Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 128 (2009)

Heft: 2

Artikel: Les défenses en procédure civile suisse

Autor: Bohnet, François

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895925

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 10.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Les défenses en procédure civile suisse

François Bohnet*

* Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat. Je remercie Patricia Dietschy, Julien Broquet et Nicolas Brügger, assistants-doctorants à l'Université de Neuchâtel, pour l'aide qu'ils m'ont apportée pour la rédaction de ce rapport.

Table des matières

A. Introduction 193
B. La procédure civile en Suisse 195
I. La notion de procédure civile 195
II. L'évolution de la procédure civile en Suisse 196
III. Quelques caractéristiques du Code de procédure civile suisse 197
C. La typologie des moyens de défense 199
I. Les défenses relatives à la régularité de l'instance 199
II. Les défenses relatives à l'action 200
1. La théorie de l'action (Klagerecht, Rechtsschutzanpruch; azione) 200
2. Le droit d'accès au juge 203
3. Le défaut d'action 203
III. Les défenses relatives au fond 204
IV. Synthèse 205
D. Le régime des défenses en procédure civile suisse 205
I. La conception retenue par le Code 205
1. L'absence de conceptualisation des défenses 205
2. La présentation des défenses 206
a. La solution du Code 206
b. La liberté du tribunal 207
c. Le juge compétent 208
d. Les voies de recours 208
3. Les conditions de recevabilité (Prozessvoraussetzungen; presupposti processuali) 210
a. Le principe 210
b. La renonciation aux Prozesshindernisse et aux exceptions dilatoires 212
c. L'énumération du Code 213
d. Le traitement procédural 214
aa. Le principe 214
bb. Devant l'autorité de conciliation 216
e. La justification du système retenu 217
4. Les défenses au fond 219
II. Eléments de droit comparé 219
1. La France 220
a. La typologie retenue 220
b. Les exceptions 220
c. Les fins de non-recevoir 221
d. Les défenses au fond 222
2. L'Allemagne 222
a. La typologie retenue 222
b. Les Prozessvoraussetzungen 223
c. Les Prozesshindernisse 226
d. Les défenses au fond 226
3. L'Italie 227
a. La typologie retenue 227
b. Les presupposti processuali (in senso stretto) 228
c. Les condizioni dell'azione 228
d. Les difese 228

III. La structure proposée 229
E. Les conditions de recevabilité relatives à l'instance 231
I. Le pouvoir de juridiction civile 231
1. L'immunité de juridiction des Etats 232
a. La notion d'Etat 232
b. La portée de l'immunité 232
c. Le régime 233
d. Le moment de l'examen 234
2. L'immunité de juridiction des agents diplomatiques, consulaires et des missions spéciales 235
a. La portée de l'immunité 235
b. Le régime 236
c. Le moment de l'examen 236
3. L'immunité de juridiction des organisations internationales gouvernementales 236
a. La portée de l'immunité 236
b. Le régime 237
c. Le moment de l'examen 238
4. L'immunité d'exécution 238
II. La compétence du juge saisi (art. 59 al. 2 let. b CPC) 238
1. La compétence à raison de la matière 239
a. Le régime 239
b. Le moment de l'examen 240
aa. Le principe 240
bb. Les faits de double pertinence 241
cc. L'abus de droit 242
dd. La fixation de la valeur litigieuse 242
2. La compétence à raison du lieu 243
a. Le régime 243
aa. Les fors impératifs et partiellement impératifs 243
bb. Les fors dispositifs 243
b. Le moment de l'examen 245
aa. Le principe 245
bb. Les faits de double pertinence 246
cc. L'abus de droit 248
dd. La perpetuatio fori 248
3. Les conséquences d'un prononcé d'incompétence 249
III. La convention d'arbitrage (art. 61 CPC) 251
IV. L'absence de litispendance préexistante (art. 59 al. 2 let. d CPC) . . . 252
1. Le principe 252
2. Les conditions 253
a. L'objet du litige 253
b. Les parties 254
c. La saisine préalable 255
d. L'article 9 al. 1 LDIP 256
3. Le régime 256
a. En matière interne 256
b. En matière internationale 257
aa. Le régime de la LDIP 257
bb. Le régime de la Convention de Lugano 257

c. En matière arbitrale 258
V. La conciliation préalable obligatoire 258
1. Les origines 258
2. La portée 259
a. Les exceptions au préalable obligatoire 259
b. Les difficultés pouvant en résulter 260
c. Le remplacement de la conciliation par la médiation 261
d. Les clauses conventionnelles de conciliation et de médiation 262
e. La procédure préalable prévue par la loi 263
3. L'autorisation de procéder 264
a. La durée de validité 264
b. Les parties et l'objet du litige 265
c. L'autorisation viciée 266
4. Le régime 267
5. Le moment de l'examen 267
6. Les conséquences du refus d'entrée en matière 268
VI. Les vices de forme 268
1. Les actes des parties 268
2. Les différents actes introductifs d'instance 269
3. Les types de vices 270
a. L'approche du Code 270
b. L'acte inexistant 270
c. L'acte entaché d'un vice irréparable 271
d. L'acte entaché d'un vice réparable 272
aa. L'identification 273
bb. La praticabilité 273
e. L'acte tardif 273
f. L'acte formellement valable mais incomplet ou inexact 274
4. Le régime 274
a. Le principe 274
b. Le vice irréparable 274
c. Le vice réparable 275
aa. Le vice mineur 275
bb. Le vice mineur dont la rectification implique l'intervention de son auteur 275
cc. Le vice non mineur 276
d. Le devoir d'interpeller du juge 277
VII. La capacité d'être partie et d'ester en justice (art. 59 al. 2 let. c CPC) 277
1. La capacité d'être partie 277
a. La notion 277
b. La distinction entre défaut de capacité d'exister et désignation inexacte des parties 278
c. Le régime et le moment de l'examen 279
2. La capacité d'ester 280
a. La notion 280
b. Le régime 280
VIII. La capacité de revendiquer 281
1. L'absence d'*Anwaltszwang* 281
2. Le monopole de la représentation professionnelle 281
3. Le régime 282

IX. Le paiement de l'avance de frais et des sûretés (art. 59 al. 2 let. f CPC) 282
1. Les procédures onéreuses et les procédures gratuites 283
2. La décision du tribunal 283
3. Les sûretés en garantie du paiement des dépens 284
a. Le principe 284
b. Les conditions 284
c. Le moment de la requête 285
4. Le moment du paiement 286
X. La recevabilité de la demande reconventionnelle 286
F. Les conditions de recevabilité relatives à l'action 286
I. L'intérêt à agir (art. 59 al. 2 let. a CPC) 286
1. Le principe 286
2. L'action en constat (art. 88 CPC) 288
3. Le régime 260
II. La qualité pour agir et pour défendre 290
1. La distinction entre légitimation et qualité pour agir 290
2. Les cas reconnus de *Prozessführungsrecht* 292
3. La généralisation du concept de qualité pour agir et pour défendre 293
a. Les prétentions dont le demandeur ne prétend pas être titulaire 293
b. La consorité nécessaire matérielle 294
c. Les actions attitrées 295
4. La distinction entre défaut de qualité pour agir et désignation inexacte des parties 296
III. L'absence de décision entrée en force (art. 59 al. 2 let. e CPC) 296
1. Le principe 296
2. Les conditions 297
a. Le jugement entré en force 297
b. La nature du jugement 297
aa. La distinction entre le jugement au fond et le jugement processuel 297
bb. Le jugement sur action partielle 298
cc. Le jugement préjudiciel et le jugement partiel 299
dd. Les décisions rendues en procédure sommaire 299
ee. Le jugement processuel 300
ff. Les actes assimilés au jugement 301
c. Le dispositif 301
d. L'identité d'objet 302
e. L'identité de parties 304
3. Le régime 305
IV. Le respect des délais pour agir 305
1. La notion de délai pour agir 305
2. Les délais de déchéance de nature procédurale 306
3. Les délais de déchéance en matière de demandes formatrices . . . 307
4. Les délais de déchéance de fond 308
V. Les obligations naturelles ou imparfaites 308
G. Les défenses au fond 309
I. Présentation générale 309
II. Les faits générateurs, dirimants et extinctifs 310

1. Les faits générateurs 310
2. Les faits dirimants 310
3. Les faits extinctifs 311
4. Les présomptions légales d'un fait 311
III. La contestation des faits allégués par le demandeur 313
IV. Les objections 313
1. La nature 313
2. Le régime 314
V. Les exceptions de droit civil 315
1. La nature 315
2. Le régime 316
3. Les exceptions de droit civil dilatoires 317
4. Les exceptions de droit civil péremptoires 319
H. Conclusion 320

A. Introduction

Depuis sa constitution, la Société suisse des juristes s'intéresse à la procédure civile. Elle s'implique pour un rapprochement des droits de procédure cantonaux et, à terme, pour leur unification. L'un des buts de l'association, tels qu'adoptés lors de l'assemblée constitutive du 7 juillet 1861 à Lucerne, est ainsi *«in praktischer Beziehung, das Anstreben möglichster Übereinstimmung civilrechtlicher, strafrechtlicher und prozessualischer Gesetzgebung»*[1]. Les premiers rapports qu'elle publie dans la Revue de droit suisse en 1862, un an après l'adoption de ses statuts à Lucerne, traitent de principes généraux de la procédure civile[2]. Chaque intervenant présente les solutions de son canton en matière de procédures rapides, de conduite orale ou écrite du procès et de moyens de preuve. En relisant ces pages, on se plaît à constater que les problèmes alors évoqués sont pratiquement restés les mêmes depuis, sans doute parce que le but de la procédure civile est également demeuré identique: permettre aux justiciables d'obtenir, dans des délais et à un coût raisonnables, la consécration de leurs droits en matière civile, lorsque ceux-ci sont contestés.

On évoque déjà à l'époque la question de l'unification[3] et la Société suisse des juristes lance une pétition sur ce thème en 1868[4]. Dix-huit ans après les premiers rapports, c'est l'audition des parties en procédure civile qui intéresse la SSJ[5], puis en 1898 la question de l'unification des règles de for en matière civile[6].

Au début du XXe siècle, la Société suisse des juristes charge son comité d'étudier la question de la faisabilité de l'unification de la procédure civile[7], qui en confie l'examen au juge Emil Schurter et au professeur Hans Fritzsche. Ils travailleront plusieurs décennies sur une impressionnante étude comparée des droits cantonaux et du droit fédéral, parue entre 1924 et 1933[8].

---

1 Voir Ferdinand Elsener, Geschichtliche Grundlegung, Traité de droit privé suisse, Vol. I, Tome I, Bâle et Stuttgart 1969, p. 235.

2 RDS 1862 5–94.

3 RDS 1862 8–9.

4 RDS 1869 93–106. Voir Thomas Sutter-Somm, Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht, Thèse d'habilitation Fribourg 1997, Zurich 1998, p. 4–7.

5 Exposés d'Alfred Henri Martin, L'audition des parties dans la procédure civile, et de Carl Stoos, Die Einvernahme der Parteien im Zivilprozesse.

6 Ernest Roguin, Y a-t-il lieu d'édicter une loi sur le for en matière civile et, le cas échéant, de reviser l'article 59 de la Constitution fédérale? RDS 1898 697–734; Rudolf Anton Ganzoni, Soll in Bundesgesetz über den Gerichtstand in Civilsachen erlassen und allfällig Art. 59 B.-V. entsprechend revidiert werden? RDS 1898 735–760. La Société suisse des juristes renonça à voter une résolution visant à édicter une telle loi, plusieurs voix s'élevant contre une unification uniquement partielle de la procédure. Voir le compte rendu de l'assemblée annuelle du 20 septembre 1898, RDS 1898 801–813.

7 RDS 1900 I 681–689, 717–721.

8 Das Zivilprozessrecht der Schweiz, 3e vol., Zurich 1924–1933. Pour des détails concernant l'élaboration de cette œuvre, voir la préface du volume I, consacré au droit fédéral.

Mais la question de l'unification de la procédure civile n'est alors plus au premier plan et elle ne sera plus reprise durant des décennies[9].

Il faut attendre 1961 et les importants rapports du Professeur MAX GULDENER[10] et de Maître JOSEPH VOYAME[11], alors avocat et greffier au Tribunal fédéral, pour que la procédure civile, et en particulier ses liens avec le droit privé fédéral, soit à nouveau l'objet des débats de la Société suisse des juristes. On constate que la procédure est de fait partiellement unifiée, compte tenu des multiples règles et des nombreux principes de droit fédéral s'imposant aux droits cantonaux[12]. C'est le centenaire de la Société suisse des juristes et l'on donne mandat au comité d'examiner et de promouvoir l'unification du droit de procédure civile en Suisse. Les travaux aboutissent au projet de loi fédérale relatif à l'adaptation des lois cantonales de procédure civile au droit civil fédéral de PAUL SCHWARTZ[13], commenté par FRITZ BALMER[14]. Il est présenté lors du congrès de 1969. Ce projet de loi, qui ne suppose pas de révision constitutionnelle selon l'analyse de KURT EICHENBERGER[15], maintient toutefois la compétence des cantons sur de nombreux thèmes. Il n'a pas eu de suites.

Presque trente ans plus tard, en 1997, la procédure civile se retrouve à l'ordre du jour des débats de la SSJ. La question des mesures provisoires en procédure civile et en droit des poursuites est alors à l'honneur[16].

En 2005, la Société suisse des juristes accueille le troisième congrès européen. On y traite entre autres du développement d'un droit de procédure civile commun en Europe. La fragmentation du droit de procédure civile suisse n'apparaît plus que comme une curiosité et on sait le temps des procédures civiles cantonales révolu.

Les divers travaux initiés par la Société suisse des juristes auront largement contribué à l'unification de la procédure civile en Suisse, enfin réalisée. Et la SSJ entend aujourd'hui se pencher sur le texte qui régira le procès en matière civile en Suisse probablement dès 2011, alors qu'elle fêtera ses cent cinquante ans. Quel beau défi pour ses rapporteurs!

La procédure civile peut être approchée de diverses manières. Il est classique en Suisse de se concentrer sur les diverses phases de la procédure et d'insister sur les maximes qui régissent le procès. L'aborder sous l'angle du défen-

---

9 JOSEPH VOYAME, Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, RDS 1961 67–68.

10 MAX GULDENER, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, RDS 1961 1–66.

11 VOYAME (note 9), p. 67–192.

12 Voir GULDENER (note 10), p. 66; VOYAME (note 9), p. 178–179.

13 PAUL SCHWARTZ, RDS 1969 II 243–267, 269–291.

14 FRITZ BALMER, Erläuterungen zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Anpassung der Kantonalen Zivilprozessverfahren an das Bundeszivilrecht, RDS 1969 II 293–466.

15 Bundesrechtliche Legiferierung im Bereiche des Zivilprozessrechts nach geltendem Verfassungsrecht, RDS 1969 II 467–512.

16 Les rapports sont de STEPHEN V. BERTI, Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, RDS 1997 II 171–251, et de BERTRAND REEB, Les mesures provisoires dans la procédure de poursuite, RDS 1997 II 421–499.

deur[17] permet toutefois, au travers de l'examen des moyens mis à la disposition de celui-ci pour contester la prétention du demandeur, de mettre en relief les divers éléments qui composent le procès et d'étudier les rapports qui se lient entre les parties au procès. Nous aurons ainsi l'occasion de traiter des conditions de recevabilité, un thème abordé il y a près d'un siècle par le Professeur ANDREAS HEUSLER – un des pères de la Revue de droit suisse, dont il fut coéditeur dès 1864, puis pendant presque quarante ans, jusqu'en 1921, l'éditeur responsable de la nouvelle série initiée en 1882[18] –, dans une étude inachevée datant des années 1910 et parue à titre posthume dans ladite revue en 1922[19]. Le Professeur HANS FRITZSCHE, à l'initiative duquel elle fut publiée, relevait à son sujet: *«Es ist das ein Gegenstand, über den in der schweizerischen Literatur sich kaum irgend etwas vorfindet, der aber dringend der Behandlung bedürftig wäre»*. Son analyse demeure d'actualité selon nous.

B. La procédure civile en Suisse

Traiter des défenses en procédure civile suisse suppose, au préalable, de définir la procédure civile (I) et de se pencher sur son évolution récente dans notre pays (II). Il convient également d'évoquer quelques traits caractéristiques du Code de procédure civile suisse récemment adopté, qui marquent le régime des défenses (III).

I. La notion de procédure civile

Les rapports entre les personnes privées, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales, sont régis par de nombreuses règles de droit. Ces règles ne sont pas toutes spontanément respectées et leur portée prête souvent à discussion. En cas de litige sur la portée ou l'existence même de leurs droits, les particuliers peuvent – doivent parfois – les faire valoir en justice.

---

17 C'est une approche classique en France (voir par exemple EUGÈNE GARSONNET et CHARLES CÉZAR-BRU, Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, 3e éd., Paris 1912, Tome premier, p. 700–722; RENÉ MOREL, Traité élémentaire de procédure civile, 2e éd., Paris 1949, p. 49–57) et en Italie (voir par exemple CRISANTO MANDRIOLI, Diritto processuale civile, Volume primo, 19e éd. Turin 2007, p. 127–147; GIAN FRANCO RICCI, Diritto processuale civile, Volume primo, 2e éd. Turin 2008, p. 121–141). Le titre V du livre 1er du Code de procédure civile français s'intitule «Les moyens de défense».

18 Voir la préface d'EDUARD HIS, RDS 1921 1–4.

19 Prozessvoraussetzungen und Prozesseinreden im Schweizerischen Zivilprozessrechte, article inachevé, rédigé après 1913 et publié à la RDS 1922 280–283. ANDREAS HEUSLER compare les différents droits cantonaux de l'époque sur ce thème dans son ouvrage Der zivilprozess der Schweiz, Mannheim/Berlin/Leipzig 1923, p. 82–93 (le manuscrit date de 1911 selon la préface du Professeur WACH). L'analyse de droit comparé (au niveau suisse) la plus détaillée demeure depuis celle proposée par MAX GULDENER dans son ouvrage Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurich 1979, p. 220–229.

L'Etat détermine la marche à suivre, à savoir le *processus formel* au terme duquel, en cas de respect des règles qui régissent celui-ci, il est statué sur le droit prétendu. La procédure civile comprend l'ensemble des règles qui régissent ce processus en matière civile. Elle offre différents moyens de défense à toute partie attraite en justice.

