait qu'il n'existait pas encore de Tribunal fédéral des brevets au moment de l'adoption du CPC. Cela ressort clairement du fait que le message relatif à l'introduction du CPC précisait déjà qu'une **exception** correspondante devait être prévue lors de la création du Tribunal fédéral des brevets. **L'art. 198 let. i nCPC** n'apportant **aucune nouveauté**, **aucune question de droit transitoire** ne se pose *a priori*.

2. Renonciation à la procédure de conciliation (art. 199 al. 3 nCPC)

74 Il est désormais possible de recourir à une **procédure de conciliation volontaire** dans les litiges visés aux art. 5, 6 et 8 CPC (cf. art. 199 al. 3 nCPC). La procédure de conciliation étant facultative, l'art. 199 al. 3 nCPC prévoit que la partie demanderesse peut déposer sa demande directement auprès du tribunal. L'art. 199 al. 3 nCPC est inclus dans le catalogue de l'art. *407f* nCPC. Cela signifie qu'à partir du 1er janvier 2025, une procédure de conciliation volontaire devra également être menée si la demande de conciliation a été abandonnée avant cette date et que la procédure est donc devenue litispendante avant cette date (déjà n. 69 ci-dessus).

Selon l'art. 8 al. 1 CPC, le demandeur peut, avec l'accord du défendeur, saisir directement le tribunal supérieur, à condition que la valeur litigieuse s'élève à 100 000 CHF au moins. Selon l'ancien droit, une procédure de conciliation devait être menée avant la saisine du tribunal cantonal supérieur, les parties pouvant y renoncer *conjointement* (art. 199 al. 1 CPC). Selon le nouveau droit, s'il existe une convention au sens de l'art. 8 al. 1 CPC, la partie demanderesse peut décider *seule* si elle souhaite ou non organiser une procédure de conciliation avant de saisir le tribunal cantonal supérieur (art. 199 al. 3 nCPC). En raison de son intégration dans le catalogue de l'art. *407f* nCPC, une prorogation convenue avant le 1er janvier 2025 en faveur du tribunal cantonal supérieur au sens de l'art. 8 al. 1 CPC signifie que la **partie demanderesse** peut décider de manière autonome de renoncer à la procédure de conciliation. 75

3. Amende d'ordre en cas de défaut dans la procédure de conciliation (art. 206 al. 4 nCPC)

Désormais, une **partie défaillante** en procédure de conciliation peut être sanctionnée d'une amende d'ordre pouvant aller jusqu'à CHF 1'000 (art. 206 al. 4 nCPC). Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral exigeait que la non-comparution à l'audience de conciliation constitue une **perturbation de la marche des affaires**, respectivement une **conduite malveillante ou téméraire du procès** selon l'art. 128 al. 1 ou al. 2 CPC. Ces **circonstances qualifiantes particulières** disparaissent avec l'entrée en vigueur de l'art. 206 al. 4 nCPC. L'amende d'ordre doit également être menacée dans le nouveau droit (p. ex. dans la citation à l'audience de conciliation ; art. 147 al. 3 CPC). 76

Grâce à l'art. *407f* nCPC, cette disposition s'applique déjà aux procédures de conciliation dont l'instance a été introduite avant le 1er janvier 2025. Par conséquent, l'autorité de conciliation peut menacer l'amende d'ordre au sens de l'art. 206 al. 4 nCPC fin 2024 dans la **convocation à** une audience de conciliation qui aura lieu après le 1er janvier 2025. Si l'autorité de conciliation se contente de menacer d'une amende (selon l'ancien droit) au sens de l'art. 128 al. 1 et al. 3 CPC, la partie défaillante ne pourra pas se voir infliger l'amende d'ordre plus sévère au sens de l'art. 206 al. 4 nCPC à partir du 1er janvier 2025. Cela s'explique par le fait que l'indication correspondante est une condition de fait pour l'amende d'ordre selon le nouveau droit. 77

4. Proposition de décision (art. 210 al. 1 let. c nCPC)

78 Afin d'augmenter le taux de règlement des autorités de conciliation, l'art. 210 al. 1 let. c nCPC prévoit la possibilité de soumettre aux parties une proposition de décision dans les autres litiges patrimoniaux jusqu'à une **valeur litigieuse de CHF 10'000.** L'autorité de conciliation peut également soumettre des propositions de décision correspondantes pour les procédures qui étaient déjà pendantes avant le 1er janvier et qui le sont encore au 1er janvier 2025 (cf. art. *407f* nCPC).

I. Notification et motivation des décisions cantonales (art. 239 al. 1, 318 al. 2 et 327 al. 5 nCPC)

79 La révision du CPC entraîne des modifications concernant **la notification et la motivation des décisions**. L'art. 239 al. 1 nCPC prévoit que la notification de la décision de première instance sans motivation écrite est la règle et que la notification directement motivée est l'exception. Cela vaut par analogie pour la notification et la motivation **des décisions cantonales d'appel et de recours** (art. 318 al. 2 et art. 327 al. 5 nCPC). Afin que la notification sans motivation soit également possible pour les instances cantonales uniques, l'art. 112 al. 2 LTF a également dû être adapté. Avant le 1er janvier 2025, l'art. 112 al. 2 aLTF ne prévoyait une exception à l'exigence de motivation qu'en présence d'une base de droit cantonal, dont le CPC, en tant que droit fédéral, ne faisait pas partie. Désormais, l'art. 112 al. 2 nLGC prévoit que le tribunal cantonal notifie sa décision en temps utile et sans motivation, pour autant que le droit fédéral ou le droit cantonal le prévoie. La notion de droit fédéral englobe les nouveaux art. 239 al. 1, 318 al. 2 et 327 al. 5 nCPC.

80 Les nouvelles dispositions du CPC sont incluses dans le catalogue de l'art. *407f* nCPC. Cela signifie en principe que même la décision d'une **procédure déjà pendante avant le 1er janvier 2025** doit être notifiée (sans fondement) en vertu de la nouvelle réglementation. En revanche, il n'existe aucune disposition de droit transitoire concernant l'art. 112 al. 2 nLTF. Il s'agit à mon avis d'une omission du législateur, car lors des débats parlementaires, il n'a pas été tenu compte du fait que la modification d'autres actes législatifs pouvait également avoir des effets sur le droit transitoire. Le législateur a délibérément décidé que les art. 239 al. 1, 318 al. 2 et 327 al. 5 nCPC s'appliqueraient aux procédures déjà pendantes. La décision du législateur ne

peut pas être renversée pour les instances cantonales uniques et les instances de recours cantonales au motif que l'art. 112 al. 2 nLPC n'est pas encore applicable dans ces procédures. Par ailleurs, la disposition transitoire de l'art. 132 al. 1 LTF peut également être utilisée par analogie. Celle-ci prévoit, pour l'entrée en vigueur de la LTF, c'est-à-dire le 1er janvier 2007, que la LTF est applicable aux procédures de recours si la décision cantonale a été rendue à partir du 1er janvier 2007. Une **décision est rendue si elle a été rendue**. La date d'ouverture n'est donc pas déterminante (autre cas de figure à l'art. 405 CPC ; cf. n. 28 s. ci-dessus). Cela signifierait que l'on peut argumenter que le nouvel art. 112 al. 2 nLNG s'applique dans la mesure où la décision cantonale a été rendue à partir du 1er janvier 2025. Il en résulte que l'art. 112 al. 2 nLGV s'appliquera également à partir du 1er janvier 2025 aux procédures déjà en cours.

J. Faits et moyens de preuve nouveaux en procédure d'appel (art. 317 al. 1bis nCPC)

Dans la mesure où les faits doivent être établis d'office (**maxime inquisitoire illimitée**), l'art. 317 al. 1bis nCPC prévoit que des faits et moyens de preuve nouveaux peuvent être pris en considération en procédure d'appel **jusqu'aux délibérations du jugement**. Le législateur codifie ainsi la jurisprudence du Tribunal fédéral. L'art. 317 al. 1bis nCPC figure dans le catalogue de l'art. *407f* nCPC, ce qui n'est toutefois pas pertinent puisque, comme mentionné, la jurisprudence est codifiée (cf. ci-dessus n. 10). Cette réglementation s'applique donc, déjà sur la base de la jurisprudence actuelle, aux procédures déjà pendantes. 81

Pour l **'art. 229 nCPC** concernant le **droit d'invoquer des nova dans la procédure de première instance**, voir n. 169 ss. 82

K. Effet suspensif et force exécutoire (art. 315 al. 5, 325 al. 2 et art. 336 al. 1 et al. 3 nCPC)

1. Exécution des décisions non motivées

Dans l'ancien droit, il existait une incertitude concernant la **force exécutoire des décisions notifiées sans motivation écrite** selon l'art. 239 al. 1 aCPC. Cette incertitude est levée par l'art. 336 al. 3 nCPC, qui prévoit que de telles décisions sont exécutoires aux mêmes conditions qu'une décision notifiée 83

avec une motivation écrite. L'art. 336 al. 3 nCPC étant inclus dans l'art. *407f* nCPC, cette disposition s'applique également aux **décisions rendues dans des procédures qui étaient déjà en cours au 1er janvier 2025**. Cela vaut certainement pour les décisions qui seront rendues à partir du 1er janvier 2025. Les décisions qui ont été notifiées sans motivation avant le 1er janvier 2025 seront également exécutoires à partir du 1er janvier 2025. Grâce à l'art. 407f*nCPC* , la décision non motivée déploie directement les effets du nouveau droit à partir du 1er janvier 2025. Par la suite, l'instance de recours pourra décider du report de l'exécution avant même d'examiner l'appel ou le recours (art. 315 al. 5 et art. 325 al. 2 nCPC ; n. 87 s. infra).

84 L'art. 112 al. 2 dernière phrase LTF prévoit que la décision n'est pas exécutoire tant que le délai pour demander une motivation écrite n'a pas expiré sans avoir été utilisé ou que l'expédition complète de la décision cantonale n'a pas été notifiée. La révision du CPC n'a pas adapté cette disposition. Engler se demande s'il s'agit d'une erreur du législateur. Si l'on admet qu'il s'agit d'une **erreur législative**, il y a une modification matérielle. **Du point de vue du droit transitoire**, l'art. 132 al. 1 LTF peut être appliqué par analogie (voir en détail ci-dessus n. 80).

2. Appel contre une décision d'aménagement

85 L'art. 315 al. 3 nCPC prévoit que l'appel contre une **décision formatrice** a toujours un effet suspensif. Cette disposition était déjà en vigueur dans l'ancien droit (art. 315 al. 3 aCPC). Il s'agit uniquement d'une modification linguistique **sans pertinence quant au contenu et donc quant au droit transitoire** (cf. ci-dessus n. 10).

3. Pas d'effet suspensif en appel en cas d'assignation du débiteur et de garantie de l'entretien (art. 315 al. 2 let. c et d nCPC)

86 L'art. 315 al. 2 let. c et d nCPC prévoit désormais que l'appel contre les décisions relatives à l'**assignation du débiteur** et à la **garantie des aliments** n'a pas d'effet suspensif. En vertu de l'art. *407f* nCPC, cette modification s'appliquera dès le 1er janvier 2025, même aux procédures pendantes. Par conséquent, si une procédure d'appel est déjà pendante au 1er janvier 2025, l'effet suspensif est supprimé. A mon avis, la **tierce personne qui a reçu l'instruction** doit, à partir de cette date, effectuer le paiement à la personne créancière d'aliments, pour autant que l'instruction du débiteur lui ait été

notifiée. A mon avis, la notification doit être effectuée par l'instance d'appel afin de permettre une exécution rapide de la créance alimentaire au moyen d'une instruction du débiteur. A partir du 1er janvier 2025, le créancier d'aliments pourra également demander au débiteur d'aliments de fournir des **sûretés pour la pension alimentaire**.

4. Autorisation d'exécution anticipée et octroi de l'effet suspensif par l'instance d'appel (art. 315 al. 4 et 5 et 325 al. 2 nCPC)

87 Si la partie concernée risque de **subir un préjudice difficilement réparable**, l'**instance de recours** peut, sur demande, autoriser l'exécution anticipée et, si nécessaire, ordonner des mesures conservatoires ou la fourniture de sûretés (art. 315 al. 4 let. a nCPC). Si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable, l'instance de recours peut, sur demande, différer exceptionnellement l'exécution dans les cas susceptibles d'appel selon l'art. 315 al. 2 nCPC et pour les décisions susceptibles de recours (art. 315 al. 4 let. b et 325 al. 2 nCPC). L'instance de recours peut déjà statuer avant le dépôt de l'appel ou du recours. L'ordonnance devient sans autre caduque si aucune motivation de la décision de première instance n'est demandée ou si le délai de recours expire sans avoir été utilisé (art. 315 al. 5 et 325 al. 2 nCPC).

88 Ces dispositions seront immédiatement applicables dans toutes les procédures à partir du 1er janvier 2025 (cf. art. *407f* nCPC). C'est pourquoi, à mon avis, la demande peut être déposée au début du délai d'appel ou de recours fin 2024 et l'**instance d'appel** statuera à ce sujet après le 1er janvier 2025.

V. DROIT RÉVISÉ EN DEHORS DU CHAMP D'APPLICATION DE L'ART. *407F* NCPC

89 De nombreuses normes modifiées ne figurent pas dans le catalogue de l'art. *407f* nCPC. Les questions de droit transitoire doivent être réglées à l'aide du droit transitoire général selon les art. 404 ss CPC. CPC (voir ci-dessus n. 19 ss.). Les solutions développées ici partent du principe, avec la jurisprudence du Tribunal fédéral, que la procédure de conciliation n'est pas une instance propre au sens de l'art. 404 al. 1 CPC (cf. ci-dessus n. 22). Si l'opinion contraire est défendue, il convient de noter que dans les procédures où

l'action n'est introduite - après la procédure de conciliation - qu'après le 1er janvier 2025, le nouveau droit est déjà applicable dans la procédure judiciaire. On peut se demander si le droit transitoire général s'applique également aux modifications en dehors du CPC. A mon avis, il faut en principe répondre par l'affirmative, car pour ces dispositions, il existe un lien avec la révision du CPC. Si les autres lois ont leurs propres dispositions transitoires, ce sont toutefois ces dernières qui doivent être appliquées (*lex specialis derogat legi generali*; voir n. 80 et n. 84 ci-dessus et n. 154 ci-dessous).

A. Actions contre la Confédération (art. 5 al. 1 let. f et art. 10 al. 1 let. c nCPC)

90 Le nouveau droit prévoit que l'instance cantonale unique n'est compétente que pour les actions contre la Confédération dont **la valeur litigieuse est supérieure à CHF 30'000** (art. 5 al. 1 let. f nCPC). Comme les tribunaux ordinaires de première instance sont compétents pour les actions dont la valeur litigieuse est inférieure ou égale à CHF 30'000, l'art. 10 al. 1 let. c nCPC a également été adapté. Désormais, il ne contient plus que la compétence territoriale et non plus la compétence fonctionnelle. Dans ces cas, la procédure de conciliation est obligatoire (art. 199 al. 3 nCPC *e contrario*; voir également n. 74 ci-dessus).

91 Si **une action** contre la Confédération d'une valeur litigieuse inférieure ou égale à CHF 30'000 a été introduite **avant le 1er janvier 2025** auprès de l'instance cantonale unique, la **compétence matérielle de l'instance cantonale unique** est maintenue (art. 404 al. 1 CPC). Il s'agit d'une question de **compétence matérielle**, raison pour laquelle l'art. 404 al. 2 CPC n'est pas applicable (supra n. 27). Par conséquent, dans le cas d'une action dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30 000 CHF et qui a été introduite jusqu'au 31 décembre 2024, il n'est pas possible de faire valoir que le tribunal de première instance habituel est désormais compétent. La compétence matérielle continue à être évaluée selon l'ancien droit. Cette solution est judicieuse, car le tribunal de première instance habituel devrait sinon juger une action pour laquelle la procédure de conciliation obligatoire n'a pas été suivie (cf. n. 90 *in fine* ci-dessus).