II. L'évolution de la procédure civile en Suisse

En Suisse, la procédure civile, à la suite du droit privé, a évolué d'un droit coutumier à un droit codifié dans le courant du XIXe siècle. Mais l'évolution s'est arrêtée là, dans les textes constitutionnels du moins. Alors que le droit privé est entièrement unifié depuis le début du siècle passé[20], la procédure civile est demeurée dans son principe une prérogative des cantons tout au long du XXe siècle, suite à l'échec du projet de révision constitutionnelle, le 12 mai 1872, qui prévoyait de donner la compétence à la Confédération de légiférer également en matière de procédures civile et pénale[21]. Si, comme nous l'avons évoqué dans notre introduction, la question de l'unification de la procédure n'a pas désintéressé la classe politique et la science juridique du siècle écoulé, les tentatives initiées dans les années 1960 n'ont toutefois pas abouti[22]. Il n'en demeure pas moins que le droit civil fédéral s'est peu à peu imposé aux droits de procédure civile cantonaux. De nombreuses règles de procédure civile, également applicables devant les instances cantonales, ont été inscrites dans les lois fédérales au cours du siècle passé. De plus, le Tribunal fédéral a déduit du droit civil fédéral un nombre imposant de principes de procédure civile afin de permettre la réalisation du droit matériel ainsi que son application uniforme, raisonnable et conforme à ses buts[23].

Il faut attendre la fin du XXe siècle et la nouvelle Constitution fédérale du 18 avril 1999 pour que l'on envisage à nouveau sérieusement d'unifier la procédure civile. Et cette fois les choses vont aller vite. Les règles de fors sont réunies dans une loi fédérale adoptée le 24 mars 2000, entrée en vigueur le 1er janvier 2001. Le peuple accepte l'arrêté constitutionnel sur la réforme de la justice le 12 mars 2000 et donne la compétence à la Confédération de légiférer en matière de procédures civile et pénale (art. 122 al. 1 et 123 al. 1 Cst. féd.). Il

---

20 Code fédéral des obligations du 14 juin 1881, suivi du Code civil suisse du 10 décembre 1907, dont le cinquième livre, adopté le 30 mars 1911, reprend pour l'essentiel le texte de 1881.

21 Art. 55 du projet, RO X 693 ss.

22 Voir le projet de PAUL SCHWARTZ (note 13).

23 Voir en particulier, dans l'ordre chronologique, EMIL SCHURTER et HANS FRITZSCHE, Das Zivilprozessrecht der Schweiz, vol. I, Zurich 1924, p. 475–553; MAX KUMMER, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Berne 1954, p. 1–10; GULDENER (note 10); VOYAME (note 9); GULDENER (note 19), p. 54–76; STEPHEN V. BERTI, Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Zurich 1989.

faut un peu plus de trois ans à la commission d'experts, déjà nommée par le Conseil fédéral en avril 1999, pour soumettre un avant-projet de loi fédérale de procédure civile[24]. Son texte est bien accueilli lors de la procédure de consultation en 2003[25], ce qui permet au Conseil fédéral d'avancer rapidement et de déposer son projet le 28 juin 2006[26]. Le vote final intervient aux Chambres le 19 décembre 2008, après des débats somme toute brefs compte tenu de l'importance du sujet. L'entrée en vigueur est prévue pour le 1er janvier 2011.

III. Quelques caractéristiques du Code de procédure civile suisse

Le Code de procédure civile suisse est *relativement bref*[27]: il compte 408 articles, y compris la procédure d'arbitrage (art. 353–399 CPC)[28]. Il est le fruit d'une compilation de codes de procédure civile cantonaux, essentiellement alé-

---

24 FF 2006 6854 ss. Sur l'avant-projet, en général voir Christoph Leuenberger, Der Vorentwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung – ein Überblick, PJA 2003 1421–1431; Isaak Meier, Vorentwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung, Zurich 2003; Francois Perret, Le projet d'une loi de procédure civile fédérale: une réforme qui s'arrête à mi chemin!, in Lachat Héritier (éd.), De lege ferenda: réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch, Genève 2004, p. 435–442; Thomas Sutter-Somm, Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, RDS 2002 545–580; Vereinheitlichung des Schweizerischen Zivilprozessrechts – Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung im Überblick, ZZPInt 2002 369–400; Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung – Tendenzen und Hauptstossrichtungen, in Walder-Richli (éd.), Rechtsschutz im Privatrecht – Symposium für Richard Frank, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 369–400; Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung im Überblick. Neuerungen und Altbewährtes, BJM 2003 185–202; Thomas Sutter-Somm et Franz Hasenböhler (éd.), Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung. Mitglieder der Expertenkommission erläutern den Vorentwurf, Zurich/Bâle/Genève 2003; Rita Trigo Trindade et Nicolas Jeandin (éd.), Unification de la procédure civile, Genève/Zurich/Bâle 2004; Hans Ulrich Walder-Richli, Zivilprozessrecht am Wendepunkt, in Walder-Richli (éd.), Rechtsschutz im Privatrecht – Symposium für Richard Frank, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 61–68; Hans Peter Walter, Auf dem Weg zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, RSJ 2004 313–321.

25 FF 2006 6856 ss.

26 Projet de Code de procédure civile suisse du 28 juin 2006, FF 2006 7019 (ci-après P-CPC). Sur le projet, voir Suzana Lukic (éd.), Le projet de Code de procédure civile fédérale: travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 8 mars 2007, Lausanne 2008; Adrian Staehelin, Daniel Staehelin et Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts, Zurich/Bâle/Genève 2008; Thomas Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurich 2007; François Bohnet, Procédure civile suisse: Plaidoyer pour un retour vers le futur, in Le temps et le droit: recueil de travaux offerts à la Journée de la Société suisse des juristes 2008, p. 1–15.

27 Selon l'une des lignes directrices de la commission d'experts, FF 2006 6855, l'avant-projet doit «se limiter à l'essentiel et tenir compte des besoins de la pratique». Ces lignes directrices ont été reprises par le Conseil fédéral au stade du projet, voir FF 2006 6859. Elles n'ont pas été remises en cause par les Chambres.

28 En comparaison, le Code de procédure civile zurichois comprend 310 articles, celui de Berne en compte 419, celui du canton de Fribourg 435, celui du canton de Vaud 642, celui du Valais 320, celui de Neuchâtel 508, celui de Genève 519 et celui du Jura 408, chaque fois sans l'arbitrage.

maniques – on pense en particulier au préalable de conciliation, au rôle renforcé du juge et au déroulement du procès –, encadrée par les nombreux principes de procédure établis par le Tribunal fédéral au cours du XXe siècle[29].

Le Code de procédure civile suisse est *rédigé simplement:* ses dispositions sont brèves et font souvent appel à des notions connues dans les cantons et qui ont généralement fait l'objet d'une jurisprudence du Tribunal fédéral.

En raison du caractère succinct du Code de procédure civile suisse, certains des mécanismes qu'il prévoit ne sont toutefois qu'*esquissés,* comme la présente étude le montrera. Il sera donc parfois nécessaire d'avoir recours à des *concepts généraux* de procédure civile pour déterminer le sens et la portée de diverses dispositions du Code[30].

Le *rôle du juge* est *renforcé.* Le Code de procédure civile suisse fait du juge l'élément central du procès[31]. C'est lui qui détermine le cours de la procédure, dès la litispendance (art. 124 CPC). Le Code lui accorde une grande marge de manœuvre et lui impose par voie de conséquence une connaissance du dossier dès son *initium,* et non au moment du prononcé du jugement seulement. Au stade de l'échange des écritures, le juge, et non le Code, fixe le délai dans lequel le défendeur doit déposer sa réponse (art. 222 CPC). C'est le juge qui décide s'il accorde le droit aux parties de déposer une réplique et une duplique écrites (art. 225 CPC). C'est lui encore qui examine si les actes des parties sont réguliers (art. 132 CPC) et recevables (art. 59–61 CPC) et qui détermine l'ordre des débats (art. 125; 222 al. 3 CPC). De fait, les parties ne peuvent que lui suggérer de les faire porter au préalable sur tel ou tel point. L'instruction, elle aussi, est placée sous la responsabilité du juge. En matière de preuves, le tribunal doit toujours indiquer, selon le Message[32], les faits à prouver, la partie qui a la charge de la preuve et si la partie adverse est autorisée à apporter la contre-preuve et par quel moyen. Le principe est inscrit à l'article 154 CPC. Quant à l'audition des témoins, et cela sera notre dernier exemple, il revient au juge d'y procéder (art. 172 CPC). Le juge doit demander à la personne interrogée d'exposer les faits de la cause qu'il a constatés. L'intervention des parties n'est prévue qu'au stade des questions complémentaires: l'article 173 CPC retient que les parties peuvent demander que de telles questions soient posées au témoin ou de les lui poser directement avec l'assentiment du tribunal. Le Message relève cependant que le tribunal peut accepter exceptionnellement que les parties questionnent d'entrée les témoins, mais uniquement lorsque les questions directes ne risquent pas d'être captieuses[33].

---

29 Voir les remarques générales du Message à ce propos, FF 2006 6852. Sur ce thème, voir en particulier Stephen V. Berti (note 23).

30 Voir par exemple E.I.3.d.aa, p. 214 s.; E.VI.3.d, p. 272 s.; E.IX.3.c, p. 285.

31 FF 2006 6868. Pour quelques réflexions sur la position du juge et des parties dans le procès, voir Max Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4e éd., Berne 1984, p. 8 s.

32 FF 2006 6949.

33 FF 2006 6930.

C. La typologie des moyens de défense

Toute personne attraite en justice devient, qu'elle le veuille ou non, partie prenante au processus formel initié par son contradicteur. Le dépôt d'une demande en justice ou d'une requête en conciliation crée entre les parties et entre celles-ci et le juge un lien juridique dénommé *lien d'instance (Prozessrechtsverhältnis)*[34]. De ce lien naissent divers droits et obligations pour les parties au procès, en particulier le devoir de se comporter de bonne foi (art. 52 CPC)[35]. Le *droit de se défendre* est la prérogative essentielle de la partie attaquée en justice.

Si les défenses *(Verteidigung, Difese)* sont aussi nombreuses que les droits prétendus, elles peuvent être regroupées en *trois grandes catégories,* suivant que le défendeur conteste le respect des règles formelles qui régissent le procès (I), le droit d'action du demandeur (II) ou sa prétention (III).

I. Les défenses relatives à la régularité de l'instance

La procédure n'est régulièrement introduite que si elle est conforme à diverses *règles formelles* fixées par la loi. Le défendeur peut contester que les règles qui régissent la validité de l'instance aient été respectées. Sont généralement compris dans cette catégorie les moyens tirés de l'incompétence du tribunal saisi, *ratione loci* ou *ratione materiae,* de l'existence d'une clause compromissoire, du vice de forme, du défaut de conciliation préalable, de l'immunité ou encore de l'incapacité d'être partie.

Il convient de rattacher aux défenses relatives à la régularité de l'instance celles s'attaquant aux vices qui, faute d'avoir été régularisés, peuvent remettre en cause la poursuite de la procédure, tels que l'absence de capacité d'ester ou de postuler.

---

34 On doit à la doctrine allemande l'analyse, dès le dernier tiers du XIXe siècle, du procès en tant que rapport juridique. Voir en particulier Oscar Bülow, Die Lehre der Processeinreden und der Processvoraussetzungen, Giessen 1868, puis Adolf Wach, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1. [et unique] Band, Leipzig 1885, p. 34–39; Josef Kohler, Der Prozess als Rechtsverhältnis, Mannheim 1888; James Goldschmidt, Der Prozess als Rechtslage, Berlin 1925. Voir également en Italie, Giuseppe Chiovenda, Principii di diritto processuale civile, 3e éd., Naples 1923, p. 83–100, et sur l'état actuel des réflexions, Mandrioli (note 17), p. 41 s. Pour quelques réflexions sur ce thème en Suisse, voir Walther J. Habscheid, Droit judiciaire privé suisse, 2e éd., Genève 1981, p. 6–9. Il n'est plus au centre des débats désormais, vu son peu d'impact pratique, comme le relève Othmar Jauernig, Zivilprozessrecht, 29e éd., Munich 2007, p. 117.

35 Le Tribunal fédéral déduit du *Prozessrechtsverhältnis* l'obligation de se comporter de bonne foi en procédure, voir, entre autres, TF (21.12.2007) RSPC 2008 140; ATF 130 III 396 consid. 1.2.3, JdT 2005 II 87; 115 Ia 12 consid. 3, JdT 1991 I 105.

II. Les défenses relatives à l'action

1. La théorie de l'action (Klagerecht, Rechtsschutzanpruch; azione)

Selon la *théorie classique,* l'action est la manifestation judiciaire du droit invoqué. C'est la conception romaine: *«Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi»*[36]. L'action est un aspect du droit substantiel. «C'est le droit lui-même mis en mouvement; c'est le droit à l'état d'*action,* au lieu d'être à l'état de repos; le droit à l'état de guerre, au lieu d'être à l'état de paix»[37]. Dès lors, à défaut de droit, il n'y a pas d'action. Certains textes légaux suisses sont encore empreints de cette conception[38]. Elle souligne le lien étroit entre le droit substantiel et sa sanction judiciaire. L'efficacité du droit substantiel dépend en effet pour une large part de la possibilité d'en appeler au juge. Selon cette approche, toute défense qui ne porte pas sur les règles formelles de l'instance s'attaque au droit substantiel.

La théorie classique est contredite par la *conception contemporaine* de la procédure civile. Comme processus au terme duquel il est statué sur le *droit prétendu*[39], celle-ci implique une prétention et non un droit. L'Etat garantit au justiciable, qui entend faire valoir une prétention que l'ordre juridique considère comme digne de protection, la possibilité de la faire consacrer en justice. C'est ce que la doctrine allemande a défini au XIXe siècle comme le *droit d'action* du demandeur *(Klagerecht; Rechtsschutzanspruch)*[40] et que le législateur français a consacré à l'article 30 CPC fr.[41], dont la teneur est la suivante: «L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention». L'action représente ainsi le droit d'obtenir que le juge tranche un litige. Comment expliquer autrement l'admissibilité des actions en constat négatif? Il va de soi que, dans un tel cas, l'ac-

---

36 D.44,7,51 (Celsus, libro III digestorum); voir Bruno Schmidlin et Carlo Augusto Cannata, Droit privé romain II, Lausanne 1987, p. 245.

37 Selon la formule célèbre de Charles Demolombe, Cours de Code Napoléon, Vol. IX, Traité de la distinction des biens, tome premier, 3e éd., Paris 1866, 188–190, N° 338, sur laquelle se fonde la doctrine française classique comme Garsonnet/Cézar-Bru (note 17), 520–529 N 351–355. Sur l'état de la question en France, voir Gérard Cornu et Jean Foyer, Procédure civile, 3e éd., Paris 1996, p. 321–327.

38 Voir par exemple l'art. 28 al. 1 CC qui indique que «[c]elui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe»; voir également les art. 47 et 513 CO.

39 Voir B.I, p. 196.

40 Wach (note 34), p. 19–24; Konrad Hellwig, Anspruch und Klagrecht, Jena 1900, § 22, p. 145–153; Adolf Baumbach, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers et Peter Hartmann, Zivilprozessordnung, 67e éd., Munich 2009, N° 1–2 ad Grundz § 253 ZPO. Une partie de la doctrine allemande contemporaine relève toutefois le peu d'impact pratique de la théorie de l'action, et va même parfois jusqu'à la rejeter, voir Jauernig (note 34), p. 118, et les réf. (comp. la 20e éd., Munich 1983, p. 125, plus nuancée).

41 Code de procédure civile français du 5 décembre 1975.

tion ne peut être envisagée comme le «droit matériel mis en mouvement»[42]. Le concept a également été examiné en profondeur par la doctrine italienne dès le début du XXe siècle[43]. Il est désormais incontesté dans ce pays[44].

Le droit d'action existe ou n'existe pas. L'action n'est donc pas identique au droit subjectif dont le plaideur tente d'obtenir la reconnaissance en justice. Cette analyse est confirmée par le fait que certaines prétentions sont, de par la loi, démunies d'action, en particulier les obligations naturelles (dette de jeu, art. 513 CO, dans les limites de l'art. 515a CO; dette d'auberge, art. 186 CO, en lien avec le droit cantonal, par ex. l'art. 75 de la loi neuchâteloise sur les établissements publics du 1er février 1993). Par ailleurs, la loi peut accorder un droit d'action à une personne qui n'est pas titulaire du droit prétendu[45]. Ainsi, en cas de faillite, seule la masse a, dans un premier temps, qualité pour continuer les procès en cours, même si le failli demeure légitimé[46]. Le Code de procédure civile prévoit expressément un droit d'action en faveur des associations et des autres organisations d'importance nationale ou régionale lorsqu'elles sont habilitées aux termes de leurs statuts à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé (art. 89 al. 1 CPC). La version française de l'article 89 al. 3 CPC s'attache du reste (inconsciemment?) à la terminologie contemporaine puisqu'il relève que «[l]es dispositions spéciales sur le droit d'action des organisations sont réservées».

La notion est souvent méconnue en Suisse. Elle s'opposerait à la doctrine juridique simple et concrète qui prévaut dans notre pays[47]. Elle a en particulier été

---

42 Voir KUMMER (note 23), p. 13.

43 L'œuvre pionnière et de référence sur ce thème en Italie est celle de GIUSEPPE CHIOVENDA, chef de proue de la *scuola sistematica* italienne. Il convient en particulier de citer L'azione nel sistema dei diritti, de 1903, reproduit in Saggi di diritto processuale civile (1900–1930), vol. I, Rome 1930, p. 3–99 et Principii di diritto processuale civile, 3e éd., Naples 1923, p. 43–58, avec un examen détaillé des développements en Allemagne, et la mention en p. 53 des auteurs italiens attachés alors à la théorie classique héritée du droit romain commun. CHIOVENDA fonde toute son approche de la procédure civile sur le concept d'action et sur le procès en tant que rapport de droit. Voir également PIERO CALAMANDREI, Diritto Processuale civile, Parte Prima, 2e éd., Padoue 1943, p. 94–155, et Studi sul processo civile, vol. V, Padoue 1947, La relatività del concetto d'azione, 1–26. Pour une liste de doctrine détaillée, voir GIAN ANTONIO MICHELI, Corso di diritto processuale civile, Vol. I, Milan 1959, p. 11 s.