B. Tribunal de commerce (art. 6 al. 2, 3, 4 et 6 nCPC et art. 5 al. 3 let. c nIPRG)

L'art. 6 CPC relatif au tribunal de commerce a fait l'objet de diverses adaptations. En ce qui concerne l'anglais comme langue de procédure, voir n. 140 s. ci-dessous. 92

1. Litige commercial (art. 6 al. 2 nCPC)

Selon l'art. 6 al. 2 let. b nCPC, la valeur litigieuse doit être supérieure à CHF 30'000 ou il doit s'agir d'un litige non pécuniaire. Le législateur a ainsi codifié la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle la réglementation du type de procédure prime sur celle relative à la compétence matérielle. C'est pourquoi, selon le Tribunal fédéral, le tribunal de commerce doit décliner sa compétence si la **procédure simplifiée** est applicable en raison d'une affaire au sens de l'art. 243 al. 2 ou en raison d'une valeur litigieuse inférieure ou égale à CHF 30'000 selon l'art. 243 al. 1 CPC. Comme seule la jurisprudence du Tribunal fédéral a été codifiée, **aucune question de droit transitoire** ne se pose (ci-dessus n. 10). 93

L'art. 6 al. 2 let. c nCPC stipule désormais expressément que les parties doivent être inscrites en tant qu'**entités juridiques** au registre du commerce suisse ou à un registre étranger comparable. Il s'agit là d'une mise à jour de la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle une personne physique inscrite en tant qu'**organe** ne remplit pas cette exigence. Comme cette exigence était déjà en vigueur dans l'ancien droit selon le Tribunal fédéral, **aucune question de droit transitoire** ne se pose (supra n. 10). 94

En revanche, l'art. 6 al. 2 let. d nCPC apporte une nouveauté, du moins en partie, en s'écartant de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Selon l'art. 6 al. 2 let. d nCPC, un litige découlant des rapports de travail, de la LSE ou du bail à loyer ou à ferme d'habitations et de locaux commerciaux ainsi que du bail à ferme agricole **ne relève pas du droit commercial**. Ainsi, la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle le tribunal de commerce est compétent pour les **litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitations et de locaux commerciaux** n'est plus applicable si la procédure simplifiée n'est pas applicable (cf. art. 243 al. 2 let. c CPC). La question de savoir si le tribunal de commerce est compétent pour les **litiges relevant du droit du travail** 95

était jusqu'à présent controversée et n'a pas été tranchée par le Tribunal fédéral.

96 Du point de vue du droit transitoire, l'art. 404 al. 1 CPC s'applique, selon lequel l'ancien droit de procédure est valable jusqu'à la clôture devant l'instance concernée (cf. ci-dessus n. 21 s. et n. 89). Il s'agit d'une question de **compétence matérielle**, raison pour laquelle l'art. 404 al. 2 CPC n'est pas applicable (supra n. 27). Par conséquent, l'existence d'un litige de droit commercial s'apprécie selon le droit en vigueur au moment de la litispendance.

97 Une action en **matière de bail à loyer ou de bail à ferme** qui, sous l'empire de l'ancien droit, a été introduite de manière recevable devant le tribunal de commerce, doit être jugée matériellement par le tribunal de commerce même après le 1er janvier 2025. Si une action a été introduite avant le 1er janvier 2025 devant un tribunal (de bail) de première instance ordinaire alors qu'elle aurait dû être introduite devant le tribunal de commerce, le tribunal (de bail) de première instance doit rendre une décision de non-entrée en matière (cf. art. 404 al. 1 CPC). Le demandeur ne peut pas invoquer la nouvelle compétence matérielle du tribunal (des baux) de première instance, car l'art. 404 al. 2 CPC concernant la compétence matérielle n'est pas applicable (ci-dessus n. 27). Une nouvelle action après la décision de non-entrée en matière doit être déposée dans un délai d'un mois auprès du tribunal de commerce, la date du premier dépôt étant déterminante pour la détermination de la litispendance (art. 63 al. 1 CPC ; cf. ci-dessus n. 13). C'est pourquoi la compétence matérielle continue à être déterminée selon l'ancien droit. Si la demande n'est pas déposée dans un délai d'un mois auprès du tribunal de commerce, la litispendance initiale disparaît. Dans ce cas, c'est la compétence matérielle du nouveau droit qui s'applique, raison pour laquelle le tribunal (de bail) de première instance ou, en premier lieu, l'autorité de conciliation est compétent pour l'action.

98 Une **action en matière de droit du travail** introduite par un travailleur auprès du tribunal de commerce jusqu'au 31 décembre 2024 doit être jugée par le tribunal de commerce si l'on estime que celui-ci est compétent en la matière sous l'ancien droit (art. 404 al. 1 CPC ; voir ci-dessus n. 95).

99 Si le Tribunal fédéral **annule** la **décision du tribunal de commerce et renvoie l'affaire au tribunal de commerce**, celui-ci restera compétent

après le 1er janvier 2025 pour certains litiges en matière de bail et, le cas échéant, de droit du travail qui étaient déjà pendants avant le 1er janvier 2025 (voir ci-dessus n. 23).

2. Droit de choisir le demandeur (art. 6, al. 3, nCPC)

100 Le droit de choisir le demandeur prévu à l'art. 6, al. 3, nCPC a été adapté à l'art. 6, al. 2, nCPC. Dans la mesure où seule la jurisprudence du Tribunal fédéral a été codifiée, il n'y a **pas de problèmes de droit transitoire** (cf. déjà n. 10 et n. 93 s.).

Comme **les litiges en matière de bail à loyer et de droit du travail** ne seront pas considérés comme relevant du droit commercial à partir du 1er janvier 2025, le droit d'option du demandeur ne pourra plus être exercé pour ces litiges à partir de cette date. Dans la mesure où il a été exercé auparavant, le tribunal de commerce reste compétent (cf. supra art. 404 al. 1 CPC ; supra n. 21 ss.). Cela ne vaut toutefois que dans la mesure où la compétence n'était pas déjà exclue sous l'ancien droit (sur l'ensemble, voir n. 95 ss. ci-dessus). 10 1

3. Litiges commerciaux internationaux (art. 6 al. 4 let. c nCPC et art. 5 al. 3 let. c nIPRG)

L'art. 6 al. 4 let. c nCPC prévoit que les cantons peuvent également déclarer le tribunal de commerce compétent pour les **litiges commerciaux internationaux** qui remplissent les conditions cumulatives suivantes : *(i)* activité commerciale d'au moins une partie concernée, *(ii)* valeur litigieuse d'au moins CHF 100'000, *(iii)* accord des parties et *(iv)* au moment de l'accord, au moins une partie a son domicile, sa résidence habituelle ou son siège à l'étranger. **Les cantons sans tribunal de commerce** peuvent créer une chambre judiciaire indépendante pour les litiges commerciaux internationaux auprès de leur tribunal supérieur au sens de l'art. 8 CPC. Dans les deux cas, un tel tribunal ne peut **décliner** sa **compétence** que si le **droit cantonal** le prévoit (art. 5 al. 3 let. c nIPRG). Les **cantons de Berne, Zurich** et **Genève** prévoient de mettre en place un tel tribunal de commerce international. La doctrine fait remarquer à juste titre qu'un grand nombre de ces litiges relèvent déjà de l'art. 6 al. 2 nCPC. 10 2

Du point de vue du droit transitoire, la question se pose de savoir si les parties peuvent déjà convenir de leur **consentement** avant l'entrée en vigueur des dispositions cantonales d'introduction (cf. art. 6 al. 4 let. c ch. 3 nCPC). 10 3

Comme il s'agit d'un aspect relevant de la **souveraineté législative des cantons**, c'est en premier lieu **le droit cantonal (transitoire)** qui est pertinent. En l'absence d'un tel droit, il convient de se référer au droit transitoire du CPC. Ce consentement n'est pas une convention d'élection de for, car il n'y a pas de clause de compétence territoriale. C'est pourquoi l'art. 406 CPC n'est pas applicable (par analogie) à la compétence matérielle. A mon avis, l'art. 407 al. 1 CPC doit être appliqué par analogie. Selon cette disposition, la validité des conventions d'arbitrage dans le contexte du droit transitoire s'apprécie selon le droit le plus favorable (**principe de faveur**; *in dubio pro arbitrato*). La juridiction commerciale internationale est une alternative à l'arbitrage. Les parties devraient pouvoir opter pour cette alternative dans la même mesure que pour l'arbitrage. C'est pourquoi il est possible de convenir que le tribunal de commerce international sera compétent avant l'entrée en vigueur de la législation cantonale d'introduction. La question est de savoir ce qui se passe si la législation cantonale d'introduction des litiges commerciaux internationaux n'est pas encore entrée en vigueur, mais que le litige a déjà éclaté. Comme un grand nombre de litiges relèvent déjà de l'art. 6 al. 2 nCPC, le tribunal de commerce peut en général être saisi sans problème. Sinon, on ne peut pas, à mon avis, empêcher une partie de saisir un autre tribunal, par exemple pour interrompre la prescription, si la législation cantonale d'introduction entre en vigueur avec un retard inacceptable pour la partie concernée. Il est recommandé de prévoir une solution correspondante, c'est-à-dire un tribunal de remplacement, dès la convention.

4. La consorité (art. 6 al. 6 nCPC)

10 Selon l'art. 6 al. 6 nCPC, le **tribunal ordinaire** est compétent pour les actions
4 intentées par plusieurs consorts qui ne sont pas tous inscrits en tant qu'entités juridiques au registre du commerce ou dans un registre étranger comparable (**attraction de compétence**). Dans le droit cantonal en vigueur ou dans la pratique judiciaire cantonale, c'est déjà le tribunal ordinaire qui est compétent dans ces cas. Le Tribunal fédéral a interdit une soustraction de compétence en faveur des tribunaux de commerce. Par conséquent, l'art. 6 al. 6 nCPC ne modifie pas la situation juridique. C'est pourquoi **aucune question de droit transitoire** ne se pose (ci-dessus n. 10).

C. Découverte du motif de récusation (art. 51 al. 3 et 328 al. 1 let. d nCPC)

Conformément à l'art. 51 al. 3 nCPC, les dispositions relatives à la révision ne s'appliquent que si le motif de récusation, découvert **après la clôture de la procédure**, ne peut être invoqué par aucun autre moyen de droit. En donnant la **priorité à l'autre voie de recours**, à savoir l'appel ou le recours, le législateur a codifié la jurisprudence du Tribunal fédéral. De plus, l'art. 328 al. 1 CPC a complété la liste des motifs de révision par la découverte d'un motif de récusation après la clôture de la procédure. La condition est ici aussi qu'aucune autre voie de recours ne soit disponible (art. 328 al. 1 let. d nCPC). La let. d nouvellement introduite ne fait donc que compléter la liste jusqu'ici lacunaire. Comme il s'agit d'une codification de la jurisprudence actuelle, **aucune question de droit transitoire** ne se pose (cf. supra n. 10). 10 5

D. Indications incorrectes des voies de recours (art. 52 al. 2 nCPC)

L'art. 52 al. 2 nCPC prévoit que **les indications de voies de recours erronées** sont opposables à tous les tribunaux dans la mesure où elles sont à l'avantage de la partie qui s'en prévaut. Cette norme vise à éviter qu'une partie ne subisse un préjudice. Elle n'a toutefois pas pour but d'ouvrir la voie à des recours nouveaux ou différents de ceux prévus par le CPC. Si une **décision inattaquable** contient une indication des voies de recours, ce fait doit être pris en compte lors de la décision de non-entrée en matière de l'instance de recours (par ex. pour les conséquences financières). La nouveauté réside dans le fait que **les parties représentées par un avocat** sont également protégées contre les indications erronées concernant les voies de recours. Plusieurs interventions au Parlement soulignent que l'art. 52 al. 2 nCPC s'applique également aux parties représentées par un avocat. Les erreurs claires restent réservées (p. ex. en cas d'oublis manifestes comme un délai de recours de 3'000 jours au lieu de 30 jours). Auparavant, le Tribunal fédéral considérait en général que la partie représentée par un avocat aurait dû reconnaître l'indication incorrecte des voies de recours. 10 6

On peut se demander si la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux indications de recours incorrectes doit être corrigée avant l'entrée en vigueur de la révision du 17 mars 2023. En ce qui concerne le recours en matière de 10 7

détention selon l'art. 222 CPP, le Tribunal fédéral a considéré que le législateur - connaissant la jurisprudence du Tribunal fédéral - s'était clairement prononcé contre un droit de recours du ministère public contre les décisions relatives à l'ordonnance, à la prolongation et à la levée de la détention provisoire ou pour des motifs de sûreté et n'avait donc pas repris la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il s'agit là d'une situation rare dans laquelle le législateur a exprimé que, contrairement à l'avis du Tribunal fédéral, il ne s'agissait pas d'une erreur législative, mais qu'un droit de recours du ministère public n'était effectivement pas souhaité. Sur la base de cette meilleure connaissance, selon laquelle le droit de recours du ministère public ne peut pas s'appuyer sur une base dans le CPP, le Tribunal fédéral est revenu sur sa pratique reconnue comme erronée et l'a adaptée de sa propre connaissance *avant l'entrée en vigueur* du nouvel article 222 CPP. A mon avis, un tel cas ne se présente pas en cas d'indication incorrecte des voies de recours. Avec l'art. 52 al. 2 nCPC, il existe une nouvelle norme. En revanche, l'art. 222 CPP était déjà ancré dans le CPP et la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral n'a eu pour effet que d'aider le texte de loi déjà en vigueur à s'imposer.

10 8 Du point de vue du droit transitoire, la question se pose de savoir à partir de quel moment **les avocats** peuvent également se prévaloir d'une indication incorrecte des voies de recours. L'art. 52 al. 2 nCPC ne figure pas à l'art. *407f* nCPC. Comme l'art. 52 al. 2 nCPC a des répercussions sur le droit de recours, l'art. 405 al. 1 CPC est applicable à titre transitoire. Le droit applicable est donc celui en vigueur au moment de la **notification de la décision de première instance** (cf. n. 29 ci-dessus). Les avocats peuvent donc se prévaloir d'indications de voies de droit erronées dans les décisions notifiées à partir du 1er janvier 2025. Cela vaut également pour les procédures qui étaient déjà pendantes avant le 1er janvier 2025.

10 9 Conformément à l'art. 49 LTF, les parties ne doivent pas subir de préjudice du fait d'une notification insuffisante de la décision. Il s'agit notamment **de la notification incorrecte** et **incomplète des voies de recours** ainsi que de l'**absence d'indication des voies de recours** (cf. art. 49 LTF). Cette disposition s'applique au **recours devant le Tribunal fédéral**. Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann sont d'avis que cette norme doit à l'avenir être appliquée de manière plus généreuse, même dans le cas de parties représentées par un avocat. Si ce point de vue est correct, la question de droit transitoire se pose de savoir à partir de quel moment les avocates

bénéficieront également de la protection de l'art. 49 LTF. A cet égard, l'art. 132 al. 1 LTF peut être utilisé par analogie. Selon cet article, la LTF s'applique aux procédures de recours lorsque la décision attaquée a été rendue après l'entrée en vigueur de la LTF (cf. déjà n. 80 ci-dessus). L'art. 49 LTF doit donc être appliqué de manière plus généreuse pour les décisions rendues après le 1er janvier 2025.

E. Droit de réplique (art. 53 al. 3 nCPC)

Désormais, le droit de réplique est expressément inscrit à l'art. 53 al. 3 nCPC. Selon l'art. 53 al. 3 nCPC, les parties peuvent prendre position sur toutes les conclusions de la partie adverse. Le tribunal leur fixe un **délai d'au moins dix jours** à cet effet. Ce délai peut être prolongé en tant que délai judiciaire selon l'art. 144 CPC. Si le délai expire sans avoir été utilisé, il y a présomption de renonciation. Sous l'ancien droit, le Tribunal fédéral prévoyait que les requêtes pouvaient être simplement transmises aux parties sans que le tribunal ne doive fixer un délai formel. Entre la transmission de la requête et le prononcé de la décision, il devait y avoir suffisamment de temps pour que la partie ait la possibilité de présenter ses observations. Si la partie qui recevait une requête **sans fixation de délai** souhaitait prendre position, elle devait le faire immédiatement ou du moins en faire la demande. Dans le cas contraire, le Tribunal fédéral a considéré que la partie renonçait à déposer une nouvelle requête. 110

L'art. 53 al. 3 nCPC n'est pas contenu dans l'art. *407f* nCPC, raison pour laquelle les art. 404 s. CPC sont applicables. CPC s'appliquent (voir ci-dessus n. 20 ss.). Pour les **procédures qui étaient pendantes au 1er janvier 2025**, l'ancienne jurisprudence continue de s'appliquer (cf. art. 404 al. 1 CPC). Le droit actuel n'exclut pas la **fixation d'un délai** . Ainsi, les tribunaux peuvent fixer un délai indépendamment de la date de litispendance. Cela simplifie considérablement le quotidien des tribunaux, car les tribunaux rendent chaque jour de nombreuses décisions et n'ont pas besoin de vérifier la litispendance. Dans la **procédure de recours**, l'art. 53 al. 3 nCPC est applicable si la décision a été notifiée à partir du 1er janvier 2025 (cf. art. 405 al. 1 CPC ; n. 29 ci-dessus). 111

F. Coopération simple (art. 71 nCPC)

11 2 L'art. 71 nCPC est reformulé et restructuré, sans qu'il y ait **de modifications de fond**. L'art. 71 al. 1 let. c nCPC prévoit qu'en cas de consorité simple, le **même tribunal** doit être **compétent à raison de la matière**. La jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral a ainsi été codifiée. En l'absence de modifications de fond, **aucune question de droit transitoire** ne se pose (cf. ci-dessus n. 10).

G. Action en dénonciation de litige (art. 81 et art. 82 al. 1 nCPC)

11 3 Toutes les conditions de l'action en litigation figurent désormais à l'art. 81, al. 1, nCPC. L'art. 81 al. 1 let. a nCPC prévoit désormais que les prétentions doivent avoir un **lien matériel avec l'action principale**. Il doit ainsi être clair qu'outre les prétentions récursoires (potentielles), les prétentions en garantie et en indemnité peuvent également être invoquées par le biais d'une action en dénonciation de litige. Cela n'était déjà pas contesté sous l'ancien droit. La condition de la compétence matérielle résultait jusqu'à présent de la jurisprudence du Tribunal fédéral et sera désormais codifiée de manière explicite (cf. art. 81 al. 1 let. b nCPC). L'art. 81 al. 1 let. c nCPC prévoit que tant l'action principale que l'action en dénonciation de litige doivent être jugées en procédure ordinaire. L'art. 81 al. 3 aCPC, selon lequel l'action en dénonciation de litige est irrecevable en procédure simplifiée et en procédure sommaire, a été supprimé, car il aurait entraîné une redondance avec l'art. 81 al. 1 let. c nCPC. Le Tribunal fédéral et la doctrine dominante exigeaient déjà que **les deux actions** soient soumises à la **procédure ordinaire**. **Aucune question de droit transitoire** ne se pose donc à cet égard - en l'absence de modifications de fond - (cf. supra n. 10).

11 4 En ajoutant *"[les prétentions] qu'elle craint de la part de la personne appelée en cause* », le nouveau droit prévoit expressément que l'action en litigation peut également être une **action en constatation négative** (art. 81, al. 1, nCPC). La doctrine dominante l'affirmait déjà à juste titre dans l'ancien droit. En revanche, Göksu rejette l'action en constatation négative en tant qu'action en dénonciation de litige sous l'ancien droit. Ce n'est que si l'on suit Göksu que se pose, dans la perspective du droit transitoire, la question de savoir à partir de quand une action en constatation négative peut être introduite comme action en dénonciation de litige. Si l'action principale était déjà pendante avant le 1er janvier 2025, l'action en constatation de droit ne peut

être jugée dans la même procédure que si elle est recevable selon l'ancien droit (art. 404 al. 1 CPC). Selon l'avis de Göksu, l'action en constatation négative est irrecevable, raison pour laquelle il ne faut pas entrer en matière. Cette règle est également judicieuse si l'on est d'accord avec Göksu (*quod non*). Le demandeur peut ainsi prévoir, au moment de l'introduction de son action, quelles actions en dénonciation de litige introduites par le défendeur peuvent être jugées en plus dans la même procédure.

Si les conclusions de l'action en dénonciation de litige concernent la même prestation que celle à laquelle la partie dénonciatrice est tenue dans la procédure principale, elles ne doivent pas être chiffrées (art. 82 al. 1 nCPC *in fine*). Par conséquent, **les actions récursoires** ne doivent **pas être chiffrées** dans la demande d'admission. Cela permet d'éviter le risque d'une demande excessive ou insuffisante de la partie plaignante, ce qui, en cas de demande excessive, entraîne également des frais. Pour les procédures ou les actions principales dont la litispendance a été introduite avant le 1er janvier 2025, l'ancien droit s'applique (cf. art. 404 al. 1 CPC). Par conséquent, dans ces procédures, une action récursoire doit également être chiffrée à partir du 1er janvier 2025, comme le prévoit l'ancien droit. Il n'y a pas d'indication d'un oubli du législateur. L'art. 82 al. 1 nCPC figurait déjà dans le projet, raison pour laquelle il n'y a pas lieu de supposer que cette disposition n'a pas été intégrée à l'art. 407f*nCPC* par inadvertance. Par ailleurs, il ressort des procès-verbaux de la commission que l'art. 82 al. 1 nCPC *in fine* fait partie des dispositions relatives à la coordination des procédures qui ne devaient expressément pas être intégrées à l'art. 407f*nCPC* (cf. également n. 4 ci-dessus). 115

H. Fixation d'un délai pour chiffrer l'action en revendication non chiffrée (art. 85 al. 2 nCPC)

Le droit actuel ne précisait pas dans quel délai il fallait procéder à **la chiffrage ultérieur** d'une action en revendication non chiffrée. Il est désormais prévu que le tribunal **fixe un délai** pour chiffrer ultérieurement la demande (art. 85, al. 2, nCPC). Le tribunal doit fixer un délai pour chiffrer la demande après la clôture de la procédure probatoire ou après la communication de renseignements par les parties ou des tiers. La jurisprudence a nié l'obligation du tribunal de fixer un délai, du moins pour les parties représentées par un avocat. Une partie de la doctrine s'est prononcée en faveur de la fixation d'un délai par le tribunal. 116

11 7 Comme rien n'indique qu'il y ait eu une erreur de rédaction, l'insertion de l'art. 85 al. 2 nCPC à l'art. *407f* nCPC ayant été oubliée, le **droit transitoire général** s'applique. C'est pourquoi, dans une procédure relevée avant le 1er janvier 2025, la partie demanderesse ne pourra pas non plus compter sur le tribunal pour fixer un délai de chiffrage à partir du 1er janvier 2025 (cf. art. 404 al. 1 CPC ; supra n. 21 ss.).

I. Cumul objectif d'actions (art. 90 al. 2 nCPC)

11 8 L'art. 90 al. 2 nCPC prévoit que le cumul objectif d'actions est également admis lorsqu'une différence de compétence matérielle ou de type de procédure repose uniquement sur la valeur litigieuse. Cette disposition codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle l'admissibilité du cumul objectif d'actions se fonde sur la **valeur litigieuse additionnée conformément à l'art. 93 CPC**. Le cumul objectif des actions est toutefois exclu si la différence de type de procédure repose sur la nature des différentes prétentions (p. ex. protection contre les congés en matière de droit de bail au sens de l'art. 243 al. 2 let. c CPC avec des prétentions pécuniaires de plus de CHF 30'000 qui devraient être jugées en procédure ordinaire). Dans une décision récente, le tribunal de commerce zurichois a considéré qu'en cas d'éventuel cumul objectif d'actions, seule la valeur litigieuse de la demande principale était déterminante, car la valeur litigieuse de la demande éventuelle n'était pas ajoutée conformément à l'art. 91 al. 1 CPC. C'est pourquoi le tribunal de commerce est entré en matière sur un éventuel cumul objectif d'actions, bien que la valeur litigieuse de la demande éventuelle soit inférieure à 30 000 CHF. En l'absence de modification matérielle, **aucune question de droit transitoire** ne se pose (cf. ci-dessus n. 10).

11 9 Si différents types de procédure sont applicables aux différentes prétentions, celles-ci sont jugées ensemble en **procédure ordinaire** conformément à l'art. 90 al. 2 nCPC. Le législateur précise ainsi d'une part qu'il n'y a pas de confusion entre différents types de procédure. D'autre part, il ressort de l'histoire de la législation que certaines dispositions de la procédure simplifiée ne sont pas appliquées dans la procédure ordinaire. Si, contrairement à l'opinion défendue ici, on devait admettre le contraire dans le droit actuel, ce dernier s'appliquerait encore aux procédures dont l'instance a été introduite avant le 1er janvier 2025 (cf. art. 404 al. 1 CPC ; n. 21 ss. ci-dessus).

Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir s'il devait y avoir un **lien matériel** entre les prétentions cumulées. Le législateur a implicitement décidé de ne pas le faire, car cette exigence - bien que mentionnée dans l'avant-projet - n'a pas été reprise dans la version définitive. Si l'on part de cette exigence dans le droit actuel, il faudrait examiner un lien matériel pour les **procédures déjà pendantes avant le 1er janvier 2025** (cf. art. 404, al. 1, CPC ; n. 21 ss ci-dessus). 120

J. Valeur litigieuse et droit aux dépens

Les modifications dans le domaine de la valeur litigieuse et du droit aux dépens ne sont **pas contenues dans l'art. 407*f* nCPC**. Selon ce dernier, les procédures qui étaient déjà pendantes au 1er janvier 2025 sont soumises à l'ancien droit des frais jusqu'à leur clôture devant l'instance concernée (cf. art. 404 al. 1 ; supra n. 21 ss). Concernant la fixation des frais judiciaires et de l'indemnisation des parties dans la procédure de décision selon l'art. 212 al. 3 devant l'autorité de conciliation, voir ci-dessous n. 164 s. 121

1. Valeur litigieuse en cas de demande reconventionnelle en constatation négative (art. 94 al. 3 nCPC)

Si l'**action principale** est **une action partielle**, l'art. 94 al. 3 nCPC prévoit que les frais de procédure sont calculés exclusivement sur la base de la **valeur litigieuse de l'action principale**. Cela permet de limiter le risque de frais de justice pour le demandeur si le défendeur introduit une demande reconventionnelle en constatation négative. Le texte, qui couvre également d'autres demandes reconventionnelles dans le cadre d'actions partielles, doit être limité sur le plan téléologique, car le législateur a voulu réduire le risque de frais uniquement dans ce cas. La valeur litigieuse plus élevée de la demande reconventionnelle en constatation négative n'est donc pas déterminante. Ainsi, le défendeur qui introduit la demande reconventionnelle ne supporte pas non plus de risque supplémentaire en matière de frais de justice. L'indemnisation des parties est également calculée sur la base de la valeur litigieuse de l'action partielle. 122

Dans les **procédures avec demande partielle et demande reconventionnelle en constatation négative qui étaient déjà pendantes au 1er janvier 2025**, l'ancien droit s'applique (cf. art. 404, al. 1 ; n. 21 ss ci-dessus). La question est de savoir si cela s'applique également lorsque seule 123

l'action partielle était pendante et que l'action reconventionnelle négative en constatation ne le sera qu'après le 1er janvier 2025. C'est le cas si la réponse à la demande reconventionnelle en constatation négative est abandonnée après le 1er janvier 2025. L'art. 94 al. 3 nCPC n'est à mon avis pas applicable dans ce cas de figure. Cette action principale a déjà été pendante sous l'ancien droit, raison pour laquelle l'ancien droit doit continuer à être appliqué sur la base de l'art. 404 al. 1 CPC (cf. supra n. 26). Comme les autres modifications concernant la valeur litigieuse et les frais ne sont pas non plus contenues dans l'art. 407f*nCPC* (cf. supra n. 121), il ne faut pas partir du principe que l'art. 94 al. 3 nCPC n'a pas été intégré par mégarde dans le catalogue de l'art. *407f* nCPC.

12 4 L'art. 94 CPC s'applique également à la **procédure de recours**. Si la décision de la procédure avec l'action partielle est notifiée après le 1er janvier 205, l'art. 94 al. 3 nCPC s'applique à la procédure de recours (art. 405 al. 1 CPC ; supra n. 28 s.). Il s'agit d'une nouvelle instance (cf. art. 404 al. 1 CPC ; supra n. 22).

2. Action collective (art. *94a* nCPC)

12 5 Dans le cas des actions collectives négatoires au sens de l'art. 89 CPC, le tribunal fixe, selon l'ancien droit, la valeur litigieuse sur la base de l'art. 91 al. 2 CPC si les parties ne s'entendent pas sur ce point ou si les indications sont manifestement inexactes. Ce faisant, la pratique judiciaire se basait sur l'**intérêt collectif des personnes concernées**. L'art. *94a* nCPC prévoit donc que le tribunal fixe la valeur litigieuse selon son appréciation si les parties ne s'entendent pas sur ce point ou si les indications sont manifestement inexactes. Pour ce faire, le tribunal doit, selon le message, se baser sur l'**intérêt de chaque membre du groupe de personnes concernées** et sur l'**importance du cas**.

12 6 Les actions collectives négatives qui étaient déjà en cours avant le 1er janvier 2025 ne bénéficient pas de l'art. *94a* nCPC. Comme l'art. *94a* nCPC s'applique également à la procédure de recours, cette disposition est également applicable aux procédures de recours des actions collectives déjà introduites avant le 1er janvier 2025, si la décision de première instance a été notifiée à partir du 1er janvier 2025 (art. 405 al. 1 CPC ; supra n. 28 s.).

3. Tarifs et droit de la représentation à une indemnité de partie (art. 96 nCPC)

Pour des raisons de clarté et de transparence, l'art. 96 al. 1 nCPC réserve expressément la réglementation des émoluments selon l'art. 16 al. 1 LP à la souveraineté cantonale en matière de tarifs. Dans l'ancien droit déjà, l'art. 16 LP était considéré comme *lex specialis* par rapport au CPC, raison pour laquelle les frais judiciaires étaient déterminés par les art. 48 et 61 OEmol LP. L'art. 96, al. 1, nCPC **ne pose** donc **aucun problème de droit transitoire** (cf. n. 10 ci-dessus). 12 7

L'art. 96 al. 2 nCPC prévoit que l'**avocat** a un **droit exclusif aux honoraires et aux frais qui sont alloués à titre de dépens**. De telles règles (appelées *distraction des dépens*) existaient en Suisse romande. Dans le **canton de Vaud**, il existe aujourd'hui (toujours) une norme correspondante à l'art. 47 al. 1 LPAv (*« L'avocat a un droit personnel exclusif aux honoraires et débours qui sont alloués par le jugement ou l'arrêt à titre de dépens, sous réserve de règlement de compte avec son client. »*). Dans le droit actuel, cette norme n'est pas applicable en raison de la primauté du droit fédéral (cf. art. 49, al. 1, Cst.). 12 8

Du point de vue du droit transitoire, la question se pose de savoir quand une réglementation cantonale au sens de l'art. 96 al. 2 nCPC s'applique. Lors de l'adoption du CPC, il était admis que le droit transitoire pour les domaines **relevant de la compétence cantonale relevait** de la **souveraineté législative des cantons**. En l'absence de réglementation, une application par analogie des art. 404 f. CPC est envisageable. En ce qui concerne l'art. 96 al. 2 nCPC, c'est toutefois le droit transitoire de la Confédération qui s'applique, c'est-à-dire les art. 404 f. CPC, car ce domaine ne relèvera de la compétence des cantons qu'à partir de la révision du 17 mars 2023. Auparavant, le droit fédéral ne prévoyait pas de possibilité de *distraction de dépens*. Par conséquent, les procédures pendantes au moment de l'entrée en vigueur d'une telle réglementation sont régies par l'ancien droit fédéral de procédure civile, raison pour laquelle les avocates n'ont pas droit, dans ces procédures, aux honoraires et frais exclusifs considérés comme des dépens. La procédure de recours est régie par la réglementation cantonale relative à une *distraction de dépens* si la décision de première instance a été notifiée après l'entrée en vigueur de la réglementation cantonale (art. 405 al. 1 CPC ; n. 29 ci-dessus). Dans le **canton de Vaud**, l'art. 47 al. 1 LPAv peut être réactivé. Cela signifie 12 9

qu'il existe dans le canton de Vaud une réglementation cantonale au sens de l'art. 96 al. 2 nCPC à partir du 1er janvier 2025.