44 CLAUDIO CONSOLO et FRANCESCO P. LUISO (éd.), Codice di procedura civile commentato, 3e éd., Milanofiori 2007, N° 1 ad art. 99 CPC it.; RICCI (note 17), p. 77–79; SALVATORE SATTA et CARMINE PUNZI, Diritto processuale Civile, 13e éd., Milan 2000, p. 127–132, 128 s.: «Su questa ‹autonomia dell'azione› regna universale l'accordo, considerandosi ormai da tutti definitivamente superate quelle dottrine che nell'azione vedevano una manifestazione propria del diritto stesso, o il diritto stesso nella sua fase dinamica».

45 C'est un des arguments invoqués par CALAMANDREI (note 43), p. 21 et RICCI (note 17), p. 78, en faveur du concept d'action.

46 Voir par exemple PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Poursuites pour dettes, faillite et concordat, 4e éd., Lausanne 2005, p. 323 N 1692.

47 Dans ce sens, ATF 67 II 70 consid. 2, JdT 1941 I 439 confirmé par ATF 118 II 479 consid. 2e–g, JdT 1994 I 120 et TF (27.06.2002) RSPC 2005 36 consid. 3.2.2, qui qualifient la théorie de l'action de *«doktrinäre Überspannung»*, en partant d'une conception erronée de la notion d'action.

rejetée par GULDENER, selon lequel *«[e]ntgegen einer verbreiteten Lehre gibt es weder einen sog. Rechtsschutzanspruch noch ein sog. Klagrecht»*[48]. Cela s'explique peut-être par le fait que la doctrine suisse tentait alors de rapprocher les droits de procédure civile cantonaux en déduisant les grands principes de procédure du droit fédéral, compte tenu de la nécessité d'assurer son application uniforme sur tout le territoire de la Confédération[49]. Or pourquoi s'embarrasser du concept d'action lorsque l'on entend avant toute chose rattacher la procédure au droit de fond? MAX KUMMER a su proposer l'analyse qui s'imposait: l'action – qu'il définit très justement comme le *droit prétendu digne de protection*[50] – et l'intérêt pour agir découlent du droit civil fédéral[51]. Tirant les enseignements de la doctrine française, très élaborée sur ce point, une partie de la doctrine romande, de même que les tribunaux neuchâtelois et genevois, retiennent désormais le concept de l'action[52]. Plusieurs auteurs alémaniques plaident également avec conviction le concept de *Rechtsschutzanspruch*[53].

La procédure civile suisse étant aujourd'hui unifiée, les raisons pratiques qui pouvaient expliquer que la notion d'action soit maintenue dans l'ombre ne se justifient plus[54]. Nous développerons plus bas les motifs qui plaident en faveur de son adoption[55].

Dans chacun de ces arrêts, la probématique était en réalité relative à l'instance et à son possible renouvellement en cas de désistement d'instance (TF [27.06.2002] RSPC 2005 36) ou de non poursuite du procès après la tentative de conciliation (ATF 67 II 70, JdT 1941 I 439 et ATF 118 II 479, JdT 1994 I 120, qui sur le fond renverse le précédent). KUMMER (note 23), p. 21–26, propose une analyse détaillée de cet arrêt. Pour un examen de la jurisprudence ayant précédé l'ATF 67 II 70, voir BERTI (note 23), p. 40–43.

48 GULDENER (note 19), p. 194, qui ne cite pas même KUMMER parmi les auteurs en faveur du *Klagerecht.* Certains auteurs préfèrent ne pas trancher, voir par exemple VOYAME (note 9), p. 118–121.

49 Voir en particulier les rapports à la Société suisse des juristes de GULDENER (note 10) et VOYAME (note 9), datés de 1961.

50 KUMMER (note 23), p. 18.

51 KUMMER (note 23), p. 15–26, 55–61.

52 Voir CJ GE (20.11.1987) SJ 1988 85 consid. 3; CC/NE (20.03.2003) RJN 2003 164; FRANÇOIS BOHNET et PHILIPPE SCHWEIZER, Les défenses relatives à l'instance et à l'action, RJN 1997, p. 13–76; PHILIPPE SCHWEIZER, note in RSPC 2005 37 et 2007 407. Voir également SCHMIDLIN/CANNATA (note 36), p. 245.

53 HABSCHEID (note 34), p. 3–5, et les réf.; BERTI (note 23), p. 54. Pour un récent et convaincant plaidoyer en faveur de la *Lehre vom Rechtsschutzanspruch,* voir STEPHEN V. BERTI, Vom Beruf unserer Zeit für zivilprozessuale Gesetzgebung, Zeitschriften und dogmatische Entspannung – ein Plädoyer für den Rechtsschutzanspruch, RSPC 2005 67–77.

54 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 4, évoquent brièvement la théorie de la *Rechtsschutzanspruch,* pour la rejeter en reprenant l'anaylse sommaire de l'ATF 67 II 70 (voir ci-dessus, note 47). En quoi consiste l'action? Ils ne donnent aucune réponse.

55 Voir D.III, p. 229–233.

2. *Le droit d'accès au juge*

L'action ne se confond pas[56] avec le *droit d'accès au juge (Justizgewährungsanpruch; Rechtsschutz)* en matière civile, garanti par les articles 6 CEDH, 14 Pacte ONU II et 29a Cst. féd. Cette dernière disposition accorde à toute personne le droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. En d'autres termes, que sa prétention soit ou non digne de protection, le justiciable a le droit d'obtenir d'un juge qu'il dise, dans un délai raisonnable, si sa demande est recevable ou non, et si tel est le cas, si son droit existe ou non. La doctrine contemporaine se concentre sur le droit d'accès au juge, laissant en retrait l'action, dont la portée est plus conceptuelle.

3. *Le défaut d'action*

Le *défaut d'action* aboutit, comme l'irrégularité de l'instance, à l'irrecevabilité de la demande. On pourrait en déduire que les défenses relatives à l'instance et à l'action ne forment qu'un seul groupe. Il n'en est rien. Lorsque l'instance est irrégulière, le demandeur peut, suivant le vice, soit régulariser sa procédure, soit agir à nouveau dans le respect des règles de formes. Ainsi, en cas de vice formel de la demande, le demandeur peut régulariser son acte; s'il a agi devant un tribunal incompétent, le demandeur conserve la faculté de renouveler son acte devant la bonne juridiction. En cas de vice de procédure, la poursuite du procès malgré l'irrégularité peut dans certaines circonstances réparer celui-ci ou interdire à la partie adverse de s'en prévaloir de bonne foi. En revanche, le droit d'action existe ou n'existe pas: la prétention est digne de protection selon notre ordre juridique ou ne l'est pas. Le défaut d'intérêt, de qualité pour agir, l'extinction du droit d'agir pour cause de déchéance et l'autorité de la chose jugée sont comme tels inguérissables. Seule une modification des circonstances peut venir en aide à la partie déboutée dans un tel cas.

Que la loi traite spécifiquement ou non les vices relatifs à l'instance et à l'action, ils diffèrent par nature et doivent être soigneusement distingués[57].

---

56 Voir par exemple BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN (note 40), N° 1–2 ad Grundz § 253 ZPO; JAUERNIG (note 34) p. 117; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 4. La question a été longuement débattue par la doctrine constructiviste allemande, voir HELLWIG (note 40), p. 146–147, ainsi que WACH (note 34), p. 22 s., et les réf. Il était alors question de droit d'action public ou abstrait *(publistische oder abstrakte Klagerecht)*. En Suisse, voir HABSCHEID (note 34), p. 3–5. Elle a sans doute mis partiellement dans l'ombre l'apport essentiel de la théorie de l'action, à savoir son existence indépendante du droit subjectif, voir KUMMER (note 23), p. 14, 21 s.; HABSCHEID (note 34), p. 3–5. Voir également sur les diverses théories en Italie, CHIOVENDA (note 34), p. 53–58 (qui opte pour un droit concret de nature potestative, p. 43–53) et UGO ROCCO, Trattato di diritto processuale civile, Tome I, Turin 1957, p. 239–278 (droit public subjectif du citoyen envers l'Etat d'accéder à la juridiction). On se rattache désormais au concept abstrait, voir CONSOLO/LUISO (note 44), N° 2 ad art. 81 CPC it.

57 Dans ce sens, BERTI (note 53), p. 75 s.

III. Les défenses relatives au fond

Si le défendeur ne conteste pas le respect des règles qui régissent le processus formel au terme duquel il est statué sur le droit prétendu, il doit s'opposer, au fond, au droit de son adversaire et conclure au *mal fondé* de la demande. A défaut de défenses procédurales, ce sont ainsi des défenses au fond qu'il doit soulever. Comme le résume l'article 71 CPC fr., «Constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire».

Les défenses au fond se subdivisent à leur tour en trois catégories:

- La contestation des faits (ou du droit) allégués[58].
- *Les objections*[59], soit l'allégation de faits distincts des faits générateurs du droit invoqué par le demandeur, dont il résulte que ce droit n'existe pas, malgré les faits avancés par lui.
- *Les exceptions de droit civil*[60], à savoir le droit de ne pas s'exécuter à raison d'un motif spécial.

La distinction entre les objections et les exceptions de droit civil remonte à la doctrine germanique de la moitié du XIXe siècle[61]. Elle a été importée dans notre pays par Andreas von Tuhr[62]. Désormais incontestée, tant par les auteurs[63] que par le Tribunal fédéral[64], elle se distingue de l'ancienne conception[65] qui réunissait les deux dernières hypothèses dans la seule notion élargie d'exception, comprise comme *tout moyen qui tend à écarter l'action sans contredire directement le droit sur lequel elle est fondée et en invoquant un fait dis-*

---

58 Voir G.III, p. 313.

59 Voir G.IV, p. 313–315.

60 Voir G.V, p. 315–320.

61 Par exemple, Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Vol. I, 7e éd., Francfort-sur-le-Main 1891, p. 111–115, § 47; Andreas von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, vol. I, Leipzig 1910, p. 288–312, § 17, et les réf. Pour une liste détaillée, voir Claude Bonnard, De la classification des exceptions et des exceptions de procédure en droit vaudois, thèse Lausanne 1948, p. 46, note 17–18.

62 Comp. Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, vol. I, Leipzig 1910, p. 288–312, § 17, et Partie générale du Code fédéral des Obligations, traduit par Maurice de Torrenté et Emile Thilo, vol. I, Lausanne 1929, p. 22, § 3 IV. Voir également ZK-Oser, Zurich 1915, N° 2 ad art. 145 CO.

63 Voir Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2e éd., Zurich 1988, p. 37; BSK-Schnyder, 4e éd, N° 1 ad art. 145 CO; CR-Romy, N° 1 ad art. 145 CO; Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid et Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, vol. II, 9e éd., Zurich 2008, N° 76–78; Pierre Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2e éd., Berne 1997, p. 33. BK-Becker, 2e éd., N° 3 ad art. 145 CO, s'en tenait à l'ancienne conception.

64 Voir en particulier ATF 63 II 133, JdT 1937 I 566.

65 Voir par exemple Virgile Rossel, Manuel du droit fédéral des obligations, 4e éd., Tome premier, Lausanne 1920, p. 178; Max E. Porret, Commentaire du Code de fédéral des obligations: nouvelle édition révisée du «Commentaire populaire et pratique» de A. Schneider et H. Fick, vol. 1 par F. Fick, Neuchâtel 1915, comm. ad art. 145 CO.

tinct[66]. Les auteurs du Code des obligations ont utilisé l'ancienne terminologie[67]. La catégorie des exceptions de droit civil n'est pas reconnue comme telle en France[68] et en Italie[69].

IV. Synthèse

Pour contrer la prétention du demandeur, le défendeur peut faire valoir que l'instance est irrégulière (défense relative à l'instance), que la prétention du demandeur n'est pas digne de protection et qu'il ne dispose dès lors pas du droit d'action (défense relative à l'action), ou enfin que son droit n'existe pas (défense relative au fond). Le droit substantiel, l'action et la demande sont ainsi des éléments autonomes. Si l'action a pour fondement le droit invoqué par celui qui l'exerce, elle n'est toutefois pas un appendice de ce droit et, partant, ne se confond pas avec lui. En d'autres termes, on peut prétendre un droit en justice même s'il s'avère finalement que celui-ci n'existe pas. De même, la demande, par laquelle on exerce son action et tente d'obtenir la consécration de son droit substantiel, ne se confond ni avec l'une, ni avec l'autre de ces notions. Une demande peut être mal formée, et dès lors irrecevable, par exemple faute de compétence du juge saisi, sans que l'action du demandeur et son droit substantiel soient examinés.

C'est sur la base de ces quelques fondements théoriques qu'il convient d'examiner le régime des défenses en procédure civile suisse.

D. Le régime des défenses en procédure civile suisse

I. La conception retenue par le Code

1. L'absence de conceptualisation des défenses

Le Code de procédure civile suisse régit, entre autres, la procédure cantonale applicable aux affaires civiles contentieuses (art. 1 let. a CPC). Le litige, que l'on peut définir comme une «opposition de prétentions, comportant du fait et du droit, apte à être entendue par un juge et tranchée par référence à une norme»[70], suppose un prétendant et un contradicteur. Le demandeur fait valoir une prétention; le défendeur s'y oppose. Par quels moyens? Le Code demeure

66 Bonnard (note 61), p. 42, note 8. Les fins de non-recevoir sont également incluses dans la définition. La terminologie utilisée dans le passage cité est incorrecte selon la théorie de l'action: c'est la demande qui est écartée (ou plutôt rejetée). L'action, elle, existe ou n'existe pas.

67 Voir par exemple les art. 18 al. 2, 135 al. 2, 138 al. 1, 139, 145, 169, 179 et 210 al. 2 CO.

68 Voir D.II.1.d, p. 222.

69 Voir toutefois l'analyse détaillée de Chiovenda, *Principii* (note 34), p. 269–277, et *Saggi* (note 43), p. 149–156, qui cite d'ailleurs von Tuhr en p. 152.

70 Dictionnaire de la Justice, sous la direction de Loïc Cadiet, Paris 2004, p. 198.

vague sur ce point. *Il ne définit pas les moyens de défense* à disposition de la partie attraite en justice.

Tout au plus peut-on déduire de la systématique du Code l'existence de *deux types de moyens* à la disposition du défendeur. Soit celui-ci remet en cause les conditions de recevabilité de la demande (art. 59–61 CPC) et conclut à son irrecevabilité, soit il en conteste le bien-fondé (art. 222 CPC, qui couvre tant les premiers moyens que les seconds). L'absence de réaction du défendeur – dont les conséquences sont envisagées par l'article 223 CPC – ne constitue pas à proprement parler une défense, même si elle peut consister en une tactique mûrement réfléchie. Il arrive que la demande reconventionnelle (art. 224 CPC) soit mentionnée par les auteurs[71] comme un moyen de défense, au sens large, de la personne attraite en justice. Même s'il est vrai que parfois «la meilleure défense, c'est l'attaque», la demande reconventionnelle ne représente pas, à proprement parler, un moyen de défense, qui par définition s'oppose à la prétention soulevée par le demandeur.

2. *La présentation des défenses*

a. *La solution du Code*

Si le Code ne propose aucune typologie des défenses, *il mentionne comment celles-ci doivent être présentées.* L'article 222 al. 1 CPC retient que le tribunal notifie la demande au défendeur et lui fixe un délai pour déposer une réponse écrite. Aux termes de l'alinéa 2, le défendeur y expose quels faits allégués dans la demande sont reconnus ou contestés. Il doit, comme le demandeur, prendre ses conclusions et mentionner les preuves à l'appui de chaque allégation. Faute de dépôt de la réponse dans le délai imparti, le juge fixe un bref délai au défendeur pour le dépôt de son acte (art. 223 al. 1 CPC). Le juge peut, si les circonstances le justifient – il s'agit donc d'une décision d'appréciation – ordonner un second échange d'écritures (art. 225 CPC). A défaut, les parties peuvent compléter leurs allégués lors des audiences d'instruction (art. 226 al. 2 CPC) ou, à défaut, à l'ouverture des débats principaux (art. 229 al. 2 CPC)

Il n'existe pas dans le système retenu de hiérarchie des défenses[72]. Elles doivent toutes être invoquées dans la réponse, cumulativement, voire en duplique, lors des audiences d'instruction ou, à défaut, à l'ouverture des débats principaux. Cela s'explique par le fait que le juge est placé au centre du procès en procédure civile suisse. L'article 124 al. 1 CPC est la pierre angulaire de cette conception: «Le tribunal conduit le procès. Il prend les décisions d'ins-

---

71 Voir, par exemple, Cornu/Foyer (note 37), p. 375 («défenses agressives»). Voir également Jauernig (note 34), p. 143. Le Tribunal fédéral relève qu'il s'agit d'une «action formée à titre de contre-attaque», TF (02.06.2006) RSPC 2006 375.

72 C'est une spécificité suisse. Tant le CPC fr. (art. 71–126) que le CPC all. (§ 282 et 296) et le CPC it. (art. 38 et 167) prévoient des régimes spécifiques d'invocation des défenses procédurales, voir D.II, p. 219–229.

truction nécessaires à une préparation et à une conduite rapides de la procédure». Le juge n'est pas le simple modérateur du débat judiciaire. Il en constitue le principal moteur. Dès lors, nul besoin dans cette structure de définir minutieusement les passes d'armes entre les adversaires et de s'attarder à leur analyse. Le juge apprécie[73].

Il convient de relever un *régime d'exception,* à l'article 270 CPC, pour *le mémoire préventif.* Cette disposition accorde la faculté à celui qui craint que des mesures provisionnelles *ex parte* ne soient requises à son encontre de prendre position par anticipation sur la requête en adressant un mémoire préventif[74] auprès du ou des tribunaux qui pourraient être saisis par la partie adverse. Il s'agit d'une défense spécifique, introduite dans le Code suite aux expériences pratiques connues dans divers cantons[75].

b. La liberté du tribunal

L'article 125 CPC donne au tribunal la marge de manœuvre nécessaire. Pour simplifier le procès, le tribunal peut notamment limiter la procédure à des questions ou des conclusions déterminées, ordonner la division de causes, ordonner la jonction de causes ou enfin renvoyer la demande reconventionnelle à une procédure séparée. Dès lors, si les défenses doivent en principe être présentées cumulativement dans la réponse, rien n'empêche le tribunal de limiter dans un premier temps celle-ci à tel ou tel point (art. 222 al. 3 CPC)[76]. En revanche, le défendeur ne peut soulever selon sa libre appréciation d'exceptions ou autres moyens préjudiciels afin de faire porter le débat sur un thème exclusivement (refus du système de l'*Einlassungsverweigerung*[77]).