4. Avance de frais (art. 98 nCPC)

13 0 Selon l'art. 98 aCPC, le tribunal peut exiger du demandeur une avance jusqu'à concurrence des frais judiciaires présumés. L'art. 98 al. 1 nCPC prévoit que le tribunal peut exiger au maximum la **moitié des frais de justice présumés**. Cela doit faciliter la possibilité de faire valoir une prétention. L'art. 98 al. 2 nCPC prévoit les exceptions suivantes au principe énoncé à l'art. 98 al. 1 nCPC : *(i)* **les litiges commerciaux internationaux** au sens de l'art. 6 al. 4 let. c nCPC (supra n. 102 s.) et **les actions directes devant le tribunal supérieur** au sens de l'art. 8 CPC, *(ii) les* **procédures de conciliation**, *(iii) les* **procédures sommaires** à l'exception des mesures provisionnelles et des litiges relevant du droit de la famille au sens des art. 271, 276, 302 et 305 CPC et *(iv) les* **procédures de recours**. Pour toutes les exceptions, le tribunal peut - comme dans le droit actuel - demander une avance jusqu'à concurrence du montant total des frais judiciaires présumés (art. 98, al. 2, nCPC).

13 1 Pour les **procédures qui étaient déjà pendantes au 1er janvier 2025**, l'art. 404 al. 1 CPC prévoit que l'ancien droit s'applique (n. 20 ss. ci-dessus). En conséquence, la partie qui dépasse la moitié de l'avance de frais n'est pas remboursée. Jent-Sørensen mentionne que la révision pourrait déjà avoir *des « effets anticipés* », car les avances de frais devraient déjà être fixées plus bas auparavant. Elle mentionne également, à juste titre, qu'il n'existe aucun droit en la matière.

13 2 Etant donné qu'une avance jusqu'à concurrence des frais judiciaires présumés peut toujours être exigée pour les **procédures de recours**, il est sans importance, en ce qui concerne l'avance de frais, que la procédure de recours soit soumise à l'ancien ou au nouveau droit (art. 98 al. 2 let. d nCPC ; cf. ci-dessus n. 10).

5. Principes de répartition en cas de pluralité de parties (art. 106 al. 3 nCPC)

13 3 L'art. 106 al. 3 CPC règle la répartition des frais judiciaires en cas **de pluralité de parties principales et/ou secondaires**. L'art. 106, al. 3, première phrase, nCPC précise que le tribunal doit déterminer la part des frais judiciaires *"en fonction de leur participation* ». Il ne s'agit là que d'une précision et non d'une

modification de fond. C'est pourquoi l'art. 106, al. 3, 1re phrase, nCPC ne soulève **pas de questions de droit transitoire** (cf. supra n. 10).

L'art. 106 al. 3 phrase 2 nCPC n'autorise désormais la **responsabilité solidaire** qu'en cas de **consorité nécessaire**. Dans le droit actuel, le tribunal pouvait également statuer sur la responsabilité solidaire en cas de simple consorité (art. 106, al. 3, aCPC). Cela permettait surtout de réduire le risque élevé de frais de justice dans le cas de (grandes) coopératives en cas de dommages de masse. L'art. 106 al. 3 aCPC s'applique aux procédures qui étaient déjà en cours au 1er janvier 2025 (art. 404 al. 1 CPC ; n. 21 ss. ci-dessus). L'art. 106 CPC s'applique également à la procédure de recours. Si la décision de première instance a été notifiée à partir du 1er janvier 2025, c'est donc le nouveau droit qui s'applique dans la procédure de recours (art. 405 al. 1 CPC ; supra n. 28 s.). Si, dans la décision de renvoi, l'instance d'appel laisse à l'instance précédente le soin de répartir les frais judiciaires de la procédure d'appel, l'instance précédente doit, à mon avis, également appliquer l'art. 106 al. 3 nCPC lors du transfert des frais de la procédure d'appel. Cela vaut également lorsque l'instance précédente doit à nouveau appliquer le droit en vigueur pour sa propre procédure (cf. n. 23 ci-dessus). Cela s'explique par le fait que les frais judiciaires de la procédure de recours ne constituent pas un aspect de la procédure de première instance, raison pour laquelle l'ancien droit ne s'y applique pas. 13 4

6. Liquidation des frais judiciaires (art. 111, al. 1 et 2, nCPC)

L'ancien droit mettait à la charge du **demandeur qui avait obtenu gain** de cause le **risque d'encaissement et d'insolvabilité** pour les frais de justice, en ce sens que les avances qu'il avait versées étaient déduites des frais de justice (art. 111, al. 1, aCPC). Le défendeur qui succombait aux frais devait payer au demandeur qui avait obtenu gain de cause les avances versées (art. 111 al. 2 aCPC). Dans le nouveau droit, une imputation de l'avance de frais versée par le demandeur n'est possible que si celui-ci succombe (au moins partiellement). Dans le cas contraire, l'**avance** doit être **remboursée** et le tribunal doit recouvrer les frais de justice auprès du défendeur qui succombe (art. 111 al. 1 nCPC). Ainsi, le **risque d'encaissement et d'insolvabilité** incombera à l'avenir au **canton**. 13 5

Pour les **procédures qui étaient pendantes au 1er janvier 2025**, les cantons bénéficient encore de l'ancien droit, c'est-à-dire de l'art. 111 aCPC 13 6

(art. 404 al. 1 CPC ; n. 21 ss. ci-dessus). L'art. 111 CPC s'applique également à la **procédure de recours** . Si la décision de première instance a été notifiée à partir du 1er janvier 2025, c'est donc l'art. 111 nCPC qui s'applique dans la procédure de recours (art. 405 al. 1 CPC ; supra n. 28 s.).

7. Avance des frais de justice et garantie lors d'actes d'entraide judiciaire (art. *11b* nLDIP)

13 7 L'art. *11b* LDIP traite de l'avance des frais de justice présumés et de la garantie pour une éventuelle indemnisation des parties lors d'**actes d'entraide judiciaire en matière civile** qui doivent être exécutés en Suisse. L'art. *11b* nIPRG renvoie toujours au CPC, mais en utilisant simplement l'abréviation - au lieu de la mention complète avec la date. Il s'agit donc d'une simple adaptation rédactionnelle. En l'absence de modification de fond, **aucune question de droit transitoire** ne se pose (cf. ci-dessus n. 10). Dans la pratique, il convient de noter que diverses dispositions des traités internationaux priment le CPC.

K. Langue de la procédure (art. 129 al. 2, *251a* al. 2 et 356 al. 3, 2e phrase nCPC ainsi que l'art. 42 al. 1bis nLPC)

1. Procédure civile ordinaire (art. 129 al. 2 let. a nCPC)

13 8 A partir du 1er janvier 2025, le droit cantonal peut prévoir l'utilisation d'une **autre langue nationale** à la demande de toutes les parties (art. 129 al. 2 let. a nCPC). Il s'agit des langues nationales qui n'ont pas déjà été désignées comme langue officielle dans la région judiciaire concernée. **Aucune partie** ne peut **renoncer** à la langue officielle du canton compétent au sens de l'art. 129 al. 1 CPC **avant la naissance du litige**. Une réponse rédigée dans la même langue nationale que la demande, elle-même rédigée dans une langue officielle différente de celle visée à l'art. 129 al. 1 CPC, doit être considérée comme une acceptation implicite par le défendeur de la demande du demandeur (*« comparution »*).

13 9 En ce qui concerne l'autorisation d'autres langues nationales comme langues de procédure, les **cantons** sont autonomes dans le cadre de l'art. 129 al. 2 nCPC. Par conséquent, les cantons peuvent également créer une disposition transitoire. Toutefois, les réglementations cantonales applicables aux **procédures** déjà **en cours au 1er janvier 2025** ne seraient pas autorisées.

Cela s'explique par le fait qu'il n'existait auparavant aucune compétence cantonale en vertu du droit fédéral de procédure civile (cf. également n. 129 ci-dessus). Sinon, l'art. 404 al. 1 CPC s'applique, selon lequel les procédures déjà pendantes au moment de l'entrée en vigueur de la réglementation cantonale doivent être poursuivies selon l'ancien droit (supra n. 21 ss.). Si une décision de première instance a été notifiée après l'entrée en vigueur de la réglementation cantonale, les parties peuvent demander une autre langue nationale dans la procédure de recours (art. 405 al. 1 CPC ; supra N. 28 s.).

2. Litiges commerciaux internationaux (art. 129 al. 2 let. b nCPC)

140 Dans les litiges commerciaux internationaux au sens de l'art. 6 al. 4 let. c nCPC devant le tribunal de commerce ou le tribunal ordinaire, les parties peuvent, si le droit cantonal le permet, convenir de **l'anglais comme langue de procédure** (art. 129 al. 2 let. b nCPC). Contrairement à l'art. 129 al. 1 let. a nCPC, il est également possible de renoncer préalablement à la langue officielle. C'est pourquoi les parties peuvent déjà (dans la convention d'élection de for) imposer l'anglais comme langue de procédure. Dans ce cas, la convention d'élection de for doit être qualifiée de demande des parties. De même, le défendeur peut, dans sa réponse, accepter implicitement la demande du demandeur en utilisant l'anglais (*« mise en cause »*).

141 Du point de vue du droit transitoire, ce qui a déjà été dit au n. 139 concernant l'art. 129 al. 2 let. a nCPC s'applique. Il convient donc d'examiner dans chaque cas s'il existe une disposition transitoire cantonale. Le choix de l'anglais comme langue de procédure peut - sous réserve d'un droit cantonal différent - être fait **avant l'entrée en vigueur de la réglementation cantonale** au sens de l'art. 129 al. 2 let. b nCPC. Cela permet de concrétiser le principe selon lequel le nouveau droit de procédure est en règle générale immédiatement applicable (cf. n. 4 et n. 11 ci-dessus). En outre, cela renforce l'autonomie des parties. Enfin, il convient de noter que la question de l'anglais comme langue de procédure ne se pose pas dans la procédure de recours, car le tribunal de commerce ou la cour supérieure statue en dernière instance cantonale dans les litiges commerciaux internationaux (art. 6, al. 1, et 8, al. 2, CPC).

3. Arbitrage (art. *251a*, al. 2, et 356, al. 3, 2e phrase, nCPC)

14 2 Dans les **procédures judiciaires sommaires** de l'arbitrage national et international, le droit cantonal peut prévoir que **l'anglais** soit utilisé **comme langue de procédure** à la demande de toutes les parties, si l'anglais est utilisé pour la convention ou la clause d'arbitrage ou comme langue de procédure dans la procédure arbitrale (art. *251a*, al. 2, et art. 356, al. 3, 2e phrase, nCPC). Comme **les recours et les demandes de révision contre les sentences arbitrales** sont exclus du champ d'application de la procédure sommaire, le droit cantonal ne peut pas, à mon avis, prévoir l'anglais comme langue de procédure dans ces procédures (cf. art. 356 al. 3 en relation avec l'al. 1 let. a CPC). Cela résulte d'une part de la position systématique de l'art. *251a* CPC dans le titre 5 du CPC relatif à la procédure sommaire. D'autre part, les recours et les demandes de révision sont des procédures plus volumineuses, raison pour laquelle il faut davantage de connaissances techniques et de ressources à un tribunal cantonal pour les mener en anglais. C'est pourquoi, à mon avis, il faut partir du principe que le législateur n'a pas voulu accorder cette possibilité aux cantons.

14 3 Du point de vue du droit transitoire, ce qui a déjà été dit au n. 139 est valable. Il va de soi que les art. *251a*, al. 2, et 356, al. 3, 2e phrase, nCPC s'appliquent également aux procédures sommaires dont la **convention ou la clause d'arbitrage** correspondante a **déjà été conclue avant l'entrée en vigueur de la disposition cantonale**. Comme une demande de toutes les parties est requise dans tous les cas, il s'agit simplement d'une option supplémentaire. Il n'en résulte aucun inconvénient pour les parties à la procédure d'arbitrage.

4. Procédure devant le Tribunal fédéral (art. 42 al. 1bis nLTF)

14 4 Si l'instance précédente a mené la procédure en anglais dans une affaire civile, les **actes juridiques** peuvent être rédigés en anglais dans la procédure devant le Tribunal fédéral (art. 42 al. 1bis LTF). Le Tribunal fédéral mène toutefois la procédure dans une langue officielle (art. 54 al. 1 LTF). C'est à juste titre qu'il est proposé d'utiliser une langue officielle de l'instance cantonale précédente pour les décisions rendues en anglais, car le Tribunal fédéral notifie son arrêt à l'instance cantonale précédente.

14 5 Du point de vue du droit transitoire, l'art. 132 al. 1 LTF est applicable (par analogie) (pour plus de détails, voir n. 80). Si la **décision cantonale a été**

rendue après le 1er janvier 2025, l'art. 42 al. 1bis nLTF est considéré comme le nouveau droit. Dans ce cas, les parties peuvent déposer leur mémoire en anglais.

L. Contenu de la citation (art. 133 let. d nCPC)

L'art. 133 let. d nCPC a été édicté en relation avec l'**utilisation de moyens électroniques** (voir en détail n. 38 ss. ci-dessus). En cas de recours à des moyens électroniques de transmission du son et de l'image, la citation doit indiquer la **disponibilité requise**. Comme toutes les dispositions relatives à l'utilisation de moyens électroniques sont contenues dans l'art. *407f* nCPC, il faut partir du principe qu'il s'agit d'une erreur de rédaction. L'art. 133 let. d nCPC s'applique donc également **dès le 1er janvier 2025** dans toutes les procédures, les citations à comparaître pour les actes de procédure correspondants pouvant déjà être effectuées avant le 1er janvier 2025. A ce sujet, nous renvoyons aux explications ci-dessus, n. 18 et n. 38 ss. 14 6

M. Déroulement des délais en cas de courrier A-Plus (art. 142 al. 1bis nCPC)

L'art. 142 al. 1bis nCPC concerne *les « autres envois »* au sens de l'art. 138 al. 4 CPC, c'est-à-dire **pas les citations, les ordonnances et les décisions**. Ces derniers sont notifiés par envoi postal recommandé ou par tout autre moyen contre accusé de réception (art. 138 al. 1 CPC). Ces envois sont notifiés par **courrier A-Plus**. Dans ce cas, il n'y a pas d'accusé de réception par le destinataire. Il existe toutefois un **suivi de l'envoi jusqu'au dépôt dans la boîte aux lettres ou la case postale**. Selon le droit en vigueur, un délai commence à courir le dimanche en cas de notification par courrier A-Plus le samedi (cf. art. 142 al. 1 CPC). Si la boîte aux lettres ou la case postale est vidée après le week-end, cela n'est pas évident. Pour cela, il faudrait par exemple scanner l'étiquette « A+ », ce qui permettrait de déterminer la date de distribution avec l'application de la Poste. C'est pourquoi l'art. 142 al. 1bis nCPC prévoit désormais que la notification n'est réputée effectuée que le **jour ouvrable suivant** si la notification d'un *"autre envoi* » au sens de l'art. 138 al. 4 CPC a lieu un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu par le droit fédéral ou cantonal au lieu du tribunal. En cas de notification le week-end, la notification est considérée comme ayant eu lieu le lundi et le délai ne commence à courir que le mardi. Dans la pratique, les *"autres envois* » au sens 14 7

de l'art. 138 al. 4 CPC ne sont en général pas des envois déclenchant le délai. C'est pourquoi l'art. 142 al. 1bis nCPC n'est guère pertinent dans la pratique. Jeandin cite comme exception une notification que le tribunal interprète comme une information, mais qu'une partie ressent comme une décision et conteste par un recours (cf. art. 319 al. 2 let. b CPC).

14 8 L'art. 142 al. 1bis nCPC pourrait être appliqué sans problème à toutes les procédures, comme les normes de l'art. *407f* nCPC, immédiatement, c'est-à-dire à partir du 1er janvier 2025. Comme rien n'indique qu'il y ait eu une erreur de rédaction et que l'insertion de l'art. *407f* nCPC ait été oubliée, il faut partir du principe que le **droit transitoire général** est **applicable**. Par conséquent, dans les procédures déjà pendantes, l'ancien droit est encore applicable jusqu'à la clôture devant l'instance concernée (art. 404 al. 1 ; supra n. 21 ss).