Le défendeur ne peut que suggérer au juge de limiter le débat[78]. En clair, cela signifie qu'il devra, dans le délai imparti pour le dépôt de la réponse (art. 222 al. 1 CPC), requérir du juge qu'il examine un point spécifique et demander un nouveau délai pour développer ce moyen (art. 144 al. 2 CPC) ou, en

---

73 C'est dans les grandes lignes le système en vigueur dans divers cantons alémaniques, en particulier Berne et Zurich, art. 190–192 CPC/BE et § 108 ZPO/ZH (le § 111 ZPO/ZH prévoit cependant un régime particulier pour l'exception d'incompétence). Voir pour l'état des législations cantonales sur ce point à la fin des années 1970, GULDENER (note 19), p. 228 s.

74 Voir ANDRI HESS-BLUMER, Die Schutzschrift nach Eigenössichem und Zürcherischem Recht, thèse Zurich 2001, p. 38 et les réf. en note 160; FRANCESCO TREZZINI, note in Sic! 2004, p. 513.

75 Voir FRANÇOIS BOHNET, Les procédures spéciales, in Suzana Lukic (éd., note 26), p. 297.

76 FF 2006 6891. C'est par exemple le système connu à Berne (voir art. 182 et 196 CPC/BE) et à Fribourg (art. 162, 166 et 170 CPC/FR). Le Message, FF 2006 6951, cite l'exemple de la compétence territoriale du tribunal ou de la prescription.

77 Voir GULDENER (note 19), p. 223 s.; OSKAR VOGEL et KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8e éd., Berne 2006, p. 205 No 84. C'est le système en vigueur par exemple à Soleure (§ 138 al. 2 ZPO/SO), dans les cantons de Vaud et du Valais, à Neuchâtel et à Genève, voir note 139.

78 Voir JEAN-MARC REYMOND, Les conditions de recevabilité, la litispendance et les preuves, in Suzana Lukic (éd., note 26), p. 29 s.

cas de refus, déposer la réponse dans le délai, le cas échéant prolongé. Le but est d'éviter le recours à de purs moyens dilatoires[79].

Le tribunal n'est de plus pas tenu, à la lecture des arguments des parties, de rendre une décision incidente sur les moyens (procéduraux ou de fond) invoqués, en particulier s'il arrive à la conclusion que ceux-ci devront *a priori* être rejetés ou que leur sort dépend largement de l'examen complet de la cause. Au contraire, l'article 237 al. 1 CPC n'admet le prononcé d'une telle décision que si l'instance de recours pourrait prendre une décision contraire qui mettrait fin au procès et permettrait de réaliser une économie de temps ou de frais appréciable. A défaut, le tribunal ordonnera dès lors le dépôt de la réponse sur les points demeurés ouverts.

c. Le juge compétent

La décision de limiter la réponse à des moyens particuliers, le cas échéant d'ordonner des débats restreints *relève de la compétence du tribunal appelé à statuer sur la cause,* à moins que celui-ci, lorsqu'il est composé de plusieurs membres, n'ait délégué l'instruction à l'un d'eux (art. 124 al. 2 CPC).

d. Les voies de recours

Si le juge limite les débats à une ou plusieurs questions de recevabilité, son jugement sera soit final (art. 236 al. 1 CPC) s'il refuse d'entrer en matière, soit incident (art. 237 CPC) s'il admet que les conditions de recevabilité sont réunies. Dans cette dernière hypothèse, le défendeur doit appeler (ou recourir si la voie de l'appel n'est pas ouverte, voir art. 308 et 309 CPC) directement du jugement, sous peine de déchéance (art. 237 al. 2 CPC).

Si le juge refuse de limiter les débats (soit qu'il n'admette pas que la réponse soit limitée à tel ou tel point, ou que, après le dépôt d'une telle réponse restreinte, il ordonne le dépôt de la réponse complète), un recours contre sa décision – qui constitue une décision ou ordonnance d'instruction de première instance au sens de l'article 319 let. b CPC et qui doit dès lors être interjeté dans les dix jours selon l'article 321 al. 2 CPC[80] – n'est ouvert que si le défendeur démontre que celle-ci peut lui causer un *préjudice difficilement réparable* (art. 319 let. b ch. 2 CPC).

Si l'on se réfère à la jurisprudence relative à l'article 93 al. 1 let. a LTF, qui reprend les critères dégagés sous l'empire de l'article 87 al. 2 OJ[81] et dont le législateur s'est apparemment inspiré[82], un préjudice ne peut être qualifié d'irré-

---

79 Voir GULDENER (note 19), p. 223 s.

80 Le Message, FF 2006 6952, relève qu'il s'agit des décisions qui ne concernent pas l'objet du litige en tant que tel, mais l'organisation formelle et le déroulement du procès.

81 ATF 133 III 629 consid. 2.3; 133 IV 139 consid. 4.

82 Voir FF 2006 6984, qui manifestement reprend des exemples où la condition de l'art. 93 al. 1 let. a LTF ne serait pas remplie.

parable que s'il cause un inconvénient de nature juridique; tel est le cas lorsqu'une décision finale même favorable au recourant ne le ferait pas disparaître entièrement, en particulier lorsque la décision incidente contestée ne peut plus être attaquée avec la décision finale, rendant ainsi impossible le contrôle par le Tribunal fédéral. En revanche, un dommage de pur fait, tel que la prolongation de la procédure ou un accroissement des frais de celle-ci, n'est pas considéré comme un dommage irréparable de ce point de vue. Il appartient au recourant d'alléguer et d'établir la possibilité que la décision préjudicielle ou incidente lui cause un dommage irréparable, à moins que celui-ci ne fasse d'emblée aucun doute[83]. Le préjudice résultant de l'absence d'une décision incidente ou finale sur la recevabilité consistera le plus souvent en l'augmentation de la durée et du coût de la procédure, en raison de l'administration complète – et éventuellement inutile – des preuves qui en suivrait. Comme relevé ci-dessus, de tels inconvénients sont considérés par le Tribunal fédéral comme des dommages de pur fait que la décision finale, si elle est favorable à l'intéressé, fera entièrement disparaître.

Reste que le Code parle de dommage *difficilement réparable (nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil)* et non de dommage irréparable *(nicht wieder gutzumachender Nachteil)*, si bien que la condition est sans doute moins extrême dans le régime de l'article 319 let. b ch. 2 CPC. Elle correspond à l'exigence posée pour l'octroi de mesures provisionnelles (art. 261 al. 1 let. b CPC). Dans ce cadre, on peut relever qu'un préjudice difficilement réparable ne consiste pas uniquement en un dommage patrimonial imminent[84], mais qu'il peut également se présenter sous la forme d'un dommage immatériel, lorsqu'il apparaît difficilement réparable, notamment parce que la réparation financière est inadéquate pour réparer intégralement le préjudice de l'intéressé ou que le dommage est difficile à établir ou à chiffrer[85]. Selon le Tribunal fédéral, «[l]a notion de préjudice difficile à réparer s'examine à l'aune de l'efficacité du jugement à rendre à l'issue de la procédure ordinaire, qui en serait compromise»[86].

La notion de préjudice difficilement réparable pourrait englober, en plus des inconvénients de nature juridique, des *inconvénients de fait*[87]. Quant à l'augmentation des frais induite par la prolongation de la procédure, il convient de rappeler que le risque d'insolvabilité du demandeur peut être maîtrisé par le biais d'une requête de sûretés (art. 99 CPC)[88].

---

83 ATF 133 III 629 consid. 2.3.1 et la réf.

84 Par exemple un risque d'insolvabilité de la partie adverse, voir ATF 94 I 11 consid. 8.

85 Voir Ralph Schlosser, Les conditions d'octroi des mesures provisionnelles en matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale, sic! 2005 339–361, p. 347.

86 TF (08.04.2002) 4P.5/2002 consid. 3b.

87 Voir Staehelin/Staehelin/Grolimund, (note 26), p. 445 s.

88 Voir E.IX.3, p. 234–236.

A notre sens, tout dépend du moyen invoqué. Un recours devrait à tout le moins être ouvert lorsque le défendeur invoque son immunité[89], l'inadmissibilité de la voie civile[90], l'incompétence du juge saisi[91] ou un compromis arbitral[92]. Cette question sera reprise lors de l'examen détaillé de chaque condition de recevabilité[93].

3. *Les conditions de recevabilité (Prozessvoraussetzungen; presupposti processuali)*

a. *Le principe*

Nul doute que le défendeur peut faire valoir que la procédure a été mal entamée et qu'elle est entachée de tel ou tel vice. Mais il ne peut pas limiter sa réponse aux aspects exclusivement procéduraux du litige et exiger sans condition un prononcé séparé du juge sur ce point[94]. Cela s'explique par le fait qu'*il revient au juge d'examiner si les conditions de recevabilité de la demande sont réunies.* Le législateur a opté pour une solution qui se veut simple et pragmatique[95]. Elle se distancie de la procédure en deux temps connue dans divers cantons, en particulier romands[96], issue de la tradition romano-canoniste[97], et qui impose au défendeur de faire valoir ses moyens dirigés contre l'instance d'entrée de cause et cumulativement, ceux-ci étant obligatoirement vidés avant les débats sur le fond *(Einlassungsverweigerung)*[98].

---

89 ATF 133 III 539 consid. 4.4, RSPC 2007 363. Voir E.I, p. 234–238.

90 Voir E.II.1, p. 240–242.

91 Voir E.II.1–2, p. 240–242, 245–248.

92 Voir E.III, p. 251.

93 Voir E, p. 231 ss.

94 Voir D.I.2.a, p. 206 s.

95 Thomas Sutter-Somm, Die Verfahrensgrundsätze und die Prozessvoraussetzungen, ZZZ 2007 301–326, 315.

96 Voir note 139.

97 En droit coutumier, l'examen des défenses était divisé en plusieurs phases. Ainsi, à Neuchâtel, la procédure connaissait trois phases, où pouvaient être avancés des moyens de défense spécifiques. Dans un premier temps, avant d'aborder le fond du procès, le défendeur pouvait soulever des *moyens préjudiciels, fins de non-procéder* comprises; dans un deuxième temps, sans encore s'en prendre aux faits allégués par le demandeur, il pouvait faire valoir des *exceptions péremptoires* ou *fins de non-recevoir* (qui regroupaient tant des moyens de fond comme le paiement ou la compensation, que l'autorité de la chose jugée par exemple) et, dans un troisième temps, contester par la *négative* les faits allégués par le défendeur et conclure au mal fondé de la demande, voir Bohnet/Schweizer (note 52), p. 24 s. Pour une description détaillée du déroulement du procès selon la procédure coutumière neuchâteloise, voir Samuel Monvert, Pratique du barreau, Neuchâtel, vers 1820, p. 49–71; Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur le projet de Code de procédure civile *in* Code de procédure civile de la République et Canton de Neuchâtel avec ses commentaires, La Chaux-de-Fonds 1878, p. 147–150. On trouve une présentation synthétique des droits cantonaux sur ce thème au début du XXe siècle chez Heusler (note 19), p. 84–93.

98 Voir Guldener (note 19), p. 223 s; Vogel/Spühler (note 77), p. 205 N 84.

L'article 60 CPC retient ainsi que le tribunal examine d'office si les conditions de recevabilité sont remplies. Il doit théoriquement le faire dès réception de la demande, avant d'en assurer la notification au défendeur, à moins que l'existence d'un vice ne dépende de l'attitude du défendeur[99] (acceptation tacite en cas de for dispositif, art. 18 CPC, ou de compétence matérielle prorogeable, art. 8 CPC, renonciation au préalable de conciliation d'un commun accord, art. 199 al. 1 CPC, et clause compromissoire, art. 61 CPC), voire d'une requête de sûretés (art. 99 CPC). «Théoriquement», parce que le juge ne dispose souvent pas des éléments lui permettant d'aboutir à la conclusion qu'une condition de recevabilité fait défaut[100]. C'est en particulier le cas lorsqu'une demande est pendante ou qu'un jugement a déjà été rendu entre les mêmes parties et sur le même objet du litige[101].

Faute pour la demande de satisfaire aux conditions de recevabilité, le juge refuse d'entrer en matière et déclare la demande irrecevable (art. 59 al. 1 CPC). L'expression «conditions de recevabilité» est plus adéquate que celle de *«Prozessvoraussetzungen»*[102], dont elle est pourtant censée n'être qu'une traduction[103]. La notion est une création de la doctrine allemande du XIXe siècle[104], importée au XXe siècle en Suisse[105] et en Italie[106]. Elle est entrée dans le langage courant. Pourtant, le respect des *«Prozessvoraussetzungen»* n'est *pas une condition du procès,* mais uniquement de l'entrée en matière sur le fond[107]. Le droit d'accès au juge en matière civile au sens des articles 6 CEDH, 14 Pacte

99 Voir Reymond (note 78), p. 29.

100 Voir Reymond (note 78), p. 29.

101 FF 2006 6890.

102 Dans ce sens, Fabienne Hohl, Procédure civile, Tome I, Introduction et théorie générale, Berne 2001, p. 75 N° 303. Elle serait mieux rendue par l'expression «Sachbeurteilungsvoraussetzungen», voir Berti (note 53), p. 76, et Prozessentstehungs- und Sachbeurteilungsvoraussetzungen – Gedanken zu Art. 54 ff. des Vorentwurfs für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, in: Monique Jametti Greiner, Bernhard Berger et Andreas Güngerich (éd.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Berne 2005, p. 253–263. Selon Bernhard Berger et Andreas Güngerich, Zivilprozessrecht, Berne 2008, p. 181 (parmi beaucoup d'autres), on peut également parler d'*Eintretensvoraussetzungen* ou de *Sachurteilsvoraussetzungen.*

103 A noter que l'expression *fin de non-recevoir* est parfois utilisée comme traduction du terme allemand *Prozessvoraussetzung.* Voir par exemple Habscheid (note 34), p. 248–253; Bertossa/Gaillard/Guyet, N° 2b ad art. 97 LPC; le CPC bernois emploie l'expression dans sa version française (art. 191–192). Mais les deux notions, issues de systèmes différents, ne doivent pas être confondues.

104 On la doit à Oscar Bülow, Die Lehre der Processeinreden und der Processvorauszetzungen, Giessen 1868.

105 En particulier par Andreas Heusler, voir note 19. Il aura fallu bien des efforts du reste: comme le relève Heusler, l'ouvrage de Bülow (note 104) n'avait pas encore eu d'impact sur les législations dans les années 1910.

106 Voir Chiovenda (note 34), p. 92 s.

107 Berti (note 53), p. 76; Guldener (note 19), p. 220. En Allemagne, voir, par exemple, Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (note 40), N° 13 ad Grundz § 253 ZPO; MünchKomm ZPO-Ekkehard Becker-Eberhardt, 3e éd., Munich 2008, N° 2 ad Vor § 253 ZPO; Jauernig (note 34), p. 105.

ONU II et 29a Cst. féd. est garanti, que la demande soit recevable ou non. A moins qu'elle soit purement inexistante – l'on songe à une simple lettre de protestation adressée à un tribunal, sans que l'on puisse en déduire une prétention de son auteur à l'égard d'un tiers –, elle donne droit à son auteur d'obtenir d'un juge, indépendant et impartial, qu'il dise, dans un délai raisonnable, si elle est recevable ou non, et si tel est le cas, si son droit existe ou non[108].

b. La renonciation aux Prozesshindernisse et aux exceptions dilatoires

Le législateur a décidé de ne pas reprendre la distinction chère à la doctrine allemande, retenue en Suisse entre autres par GULDENER[109] et inscrite dans certains codes cantonaux[110], entre *Prozessvoraussetzungen* et *Prozesshindernisse*[111], selon que le vice doit être examiné d'office ou non. Toutefois, le Code traite spécifiquement de l'exception d'arbitrage, la plus typique des *Prozesshindernisse* en droit allemand, ce qui démontre les limites de l'approche retenue. Les *Prozesshindernisse* ne sont du reste qu'une réminiscence des exceptions dilatoires du droit commun auxquelles certains codes cantonaux sont restés attachés[112].

En droit coutumier, inspiré du droit romain, une distinction était en effet généralement opérée entre *exceptions dilatoires* et *exceptions péremptoires*[113]. Les premières avaient pour objet de différer le procès sans entraîner le rejet définitif de la demande. Elles regroupaient ainsi les exceptions relatives à l'instance, comme la demande viciée, la *cautio judicatum solvi,* ou encore l'incompétence et la litispendance, ces deux derniers moyens étant regroupés sous l'expression *fins de non procéder.* Les secondes étaient généralement réunies sous les vocables *fins de non-valoir* et *fins de non-recevoir* et tendaient à exclure définitivement la demande. On comptait toutefois parmi les exceptions péremptoires

108 Il s'agirait de la seule *«Prozessvoraussetzung»* au sens strict ou *«Prozessentstehungsvoraussetzung»* selon la terminologie de BERTI (note 102), p. 258, 262. Voir également en Italie CHIOVENDA (note 34), p. 93. Selon MANDRIOLI (note 17), p. 43 s., le seul *presupposto di esistenza del processo* est la saisine d'un tribunal.

109 GULDENER (note 19), p. 224–225.

110 Voir par exemple § 111 ZPO/ZH (incompétence); § 101 ZPO/LU (exception d'arbitrage et prorogation de for, entre autres; art. 95 ZPO/UR (exception d'arbitrage; prorogation de for; récusation; vice formel); art. 80 ZPO/SG (litispendance; exception d'arbitrage; prorogation de for). Voir également GEORG LEUCH, OMAR MARBACH, FRANZ KELLERHALS et MARTIN STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5e éd., Berne 2000, N° 1 a ad art. 191 ZPO.

111 SUTTER-SOMM (note 95), p. 315. Voir D.II.2.b–c, p. 223–226.

112 Voir en particulier les art. 58, 138–143 CPC/VD et 161–162 CPC/NE, et sur l'évolution de la législation neuchâteloise, BOHNET/SCHWEIZER (note 52), p. 24–27. Pour l'état de la question à la fin des années 1970, voir GULDENER (note 19), p. 225 et HABSCHEID (note 34), p. 248–251. HEUSLER (note 19), p. 280 s., relevait (et critiquait) déjà l'attachement des cantons au régime des exceptions dilatoires au début du siècle passé.