N. Suspension des délais (art. 145, al. 4, nCPC et art. 56, al. 2, nLP)

14 9 L'art. 145 al. 4 nCPC et l'art. 56 al. 2 nLP ont pour but de simplifier la coordination de la suspension des délais entre le CPC et la LP. L'art. 145 al. 4 nCPC prévoit que la suspension des délais selon le CPC s'applique aux *« actions selon la LP »*. De même, l'art. 56 al. 2 nLP renvoie à la suspension des délais du CPC pour les actions fondées sur la LP. Les dispositions du CPC s'appliquent également aux **délais d'action** des actions selon la LP (p. ex. l'action en déchéance [art. 83 al. 2 LP]). Selon l'opinion dominante,**les requêtes en procédure sommaire** ne font pas partie des *« actions selon la LP »* mentionnées à l'art. 145 al. 4 nCPC. Dans la procédure sommaire, les féries judiciaires selon le CPC ne s'appliquent pas (art. 145 al. 1 let. b CPC). En cas de **recours à l'autorité cantonale de surveillance**, la suspension des délais du CPC n'est pas applicable - comme dans le droit actuel - (art. 145 al. 4, 2e phrase, nCPC). La **prolongation ou la restitution (exceptionnelle)** des délais (d'action) selon la LP est également régie par l'art. 33 al. 2 et al. 4 LP dans le nouveau droit. L'art. 145 al. 4 nCPC ne règle que le champ d'application de la suspension des délais.

15 0 Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral se basait sur la suspension des poursuites lorsque le délai était déclenché par un **acte de poursuite au sens de l'art. 56 LP**. Selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, le délai de l'action en déchéance au sens de l'art. 83 al. 2 LP commence à courir à partir d'un acte de

poursuite, raison pour laquelle les dispositions relatives aux féries de la poursuite sont applicables. Par conséquent, le délai pour l'action en déchéance est prolongé conformément à l'art. 63, phrase 2 LP. Si la fin du délai intervient pendant les vacances de la poursuite, le délai est prolongé jusqu'au troisième jour après la fin de celles-ci, les samedis, dimanches et jours fériés reconnus par l'Etat n'étant pas comptés (**suspension de l'expiration**). Selon le message relatif à l'adoption du CPC fédéral, cela vaut également pour les actions en opposition, en adhésion et en séquestration.

Pour les **procédures déjà pendantes au 1er janvier 2025**, la suspension des délais s'apprécie selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral (art. 404 al. 1 CPC ; n. 21 ss. ci-dessus). Si la **décision a été notifiée après le 1er janvier 2025**, la procédure de recours, y compris le délai de recours, est régie par le nouveau droit, c'est-à-dire par l'art. 145 al. 4 nCPC (art. 405 al. 1 CPC ; supra n. 28 s.). 15 1

On peut se demander quel régime de délai s'applique aux **délais d'action prévus par la LP pour les actions selon la LP**. La modification a par exemple des répercussions sur l'action en déchéance au sens de l'art. 83 al. 2 LP (supra N. 149 s.). La question se pose de savoir ce qui se passe si la décision de mainlevée est notifiée avant le 1er janvier 2025. La loi ne donne pas de réponse claire à cette question. Les exemples suivants illustrent le déroulement du délai de l'action en déchéance : 15 2

La décision de mainlevée est **notifiée** au débiteur le **17 décembre 2024** (c'est-à-dire avant les vacances de poursuite et les vacances judiciaires). Les variantes suivantes sont envisageables : 15 3

- **Application de l'ancien droit**: les féries de la poursuite au sens de l'art. 63 LP n'empêchent pas le délai de courir. La fin du délai tombe le **6 janvier 2025** et n'est donc pas comprise dans les féries de poursuite, qui expirent le 1er janvier 2025. Il n'y a donc pas de suspension de l'échéance au sens de l'art. 63, phrase 2 LP (supra n. 150).
- **Application du nouveau droit**: En cas d'application du nouveau droit, le cours du délai est suspendu du 18 décembre 2024 au 2 janvier 2025 (art. 145 al. 1 let. c et 146 al. 1 CPC). Le délai de vingt jours commence donc à courir le 3 janvier 2025 et se termine le **22 janvier 2025** (art. 146 al. 1 CPC).

- **Application de l'ancien et du nouveau droit (variante mixte)**: Jusqu'au 31 décembre 2024, le cours du délai n'a pas été suspendu en raison de l'art. 63 LP et 14 jours du délai se sont écoulés). Le 1er et le 2 janvier 2025, le cours du délai est suspendu. Le délai expire le **8 janvier 2025** (6 jours restants).

15 Il n'existe **pas de dispositions transitoires explicites** en matière de délais.
4 La variante mixte est *a priori* exclue, car le droit intertemporel conduit en principe soit à l'application de l'ancien droit, soit à celle du nouveau droit (*« droit soit »*; supra n. 1). La lacune existante peut être résolue en recourant à l'**art. 2 al. 2 LP.** Il s'agit de la disposition transitoire de la révision partielle de la LP du 16 décembre 1994, entrée en vigueur le 1er janvier 1997. L'art. 2 al. 2 de la LP prévoit que la durée des délais qui ont commencé à courir avant le 1er janvier 1997 est régie par l'ancien droit. Inversement, les autres aspects, dont font partie le respect et le calcul du délai, sont déterminés par le nouveau droit. Le **respect du délai pour l'action en déchéance de droit** est donc déterminé par le **nouveau droit**, ce qui est le plus favorable au débiteur. Cela permet également de concrétiser le principe selon lequel le nouveau droit de procédure doit en principe être appliqué immédiatement (supra n. 11). **Par mesure de précaution**, il est néanmoins recommandé d'appliquer l'**ancien droit**.

15 La décision de mainlevée sera **notifiée** au débiteur le **18 décembre 2024**
5 (c'est-à-dire pendant les vacances de la poursuite et du tribunal). Les variantes suivantes sont envisageables :

- **Application de l'ancien droit**: la notification de la décision de mainlevée, qui constitue un acte de poursuite, a eu lieu pendant les féries de poursuite. Selon le Tribunal fédéral, l'acte de poursuite pendant les vacances de la poursuite n'est ni nul ni contestable, mais déploie ses effets juridiques le premier jour après l'expiration des vacances de la poursuite. Par conséquent, la décision est considérée comme ayant été notifiée le 2 janvier 2025. Le délai d'action pour l'action en déchéance commence donc à courir le 3 janvier 2025 (art. 31 LP en relation avec l'art. 142 al. 1 CPC). Le délai expire donc le **22 janvier 2025**.
- **Application du nouveau droit**: La notification de la décision de mainlevée a lieu pendant les féries judiciaires (cf. art. 145 al. 1 let. c CPC). En cas de notification pendant les féries judiciaires, le délai commence à

courir le premier jour suivant la fin de la suspension (art. 146 al. 1 CPC). Le délai commence donc à courir le 3 janvier 2025, ce jour étant considéré comme le premier jour du délai. Le délai expire donc le **22 janvier 2025**.

- **Application de l'ancien et du nouveau droit (variante mixte)**: Pendant les vacances de la poursuite en décembre 2024, la décision ne déploie aucun effet juridique. Le 1er janvier 2025, il s'agit d'une notification pendant les féries judiciaires, raison pour laquelle le cours du délai est suspendu jusqu'au 2 janvier 2025 (cf. art. 145 al. 1 let. c et 146 al. 1 CPC). Le délai commence donc à courir le 3 janvier 2025, ce jour étant considéré comme le premier jour du délai. Le délai expire donc le **22 janvier 2025**.

Le présent exemple conduit au **même résultat** dans toutes les variantes, raison pour laquelle **aucun problème de droit transitoire** ne se pose. Sinon, ce qui a été dit à propos de l'exemple précédent s'appliquerait également (supra n. 154). 15 6

O. Procédure de conciliation

Certaines normes relatives à la procédure de conciliation ne figurent pas à l'art. *407f* nCPC et sont commentées dans cette section. Concernant les normes contenues dans l'art. *407f* nCPC, voir ci-dessus n. 66 ss. 15 7

1. Comparution personnelle en procédure de conciliation (art. 204 al. 1, 2e phrase, al. 2 et al. 3 let. a et let. d nCPC)

L'art. 204 CPC régit la comparution personnelle en procédure de conciliation. Le non-respect de l'obligation de comparaître entraîne le **défaut** selon l'art. 206 CPC (cf. ci-dessus n. 76 s.). Désormais, le CPC règle explicitement la manière dont l'obligation de comparaître personnellement à l'audience de conciliation s'exerce lorsqu'une personne morale est partie (art. 204 al. 1 nCPC). Le nouvel art. 204 al. 1 nCPC reflète la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle un **organe** ou une **personne disposant d'une procuration commerciale** , **habilité à conduire le procès et à conclure une transaction et connaissant l'objet du litige**, doit comparaître. La jurisprudence du Tribunal fédéral ayant été codifiée, il n'est pas pertinent que l'art. 204 al. 1 nCPC ne s'applique qu'aux procédures dont la litispendance sera établie à partir du 1er janvier 2025 (voir ci-dessus n. 10). 15 8

159 L'art. 204 al. 2 nCPC parle des *« parties* " et non pas d *"»elles"* comme à l'art. 204 al. 2 aCPC . Cette adaptation linguistique n'entraîne pas de modification du contenu et n'a donc pas d'incidence sur le droit transitoire (supra n. 10).

160 En ce qui concerne la première exception à la comparution personnelle à l'audience de conciliation, le législateur a ajouté à l'art. 204, al. 3, let. a, nCPC le *« siège »* **de la personne morale**. Cela ne change rien sur le fond, car l'exception s'appliquait déjà auparavant également aux personnes morales ayant un siège à l'étranger ou hors du canton (supra n. 10).

161 La révision a introduit une **quatrième exception à l'obligation de comparaître personnellement**, selon laquelle l'une des parties est demanderesse ou défenderesse, pour autant qu'une partie soit présente et habilitée à **représenter** les **autres parties demanderesses ou défenderesses et à conclure une transaction en leur nom** (art. 204 al. 3 let. d nCPC). Cette disposition vise à ce que, dans les litiges de voisinage et de propriété, tous les voisins ou copropriétaires ne soient pas tenus de se présenter personnellement à l'audience de conciliation. Comme l'art. 204 al. 3 let. d nCPC ne figure pas dans le catalogue de l'art. *407f* nCPC, cette exception ne s'applique qu'aux procédures de conciliation devenues pendantes à partir du 1er janvier 2025. Si possible, il est recommandé d'attendre avant de déposer une demande de conciliation dans de tels cas. Rien n'indique que l'art. 204 al. 3 let. d nCPC n'ait pas été intégré par mégarde dans le catalogue de l'art. 407f*nCPC.* On ne peut donc pas supposer qu'il s'agisse d'un oubli législatif, raison pour laquelle cette disposition n'est pas applicable aux procédures déjà pendantes au 1er janvier 2025.

2. Délai pour agir après l'octroi de l'autorisation d'agir (art. 209, al. 4, nCPC)

162 L'art. 209, al. 4, deuxième phrase, aCPC contenait une réserve en faveur d'autres délais d'action légaux et judiciaires. Le Conseil fédéral a proposé de supprimer purement et simplement la réserve concernant **les délais d'action judiciaire**. Dans les cas où le tribunal fixe un délai pour agir, la procédure de conciliation est supprimée (art. 198 let. h CPC). C'est pourquoi la réserve de l'art. 209, al. 4, 2e phrase, aCPC concernant les délais pour agir en justice n'avait pas de sens. Le Conseil fédéral a donc proposé de supprimer les délais d'action judiciaire de l'art. 209 al. 4 aCPC. Le Parlement est allé encore plus loin en supprimant également la réserve concernant **les délais légaux**

d'action. Il en résulte que le délai plus court de dix jours de l'action en poursuite de séquestre de l'art. 279 LP ne prime pas non plus sur le délai d'action de trois mois au sens de l'art. 209 al. 3 CPC.

L'art. 209 al. 4 nCPC ne s'applique qu'aux **procédures qui deviendront pendantes à partir du 1er janvier 2025**, car la norme manque dans le catalogue de l'art. *407f* nCPC. Cela signifie que le délai pour agir suite à l'autorisation d'agir en cas de séquestre reste régi par l'art. 279 LP pour les **procédures déjà pendantes** (cf. art. 404 al. 1 CPC ; n. 21 ss. ci-dessus). Si la procédure de conciliation est considérée - contrairement à la jurisprudence du Tribunal fédéral - comme une instance propre, le nouveau droit est applicable (cf. supra n. 22). Cela s'explique par le fait que le Tribunal fédéral a considéré que la procédure de conciliation était close après l'autorisation d'agir. Par conséquent, les féries judiciaires s'appliquent également au délai pour agir, car l'art. 145 al. 2 let. a CPC n'est pas applicable. Par précaution, dans les procédures où la demande de conciliation a été déposée avant le 1er janvier 2025, l'action doit être introduite dans le délai de dix jours prévu à l'art. 279 LP. 16 3

3. Fixation des frais de justice et des indemnités de partie en cas de décision de l'autorité de conciliation (art. 212 al. 3 nCPC)

En cas de décision de l'autorité de conciliation dans un litige patrimonial d'une valeur litigieuse inférieure ou égale à CHF 2'000, l'autorité de conciliation fixe les **frais de justice** et **les dépens** conformément à l'art. 212 al. 3 nCPC. En introduisant l'art. 212 al. 3 nCPC, le Conseil national avait pour objectif d'éviter qu'un procès ne soit engagé pour obtenir une indemnisation des parties. La majorité de la doctrine était déjà d'avis que l'autorité de conciliation devait fixer les frais judiciaires et les indemnités de partie (en appliquant l'art. 114 CPC) lorsqu'elle rendait une décision. Une minorité applique l'art. 113 CPC également dans la procédure de décision selon l'art. 212 CPC, raison pour laquelle l'autorité de conciliation ne peut pas fixer d'indemnité pour les parties. L'art. 212 al. 3 nCPC a permis de clarifier cette question en faveur de l'indemnisation des parties. 16 4

Comme les autres modifications du droit des frais, cette norme ne figure pas à l'art. *407f* nCPC (cf. n. 127 ss. ci-dessus). Si la majorité de la doctrine est suivie, l'art. 212 al. 3 nCPC n'est qu'une codification de l'opinion juridique actuelle. Dans ce cas, **aucune question de droit transitoire** ne se pose (cf. ci-dessus 16 5

n. 10). Si l'avis de la minorité est suivi, l'autorité de conciliation ne peut pas fixer d'indemnité pour les parties selon l'ancien droit. L'art. 212 al. 3 nCPC n'étant pas repris dans l'art. *407f* nCPC, cette norme ne s'appliquera qu'aux procédures de conciliation qui deviendront pendantes à partir du 1er janvier 2025 (cf. art. 404 al. 1 CPC *e contrario*; supra n. 21 ss.). Comme les autres dispositions du droit des frais n'ont pas non plus été intégrées dans l'art. 407f*nCPC* , il ne faut pas partir du principe qu'il s'agit d'une erreur du législateur (cf. supra n. 121).

P. Demande reconventionnelle (art. 224 al. 1bis nCPC)

16 6 L'art. 224 al. 1bis let. a nCPC autorise expressément la **demande reconventionnelle**, **qui serait jugée en procédure simplifiée** *uniquement sur la base de la valeur litigieuse*, sur une demande principale jugée en procédure ordinaire (dite **demande reconventionnelle interprocédurale**). Le jugement de la demande reconventionnelle a lieu dans la procédure ordinaire (art. 224 al. 1bis let. a nCPC). Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral a laissé cette question ouverte. La majorité de la doctrine considérait déjà jusqu'à présent que de telles demandes reconventionnelles étaient recevables, raison pour laquelle cette opinion ne soulevait **pas** de **questions de droit transitoire**. Une minorité a interdit une telle demande reconventionnelle. Si l'opinion de la minorité est défendue, la question de droit transitoire se pose de savoir si une demande principale devenue pendante avant le 1er janvier 2025 peut faire l'objet d'une demande reconventionnelle après le 1er janvier 2025, qui devrait être jugée en procédure simplifiée sur la base de la valeur litigieuse. Il convient de répondre par la négative, car pour déterminer le droit de procédure applicable, on se base sur la litispendance de la première demande qui a mis en route la procédure (voir ci-dessus n. 26). Pour cette raison, le droit applicable est l'ancien droit qui, selon la minorité, interdit une telle demande reconventionnelle (cf. art. 404 al. 1 CPC ; n. 21 ss. ci-dessus). Si la demande reconventionnelle est introduite de manière indépendante, une jonction ultérieure des procédures selon l'art. 125 let. c CPC est exclue. La jonction des procédures n'est autorisée que si les deux actions devaient être jugées dans le même type de procédure.

16 7 L'art. 224 al. 1bis let. b nCPC codifie en principe la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle l'introduction d'une **action reconventionnelle en constatation négative contre une action partielle** qui doit être jugée en

procédure simplifiée *uniquement sur la base de la valeur litigieuse* est admise. Il n'est pas clair si cela vaut également - contrairement au Tribunal fédéral - pour l'action partielle non authentique. Dans ce cas, le jugement de l'action partielle et de l'action reconventionnelle négative en constatation a lieu dans la procédure ordinaire (art. 224 al. 1bis let. b nCPC). Comme, à mon avis, seule la jurisprudence du Tribunal fédéral a été codifiée pour l'action partielle authentique et l'action partielle improprement dite, **aucune question de droit transitoire** ne se pose (supra n. 10). Si l'**action partielle improprement** dite n'est pas couverte par l'art. 224 al. 1bis let. b CPC (*quod non*), elle pourra encore être introduite à partir du 1er janvier 2025 dans des procédures déjà pendantes. Cela s'explique par le fait que pour déterminer le droit de procédure applicable, on se base sur la litispendance de l'action qui a mis en route la procédure (voir ci-dessus n. 26). Ainsi, l'ancien droit ou la jurisprudence y relative reste applicable dans la procédure pendante (cf. art. 404, al. 1 CPC ; n. 21 ss ci-dessus).

Concernant **la valeur litigieuse de la demande reconventionnelle** selon l'art. 94 al. 3 nCPC, voir ci-dessus n. 122 ss. 168

Q. Faits et moyens de preuve nouveaux (art. 229 al. 1 à al. 2bis nCPC)

Le Parlement a remanié en profondeur l'art. 229 aCPC. Seul l'art. 229 al. 3 CPC n'a pas été modifié. La **définition légale des vrais et faux nova**, qui a été déplacée de l'art. 229 al. 1 aCPC à l'art. 229 al. 2 nCPC, ne change pas. Dans le nouveau droit, les parties peuvent invoquer de nouveaux faits et moyens de preuve *"de manière illimitée dans le premier exposé des parties selon l'art. 228 al. 1* », s'il n'y a pas eu de deuxième échange d'écritures ou d'audience d'instruction (art. 229 al. 1 nCPC). Le législateur a ainsi corrigé la jurisprudence (stricte) du Tribunal fédéral selon laquelle *"au début des débats* », conformément à l'art. 229 al. 2 aCPC, suppose un exposé séparé des faits avant les premiers arguments des parties. Si les parties ont pu s'exprimer sans restriction lors d'un **deuxième échange d'écritures** ou d'une **audience d'instruction**, la barrière des nova intervient. Ainsi, les parties ont toujours la possibilité de présenter **deux fois** des faits et des moyens de preuve sans restriction. 169

Après l'entrée en vigueur de la limite des nova, le droit actuel prévoyait que les nova devaient être présentés *« sans retard »* (art. 229 al. 1 aCPC). L'art. 229 170

nCPC remplace cette approche stricte, source d'incertitudes, par une réglementation différenciée à l'art. 229 al. 2 et al. 2bis nCPC. Pour la **phase précédant la première présentation des parties**, l'art. 229 al. 2 nCPC prévoit que les nova doivent être présentés dans un délai fixé par le tribunal ou, en l'absence d'un tel délai, *"au plus tard jusqu'à la première présentation des parties* » lors des débats principaux, conformément à l'art. 228 al. 1 CPC. Dans le nouveau droit, la question de savoir s'il s'agit d'un exposé isolé des nova, qui précède les premières conclusions des parties, est controversée. Dans la phase suivante **, après les premières conclusions des parties**, les nova ne sont pris en compte que s'ils sont présentés dans le délai fixé par le tribunal ou, à défaut, au plus tard lors de l'audience suivante (art. 229 al. 2bis nCPC).

17 1 L'art. 229 nCPC n'est pas repris dans l'art. *407f* nCPC. En conséquence, les règles (plus strictes) de l'art. 229 aCPC doivent être respectées dans les **procédures devenues pendantes avant le 1er janvier 2025** (cf. art. 404 al. 1 CPC ; supra n. 21 ss.). Cette réglementation de droit transitoire est judicieuse. D'une part, les parties doivent être au courant du droit des nova lors de l'introduction de la procédure pour des raisons de tactique procédurale. D'autre part, il est également déterminant pour la conduite du procès par le tribunal que le droit des nova applicable soit connu. Une séparation en une phase dans laquelle l'art. 229 aCPC est applicable et une phase dans laquelle l'art. 229 nCPC est applicable est impraticable et conduirait à des difficultés (p. ex. découverte du nova début décembre 2024 et fixation d'un délai par le tribunal au sens de l'art. 229 al. 2bis nCPC). Par conséquent, les nova doivent continuer à être présentés *"sans délai* » dans ces procédures (art. 229 al. 1 aCPC ; n. 170 ci-dessus). En outre, la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'ancien droit, selon laquelle les faits et les moyens de preuve doivent être présentés dans un exposé des faits séparé, avant les premières conclusions des parties, s'applique également dans ces procédures (supra n. 169).

R. Contenu de la décision (art. 238 let. g nCPC)

17 2 L'art. 238 let. g nCPC prévoit que le tribunal doit, le cas échéant, indiquer dans la décision les principaux motifs de la décision en fait et en droit. En revanche, l'art. 238 let. g aCPC ne parlait que des motifs de la décision. La nouvelle formulation n'entraîne aucun changement sur le plan du contenu,

raison pour laquelle **aucune question de droit transitoire** ne se pose (cf. ci-dessus n. 10).

S. Défaut dans la procédure simplifiée

Les conséquences du **défaut aux débats principaux** de la procédure simplifiée ont été expressément réglées par la révision du 17 mars 2023 (cf. art. 245 nCPC). Les conséquences de l'absence de **prise de position écrite** au sens de l'art. 245 al. 2 phrase 1 CPC ne sont toujours pas réglées dans la loi. Dans le nouveau droit, il faut distinguer les constellations suivantes concernant le défaut aux débats principaux. 17 3

1. Défaut d'assister aux débats en cas de demande non motivée par écrit (art. 245 al. 1, phrases 2 et 3 nCPC)

Si la demande en procédure simplifiée ne contient **pas** de **motivation**, le tribunal notifie la demande au défendeur et convoque en même temps les parties à l'audience (art. 245 al. 1, 1re phrase CPC). **Jusqu'à présent**, le **Tribunal fédéral** prévoyait qu'en cas de défaut du défendeur, **l'art. 234 al. 1 CPC** devait être appliqué **par analogie**. Selon cette disposition, le tribunal tient compte de la demande et des arguments du demandeur et, le cas échéant, il administre d'office des preuves au sens des art. 153 et 247 al. 2 CPC (cf. art. 234 al. 1 CPC). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral n'a pas précisé la procédure à suivre en cas de défaut du demandeur. 17 4

Le **nouveau droit** est moins strict, car si une partie fait défaut à l'audience, le tribunal **la convoque** immédiatement une **seule fois à l'audience** et informe les parties des conséquences d'un éventuel nouveau défaut (art. 245, al. 1, 2e phrase, nCPC). La nouvelle disposition concerne donc aussi bien le demandeur que le défendeur. La deuxième audience doit avoir lieu dans les trente jours suivant la première (art. 245, al. 1, 3e phrase, nCPC). Si l'une des parties ne se présente pas à la deuxième audience, il convient de procéder conformément à l'art. 234 al. 1 CPC. Si les deux parties font défaut, la procédure est classée sans objet, comme jusqu'à présent (art. 219 en relation avec l'art. 234 al. 2 CPC). L'art. 245 al. 2 phrase 2 nCPC renvoie désormais expressément à l'application par analogie de l'art. 234 CPC. 17 5

Si la **procédure simplifiée était déjà en cours au 1er janvier 2025**, c'est en principe l'ancien droit qui s'applique (art. 404 al. 1 CPC ; n. 21 ss. ci-dessus). 17 6

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, cela vaut également si la procédure de conciliation est en cours avant le 1er janvier 2025 (cf. n. 22 ci-dessus). La jurisprudence du Tribunal fédéral est plus sévère en ce qui concerne l'ancien droit (cf . ci-dessus n. 174). En ce qui concerne l'art. 222 CPP, le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence avant même l'entrée en vigueur de la révision partielle du CPP du 17 juin 2022, car il est parvenu, grâce au législateur, à une meilleure connaissance de l'art. 222 CPP (pour plus de détails, voir ci-dessus n. 107). La solution inscrite à l'art. 245 al. 1 nCPC aurait résulté, dans l'ancien droit, d'une application par analogie de l'art. 223 al. 1 CPC. Seul le délai de trente jours ne résulte pas d'une application par analogie de l'art. 223 al. 1 CPC. Comme le législateur a exprimé une meilleure connaissance du droit antérieur, on peut à mon avis défendre avec de bonnes raisons le fait que la jurisprudence du Tribunal fédéral ne doit plus être appliquée aux procédures déjà pendantes, tant *avant le 1er janvier 2025* qu'*après le 1er janvier 2025*.

2. Défaut d'assister à l'audience en cas de demande motivée par écrit (art. 245, al. 2, 2e phrase, nCPC)

17 7 Dans le cas d'une **action motivée**, l'art. 234 CPC s'applique par analogie en cas de défaut à l'audience (art. 245, al. 2, 2e phrase, nCPC). Par conséquent, il n'y a pas lieu de fixer une deuxième date d'audience, mais de rendre un jugement par défaut. C'était déjà le cas dans l'ancien droit. C'est pourquoi **aucune question de droit transitoire** ne se pose en cas de défaut à l'audience lors d'une action avec motivation écrite (cf. ci-dessus n. 10).

T. Procédure sommaire

1. Champ d'application (art. 249, 250, 251, *251a* et 305 nCPC)

17 8 Les **énumérations** figurant dans les catalogues des art. 249, 250, 251, *251a* et 305 nCPC concernant l'application de la procédure sommaire sont **désormais exhaustives**, le législateur ayant supprimé le terme *"notamment* ». L'ancienne énumération non exhaustive devait laisser de la place pour d'autres litiges qui, de par leur nature, relèvent obligatoirement de la procédure sommaire. On peut se demander si, pour les cas qui ont été oubliés, l'énumération exhaustive sera assouplie par une application analogique (par ex. pour les droits d'information et de consultation des membres du conseil d'administration selon l'art. *715a* CO). Pour les

procédures sommaires qui étaient déjà pendantes au 1er janvier 2025, les **énumérations non exhaustives** restent valables (cf. art. 404 al. 1 CPC ; n. 21 ss. ci-dessus).

179 L'art. 249 let. a ch. 5 nCPC prévoit désormais la procédure sommaire en cas de **carence dans l'organisation d'une association**. En raison de la similitude de l'art. *69c* CC avec le droit de la société anonyme, la procédure sommaire est à mon avis déjà applicable dans le droit actuel. Par conséquent, **aucune question de droit transitoire** ne se pose (cf. ci-dessus n. 10). Sinon, les procédures pour vice d'organisation relevant du droit des associations pendantes au 1er janvier 2025 seraient soumises au type de procédure prévu par l'ancien droit (art. 404, al. 1, CPC ; n. 21 ss. ci-dessus).

180 A l'art. 250 let. c ch. 6 nCPC, le législateur a codifié la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle toute mesure visant à **remédier à des défauts d'organisation** dans la **SA, la Sàrl et la société coopérative** est soumise à la procédure sommaire. L'art. 250 let. c ch. 11 aCPC est ainsi devenu redondant et a pu être abrogé. Comme la jurisprudence du Tribunal fédéral et donc la situation juridique actuelle ont été codifiées, **aucune question de droit transitoire** ne se pose (cf. ci-dessus n. 10).

181 L'art. 250 let. c ch. 16 nCPC prévoit la procédure sommaire pour la **radiation d'une société** dans les cas visés à l'art. *938a* al. 2 CO. En raison de la révision du droit du registre du commerce du 17 mars 2017, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2021, l'art. Art. 250 let. c ch. 16 nCPC renvoie à l'art. 934 al. 3 CO. Dans l'ancien droit, la procédure sommaire s'appliquait déjà. Par conséquent, en l'absence de modification de fond, **aucune question de droit transitoire** ne se pose (cf. ci-dessus n. 10).

182 Comme les catalogues sont désormais formulés de manière exhaustive, certains estiment que la pratique de certains cantons romands consistant à statuer sur la **garantie de l'indemnité de la partie au sens de l'art. 99 CPC** en procédure sommaire n'est plus possible. Les procédures (romandes) déjà pendantes au 1er janvier 2025 pourraient toutefois encore être poursuivies en procédure sommaire (cf. art. 404 al. 1 CPC ; n. 21 ss. ci-dessus). La garantie de l'indemnisation des parties est une mesure provisionnelle. Pour cette raison, la procédure sommaire est applicable sur la base de l'art. 248 let. d CPC, raison pour laquelle **aucune question de droit transitoire** ne se pose à mon avis (cf. ci-dessus n. 10).

2. Mesures provisoires contre les médias (art. 266 let. a nCPC)

18 3 Désormais, des mesures provisoires peuvent également être ordonnées en cas **de violations existantes**, et non plus seulement en cas de menaces de **violations** (art. 266 let. a nCPC). Il s'agit ici de corriger un oubli législatif qui s'est produit lors de la transposition de l'art. *28c* al. 3 aCC dans le CPC. Comme il s'agit d'une erreur du législateur dans le droit actuel et que la jurisprudence et la doctrine l'appliquent déjà comme prévu dans la nouvelle réglementation, il n'y a pas de modification du contenu. Par conséquent , **aucune question de droit transitoire** ne se pose (cf. supra n. 10).

18 4 Selon l'art. 266 let. a nCPC, seul un *« préjudice grave »* est désormais nécessaire. Auparavant, un *"préjudice particulièrement grave* » était nécessaire (art. 266 let. a CPC). Le privilège des médias est ainsi limité. Pour les **procédures de mesures qui étaient déjà pendantes au 1er janvier 2025**, la condition du *« préjudice particulièrement grave »* continue de s'appliquer (cf. art. 404 al. 1 CPC ; n. 21 ss. ci-dessus). Si le cadre temporel le permet, la demande de mesure ne pourra être déposée qu'à partir du 1er janvier 2025. L'impact de cette modification dans la pratique devrait toutefois être faible.

3. Recours en procédure sommaire

a. Appel (art. 314 nCPC)

18 5 L'art. 314 al. 2 nCPC prévoit désormais un **délai de trente jours** pour l'appel et la réponse à l'appel dans les **litiges relevant du droit de la famille** en procédure sommaire. En outre, l'**appel joint** est désormais également admis en procédure sommaire (art. 314 al. 2 nCPC *in fine*). Dans les autres procédures sommaires, l'appel joint est - comme auparavant - irrecevable (art. 314 al. 1 nCPC *in fine*). Si la **décision de première instance est notifiée à partir du 1er janvier 2025**, le **nouveau droit** s'appliquera au délai de recours et à la recevabilité de l'appel joint (art. 405 al. 1 CPC ; n. 28 s. ci-dessus).

b. Recours (art. 321 al. 2 nCPC)

18 6 Dans l'ancien droit, un délai de recours de trente jours s'applique aux *« autres décisions de première instance »* au sens de l'art. 319 let. b CPC, car le délai de recours de dix jours prévu à l'art. 321 al. 2 aCPC ne s'applique qu'aux décisions sommaires et aux décisions d'organisation de la procédure.

Désormais, le délai de recours de dix jours s'applique également aux *"autres décisions de première instance »* (art. 321, al. 2, nCPC). Le législateur a procédé à cette modification parce que la définition d'une *« autre décision de première instance »* n'est pas claire. L'art. 321 al. 2 nCPC s'applique aux **décisions qui seront notifiées à partir du 1er janvier 2025** (art. 405 al. 1 CPC ; n. 28 s. ci-dessus).