113 Voir par exemple à Neuchâtel, Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil (note 97), p. 147–150; MONVERT (note 97), p. 69–71. Pour des développements historiques, voir BÜLOW (note 34), p. 10–17; CHIOVENDA, *Saggi* (note 43), p. 149–177 et *Principii* (note 34), p. 269–277; GARSONNET/CÉZAR-BRU (note 17), 707–710 N 450–452; MOREL (note 17), p. 50–51.

des moyens de fond, comme l'objection de compensation, la prescription, le dol ou la crainte fondée[114]. Quant aux fins de non-valoir, elles correspondaient pour la plupart aux défenses relatives à l'action, soit l'intérêt et la qualité pour agir.

c. *L'énumération du Code*

L'article 59 al. 2 CPC donne une liste exemplative des conditions de recevabilité. Il faut, en particulier que:

a. le demandeur ou le requérant ait un intérêt digne de protection;
b. le tribunal soit compétent à raison de la matière et du lieu;
c. les parties aient la capacité d'être partie et d'ester en justice;
d. le litige ne fasse pas l'objet d'une litispendance préexistante;
e. le litige ne fasse pas l'objet d'une décision entrée en force;
f. les avances et les sûretés en garantie des frais de procès aient été versées.

L'énumération ne suit pas d'ordre particulier. Elle ne reprend pas de manière systématique l'ordre de traitement de ces différentes questions dans le Code, ni ne s'attache à l'origine du moyen – suivant qu'il trouve sa source dans l'objet du litige, la juridiction saisie ou les parties en cause par exemple[115]. Quant à la nature des moyens, elle n'est pas prise en compte, sans doute en raison du refus de toute typologie et de l'approche purement pragmatique. Tout au plus pourrait-on retenir que la condition de l'intérêt a été placée en première position en raison de son caractère général[116].

L'énumération est exemplative. Le législateur n'a pas visé l'exhaustivité. Il ne l'a du reste de loin pas atteinte. Ni l'immunité, ni la qualité pour agir, ni l'échéance des délais fixés pour agir en justice (déchéance), ni les vices formels, ni l'incapacité de postuler ou encore le défaut d'autorisation de procéder ne sont mentionnés[117]. Dans ces divers cas pourtant, le juge ne peut entrer en

---

114 Voir par exemple à Neuchâtel, Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil (note 97), p. 150.

115 C'est l'approche de la doctrine allemande, voir D.II.2.b, p. 223–226. En Suisse, voir déjà Heusler (note 19), p. 282, qui reprend les principes de Bülow (note 104), p. 5 s. Voir également Staehelin/Staehelin/Grolimund (note 26), p. 139 s., qui distinguent encore les conditions de recevabilité relatives à l'introduction de l'instance (validité formelle; conciliation préalable; avance de frais et sûretés; motivation de l'acte de recours). Guldener (note 19), p. 220 s., repris par Ernst Roduner, Prüfung der Prozessvoraussetzungen nach ZPO, Festschrift für den Aargauischen Juristenverein 1936–1986, Aarau/Francfort-sur-le-Main 1986, p. 95–104, ne distingue que les conditions de recevabilité relatives au tribunal et celles relatives aux parties, parmi lesquelles il mentionne également la litispendance et l'autorité de la chose jugée. Voir aussi Vogel/Spühler (note 77), p. 203. Quant à Hohl I (note 102), p. 76, elle distingue, au sein des conditions de recevabilité, les fins de non-recevoir dilatoires et les fins de non-recevoir péremptoires, quand bien même les notions de conditions de recevabilité et de fins de non-recevoir sont issues de systèmes différents, voir D. II, p. 219–229.

116 Dans ce sens, Sutter-Somm (note 95), p. 317.

117 Staehelin/Staehelin/Grolimund (note 26), p. 139 s., retiennent, en sus des conditions de recevabilité inscrites dans la loi, la compétence fonctionnelle, la qualité pour agir *(Prozessführungsbefugnis)*, la capacité de postuler, la validité formelle de la demande ou d'une modification

matière, la demande devant être déclarée irrecevable. Si le principe est généralement admis pour l'immunité et le défaut d'autorisation de procéder et souvent pour les vices formels irréparables, le sort de la qualité pour agir et de la déchéance, dont la nature juridique est controversée, est en revanche sujet à débats. Le Tribunal fédéral peine à la distinguer de la légitimation – soit la titularité du droit prétendu –, ce qui explique qu'il la traite comme une question de fond. Or la qualité (pour agir comme pour recourir) se rattache à l'action[118] – c'est le droit de prétendre à un droit –, si bien que son défaut aboutit à l'irrecevabilité de la demande. Nous y reviendrons[119].

L'énumération est complétée par l'article 61 CPC. Cette disposition traite de la clause compromissoire. Celle-ci conduit à l'irrecevabilité de la demande à moins que le défendeur n'entre en matière sur le fond sans émettre de réserve (art. 61 let. a CPC), que la clause ne soit manifestement pas valable ou inapplicable (art. 61 let. b CPC) ou encore que le tribunal arbitral, pour des raisons manifestement dues au défendeur de la procédure arbitrale, n'ait pas pu être constitué (art. 61 let. c CPC). Relevons ici que le non-respect des règles de for, dont les conséquences sont proches – il conduit à l'irrecevabilité de la demande, à moins d'une entrée en matière sur le fond sans réserve lorsque le for est dispositif –, ne s'est pas vu réserver de disposition particulière, ce qui témoigne une fois encore du refus d'une approche systématique sur ce thème.

d. Le traitement procédural

aa. Le principe

Le Code ne précise pas selon quelle procédure les conditions de recevabilité doivent être examinées par le juge. Le Message relève simplement qu'«[i]l n'est pas nécessaire de régler les détails de la procédure d'examen de la recevabilité, comme cela a été requis dans la procédure de consultation. Le juge examinera toujours la recevabilité d'entrée de cause et, si nécessaire, à tout moment par la suite, jusqu'à la décision finale, conformément à la pratique actuelle. Il peut même limiter le procès à la question de la recevabilité»[120]. On peut tirer divers principes de ce bref extrait du Message.

Tout d'abord, la règle générale de procédure civile selon laquelle *il suffit que les conditions de recevabilité soient réunies au moment du jugement,* reconnue

---

de la demande, l'autorisation de procéder et la présentation des moyens de recours. SUTTER-SOMM (note 95), p. 317, mentionne quant à lui les vices de forme, l'autorisation de procéder et l'immunité. Quant à REYMOND (note 78), p. 30 s., il indique les délais de procédure, en particulier ceux relevant de la LP, l'autorisation de procéder, l'admissibilité de la voie judiciaire et l'absence d'immunité de juridiction.

118 Voir C.II, p. 200–202.

119 Voir F.II, p. 290–296.

120 FF 2006 6891.

par la doctrine[121] et la jurisprudence[122], vaut également sous le nouveau régime[123]. Dès lors, si le tribunal constate au moment du jugement que toutes les conditions de recevabilité n'étaient pas encore remplies au début de la litispendance, mais qu'elles se sont réalisées en cours d'instance, le juge doit statuer au fond[124]. La règle doit être nuancée en matière de compétence[125].

Il revient cependant au demandeur d'*apporter les éléments* permettant de conclure au respect des conditions de recevabilité et ce, selon les règles procédurales applicables en matière de présentation des faits et des preuves[126]. Toutefois, lorsque la condition est négative (absence d'immunité, de litispendance, de décision entrée en force ou encore de capacité d'ester), c'est au défendeur d'apporter les éléments permettant au juge d'en prendre connaissance. Comme défense, le régime est plus souple. Le régime de l'invocation des moyens tirés du non-respect des conditions de recevabilité (sauf *Einlassung*[127]) est en effet identique au régime des moyens de droit: ils peuvent être invoqués *jusqu'à et y compris les plaidoiries finales* devant le premier juge (art. 232 CPC), puis lors d'un éventuel appel ou recours. Lorsqu'un plaideur a épuisé ses tours de parole (art. 232 al. 1 CPC), il ne peut plus invoquer formellement de tels moyens, et le juge devrait écarter une lettre contenant des propos de cet ordre, déposée après l'audience des débats. Mais dans la mesure où le moyen doit être retenu d'office, le tribunal demeure libre d'en tenir compte dans les faits.

Enfin, le non-respect des conditions de recevabilité peut théoriquement être relevé par les *deux parties*. Selon les circonstances, le moyen soulevé en cours ou en fin de procès pourrait cependant se révéler abusif[128]. L'article 52 CPC pose expressément que quiconque participe à la procédure doit se conformer aux règles de la bonne foi. Que le moyen doive être relevé d'office n'y change rien[129].

Nous reprendrons de manière plus complète le régime procédural des conditions de recevabilité au moment de leur examen particulier.

---

121 Berger/Güngerich (note 102), p. 184; Guldener (note 19), p. 229; Hohl I (note 102), p. 78 s. N° 321; Kummer (note 31), p. 87; Staehelin/Staehelin/Grolimund (note 26), p. 141; Sutter-Somm (note 95), p. 316; Vogel/Spühler (note 77), p. 206 N 85.

122 ATF 133 III 539 consid. 4.4, RSPC 2007 363: le principe relève du droit fédéral si la condition de recevabilité du procès qu'il y a lieu d'observer en vertu dudit principe découle du droit fédéral; ATF 127 III 41 consid. 4c, JdT 2000 I 98.

123 Voici un premier exemple d'un principe général auquel il faut se référer pour déterminer la portée d'une règle esquissée par le Code. Sur cette question, voir B.III, p. 197 s.

124 ATF 133 III 539 consid. 4.3, RSPC 2007 363.

125 Voir E.II.2.b.dd, p. 248 s.

126 TF (21.11.2005) consid. 4.3, RSPC 2006 138 et 264 (intérêt); ATF 66 II 15 (compétence locale). Voir sur ce point la critique de Martin Sarbach, note in RSPC 2006 266.

127 Voir E.II.2.a.bb, p. 243–245.

128 Voir Francesco Trezzini, note in RSPC 2006 140, et les réf; voir également E.II.2.b.cc, p. 248.

129 ATF 105 II 149 consid. 3, JdT 1980 I 177. Voir E.II.1.b.cc, p. 248.

bb. Devant l'autorité de conciliation

En procédure civile suisse, le procès débute, sauf exception (art. 198 CPC), par une requête de conciliation déposée auprès de l'autorité de conciliation désignée par le canton (art. 197 CPC). Celle-ci doit-elle vérifier le respect par le requérant des conditions de recevabilité? La question, qui n'est pas même abordée par le Message, mérite une réponse nuancée. Si les articles 59 à 61 CPC s'adressent au tribunal (art. 59 al. 1 CPC: «Le tribunal n'entre en matière [...]»), les principes qu'ils posent valent *a priori* également pour l'autorité de conciliation[130], en tant qu'ils concernent la validité de l'instance. Celle-ci peut du reste formuler une proposition de jugement dans certaines hypothèses (art. 210 CPC), voire même statuer au fond sur requête du demandeur lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 2 000.– (art. 212 CPC). Dans ce dernier cas, il va de soi que l'autorité doit s'assurer du respect des conditions de recevabilité avant de rendre une décision sur le fond.

Il convient cependant de tenir compte de la *portée de la règle* dont le respect est remis en cause et de la *probabilité* que celle-ci n'ait pas été respectée. La procédure de conciliation étant conçue comme un préalable au débat judiciaire, lors duquel l'autorité de conciliation «tente de trouver un accord entre les parties de manière informelle», il ne faut pas que l'examen de questions procédurales remette en cause sa fonction propre.

Seules les conditions de recevabilité propres à l'instance entamée par le dépôt de la requête de conciliation doivent à notre sens retenir l'attention particulière de l'autorité de conciliation.

Ainsi, l'autorité de conciliation se laissera guider par son bon sens et n'entrera pas en matière sur les requêtes pour lesquelles elle est *manifestement incompétente, à raison du lieu ou de la matière.* L'article 63 al. 1 CPC, selon lequel, lorsque l'acte introductif d'instance retiré ou déclaré irrecevable pour cause d'incompétence est réintroduit dans le mois qui suit le retrait ou la déclaration d'irrecevabilité devant le tribunal ou l'autorité de conciliation compétent, l'instance est réputée introduite à la date du premier dépôt de l'acte, devrait trouver application dans un tel cas. En revanche, si la question de la compétence est ouverte, l'autorité de conciliation citera les parties à son audience[131].

---

130 Dans ce sens, Pierre Scyboz, les parties et leurs représentants dans le Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008: Bref aperçu, Revue de l'avocat 2009 13–17, p. 13. Plus tranchés (en faveur d'un examen), Jacques Haldy, Les procédures spéciales, Revue de l'avocat 2008 327–332, p. 328; Denis Tappy, Le déroulement de la procédure, in Suzana Lukic (éd., note 26), p. 176. Contra: Reymond (note 78), p. 27 s.

131 Sous l'empire du Code de procédure civile français de 1806 avant la suppression du préalable obligatoire de conciliation, le juge de paix ne pouvait en aucun cas statuer sur sa propre compétence, il devait le cas échéant constater l'échec de la conciliation, la validité du préalable de conciliation devant être tranchée par le tribunal, voir Garsonnet/Cézar-Bru (note 17), p. 290 N° 176.

Le cas échéant, elle délivrera une autorisation de procéder si les parties ne trouvent pas d'accord.

L'article 202 al. 1 CPC retient que la requête peut être déposée par écrit (art. 130 CPC) ou dictée au procès-verbal à l'autorité de conciliation. Si le requérant dépose un *acte vicié formellement* (absence de signature par exemple), l'autorité lui demandera de régulariser la situation (art. 132 CPC, qui s'applique à l'ensemble des actes des parties), à défaut de quoi la demande pourrait être déclarée irrecevable[132].

La même procédure devrait s'appliquer lorsque le requérant n'est pas représenté par une *personne autorisée* à intervenir en conciliation ou en cas de doute sur l'*exercice des droits civils* du requérant.

Constitue également une condition de recevabilité relative à l'instance de conciliation le respect, par la locataire demandant une *baisse de loyer,* de la procédure préalable entre les parties prévue par la loi (art. 270a al. 2 CO: «[...] Si le bailleur ne donne pas suite à la demande, qu'il ne l'accepte que partiellement ou qu'il ne répond pas dans le délai prescrit, le locataire peut saisir l'autorité de conciliation dans un délai de 30 jours»), sauf les exceptions prévues par loi (art. 270a al. 3 CO) et, de manière restrictive, par la jurisprudence[133]. Si l'autorité de conciliation ne relève pas ce vice, il devra l'être par le tribunal[134].

Si le défendeur se prévaut de l'immunité, de la litispendance, ou d'un vice relatif à l'action[135] comme l'autorité de la chose jugée, l'absence d'intérêt, le défaut de qualité pour agir ou pour défendre ou la déchéance, l'autorité tentera la conciliation, ces points devant être tranchés par le juge.

e. La justification du système retenu

A lire le Message, la question des conditions de recevabilité n'a pas fait l'objet d'un long débat théorique. Pour le Conseil fédéral, qui traite du sujet sur une page à peine, les dispositions consacrées aux conditions de recevabilité correspondent au droit en vigueur[136]. Pourtant, les systèmes cantonaux demeurent très variés[137] et la notion de condition de recevabilité, d'origine allemande[138], est généralement inconnue des textes romands de tradition française[139]. On peut

132 Voir E.VI.4.c.cc, p. 276.

133 Voir ATF 132 III 702, JdT 2007 I 47 et la critique de Bastien Sandoz, RSPC 2007 22.

134 Comp. ATF 132 III 702, JdT 2007 I 47.

135 Voir C.II, p. 200–203.

136 FF 2006 6890. Voir aussi le rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts de juin 2003, p. 35.

137 Voir Guldener (note 19), p. 226–229, pour l'état des législations cantonales à la fin des années 1970. Voir également Reymond (note 78), p. 28 s.

138 Voir D.II.2, p. 222 s.

139 Comp. le titre VI LPC/GE, qui traite des «[m]oyens de défense dirigés contre l'instance et sûretés», dont l'art. 97, al. 1 et 2, a la teneur suivante: «[1]L'exception d'incompétence territoriale et celle fondée sur une clause arbitrale doivent être présentées, sous peine de déchéance, à l'audience d'introduction. [2]Les autres moyens de défense dirigés contre l'instance doivent, sous

certes y rattacher le concept d'exceptions de procédure, mais celles-ci supposent en principe un moyen du défendeur[140], sauf ordre public. Ainsi, s'il est communément admis que le respect des *Prozessvoraussetzungen* conditionne l'entrée en matière du tribunal (art. 59 al. 1 CPC)[141], savoir si celles-ci doivent ou peuvent être prises en compte d'office (art. 60 CPC) ou uniquement lorsque le défendeur les invoque dépend en revanche souvent des droits cantonaux[142].

Il est de plus difficile de déterminer de quelle manière la liste des conditions de recevabilité a été arrêtée[143]. Comme le relève le Message, elle comprend l'énumération des principes de procédure ayant trait à la recevabilité de la demande et qui ont fait l'objet d'une jurisprudence du Tribunal fédéral, à savoir l'intérêt[144], la capacité d'ester[145] et l'autorité de la chose jugée[146], ou d'une codification, en particulier la compétence locale (art. 34 LFors) et la litispendance (art. 35 LFors). Quant aux autres exemples donnés, si la compétence matérielle est retenue dans les divers droits cantonaux (que l'on y parle de *Prozessvoraussetzungen* ou d'exceptions de procédure), en revanche le défaut de paiement des avances et des frais n'est pas considéré partout comme une condition de recevabilité à part entière[147]. S'il est vrai qu'une liste exhaustive des conditions de recevabilité n'est pas indispensable[148], une énumération plus complète n'aurait pas été superflue, compte tenu des hésitations fréquentes dans ce domaine. Les

---

peine de déchéance, être présentés simultanément et avant toute défense au fond, en tête de l'écriture de défense par le défendeur, en temps diligent par les autres parties», ainsi que CJ/GE (20.11.1987) SJ 1988 85. Voir également le chapitre 2, titre II, CPC/NE, intitulé «[d]es moyens préjudiciels», et dont les art. 161 et 162 CPC/NE traitent respectivement des exceptions de procédure et des fins de non-recevoir, voir BOHNET/SCHWEIZER (note 52), p. 13–76. L'art. 133 CPC/VS traite des exceptions de procédure. Son alinéa 1 les définit de la manière suivante: «[l]›exception de procédure est le moyen de défense de la partie qui, refusant d'entrer en matière sur le fond, invoque une inobservation des règles de la procédure dans l'instance engagée». Quant à l'art. 138 al. 1 CPC/VD il retient que «[l]›exception de procédure est le moyen de défense de la partie qui, refusant d'entrer en matière sur le fond, invoque une inobservation des règles de la procédure dans l'instance engagée».