U. Procédure en matière de droit de la famille

Diverses modifications du droit de la procédure familiale sont contenues dans l'art. *407f* nCPC et ont déjà été expliquées dans la troisième partie (art. 198 let. ^{bbis} nCPC [supra n. 67] ; art. 298 al. ^{1bis} nCPC [supra n. 42] ; art. 315 al. 2 let. c et d nCPC [supra n. 86] ; art. 317 al. ^{1bis} nCPC [supra n. 81]). A l'inverse, les autres modifications du droit de procédure familiale ne sont pas encore applicables aux procédures déjà pendantes (cf. art. 404 al. 1 CPC ; supra n. 21 ss). 187

188 Concernant l'**appel dans les procédures sommaires en droit de la famille**, voir ci-dessus n. 185.

1. Procédure simplifiée en cas de procédure annexe au divorce (art. 288, al. 2, et 291, al. 3, nCPC)

Si les époux ne parviennent pas à se mettre d'accord sur tous les effets accessoires du divorce ou sur le motif du divorce, ou si le juge n'approuve pas le règlement des effets accessoires, la procédure se poursuit de manière contradictoire (**procédure di**te **annexe au divorce**; art. 288, al. 2, CPC et 291, al. 3, nCPC). La procédure contradictoire s'appliquait déjà à l'action en divorce dans l'ancien droit, même si l'art. 291 al. 3 aCPC ne parlait pas expressément de procédure contradictoire. Jusqu'à présent, la procédure annexe était menée comme une procédure ordinaire. Désormais, la **procédure simplifiée** est prévue pour la procédure annexe (art. 288 al. 2 et 291 al. 3 nCPC). Cette modification a pour effet de multiplier les **procédures purement orales**. 189

Les procédures annexes en matière de divorce qui sont déjà pendantes au 1er janvier 2025 seront poursuivies dans la procédure ordinaire (art. 404, al. 1, CPC ; n. 21 ss. ci-dessus). Le moment déterminant est celui de la litispendance, qui intervient au moment du dépôt de la requête commune de 190

divorce ou de l'action en divorce (cf. également art. 274 CPC). Du point de vue du droit transitoire, la date à laquelle la procédure se poursuit de manière contradictoire n'est donc pas pertinente.

191 Ce qui précède vaut également pour les procédures en cas **d'action en annulation du mariage et en séparation de corps**, car elles sont régies par analogie par les dispositions relatives à l'action en divorce (art. 294, al. 1, CPC). Ce qui précède s'applique également à la dissolution et à l'annulation des partenariats enregistrés (art. 307 CPC).

2. Actions indépendantes concernant l'entretien d'enfants mineurs ou majeurs et d'autres questions relatives aux enfants (art. 295 nCPC)

19 2 Le champ d'application de l'art. 295 aCPC était controversé, car cette disposition prévoyait simplement que la procédure simplifiée s'appliquait aux actions indépendantes. Dans un arrêt non publié, le Tribunal fédéral s'est prononcé - sans motivation approfondie - en faveur de la procédure simplifiée dans le cas d'une demande d'entretien d'un majeur. En revanche, dans un arrêt publié officiellement, le Tribunal fédéral a appliqué la procédure ordinaire et non la procédure simplifiée sur la base de l'art. 295 aCPC dans le cas d'une action d'une personne majeure en paiement de **contributions d'entretien versées par des parents** ou de l'action de la **collectivité publique subrogée** à sa place. Selon la doctrine, cet arrêt du Tribunal fédéral ne signifie toutefois pas que l'art. 295 aCPC ne s'applique pas aux actions en entretien d'enfants majeurs. En revanche, une minorité tire de cet arrêt la conclusion que les actions alimentaires des enfants majeurs sont soumises à la procédure ordinaire, sauf si la procédure simplifiée s'applique en raison de la valeur litigieuse (cf. art. 243 al. 1 CPC). La jurisprudence cantonale est divisée.

19 3 Les ambiguïtés du droit actuel seront levées par la révision du 17 mars 2023. L'art. 295 nCPC couvre expressément **les actions indépendantes des enfants majeurs**. Ainsi, la maxime inquisitoire et le principe de l'office au sens de l'art. 296 sont également applicables dans ces cas.

19 4 Pour les **procédures déjà pendantes au 1er janvier 2025**, l'art. 295 aCPC et les incertitudes qui s'y rapportent sont applicables (cf. art. 404 al. 1 CPC ; cf. ci-dessus n. 21 ss). Si la décision de première instance a été notifiée après le 1er janvier 2025, le nouveau droit s'applique à la **procédure de recours** (art. 405 al. 1 CPC ; supra n. 28 s.). L'art. 295 CPC conduit également à l'application

du principe de l'instruction illimitée au sens de l'art. 296 al. 1 CPC. Celui-ci conduirait à son tour l'instance d'appel à prendre en compte les faits et moyens de preuve nouveaux jusqu'à la délibération du jugement (art. 317 al. 1bis nCPC ; supra n. 81). A mon avis, il convient toutefois de partir de l'ancien droit également dans la procédure d'appel et d'appliquer l'art. 317 al. 1bis nCPC uniquement si le principe de l'instruction illimitée était applicable dans l'ancien droit dans la procédure de première instance. Dans le cas contraire, il est possible, en retardant la procédure et en faisant appel, de contourner la réglementation des nova prévue par l'ancien droit.

3. Attraction de compétence et qualité de partie des parents dans l'action en entretien et en paternité (art. 304, al. 2, 2e et 3e phrases, nCPC)

Selon l'art. 304 al. 2 CPC, le tribunal statue également sur l'**autorité parentale** et les **autres questions relatives aux enfants en** cas d'action alimentaire (ce que l'on appelle **l'attraction de compétence**). Le Tribunal fédéral a considéré que, dans cette situation, l *"implication formelle* » du parent concerné dans la procédure était nécessaire. La forme exacte de cette implication n'a pas été concrétisée par le Tribunal fédéral et n'est pas encore claire. Il s'agit là, du moins jusqu'à un certain point, d'une *« question académique »*. 195

L'art. 304 al. 2 nCPC prévoit désormais que les parents **ont la qualité de partie** lorsque la filiation est établie. Comme dans la procédure de divorce, le tribunal peut répartir les rôles des parties. Selon le message, dans les litiges portant uniquement sur l'entretien **, seuls un parent** et l'**enfant** (généralement représenté par l'autre parent) sont parties à la procédure. La doctrine défend toutefois à juste titre l'idée que les autres intérêts des enfants sont l'objet du litige dès le début et sans conclusions des parties en raison de la maxime d'office au sens de l'art. 296, al. 3 CPC, raison pour laquelle il convient d'accorder d'emblée la qualité de partie aux deux parents. 196

L'art. 304 al. 2 aCPC s'applique aux **procédures déjà pendantes au 1er janvier 2025** (art. 404 al. 1 CPC ; cf. n. 21 ss. ci-dessus). Comme le Tribunal fédéral exige déjà, dans le droit actuel, une *"implication formelle* » du parent concerné, rien ou presque ne change dans la pratique. Si la **décision de première instance a été notifiée après le 1er janvier 2025**, le nouveau droit s'applique à la procédure de recours (art. 405 al. 1 CPC ; n. 28 s. ci- 197

dessus). En conséquence, les parents doivent être associés à la procédure en tant que partie, conformément à l'art. 304 al. 2 nCPC. Dans le droit en vigueur, une participation était déjà nécessaire d'une manière ou d'une autre. C'est pourquoi, à mon avis, la question de savoir comment traiter les retards de procédure intentionnels qui conduisent à l'application du nouveau droit dans la procédure de recours ne se pose pas ou tout au plus en théorie.

19 8 Le Tribunal fédéral a **annulé** un jugement sans *"implication formelle* » du parent concerné dans la procédure. La question de savoir comment traiter les décisions rendues sans *"implication formelle* » se pose également après l'entrée en vigueur de l'art. 304 al. 2 nCPC. Il ne s'agit toutefois pas d'une question de droit transitoire, car la problématique résultait déjà de l'ancien droit. La nullité a pour conséquence que ces jugements ne produisent aucun effet juridique et ne peuvent donc pas être exécutés. Le jugement étant nul et non avenu, la procédure n'a pas été menée à son terme. En cas d'admission en vue du prononcé d'un jugement valable, c'est donc à mon avis l'ancien droit qui s'applique (cf. également n. 23 ci-dessus).

V. Appel joint (art. 313 al. 2 let. b nCPC)

19 9 La révision du 17 mars 2023 abroge l'art. 313 al. 2 let. b aCPC, selon lequel l'**appel joint** est caduc en cas de rejet de l'appel pour cause de **défaut manifeste de fondement**. Un appel manifestement mal fondé n'est de toute façon pas notifié à la partie adverse (art. 312 al. 1 CPC *in fine*). C'est pourquoi la partie adverse n'a pas non plus la possibilité de soulever un appel joint dans sa réponse à l'appel (cf. art. 313 al. 1 CPC). L'art. 313 al. 2 let. b aCPC était une erreur du législateur et est donc superflu. En l'absence de modifications de fond, il n'y a **pas de questions de droit transitoire** concernant l'appel joint (cf. supra n. 10, sur l'appel joint dans la procédure sommaire en droit de la famille supra n. 185).

W. Révision

1. Découverte de faits et de moyens de preuve nouveaux (art. 328 al. 1 let. a nCPC)

20 0 L'art. 328 al. 1 let. a nCPC précise qu'il n'y a **motif de révision** que si les faits ou moyens de preuve importants découverts ultérieurement n'ont pas pu être apportés dans la procédure antérieure *« malgré toute l'attention requise »* . Le

message et les débats parlementaires sont muets sur cette modification. L'administration part du principe que cela correspond probablement à la pratique actuelle. Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann partent du principe que le critère de diligence attendu par le Tribunal fédéral est ainsi affaibli. Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral posait des exigences relativement élevées. Il exigeait que le demandeur de la révision n'ait pas été en mesure de présenter à temps les faits ou les moyens de preuve invoqués ultérieurement, malgré toute la diligence dont il a fait preuve dans la collecte des éléments de la procédure.

Le nouveau droit s'applique à la révision des décisions **notifiées sous l'ancien droit** (art. 405 al. 2 CPC ; supra n. 28). Si la **demande de révision a déjà été déposée**, c'est-à-dire si la procédure de révision est en cours, l'ancien droit s'applique. L'art. 328 al. 1 let. a aCPC s'applique donc aux demandes de révision déposées avant le 1er janvier 2025. Si l'on part du principe qu'aucune modification de fond n'est intervenue, **aucune question de droit transitoire** ne se pose (cf. ci-dessus n. 10). 20 1

2. Inefficacité de l'acquiescement à la demande, du retrait de la demande ou de la transaction judiciaire (art. 328 al. 1 let. c nCPC)

La révision du 17 mars 2023 a ajouté que l'inefficacité de l'acquiescement à la demande, du retrait de la demande ou de la transaction judiciaire peut résulter *« d'un vice de forme ou de fond »* (art. 328, al. 1, let. c, nCPC). En l'absence de modification matérielle, **aucune question de droit transitoire** ne se pose (cf. ci-dessus n. 10). 20 2

3. Motif de récusation (art. 328 al. 1 let. d nCPC)

Pour la révision lors de la découverte du motif de récusation selon l'art. 328 al. 1 let. d nCPC, voir ci-dessus n. 105. 20 3

4. report de l'exequatur dans la procédure de révision (art. 331 al. 2 nCPC)

L'art. 331 al. 2 nCPC parle désormais - comme d'autres normes - de report de la *« force exécutoire* " et non plus de *"l'exécution »*. Il s'agit d'une **modification rédactionnelle** sans importance quant au contenu et donc quant au droit transitoire (cf. supra n. 10). 20 4

X. Modifications de la LTF

1. Langue des écrits juridiques (art. 42 al. 1bis nLTF)

20 Voir ci-dessus n. 144 s.
5

2. Prescription de la LTF concernant la notification des décisions cantonales (art. 112, al. 2, première phrase, nLTF)

20 n. 79 s. et n. 84 ci-dessus.
6

3. Révision dans la procédure du Tribunal fédéral (art. 123 al. 2 let. a nLTF)

207 L'art. 123 al. 2 let. a nLGC contient désormais, comme l'art. 328 al. 1 let. a nCPC, la mention *« malgré une attention appropriée »*. Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann part du principe que - comme pour l'art. 328 al. 1 let. a nCPC - le critère de diligence exigé par le Tribunal fédéral est affaibli (concernant l'art. 328 al. 1 let. a nCPC, voir n. 200 s.). Il n'est pas possible de trouver une justification dans les matériaux. Il est renvoyé à ce qui a été dit à propos de l'art. 328 al. 1 let. a nCPC (supra n. 200).

20 En cas de procédure de révision devant le Tribunal fédéral, le nouveau droit
8 s'applique si la **procédure a été introduite après son entrée en vigueur** (cf. art. 132 al. 1 LTF ; voir sur l'application par analogie de l'art. 132 LTF n. 80 ci-dessus). L'art. 123 al. 2 let. a nLTF s'applique donc à toutes les procédures de révision dont la demande de révision a été abandonnée après le 1er janvier 2025. Pour les **procédures de révision déjà pendantes**, c'est l'ancien droit qui s'applique, c'est-à-dire l'art. 123 al. 2 let. a aLTF.

Y. Arbitrage

1. L'anglais comme langue de procédure dans la procédure sommaire étatique

20 A ce sujet, n. 142 s. ci-dessus.
9

2. Révocation d'un membre du tribunal arbitral par convention (art. 370 al. 1 nCPC).

L'art. 370 al. 1 aCPC prévoit que tout membre du tribunal arbitral peut être **révoqué** par accord écrit des parties. Pour la **forme de l'accord,** le nouveau droit renvoie **à la forme exigée pour la convention d'arbitrage** (art. 370, al. 1, nCPC). Par conséquent, la preuve par le texte suffit (cf. art. 358 al. 1 CPC). Le législateur a ainsi suivi l'avis de la doctrine concernant la forme de la révocation. En l'absence de modification de la situation juridique, **aucune question de droit transitoire** ne se pose donc (cf. ci-dessus n. 10). 210

3. Litispendance (art. 372, al. 2, nCPC)

L'art. 372 al. 2 aCPC a été supprimé. Cette norme prévoyait qu'en cas de litispendance entre les mêmes parties devant un tribunal étatique et un tribunal arbitral concernant le même objet du litige, le **dernier tribunal saisi** sursoit à statuer jusqu'à ce que le premier tribunal saisi ait statué sur sa compétence. L'art. 372 al. 2 aCPC contenait ainsi une règle de priorité chronologique, qui prévoyait une interaction égale entre le tribunal étatique et le tribunal arbitral. Cette règle était en contradiction avec l'article 61 let. b CPC, selon lequel le tribunal étatique ne refuse pas sa compétence en cas de *convention d'arbitrage "manifestement nulle* " ou *"impossible à exécuter* » (cognition limitée). La décision finale sur la compétence du tribunal arbitral revient au tribunal arbitral. Dans le nouveau droit, un tribunal arbitral n'est donc **plus** tenu de **suspendre** une **procédure** jusqu'à ce qu'un tribunal étatique ait statué sur la question de savoir si la convention d'arbitrage est *"manifestement nulle* " ou *"inexécutable* ». 211

Les **procédures arbitrales déjà en cours au 1er janvier 2025** restent soumises au **droit en vigueur** (cf. art. 407 al. 2 CPC). Par conséquent, le tribunal étatique et le tribunal arbitral doivent appliquer l'art. 372 al. 2 aCPC. L'art. 372 al. 1 CPC détermine si une procédure d'arbitrage est en cours. Les **parties** peuvent toutefois **convenir** que le **nouveau droit est applicable** (cf. art. 407, al. 2, 2e phrase CPC). A mon avis, un accord ne lie que le tribunal arbitral, car de tels accords ne lient pas le tribunal étatique. C'est ce qui ressort du texte, qui ne parle que *d'"arbitrage* ». Par ailleurs, l'art. 407 al. 4 CPC, entre autres, ne prévoit pas la possibilité de convenir du nouveau droit pour les procédures étatiques selon l'art. 356 CPC. Cela indique également 212

qu'aucun choix en faveur du nouveau droit n'est possible dans la procédure étatique.

4. Exécution des mesures provisoires du tribunal arbitral (art. 374 al. 2 nCPC)

21 3 Si la partie concernée ne se soumet pas volontairement à une **mesure ordonnée par le tribunal arbitral**, le **tribunal étatique** prend les mesures nécessaires à la demande du tribunal arbitral ou d'une partie (art. 374 al. 2 nCPC). Le droit actuel prévoyait, en cas de demande d'une partie, que l'accord du tribunal arbitral devait être obtenu (art. 374, al. 2, aCPC).

21 4 L'art. 407 al. 4 CPC prévoit que les procédures devant les tribunaux étatiques compétents en vertu de l'art. 356 CPC sont régies par l'ancien droit, pour autant qu'elles soient déjà en instance. Dans le cas de l'art. 374 CPC, ce sont les règles générales sur la compétence territoriale et matérielle qui s'appliquent et non l'art. 356 CPC. Il ne s'agit donc pas d'une procédure subsidiaire au sens de l'art. 407 al. 4 CPC. Par conséquent, le **droit actuel** s'applique sur la base de l'art. 404 al. 1 CPC (cf. ci-dessus n. 21 ss.). L'application de l'art. 407 al. 4 CPC conduirait toutefois au même résultat.