140 Voir SUTTER-SOMM (note 95), p. 315.

141 Voir, pour l'intérêt pour agir par exemple, ATF 110 II 352 consid. 2c, JdT 1985 I 354.

142 Voir SUTTER-SOMM (note 95), p. 315, et pour l'état des droits cantonaux à la fin des années 1970, GULDENER (note 19), p. 226–229, ainsi que HABSCHEID (note 34), p. 251–253. Voir, pour l'autorité de la chose jugée par exemple, ATF 109 II 28 consid. 2a, JdT 1983 I 262.

143 Retenir, comme le propose SUTTER-SOMM (note 95), p. 317, que le législateur s'est concentré sur les conditions de recevabilité centrales supposerait de dégager un critère permettant de délimiter ce qui est central de ce qui ne l'est pas. Il fait manifestement défaut. Une approche purement empirique démontre d'ailleurs que la question des vices de forme est tout aussi importante en pratique que celle relative à la compétence par exemple.

144 ATF 110 II 352, JdT 1985 I 354.

145 ATF 77 II 9 consid. 1; 42 II 555 consid. 1.

146 ATF 95 II 640, JdT 1971 I 362.

147 Comp. par exemple art. 137 CPC/FR. Selon LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI (note 110), N° 1a et 2 ad art. 191 ZPO, il s'agit d'une *prozesshindernde Einrede*, comme l'exception d'arbitrage ou de prorogation de for, puisqu'elle suppose une exception du défendeur.

148 Voir GULDENER (note 19), p. 223.

droits cantonaux et la doctrine[149] divergent tant sur ce thème qu'il est difficile de soutenir avec GULDENER que les conditions de recevabilité découlent de la nature des choses[150].

4. *Les défenses au fond*

Le Code traite indirectement des défenses au fond, soit les moyens qui tendent à faire déclarer la demande mal fondée, en mentionnant de quelle manière le défendeur répond au demandeur (art. 219 et 222 CPC), jusqu'à quel stade il peut alléguer des faits et proposer de nouvelles preuves (art. 229 CPC) ou encore développer des arguments de droit (art. 232 CPC). Il précise que le défendeur doit mentionner dans sa réponse quels faits il conteste (art. 222 al. 2 CPC) et sur quels faits il se fonde (art 222 al. 2 CPC, qui renvoie à l'art. 221 CPC). On retrouve ainsi les deux premières catégories de défenses au fond, soit la contestation des faits (ou du droit) allégués et les objections. Quant aux exceptions de droit civil, elles ne sont pas traitées de manière spécifique. Leur régime doit dès lors être déduit des règles générales et de l'économie du Code. Il en sera question plus bas[151].

II. Eléments de droit comparé

Le législateur suisse a opté pour une approche exclusivement pragmatique des moyens de défense[152]. Il n'a pas jugé utile de les définir, voire de les hiérarchiser. Au moment de les analyser, il est pourtant nécessaire de les aborder dans une structure logique, si l'on veut aboutir à une méthode générale et s'éloigner du pur empirisme. Alors même que le législateur suisse n'a pas estimé nécessaire de procéder à un examen détaillé des législations qui nous entourent avant de codifier le droit de procédure civile suisse[153], quelques repères de droit comparé nous paraissent nécessaires avant de développer plus avant notre analyse des moyens de défense en procédure civile suisse. Cet examen nous sera également utile pour la discussion de divers points controversés, qui seront étudiés au moment de présenter de manière détaillée les diverses défenses.

---

149 Comp. par exemple LEUCH/MARBACHKELLERHALS/STERCHI (note 110), N° 3 ad art. 192 ZPO, STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 140, GULDENER (note 19), p. 222, et HABSCHEID (note 34), p. 253, tous d'un avis différent concernant les vices formels.

150 GULDENER (note 19), p. 223. Voir d'ailleurs sa description des diverses solutions cantonales, p. 226–229.

151 Voir G.V, p. 315–320.

152 Voir D.I.1, p. 205 s.

153 Le Message s'en tient à évoquer sur quelques pages les grandes tendances actuelles, voir FF 2006 6866–6873.

1. La France

a. La typologie retenue

Le Code de procédure civile français[154] (CPC fr.) propose, au titre V du livre 1er, une division tripartite des moyens de défense – obéissant en principe à un régime propre –, miroir des trois notions que sont le droit substantiel, l'action et la demande. Il distingue les défenses au fond (art. 71–72 CPC fr.), les exceptions de procédure (art. 75–121 CPC fr.) et les fins de non recevoir (art. 122–126 CPC fr.), suivant que le moyen s'oppose au fond, à l'action ou à l'instance, dont il n'hésite pas à donner des *définitions précises*[155]. Cette approche est intimement liée au concept d'action qui, nous l'avons vu, a été consacré à l'art. 30 CPC fr.[156].

b. Les exceptions

Les exceptions tendent à faire ajourner la discussion immédiate de la demande. Aux termes de l'article 73 CPC fr., «[c]onstitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours». Se rattachent à cette catégorie, notamment, l'exception d'incompétence (art. 75–99 CPC fr.), les exceptions de litispendance et de connexité (art. 100–107 CPC fr.), celles qui tendent à une suspension de la procédure jusqu'à l'expiration d'un certain délai au cours duquel le défendeur pourra prendre des mesures destinées à aménager sa situation procédurale (exceptions dilatoires des art. 108–111 CPC fr.), ou encore l'exception de nullité, qui a pour objet de faire prononcer la nullité d'un acte en raison de l'irrégularité formelle dont il est entaché (art. 112–121 CPC fr.). *«Dans le dessein d'éviter la chicane»*[157], les exceptions doivent être invoquées immédiatement et cumulativement, avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir, sous peine de for-

---

154 Le Code de procédure civile français du 14 avril 1806 a été abrogé par la Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007. Ainsi, le nouveau Code de procédure civile, institué par le décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, est désormais le «Code de procédure civile».

155 Voir Cornu/Foyer (note 37), p. 373.

156 Voir C.II, p. 200; Cornu/Foyer (note 37), p. 368. Sur cette division tripartite, voir déjà Ernest Désiré Glasson et Albert Tissier, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, Tome premier, Paris 1925, p. 575: «Entre les exceptions de procédure et les défenses au fond, il y a un autre groupe de moyens de défense qui se rapproche des exceptions de procédure, tout en s'en distinguant cependant d'une façon essentielle. Il comprend les moyens de non recevabilité ou fins de non recevoir. On ne s'attaque pas à la procédure ni non plus au droit prétendu, pour le nier directement ou le combattre indirectement. On s'attaque au droit d'action: sans s'occuper du droit lui-même sur lequel la demande est fondée, on dit que le demandeur n'a pas le droit d'action: par exemple on dit que celui qui agit est irrecevable faute d'intérêt ou de qualité, ou que le recours formé contre un jugement est irrecevable comme tardif».

157 Cornu/Foyer (note 37), p. 372; Serge Guinchard (éd.), Droit et pratique de la procédure civile, 5e éd., Paris 2006, p. 430 N 192.70.

clusion (art. 74 CPC fr.), sauf exceptions[158]. Le principe vaut alors même que les règles invoquées au soutien de l'exception relèvent de l'ordre public[159].

c. *Les fins de non-recevoir*

Les fins de non-recevoir rassemblent les moyens par lesquels le défendeur, sans contester directement le droit allégué par son adversaire, soutient que le juge n'a pas le pouvoir d'examiner la demande parce que celle-ci est irrecevable faute d'action[160]. L'article 122 CPC fr. en donne une liste considérée comme non limitative[161]: le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, l'expiration d'un délai préfix et l'autorité de la chose jugée. Le législateur et la jurisprudence l'ont sans doute élargie à l'excès, en retenant par exemple que c'est une fin de non-recevoir qui doit être opposée au plaideur qui ne publie pas sa demande au bureau des hypothèques, dans les actions en nullité ou en résolution affectant des droits immobiliers[162]. Le non-respect d'une clause de conciliation préalable a finalement été considéré comme ouvrant la voie à une fin de non-recevoir en chambre mixte, après avoir donné lieu à une divergence de jurisprudence entre les Chambres civiles de la Cour de cassation[163]. *A priori,* le vice est plutôt relatif à l'instance[164]. Seule une vision très large de l'intérêt peut justifier que l'on rattache, «par souci d'éviter la chicane», le défaut de conciliation préalable à un vice de l'action.

Selon l'article 123 CPC fr., les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt. De plus, les fins de non-recevoir qui ont un caractère d'ordre public, comme le défaut d'intérêt («pas d'intérêt, pas d'action»), le défaut de qualité ou la chose jugée, peuvent être relevées d'office par le juge (art. 125 al. 2 CPC fr., dans sa teneur au 20 août 2004). En revanche, le juge ne peut pas suppléer d'office le moyen tiré de la prescription (art. 2223 CC fr.).

Ainsi, le régime procédural des fins de non-recevoir s'apparente dans une large mesure à celui des défenses au fond, mais celles-ci ont un autre objet, en ce qu'elles portent sur le fond du droit, et non sur le droit au prononcé d'un jugement au fond. Cependant, les jugements accueillant une fin de non-recevoir, au contraire de ceux qui admettent une exception, sont revêtus de l'autorité de la chose jugée et font obstacle à un nouvel exercice de la même action[165].

---

158 Voir les art. 74 al. 3, 103 et 111 CPC fr.
159 Voir Guinchard (note 157), p. 431 N 192.72.
160 Voir Cornu/Foyer (note 37), p. 370.
161 Voir Guinchard (note 157), p. 434 N 193.12.
162 Voir Décret du 4 janvier 1955, art. 28; Guinchard (note 157), p. 434 N 193.12.
163 Cass. Ch. Mixte, 14 février 2003. Voir Guinchard (note 157), p. 434 N 193.15.
164 Voir C.I, p. 199; E.V.b, p. 268.
165 Voir Guinchard (note 157), p. 434 N 193.12.

d. *Les défenses au fond*

Les défenses au fond regroupent les moyens par lesquels le défendeur entend faire rejeter la demande au motif que celle-ci est mal fondée, soit parce que le droit allégué par l'adversaire n'existe pas ou plus, soit parce qu'il n'a pas l'étendue que celui-ci lui attribue[166]. Elles sont expressément définies par l'article 71 CPC fr.: «Constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire».

Sont ainsi des défenses au fond le moyen tiré du fait que la dette prétendue a été éteinte par paiement ou compensation, ou que l'une des conditions de la responsabilité civile alléguées n'est pas remplie.

La défense est l'antithèse de la demande en justice. L'une et l'autre se présentent comme l'aspect positif et négatif du droit invoqué par le biais de l'action, exercée elle-même par la demande. Le droit français ne connaît pas la catégorie spécifique des exceptions de droit civil[167]. La prescription est envisagée comme une fin de non-recevoir[168].

La caractéristique procédurale la plus marquante des défenses consiste en ce qu'elles peuvent être invoquées à tout stade de la procédure jusqu'à la clôture des débats, même en appel et en cassation, dans la mesure où elles ne constituent pas un moyen nouveau (art. 72 CPC fr.) et sous réserve d'un éventuel abus de droit[169].

2. *L'Allemagne*

a. *La typologie retenue*

Quelles sont les défenses en procédure civile allemande *(Verteidigungsmitteln)*? En partant du constat que le procès civil tend au prononcé d'une décision statuant définitivement sur le ou les droits litigieux, le Code de procédure civile allemand (CPC all.) propose une division entre les moyens ou les circonstances qui font obstacle, provisoirement ou définitivement, à un tel prononcé, et ceux qui n'ont d'incidence que sur le contenu du jugement au fond (§ 282, 296 CPC all.).

Les premiers, qui aboutissent à l'irrecevabilité de la demande, sont rassemblés sous le concept général de *Zulässigkeitsvoraussetzungen,* et sont subdivisés en «conditions de l'instance» *(Prozessvoraussetzungen)* et en «obstacles à

166 Voir Cornu/Foyer (note 37), p. 368 s.

167 Voir par exemple Cornu/Foyer (note 37), p. 368–369; Serge Guinchard et Frédérique Ferrand, Procédure civile, 29e éd., Paris 2008, p. 200–202; Guinchard (note 157), p. 425 N 191.11.

168 Voir Guinchard (note 157), p. 28 N 104.11.

169 Voir Guinchard (note 157), p. 425 N 191.21.

la procédure» *(Prozesshindernisse)*[170]. Les seconds constituent les moyens de fond, par quoi on entend la simple dénégation des allégations de la partie adverse, et les exceptions au sens du CPC all., qui regroupent les objections *(Einwendungen* au sens du BGB) et les exceptions de droit civil *(Einreden* au sens du BGB)[171].

S'agissant des *Prozessvoraussetzungen,* la terminologie usuelle remonte à Oscar Bülow[172], et elle s'est maintenue jusqu'à ce jour[173], même s'il est admis unanimement[174] qu'elle est malencontreuse puisque les «conditions de l'instance» ne sont précisément pas des conditions de l'instance, car s'il en manque une ou plusieurs, il y aura néanmoins une instance, qui se conclura par un refus de statuer au fond. Mieux vaudrait donc dire «conditions d'un prononcé au fond» *(Sachurteilvoraussetzungen)*[175]. Il en va de même des *«Prozesshindernisse»,* qui ne paralysent pas la procédure ou l'instance elle-même, mais la font dévier de son cours naturel. De plus, certains de ces moyens ne concernent pas l'instance prise dans son ensemble, mais seulement certaines phases (les conditions de recevabilité d'un recours par exemple) ou certains aspects particuliers de celle-ci (les conditions d'admission d'une requête d'intervention par exemple).

Dans le système allemand, les *Prozessvoraussetzungen* doivent être vérifiées d'office, alors que les *Prozesshindernisse* ne sont prises en considération que sur demande d'une partie[176].

b. Les Prozessvoraussetzungen

Les *Prozessvoraussetzungen* sont souvent réparties par la doctrine en trois groupes: celles qui se rapportent à la juridiction, celles qui concernent les parties et celles qui ont trait au litige lui-même[177].

---

170 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (note 40), N° 18–19 ad Grundz § 253 ZPO; MünchKommZPO-Becker-Eberhardt (note 107), N° 1 ad Vor § 253 ZPO; Jauernig (note 34), p. 104 s.

171 Jauernig (note 34), p. 141–143.

172 Die Lehre der Processeinreden und der Processvorauszetzungen, Giessen 1868.

173 Voir, par exemple, Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (note 40), N° 13 ad Grundz § 253 ZPO; MünchKommZPO-Becker-Eberhardt (note 107), N° 1 ad Vor § 253 ZPO; Jauernig (note 34), p. 104 s.; Richard Zöller/Reinhard Greger, Zivilprozessordnung, 26e éd., Cologne 2007, N° 9 ad Vor § 253 ZPO.

174 Déjà à l'époque de Goldschmidt (note 34), p. 5, et les réf. en note 22 et 32.

175 Voir Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (note 40), N° 13 ad Grundz § 253 ZPO; MünchKommZPO-Becker-Eberhardt (note 107), N° 2 ad Vor § 253 ZPO et Jauernig (note 34), p. 104 s., également critiques à l'égard de cette expression.

176 Voir MünchKommZPO-Becker-Eberhardt (note 107), N° 1 ad Vor § 253 ZPO et Jauernig (note 34), p. 104 s.

177 Voir MünchKommZPO- Becker-Eberhardt (note 107), N° 6–12 ad Vor § 253 ZPO et Jauernig (note 34), p. 105 s. Zöller/Greger (note 173), N° 12–13 ad Vor § 253 ZPO, distinguent les *persönliche* et les *sachliche Prozessvoraussetzungen.*

Font partie du *premier groupe*[178] l'existence du pouvoir de juger des tribunaux allemands, relativement à l'objet du litige ou aux parties (soit l'absence d'immunité), l'admissibilité de la voie judiciaire civile, par opposition à la voie pénale ou administrative, la compétence internationale, ainsi que locale, matérielle et fonctionnelle[179]. En revanche, ne constitue pas une *«Prozessvoraussetzung»* la régularité de la composition du tribunal, car un juge inhabile doit renoncer à toute activité juridictionnelle; il ne peut prendre aucune décision concernant le litige, sinon celle de se démettre[180].

Le *deuxième groupe* rassemble les conditions se rapportant à l'existence des parties *(Existenz der Parteien)*, leur capacité d'être partie *(Parteifähigkeit)* et de procéder *(Prozessfähigkeit)*, la qualité pour agir *(Prozessführungsrecht* ou *Prozessführungsbefügnis)*, le cas échéant l'existence d'un rapport de représentation légale, mais pas leur capacité de revendiquer en justice *(Postulationsfähigkeit)*[181]. En effet, si une partie ou son représentant n'est pas admis à saisir valablement un tribunal (par exemple un prétendu représentant qui ne serait pas avocat), l'assignation ne serait pas notifiée du tout et il n'y aurait pas d'instance *(Prozesshandlungsvoraussetzung)*[182]. Quant à la légitimation *(Sachlegitimation)*, elle se distingue de la qualité pour agir *(Prozessführungsbefügnis)* et ne constitue qu'un moyen de fond[183].

Le *troisième groupe* réunit l'absence de litispendance et la non-existence d'un jugement entré en force entre les mêmes parties sur le même objet, l'intérêt à la sanction judiciaire du droit litigieux *(Rechtsschutzinteresse* et *Statthaftigkeit)*, la régularité formelle de la demande *(Ordnungsmässigkeit)*[184] et le respect des délais pour agir *(Einhaltung der Klagefrist)*[185]. Il y a controverse sur le point de savoir si le droit de faire valoir une prétention en justice *(Klagbarkeit,*

178 Voir MünchKommZPO-Becker-Eberhardt (note 107), N° 7 ad Vor § 253 ZPO et Jauernig (note 34), p. 105.

179 Une même autorité peut en effet fonctionner en tant que juridiction de première instance ou comme instance de recours (comme le Tribunal fédéral qui, en matière civile, peut statuer en instance unique ou comme autorité de recours); sa compétence fonctionnelle ne sera pas la même dans les deux hypothèses.

180 Voir Jauernig (note 34), p. 105.

181 Voir MünchKommZPO-Becker-Eberhardt (note 107), N° 8 ad Vor § 253 ZPO et Jauernig (note 34), p. 105.

182 Voir MünchKommZPO-Becker-Eberhardt (note 107), N° 8 ad Vor § 253 ZPO et Jauernig (note 34), p. 105. Si la capacité de revendiquer disparaît en cours d'instance (par suite d'un retrait du brevet d'avocat par exemple), les actes subséquents de la personne en cause seront tenus pour non avenus et la procédure se poursuivra par défaut, avec à la clé, le cas échéant, un jugement au fond.

183 MünchKommZPO-Becker-Eberhardt (note 107), N° 9 ad Vor § 253 ZPO; Zöller/Greger (note 173), N° 25 ad Vor § 253 ZPO.

184 Y compris la question de la validité des pouvoirs du représentant en justice. A la différence de celui qui n'a pas la capacité de revendiquer en justice, le représentant sans pouvoir n'est privé que d'une délégation, voire d'une délégation formellement régulière. Voir Jauernig (note 34), p. 106.

185 Voir MünchKommZPO-Becker-Eberhardt (note 107), N° 10 ad Vor § 253 ZPO.

action dans notre terminologie) est une *«Prozessvoraussetzung»*, comme le retient la doctrine majoritaire[186], ou une condition de fond[187]. Le *Bundesgerichtshof* a considéré à plusieurs reprises qu'il s'agissait d'une condition de recevabilité[188]. L'absence d'action peut être définitive ou temporaire (en cas de *pactum de non petendo* ou de clause de conciliation préalable par exemple)[189].

Si en principe les moyens de procédure doivent être soulevés cumulativement et avant les débats au fond (§ 282 al. 3 CPC all.), l'absence des *Prozessvoraussetzungen* doit être relevée d'office et peut l'être en tout état de cause par le tribunal[190]. Celui-ci n'est toutefois pas tenu de se livrer à des investigations de sa propre autorité lorsqu'il y a un doute sur la recevabilité de la demande. Il ne se fonde en principe que sur les allégations et les preuves des parties et, en cas d'incertitude, applique sauf exception les règles ordinaires de répartition du fardeau de la preuve[191].

L'ordre dans lequel les conditions de l'instance doivent être examinées a donné lieu à d'abondantes controverses. En pratique, les tribunaux vont volontiers du plus simple au plus compliqué, même si la logique imposerait un certain ordre, au moins dans certains cas. Si par exemple la voie judiciaire civile est douteuse, cette question devrait être examinée avant celle de la compétence matérielle ou territoriale, puisque si la voie civile est exclue, aucun tribunal civil ne sera compétent pour se saisir d'un litige qui échappe à la juridiction civile[192].

En règle générale, il suffit que les conditions de l'instance soient réunies lors de la dernière audience de débats oraux. En revanche, lorsque les facteurs établissant la compétence du tribunal étaient acquis au départ, une modification ultérieure des circonstances n'affecte pas la validité de la demande *(perpetuatio fori)*[193].

Si les conditions de recevabilité ne sont pas réunies, le tribunal déclare la demande irrecevable *(Prozessabweisung)*[194]. Le Tribunal peut décider de statuer

---

186 Voir BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN (note 40), N° 25 ad Grundz § 253 ZPO; MünchKommZPO-BECKER-EBERHARDT (note 107), N° 10 ad Vor § 253 ZPO, et les réf.; JAUERNIG (note 34), p. 106.

187 L'opinion dissidente se fonde sur le fait qu'un jugement niant le droit de faire valoir un droit en justice constate définitivement que la prétention alléguée est inconsistante, ce qui le rapproche d'un jugement au fond.

188 BGH (23.11.1983) 1984 669 et les références.

189 Voir MünchKommZPO-BECKER-EBERHARDT (note 107), N° 10 ad Vor § 253 ZPO; JAUERNIG (note 34), p. 106; BGH (18.11.1998) NJW 1999 647 (clause de conciliation préalable).

190 Voir JAUERNIG (note 34), p. 108; MünchKommZPO-PRÜTTING, (note 107), N° 33–35 ad § 282 ZPO.

191 Voir BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN (note 40), N° 17 ad Grundz § 282 ZPO; MünchKommZPO-BECKER-EBERHARDT (note 107), N° 15–16 ad Vor § 253 ZPO; JAUERNIG (note 34), p. 106.

192 Voir MünchKommZPO-BECKER-EBERHARDT (note 107), N° 18 ad Vor § 253 ZPO; JAUERNIG (note 34), p. 107.

193 Voir MünchKommZPO-BECKER-EBERHARDT (note 107), N° 16 ad Vor § 253 ZPO JAUERNIG (note 34), p. 107.

194 Voir JAUERNIG (note 34), p. 106 s.

séparément sur ce point (§ 280 al. 1 CPC all.). Sa décision à cet égard n'est pas susceptible de recours[195].

c. *Les Prozesshindernisse*

La catégorie des *«Prozesshindernisse»* regroupait sous l'ancien texte du § 274 CPC all. divers moyens que le défendeur pouvait et devait soulever s'il entendait obtenir un refus d'entrée en matière, immédiatement (dans le cas de l'exception d'arbitrage par exemple) ou éventuellement, si la partie adverse ne régularisait pas sa situation en temps utile (requête de *cautio judicatum solvi).* L'imparfait se justifie non seulement parce qu'une novelle tendant à l'accélération et à la simplification de la procédure, du 3 décembre 1976, a supprimé ce terme et a rassemblé les notions de *«Prozessvoraussetzungen»* et de *«Prozesshindernisse»* sous l'expression *«Rügen, die die Zulässigkeit der Klage betreffen»* (griefs se rapportant à la recevabilité de la demande)[196], mais aussi parce que des moyens qui entraient jusque-là dans la catégorie des *«Prozesshindernisse»,* il ne subsiste désormais plus que l'exception d'arbitrage, la sanction qui s'attache aux autres n'étant plus l'irrecevabilité de la demande. La doctrine n'a pas manqué de relever que la nouvelle terminologie n'est pas très heureuse, puisqu'elle suggère faussement que l'examen des *Prozessvoraussetzungen* n'aurait lieu qu'en cas de contestation, alors que tel est le cas seulement des *Prozesshindernisse*[197].

On voit donc que la notion d'action, telle qu'elle est comprise en droit français[198], est absente des classifications qui ont cours en Allemagne, mais que sa spécificité est tout de même ressentie, comme l'illustre la controverse relative au sort qui doit être réservé aux *«unklagbare Ansprüche».* Il ne faut d'ailleurs pas surestimer les implications pratiques de cette différence de conception, s'agissant du résultat auquel conduit l'admission d'un moyen de défense procédural: la délimitation de l'autorité attachée à une telle décision compte plus que la rubrique à laquelle se rattache le motif qui l'a provoquée. Et à cet égard, les systèmes français et allemand ne nous semblent pas très éloignés. Cette remarque ne vaut pas en revanche pour ce qui est du régime de l'invocation ou de la prise en considération des causes d'irrecevabilité, ni de leur traitement procédural.

d. *Les défenses au fond*

S'il ne fait pas valoir de défense procédurale, le défendeur doit contester, au fond, la prétention du demandeur. Il peut, sur la base des faits allégués par le demandeur, et au terme de son analyse juridique, faire valoir que la prétention

195 Voir JAUERNIG (note 34), p. 108.
196 Voir § 282 al. 3, 296 al. 3, 340 al. 3 ch. 1 CPC all.
197 Voir JAUERNIG (note 34), p. 108.
198 Voir D.II.1.a, p. 220.

n'est pas fondée; il peut contester les fait allégués *(nein)* ou encore faire valoir des faits distincts *(ja, aber)*, dont il découle que le droit prétendu n'existe pas ou n'existe plus (exceptions au sens du CPC all.). Les exceptions au sens du CPC all. regroupent les objections *(Einwendungen* du BGB) et les exceptions de droit civil *(Einreden* du BGB)[199]. Elles se fondent sur des faits dirimants *(rechtshindernde Tatsachen)* qui remettent en cause l'existence du droit prétendu (par ex. l'absence de discernement d'une des parties à l'acte ou le non respect d'une forme légale), des faits extinctifs *(rechtsvernichtende Tatsachen)* dont la survenance a entraîné l'extinction du droit (comme le paiement ou la résiliation) et des faits paralysants *(rechtshemmende Tatsachen)* qui permettent au défendeur de refuser de s'exécuter et qui ont pour fondement les exceptions de droit civil[200]. L'exception peut être péremptoire (la prescription est le meilleur exemple) ou dilatoire (l'*exceptio non adimpleti contractus)*.

Un fait paralysant suppose que le défendeur ait soulevé une exception de droit civil, en procédure ou hors procédure. Dès lors, si par hypothèse le demandeur allègue que le défendeur s'est opposé faussement à sa prétention en faisant valoir que celle-ci était prescrite, le juge pourra retenir que l'appréciation du défendeur était correcte et rejeter la demande parce que prescrite, alors même que le défendeur ne soulèverait pas expressément l'exception en procédure[201].

3. L'Italie

a. La typologie retenue

La doctrine italienne distingue les questions de procédure *(questioni di rito)* des questions de fond *(questioni di merito)*. Parmi les premières, celles qui conditionnent un prononcé au fond sont réunies sous la notion de *«presupposti processuali»*, traduction italienne des *Prozessvoraussetzungen* allemandes que l'on doit à CHIOVENDA[202]. On peut les distinguer, et c'est un apport majeur de cet auteur, suivant qu'il s'agit de *presupposti processuali in senso stretto* ou de *condizioni dell'azione*[203]. Comme en Allemagne, la doctrine précise que si l'expression de *presupposti processuali* est courante, elle demeure trompeuse, dans la mesure où les exigences qu'elle vise ne sont pas une condition pour l'instauration ou la validité du procès, mais seulement pour le prononcé au fond *(condizioni per la decisione di merito)*[204].

---

199 Voir JAUERNIG (note 34), p. 142.

200 *Ibid.*

201 *Ibid.*

202 Voir CHIOVENDA (note 34), p. 92 s.

203 Voir CHIOVENDA (note 34), p. 92 s.; CALAMANDREI (note 43), p. 117–129; MANDRIOLI (note 17), p. 42–46; MICHELI (note 43), p. 19; RICCI (note 17), p. 94–99; SATTA/PUNZI (note 44), p. 134. Certains auteurs ne font plus expressément la distinction, voir par exemple FRANCESCO P. LUISO, Diritto processuale civile, Tome I, Principi generali, Milan 2007, p. 54 s.

204 Voir CONSOLO/LUISO (note 44), N° 2 ad art. 75 CPC it.; LUISO (note 203), p. 54 s.; MANDRIOLI, (note 17), p. 42–46 et les nombreuses références qu'il cite en note 12.

b. *Les presupposti processuali (in senso stretto)*

Les *presupposti processuali* sont les conditions de la formation régulière de l'instance[205]. Les conditions de recevabilité doivent être examinées d'office par le juge, à moins qu'elles ne constituent (implicitement) une exception à soulever par les parties[206], comme l'incompétence à raison du lieu (art. 38 CPC it.).

Par commodité, certains auteurs les classent suivant qu'elles concernent la juridiction, l'objet du litige ou les parties. Dans le premier groupe, on retrouve le pouvoir de juger du juge civil – eu égard à la personne du défendeur, compte tenu des autres pouvoirs publics et des juridictions spéciales[207]–, la compétence (matérielle et locale) et la constitution régulière du tribunal. Le deuxième réunit l'autorité de la chose jugée, la litispendance et la connexité, de même que l'exception d'arbitrage et le *pactum de non petendo.* Le troisième comprend la capacité d'être partie et d'ester en justice *(capacità di essere parte* et *capacità processuale)*, la capacité de postuler *(rappresentanza tecnica)*, et les règles sur la notification[208].

c. *Les condizioni dell'azione*

Les *condizioni dell'azione (condizioni per l'attuazione della legge)* sont, comme leur nom l'indique, fonction de l'existence d'un droit d'action du demandeur. Ce sont l'existence d'une norme protectrice de la prétention invoquée, la qualité pour agir *(legittimazione ad agire*[209]) et l'intérêt pour agir *(interesse ad agire*[210]) que l'on réunit dans cette catégorie[211].

d. *Les difese*

Les moyens de fond *(difese)* consistent soit en la contestation des faits allégués par le demandeur *(semplice difesa* ou *mera difesa)*, soit en l'invocation de faits distincts, dont il résulte que le droit prétendu n'existe pas *(eccezioni)*. La doc-

---

205 Voir Chiovenda (note 34), p. 92 s.; Micheli (note 43), p. 19.

206 Voir Luiso (note 203), p. 55.

207 Voir Luiso (note 203), p. 55, 236–245; Mandrioli (note 17), p. 45 s.

208 Voir Luiso (note 203), p. 55, 236–245. Les vices relatifs à la notification peuvent aboutir, suivant leur gravité, à la nullité de l'acte.

209 La *legittimazione ad agire* correspond à la qualité pour agir et se distingue de la titularité du droit (la *titolarità del diritto,* que nous traduisons par légitimation). La *legittimazione ad agire* se détermine sur la base de la demande. Elle est donnée si le demandeur fait valoir un droit propre. La doctrine italienne fonde le principe sur l'art. 81 CPC it.: *«Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui».* Pour des développements, voir Luiso (note 203), p. 210–214; Mandrioli (note 17), p. 55–61; Micheli (note 43), p. 20 s.

210 Aux termes de l'art. 100 CPC it., *«Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse».*

211 Voir Chiovenda (note 34), p. 96; Calamandrei (note 43), p. 117–129; Consolo/Luiso (note 44), N° 1 ad art. 100 CPC it.; Mandrioli, (note 17), p. 133–135; Micheli (note 43), p. 19–22; Ricci (note 17), p. 96–99; Satta/Punzi (note 44), p. 134.

trine italienne distingue, parmi les *eccezioni,* l'invocation de faits modificateurs ou extinctifs *(fatti modificativi* ou *estintivi)* et l'invocation de faits dirimants *(fatti impeditivi)* qui remettent en cause l'existence du droit[212]. Divers critères permettent de déterminer si un fait est générateur (par exemple la capacité de discernement) ou si l'opposé de ce fait (par exemple l'incapacité de discernement) est dirimant. Ainsi, lorsqu'un fait constitue la règle selon la loi, c'est l'exception, soit le fait dirimant, qui doit être alléguée par le défendeur[213]. De même, lorsque l'existence d'une prétention dépend d'un fait négatif (l'absence de tel ou tel comportement), on considère généralement qu'il revient au contradicteur de prouver que le fait contraire (le comportement en question) est survenu, conformément à l'adage *negativo non sunt probanda*[214].

Comme le droit français, le droit italien ne connaît pas la catégorie des exceptions de droit civil. Il peine dès lors à définir un critère stable permettant de délimiter les exceptions au sens strict *(eccezioni in senso stretto)* – qui doivent être invoquées par le défendeur –, des exceptions au sens large *(eccezioni in senso lato)*, que le juge peut relever d'office[215]. La doctrine se rattache dès lors à l'article 112 CPC it., dont on peut déduire que sont seules des exceptions au sens strict (comme la prescription selon l'art. 2938 CC it.) celles définies comme telles par la loi[216].

III. La structure proposée

Compte tenu de l'économie du Code de procédure civile suisse, il convient de distinguer *deux régimes de défenses,* soit celles qui visent à faire déclarer la demande irrecevable, faute pour celle-ci de satisfaire aux conditions de recevabilité – brièvement énumérées à l'article 59 CPC –, et celles qui remettent en cause la prétention invoquée et tendent à faire déclarer la demande mal fondée.

Parmi les conditions de recevabilité, certaines sont relatives à l'instance – au respect des règles propres au procès entamé –, d'autres à l'action, entendue comme l'existence d'une prétention (et non d'un droit) considérée comme digne de protection par l'ordre juridique[217]. Cette distinction se dégage du Code de procédure civile suisse, comme des législations qui nous entourent – alors même qu'elle n'est expressément inscrite que dans la loi française[218]–,

212 Voir Luiso (note 203), p. 246–255.
213 Voir Luiso (note 203), p. 253 s.
214 Voir Luiso (note 203), p. 254 s.
215 Voir Consolo/Luiso (note 44), N° 24–27 ad art. 167 CPC it.; Mandrioli (note 17), p. 133–147; Micheli (note 43), p. 24–26; Ricci (note 17), p. 126–130. Voir toutefois Chiovenda, *Saggi* (note 43), qui distingue clairement les exceptions de droit civil des objections.
216 Voir Luiso (note 203), p. 255–257. Pour une autre argumentation et de nombreuses références, voir Mandrioli (note 17), p. 133–147, en particulier 140.
217 Voir C.II.1, p. 200 s.
218 Voir C.II.1, p. 200 s. Le concept d'action est unanimement reconnu en Italie également, voir C.II.1, p. 201.

dès lors que la condition de l'intérêt pour agir y est partout reconnue. Le fait qu'une prétention, alors même qu'elle pourrait être bien fondée, peut donner lieu à un refus d'entrée en matière faute d'intérêt (y compris en cas d'autorité de la chose jugée) démontre que le droit substantiel ne se confond pas avec le droit de prétendre un droit en justice – l'action dans notre terminologie.

La distinction entre conditions de recevabilité relatives à l'instance et relatives à l'action n'est pas exclusivement théorique. Elle permet d'expliquer pour quel motif le défaut d'une condition de recevabilité peut consister en un obstacle définitif ou temporaire à l'exercice de la prétention invoquée en justice[219]. Lorsque seule l'instance est touchée, la prétention peut à nouveau être invoquée, si les règles qui gouvernent le procès sont désormais respectées (compétence; autorisation de procéder; formalité). En revanche, faute d'action, le sort de la prétention est scellé sous un angle procédural. De plus, cette distinction explicite les motifs pour lesquels certains faits ne sont considérés comme des conditions de recevabilité que si le défendeur s'en prévaut[220]: il s'agit alors de règles relatives à l'instance dont le caractère dispositif est reconnu (exception d'arbitrage; prorogation de for; sûretés). Tel n'est jamais la cas des conditions de recevabilité relatives à l'action: soit l'action existe, soit elle n'existe pas. Les conditions de recevabilité relatives à l'action doivent être examinées d'office, et la demande rejetée faute de prétention considérée comme digne de protection par l'ordre juridique[221]. Seule une modification des circonstances peut alors venir en aide au demandeur[222].