5. Révision en cas de découverte de faits et de moyens de preuve nouveaux (art. 396 al. 1 let. a nCPC)

21 5 L'art. 396 al. 1 let. a nCPC contient - comme l'art. 328 al. 1 let. a nCPC et l'art. 123 al. 2 let. a nCPC - l'adjonction *« malgré une attention appropriée »* (cf. déjà n. 200 et n. 207 ci-dessus). Selon une voix de la doctrine, la pratique du Tribunal fédéral est ainsi codifiée. Il s'agit toutefois - comme pour l'art. 328 al. 1 let. a nCPC. Du point de vue du droit transitoire, ce qui a déjà été dit au n. 201 s'applique.

Z. Exécution (art. 400, al. 2bis et al. 3, et art. *401a* nCPC).

21 6 Les art. 400 ss. CPC contiennent des dispositions relatives à l'exécution. Conformément à l'art. 400 al. 2bis nCPC, le Conseil fédéral est tenu de mettre à la disposition du public **des informations sur les frais de justice** et les **possibilités d'assistance judiciaire gratuite** ainsi que sur le **financement des procès**. L'art. 400 al. 3 nCPC prévoit désormais que le Conseil fédéral peut également confier la mise à disposition de formulaires et d'informations à

l'**Office fédéral de la justice**. Les nouveaux mandats confiés au Conseil fédéral ne constituent pas une *"procédure* » au sens de l'art. *407f* nCPC (cf. n. 16 ss. ci-dessus). En outre, les nouvelles dispositions de l'art. *407f* nCPC font défaut. Selon celles-ci, le Conseil fédéral ou l'Office fédéral de la justice doit remplir les obligations correspondantes à partir du 1er janvier 2025. Cela signifie qu'à partir de cette date, les informations correspondantes devraient être disponibles (en ligne).

L'art. *401a* nCPC oblige la Confédération et les cantons à veiller à ce qu'il y ait suffisamment **de bases statistiques et de chiffres commerciaux** sur les indicateurs de l'application de cette loi, notamment le nombre, le type, la matière, la durée et les coûts des procédures. Cette norme ne concerne pas non plus *les « procédures* » et est absente de l'art. *407f* nCPC. L'obligation de collecter les données correspondantes n'existera donc qu'à partir du 1er janvier 2025. 217

BIBLIOGRAPHIE

Arnold Christian, Das Novenrecht im familienrechtlichen Berufungsverfahren, AJP 10 (2024), S. 1011–1022.

Balmer Dominik, Die falsche Rechtsmittelbelehrung (Art. 52 Abs. 2 nZPO), SZZP 5 (2024), S. 557–566.

Benn Jurij, Kommentierungen zu Art. 142 und 145 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Karl/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Bieri Marjolein/Bollinger-Bär Roxana, Kommentierung zu Art. 304 ZPO, in: Spühler Karl (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO annotée | Kurzkommentar, Zürich 2023.

Brändli Beat, Kommentierung zu Art. 133 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Karl/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 4. Aufl., Bern 2019 (zit. BJ Gesetzgebungsleitfaden).

Daetwyler George/Stalder Christian, Schlichtungsverhandlung bei handelsgerichtlichen Streitigkeiten, SJZ 4 (2019), S. 99-110.

Denys Christian, Kommentierung zu Art. 132 BGG, in: Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Bovey Grégory/Frésard Jean-Maurice, Commentaire de la LTF, 3. Aufl., Bern 2022.

Dolder Mattias/Züst Boris/Gmünder Evelyne, ZPO-Revision, Die wichtigsten Neuerungen in familienrechtlichen Verfahren, Jusletter vom 9.12.2024.

Domej Tanja, Kommentierung zu Art. 81, 404, 405, 406 und 407 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Hass Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Droese Lorenz, Kommentierung zu Art. 336, in: Spühler Karl/Tenchio Karl/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Droese Lorenz, Kommentierung zu Art. 62 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Hass Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Egli Rainer, Kommentierung zu Art. 336 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Engler Thomas, Kommentierungen zu Art. 229, 235 und 239 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Enz Benjamin V., Die familienrechtlichen Verfahrensbestimmungen de lege lata im Lichte der ZPO-Revision, FamPra 4 (2022), S. 834–864.

Fischer Marc Pascal, Kommentierungen zu Art. 404 und 405 ZPO, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010.

Fleischer Thomas, Kommentierung zu Art. 304 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Fleischer Thomas/Schwander Ivo, Kommentierung zu Art. 288 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Fraefel Christian, Kommentierung zu Art. 245 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Hass Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Frei Andreas, Knifflige Fragen zum Übergangsrecht, plädoyer 1 (2011), S. 33–35.

Frei Nina J., Kommentierung zu Art. 125 ZPO, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1-149 ZPO, Bern 2012.

Gasser Dominik, Schweizerische ZPO: Checkliste für Tag 1, Anwaltsrevue 6–7 (2010), S. 255–260.

Gehri Myriam A., Kommentierungen zu Art. 317 und 396 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Gloor Urs/Umbricht Lukas Barbara, Kommentierung zu Art. 212 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Grunho Pereira Sara/Heinzmann Michel/Bastons Bulletti Francoise, Révision du CPC 2025: Art. 407*f* nCPC: étrange disposition transitoire de la révision du CPC, ZPO CPC online vom 11.12.2024, abrufbar unter (zuletzt besucht am 19.12.2024)

Gschwend Julia, Kommentierungen zu Art. 125 und 129 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Karl/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Güngerich Andreas, Die Revision des Novenrechts, Anwaltsrevue 5 (2024), S. 195–198.

Habscheid Walther J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990.

Heinzmann Michel/Grunho Pereira Sara, Kommentierung zu Art. 404 ZPO, in: Chabloz Isabelle/Dietschy Patricia/Heinzmann Michel (Hrsg.), Petit Commentaire, CPC, Code de procédure civile, Basel 2020.

Heinzmann Michel/Trezzini Francesco, Verhandlung per Videokonferenz, in: Eichel Florian/Hurni Christoph/Markus Alexander R., Zehn Jahre ZPO –

Zwischenstand und Perspektive, Tagung zu Ehren von Jürgen Brönnimann, Bern 2022, S. 81–95.

Hofmann David/Lüscher Christian, CPC, Le Code de procédure civile, 3. Aufl., Bern 2023.

Hofmann Dieter/Baeckert Andreas, Kommentierungen zu Art. 99, 111 und 113 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Karl/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Honegger-Müntener Patrick/Rufibach Matthias/Schumann Julius, Die Revision der ZPO, AJP 32 (2023), S. 1157-1180.

Hrubesch-Millauer Stephanie/Bosshardt Martina, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1–9 ZGB), Bern 2019.

Hurni Baptiste/Hofmann David, Délais, faits nouveaux et réplique dans le CPC révisé, Anwaltsrevue 5 (2023), S. 209-217.

Infanger Dominik, Kommentierung zu Art. 62 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Karl/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Jeandin Nicolas, Les voies de droit, in: Bohnet François/Dupont Anne-Sylvie (Hrsg.), CPC 2025, La révision du Code de procédure civile, S. 105–126.

Jent-Sørensen Ingrid, Kommentierung zu Art. 98, 106, 111 und 118 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Jenny Reto M./Abegg Mike, Kommentierungen zu Art. 129, 133 und 141b ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Lazopoulos Michael/Leimgruber Stefan, Kommentierungen zu Art. 245 und 250 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Lötscher Cordula/Pfäffli Daniel/Ruprecht Ivan, Säumnis im vereinfachten Verfahren der ZPO – von verpassten Chancen und Laienfreundlichkeit, in: Eichel Florian/Hurni Christoph/Markus Alexander R. (Hrsg.), Der soziale Zivilprozess, Die Grundlagen des «vereinfachten Verfahrens» und seine Anwendungsfelder in der Praxis, Bern 2023, S. 17–56.

Markus Alexander R./Brönnimann Lucas A.T., Erste Gedanken zur Novelle des Novenrechts (Art. 229 ZPO), ZZZ 62 (2023), S. 120-126.

Mazan Stephan, Kommentierungen zu Art. 245, in: Spühler Karl/Tenchio Karl/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Mettler Christoph, Kommentierung zu Art. 106–109 SchKG, in: Heinzmann Michel/Pasquier (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Version 15.9.2023, abrufbar unter: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/schkg106-10.

Möhler Christine, Kommentierung zu Art. 204 und Art. 206 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Mordasini Claudia/Boog Severin, Die familienrechtlichen Verfahrensbestimmungen und das Rechtsmittelverfahren nach neuer ZPO, in dubio 2 (2023), S. 78–85.

Moret Sébastien, Kommentierungen zu Art. 8, 63, 90, 94, 94*a*, 98, 106 und 111 ZPO, in: Spühler Karl (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO annotée | Kurzkommentar, Zürich 2023.

Morf Roger, Kommentierungen zu Art. 63, 71, 81 und 82 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Plannic Tanja/Erk Nadja, Kommentierungen zu Art. 356, 372 und 374 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Rüegg Viktor/Rüegg Michael, Kommentierungen zu Art. 91 und 99, in: Spühler Karl/Tenchio Karl/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, 3. Aufl., Art. x N y).

Rufibach Matthias, Dispositiveröffnung von kantonalen Rechtsmittelentscheiden, ZZZ 63 (2023), S. 228-242.

Schoch Susanne, Das intertemporale Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1958 Zürich 1959.

Schumann Julius, Zivilprozessuale Neuerungen in der Schweiz und ihre deutschen Pendants, ecolex 434 (2024), S. 762-766.

Schwander Daniel, Kommentierung zu Art. 81 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016.

Schwander Ivo, Kommentierung zu Art. 404 ZPO, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), DIKE-Kommentar, ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2016.

Schwendener Danielle, Ausgewählte Aspekte des Beweisverfahrens in eherechtlichen Prozessen, AJP 2 (2024), S. 118-127.

Seiler Hansjörg, Kommentierung zu Art. 132 BGG, in: Seiler Hansjörg/von Werdt Nicolas/Güngerich Andreas/Oberholzer Niklaus (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2. Aufl., Bern 2015.

Siegenthaler Thomas, ZPO-Revision: Privatgutachten als Beweismittel – Wirkung und Nebenwirkungen, BR 3 (2024), S. 93-96.

Spühler Karl, Kommentierung zu Art. 313 ZPO, in: Spühler Karl (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO annotée | Kurzkommentar, Zürich 2023

Spycher Annette, Kommentierung zu Art. 288 ZPO, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150–352 und 400–406 ZPO, Bern 2012.

Staehelin Adrian, Kommentierungen zu Art. 125 und 224 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016.

Staehelin Adrian, Kommentierungen zu Art. 83 und 84 sowie Art. 2 SchlB SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Staehelin Adrian/Staehelin Daniel/Grolimund Pascal/Bachofner Eva, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Zürich 2019.

Staehelin Daniel/von Mutzenbecher Florence, Die Revision der ZPO vom 17.3.2023, SJZ 16-17 (2023), S. 815–833.

Stalder Christian/van de Graaf Beatrice, Kommentierungen zu Art. 274, 291, 295 und 304 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Hass Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Stoll Jean-Pascal, Die Verwendung einer anderen Sprache im Zivilprozess, Ausgewählte Fragen zu Art. 129 Abs. 2 nZPO, ZZZ 65 (2024), S. 23–30.

Sutter-Somm Thomas, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2017.

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt, Kommentierungen zu Art. 81, 245, 288 und 295 ZPO, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1–408 ZPO, Zürich 2021.

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt, Kommentierung zu Art. 404 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016.

Tappy Denis, Le droit transitoire applicable aux règles introduites par la novelle du 17 mars 2023, in: Bohnet François/Dupont Anne-Sylvie (Hrsg.), CPC 2025, La révision du Code de procédure civile, S. 211–236 (zit. Tappy, droit transitoire).

Tappy Denis, La révision du CPC (projet du 26 février 2020): état avant l'élimination des dernières divergences, Anwaltsrevue 3 (2023), S. 103–110 (zit. Tappy, révision du CPC).

Tappy Denis, Cour des poursuites et faillites (CPF 11 septembre 2018/132), JdT III (2020), S. 3–16 (zit. Tappy, Cour des poursuites et faillites).

Tappy Denis, Kommentierung zu Art. 113 und 404 ZPO, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019.

Thurnherr Daniela, Verweisungen auf die ZPO in Erlassen der Verwaltungsrechtspflege, ZBl 4 (2022), S. 171–194 (zit. Thurnherr, Verweisungen).

Thurnherr Daniela, Die Rezeption der ZPO im Verwaltungsprozess – Reichweite und Grenzen der Anwendung zivilprozessualer Bestimmungen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Fankhauser Roland/Widmer Lüchinger Corinne/Klingler Rafael/Seiler Benedikt (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016 (zit. Thurnherr, Rezeption).

Ulli Jasmin, Knacknuss: Einbezug beider Elternteile in den Kinderunterhaltsprozess, Aktuelle Rechtsprechung zu Art. 304 Abs. 2 ZPO und Bedeutung der bevorstehenden ZPO-Revision.

Urbach Guido E., Kommentierung zu Art. 8 und 405 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Vischer Markus, Kommentierung zu Art. 1 SchlT ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019.

Walther Fridolin, Übergangsrechtliche Handlungspflicht gem. Art. 407*f* ZPO bezüglich bereits eingereichter Privatgutachten, SZZP 6 (2024), S. 675–676.

Walther Fridolin, Kommentierung zu Art. 404 ZPO, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150–352 und Art. 400–406 ZPO, Bern 2012.

Weber Philipp, Die ZPO-Revisionsvorlage 2023, ZBJV 7–8 (2023), S. 377–408 (Weber, ZPO-Revisionsvorlage).

Weber Philipp, Die Revision der ZPO – aktueller Stand, in: Eichel Florian/Hurni Christoph/Markus Alexander R. (Hrsg.), Bern 2022, Zehn Jahre ZPO – Zwischenstand und Perspektive, Tagung zu Ehren von Jürgen Brönnimann, S. 1-21 (zit. Weber, aktueller Stand).

Wehrli Daniel, Kommentierung zu Art. 407 ZPO, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 353–399 ZPO und Art. 407 ZPO, Band III – Binnenschiedsgerichtsbarkeit, Bern 2014.

Willisegger Daniel, Kommentierungen zu Art. 404, 405 und 407*f* ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Karl/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024.

Zemp Raphael, Anwendbarkeit der Gerichtsferienregelung von Art. 145 Abs. 1 ZPO für die Erhebung der Kollokationsklage im Konkurs, iusNet Schuldbetreibung und Konkurs vom 30. März 2023 (zit. Zemp, Anwendbarkeit der Gerichtsferienregelung).

Zemp Raphael, Revision von Art. 145 ZPO und Art. 56 SchKG, iusNet Schuldbetreibung und Konkurs vom 30.3.2023 (zit. Zemp, Revision).

Zogg Samuel/Angstmann Luca, Kommentierungen zu Art. 85 und 90 ZPO, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2023.

Zürcher Laura Jessica, Familienrechtliche Verfahren und dazugehörige Rechtsmittelverfahren nach der ZPO-Revision: Was ändert sich für Kinder und ihre Eltern?, FamPra 3 (2024), S. 541–569.

MATÉRIAUX

Amtliches Bulletin des Nationalrates der Jahre 2022 und 2023 (zit. AB [jeweilige Jahreszahl] N mit [nachfolgender Seitenzahl]).

Amtliches Bulletin des Ständerates der Jahre 2021, 2022 und 2023 (zit. AB [jeweilige Jahreszahl] S mit [nachfolgender Seitenzahl]).

Botschaft des Bundesrates zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 26.2.2020 (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), BBl 2020 2697 ff. (zit. Botschaft ZPO-Revision 2020).

Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28.6.2006, BBl 2006 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO 2006).

Kommissionsprotokoll der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 7./8.4.2022 und 2.3.2023 (zit. Kommissionsprotokoll RK-N vom [Datum], [Seitenzahl].

Kommissionsprotokolle der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 12./13.4.2021 und 30.6./1.7.2022 (zit. Kommissionsprotokoll RK-S vom [Datum], [Seitenzahl].).