Tous les auteurs, au moment d'examiner de manière un temps soit peu détaillée les conditions de recevabilité, proposent de les approcher de manière systématique. Nous l'avons vu[223], certains distinguent les conditions relatives à la juridiction et celles relatives aux parties, d'autres y ajoutent une (l'objet du litige) voir deux (la validité du procès entamé) subdivisions supplémentaires. La création de catégories est donc traditionnelle. Opter pour un critère qui distingue *par nature* les deux catégories de conditions de recevabilité présente l'avantage d'un fondement théorique. C'est la solution à laquelle est parvenu CHIOVENDA en Italie, qui a fait école depuis, en distinguant les *presupposti processuali (in senso stretto)* et les *condizione dell'azione*[224]. Les approches allemande[225] et alémanique partent plutôt d'un examen empirique et classent les conditions de recevabilité d'après leurs ressemblances apparentes. La faiblesse

219 Dans la terminologie issue du droit coutumier, et encore parfois utilisée (voir en particulier HABSCHEID [note 34], p. 248–251), on distinguait l'exception dilatoire et l'exception péremptoire, voir D.I.3.b, p. 212.

220 C'est la catégorie des *Prozesshindernisse* du droit allemand, voir D.II.2.c, p. 226 s.

221 Voir C.II.1, p. 200 s.

222 Voir C.II.3, p. 203.

223 Voir D.I.3.c, p. 213.

224 Voir D.II.3.b–c, p. 228.

225 Voir D.II.2.b, p. 223–226.

de cette approche est démontrée par la grande variété de classifications proposées selon cette méthode. Pour tirer un parallèle avec les sciences médicales, elle serait équivalente à celle qui privilégierait un ordonnancement des maladies suivant qu'elles concernent le foie, les poumons ou les reins, plutôt que de s'intéresser au type de maladie en cause, comme les maladies infectieuses ou génétiques.

La structure proposée n'a pas un caractère dogmatique qui s'opposerait à l'approche helvétique se voulant par tradition simple et pragmatique[226]. Mais simplicité ne veut pas dire pauvreté des concepts. La simplicité s'oppose aux théories qui compliquent inutilement la compréhension d'un sujet. Tel n'est pas le cas de la distinction entre les conditions de recevabilité relatives à l'instance et celles relatives à l'action. Elle permet de comprendre leur différence de régime comme démontré ci-dessus[227]. Il convient d'ailleurs de relever que la doctrine suisse unanime[228] et le Tribunal fédéral[229] distinguent parmi les défenses au fond, les objections et les exceptions de droit civil. Le concept n'est pourtant inscrit nulle part dans le Code des obligations, et il aura fallu que VON TUHR emporte avec lui cette distinction chère à la doctrine allemande pour qu'on l'accueille en Suisse[230]. Et personne dans notre pays ne prétend que la notion d'exception de droit civil ne serait qu'une «finasserie de doctrine»[231]. Il en va de même du concept d'action et de la distinction entre condition de recevabilité relative à l'instance et relative à l'action.

Nous débuterons dès lors par un examen des défenses relatives à l'instance, puis passerons par une analyse des défenses relatives à l'action, avant de nous pencher sur les défenses relatives au fond.

E. Les conditions de recevabilité relatives à l'instance

I. Le pouvoir de juridiction civile

Le tribunal saisi ne peut pas entrer en matière sur le fond si le défendeur se prévaut d'une immunité de juridiction. Le pouvoir de juridiction civile est unanimement reconnu comme une condition de recevabilité[232], qu'il soit ou non expressément inscrit dans la loi. Le Code ne mentionne pas expressément cette

226 Voir ATF 120 II 112 consid. 3c, JdT 1995 I 202: «le droit suisse table sur des états de fait clairs, faciles à constater».

227 Voir C.I-II, p. 199–203.

228 Voir note 63.

229 Voir, en particulier, ATF 63 II 133, JdT 1937 I 566.

230 Voir C.III, p. 204 s.

231 Expression que l'on empreinte à la traduction au JdT de l'ATF 67 II 70 consid. 2.

232 ATF 133 III 539 consid. 4.4, RSPC 2007 363; 130 III 430 consid. 3.1, JdT 2004 I 546; GULDENER (note 19), p. 220; HABSCHEID (note 34), p. 83; HOHL I (note 102), p. 76 N° 309; KUMMER (note 31), p. 86; SUTTER-SOMM (note 95), p. 317; VOGEL/SPÜHLER (note 77), p. 203. Voir D.II.2.

condition de recevabilité à son article 59. Le Tribunal fédéral a jugé en 2007[233] que l'immunité de juridiction civile était une condition de recevabilité découlant du droit fédéral, même si elle est réglée par diverses conventions internationales, ce qui explique que sa portée et son régime puissent varier.

L'immunité de juridiction concerne en particulier les Etats, les chefs d'Etat et les membres de leur famille, les missions diplomatiques (ambassades, légations, missions permanentes), les agents diplomatiques et les membres de leur famille, les agents consulaires et les membres de leur famille, les missions spéciales et leurs membres, les organisations internationales gouvernementales et les personnes investies de fonctions internationales.

Il convient de traiter successivement de l'immunité de juridiction des Etats (1), de celle des agents diplomatiques et consulaires (2) et enfin de celle des organisations internationales (3). L'immunité de juridiction doit être distinguée de l'immunité d'exécution (4).

1. L'immunité de juridiction des Etats

a. La notion d'Etat

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il faut entendre, par «Etat étranger», la personne étatique elle-même et toute autorité devant être considérée comme un *démembrement de l'Etat,* délégataire ou dépositaire des fonctions qu'il entend exercer, en application directe de ses compétences en tant qu'Etat souverain, au bénéfice de sa «puissance publique». Sont en revanche exclus de l'immunité les agents intervenant secrètement à l'étranger au service d'un Etat, par exemple pour faits d'*espionnage*[234].

La pratique suisse applique aux *missions diplomatiques* (qui ne bénéficient pas de la personnalité juridique) les principes valables pour les immunités d'Etat[235]. Quant aux *organismes dotés de la personnalité juridique,* ils ne peuvent en principe pas se prévaloir de l'immunité accordée aux Etats. Des exceptions ne sont concevables que dans la mesure où ils ont agi dans l'exercice de la puissance publique[236].

b. La portée de l'immunité

L'immunité de juridiction des Etats est en particulier régie par la Convention européenne sur l'immunité des Etats du 16 mai 1972 (RS 0.273.1), qui institue

---

b, p. 224 pour l'Allemagne et D.II.3.b, p. 228 pour l'Italie. En France, la doctrine hésite entre exception de procédure et fin de non-recevoir, voir GUINCHARD (note 157), p. 437 N° 193.23.

233 ATF 133 III 539 consid. 4.4, RSPC 2007 363.

234 ATF 130 III 136 consid. 2.1. Sur l'immunité de juridiction des chefs d'Etat et des membres de leur famille, nous renvoyons à CHRISTIAN DOMINICÉ, Immunité de juridiction et d'exécution des Etats et chefs d'Etats étrangers, Fiche juridique suisse 934, 1993, p. 29–30.

235 Voir DOMINICÉ (note 234), p. 6.

236 ATF 110 Ia 43, JdT 1986 II 109.

un *régime d'immunité de juridiction relative* à ses articles 4 à 14. L'immunité de juridiction est due à un Etat étranger si celui-ci a exercé dans l'affaire litigieuse une activité relevant de sa souveraineté, c'est-à-dire lorsqu'il a agi *iure imperii.* En revanche, si l'Etat étranger a agi comme titulaire de droits privés, partant a agi *iure gestionis,* il ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction. Selon le Tribunal fédéral, ce régime vaut également pour les Etats qui ne sont pas parties à ladite Convention[237].

Les actes accomplis *iure imperii* se distinguent des actes accomplis *iure gestionis* non pas par leur but, mais par la nature intrinsèque de l'opération[238].

Ainsi, le Tribunal fédéral a retenu que le bail portant sur le bâtiment d'une ambassade est un acte *iure gestionis.* Il en irait de même de la vente du bâtiment. Les rapports découlant d'un contrat de travail doivent eux aussi, par analogie avec la vente et le bail, être soumis à la juridiction de l'Etat accréditaire s'il s'agit d'un employé subalterne, et plus encore si cet employé, engagé sur place, n'est pas un national de l'Etat accréditant[239]. En revanche, un juriste bilingue spécialiste des droits de l'homme qui joue un rôle significatif au sein de la délégation officielle auprès d'une commission importante des Nations Unies n'est pas un employé subalterne[240]. Par ailleurs, un immeuble affecté à un centre de réunion, d'enseignement, de culture et de détente, destiné aux ressortissants d'un Etat étranger, fait partie du patrimoine de cet Etat affecté à des actes de souveraineté et bénéficie de l'immunité d'exécution forcée[241].

De plus, le Tribunal fédéral exige que le rapport de droit présente un *lien suffisant avec le territoire suisse (Binnenbeziehung)*, ce même si le litige porte sur une activité de l'Etat étranger qui ne relève pas de la puissance publique. Le rattachement est suffisant selon le Tribunal fédéral lorsque le rapport d'obligation est né en Suisse ou qu'il doit y être exécuté, ou lorsque l'Etat étranger a procédé en Suisse à des actes qui sont propres à créer un lieu d'exécution. Il est insuffisant s'il résulte de la seule localisation des biens du débiteur en Suisse ou du seul fait que la créance a été constatée par un tribunal arbitral qui a son siège en Suisse[242].

c. Le régime

Selon l'article 3 al. 1 de la Convention européenne sur l'immunité des Etats, un Etat contractant ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat contractant s'il conclut au fond avant de l'invoquer. Le même alinéa relève toutefois que si l'Etat établit qu'il n'a pu prendre qu'ultérieurement connaissance des faits sur lesquels il aurait pu fonder son immunité, il peut invoquer celle-ci s'il se prévaut de ces faits aussitôt que possible. L'ali-

237 ATF 130 III 136 consid. 2.1; 124 III 382 consid. 4a; 120 II 400 consid. 4; 112 Ia 148 consid. 3, JdT 1988 II 109.

238 ATF 134 III 570 consid. 2.2, RSPC 2009 18; ATF 130 III 136 consid. 2.1; 124 III 382 consid. 4a, et les références.

239 ATF 110 II 255 consid. 3a, JdT 1985 I 283.

240 ATF 134 III 570, RSPC 2009 18.

241 ATF 112 Ia 148 consid. 4–5, JdT 1988 II 109.

242 ATF 120 II 400 consid. 4b. Voir également ATF 134 III 122 consid. 5.2.2; 106 Ia 142 consid. 3b, JdT 1982 II 66; ATF 104 Ia 367, JdT 1980 II 108.

néa 2 précise qu'un Etat n'est pas censé avoir renoncé à l'immunité lorsqu'il comparaît devant un tribunal d'un autre Etat contractant pour l'invoquer. Il en découle logiquement que le défaut (art. 147 CPC) oblige le juge à relever d'office l'immunité, faute d'Einlassung[243]. L'article 15 de la Convention relève d'ailleurs que «le tribunal ne peut connaître d'une telle procédure [qui concerne des actes accomplis *iure imperii*] même lorsque l'Etat ne comparaît pas». Le Tribunal fédéral n'est dès lors pas suffisamment nuancé lorsqu'il déclare que la question de l'immunité de juridiction ne relève pas de l'ordre public et que le juge ne peut pas la soulever d'office[244]. Il faut à notre sens retenir que le tribunal doit d'office examiner si son pouvoir de juger est donné en raison d'une acceptation tacite, comme en matière de compétence à raison du lieu. Cette conception est en accord avec le principe posé à l'article 60 CPC aux termes duquel le juge examine d'office si les conditions de recevabilité sont réunies[245].

d. Le moment de l'examen

Le Code de procédure civile suisse donne une grande marge de manœuvre au tribunal pour l'examen des conditions de recevabilité[246]. Une partie n'a en principe pas le droit de limiter sa défense à un moyen spécifique, fût-il procédural (refus du système de l'*Einlassungsverweigerung*[247]). Toutefois, le Tribunal fédéral retient que lorsque l'Etat défendeur se prévaut de l'immunité de juridiction, cette question devrait être tranchée d'entrée de cause[248]: «Il ne serait en effet guère compatible avec le principe même de l'immunité de forcer un Etat à procéder sur le fond alors qu'il entend, en invoquant sa souveraineté, se soustraire à toute juridiction d'un autre Etat»[249]. Il relève encore que la possibilité de renvoyer à l'examen du fond les questions de procédure possédant une double pertinence n'est admise qu'à titre exceptionnel, dans l'intérêt du défendeur[250]. Or l'intérêt de l'Etat qui invoque son immunité de juridiction prévaut. La règle demeure manifestement d'actualité sous le régime du Code. Cela démontre, si nécessaire, la difficulté de prévoir un régime uniforme dans ce domaine.

---

243 Comp. E.II.2.a.bb, p. 245.
244 ATF 130 III 136 consid. 2.1.
245 Voir D.I.3.a, p. 211.
246 Voir D.I.2.b, p. 207.
247 Voir D.I.3.a, p. 210.
248 ATF 133 III 539 consid. 4.4, RSPC 2007 363.
249 ATF 124 III 382 consid. 3b. Voir également ATF 130 III 136 consid. 2.1.
250 ATF 122 III 249; Francois Knoepfler, Réflexions sur la théorie des faits doublement pertinents, PJA 1998, p. 787–791.

2. *L'immunité de juridiction des agents diplomatiques, consulaires et des missions spéciales*

a. *La portée de l'immunité*

L'immunité de juridiction des agents diplomatiques et de leur famille est régie par la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 (RS 0.191.01), celle des agents consulaires et de leur famille par la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 (RS 0.191.02), et celle des représentants de l'Etat et de leur famille dans la mission spéciale par la Convention de Vienne sur les missions spéciales du 8 décembre 1969 (RS 0.191.2).

Pour les *agents diplomatiques,* seuls les domaines suivants ne sont pas couverts par l'immunité de juridiction (art. 31 al. 1 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques):

- les actions réelles concernant un immeuble privé situé sur le territoire de l'Etat accréditaire, à moins que l'agent diplomatique ne le possède pour le compte de l'Etat accréditant aux fins de la mission;
- les actions concernant une succession, dans laquelle l'agent diplomatique figure comme exécuteur testamentaire, administrateur, héritier ou légataire, à titre privé et non pas au nom de l'Etat accréditant;
- les actions concernant une activité professionnelle ou commerciale, quelle qu'elle soit, exercée par l'agent diplomatique dans l'Etat accréditaire en dehors de ses fonctions officielles[251].

Les mêmes principes valent pour les *membres des missions spéciales* selon l'article 31 de la Convention sur les missions spéciales, étant précisé que l'immunité de juridiction n'est pas donnée en cas de demande en réparation pour un dommage résultant d'un accident occasionné par un véhicule utilisé en dehors des fonctions officielles de la personne intéressée (art. 31 al. 2 let. d).

Quant aux *fonctionnaires et employés consulaires,* ils bénéficient de l'immunité de juridiction moins large, soit exclusivement pour les actes accomplis dans l'exercice des fonctions consulaires (art. 43 al. 1 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires)[252].

Ces actes ne bénéficient toutefois pas de l'immunité de juridiction selon l'article 43 al. 2, en cas de procès civil:

- résultant de la conclusion d'un contrat passé par un fonctionnaire consulaire ou un employé consulaire qu'il n'a pas conclu expressément ou implicitement en tant que mandataire de l'Etat d'envoi;
- intenté par un tiers pour un dommage résultant d'un accident causé dans l'Etat de résidence par un véhicule, un navire ou un aéronef.

---

251 Voir TF (20.07.1990) SJ 1990 628.

252 Voir ATF 108 III 107 et TF (20.07.1990) SJ 1990 628.

b. Le régime

Les Conventions de Vienne sur les relations diplomatiques (art. 32 al. 2), les relations consulaires (art. 45 al. 2) et les missions spéciales (art. 41 al. 2) retiennent que seule une *renonciation expresse* à l'immunité par l'Etat accréditant est envisageable. Dès lors, le défaut de comparution en justice ou le non-exercice des voies de recours n'implique pas renonciation à l'immunité de juridiction[253].

> Il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral que les tribunaux civils sont liés par une décision du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) sur la levée de l'immunité diplomatique du représentant d'un Etat, à moins que la décision ne soit nulle[254].

> L'agent diplomatique au bénéfice de l'immunité de juridiction civile peut engager un procès civil, puis des poursuites[255]. Les art. 37 al. 3 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, 45 al. 3 de la Convention de Vienne sur les agents consulaires et 41 al. 3 de la Convention de Vienne sur les missions spéciales précisent cependant que si un agent diplomatique, un fonctionnaire consulaire ou un employé consulaire engage une procédure, il n'est plus recevable à invoquer l'immunité de juridiction à l'égard de toute demande reconventionnelle directement liée à la demande principale[256].

c. Le moment de l'examen

Dans la mesure où la renonciation à l'immunité doit être expresse, le tribunal doit d'entrée de cause et spontanément vérifier si l'Etat accréditant entend renoncer à l'immunité. Il en résulte que le moyen tiré du défaut de renonciation peut être soulevé en tout état de cause[257].

3. L'immunité de juridiction des organisations internationales gouvernementales

a. La portée de l'immunité

L'immunité de juridiction des organisations internationales et des personnes investies de fonctions internationales ne découle pas directement de leur personnalité juridique internationale. Faute pour les organisations internationales de constituer des sujets pléniers du droit international, elles tirent leur immunité d'un instrument de droit international public. Il peut s'agir d'une convention multilatérale entre Etats membres d'une organisation ou d'un accord bilatéral. Les accords de siège avec l'Etat hôte viennent au premier rang[258].

---

253 Voir CJ GE (07.12.1984) SJ 1985 169.

254 Voir ATF 130 III 430 consid. 3.3, JdT 2004 I 546 concernant la levée de l'immunité d'un membre d'une mission permanente auprès des organisations internationales à Genève.

255 ATF 117 III 15; voir également ATF 110 II 255 consid. 2, JdT 1985 I 283.

256 Voir ATF 117 III 15.

257 Comp. TC VD (02.02.1993) JdT 1993 III 98 consid. 3c.

Les organisations internationales bénéficient d'une *immunité absolue* qui ne comporte aucune restriction. La distinction entre actes *de iure imperii* et *de iure gestionis* ne vaut pas pour les organisations internationales[259]. Le Tribunal fédéral a toutefois relevé dans un arrêt de 2004 que si la tendance à donner le champ d'application le plus large à l'immunité de juridiction des organisations internationales est toujours reconnue en raison de leur nécessaire implantation sur le territoire d'un Etat, une évolution contraire se dessine[260].

b. Le régime

Il résulte le plus souvent des accords de siège conclus avec les diverses organisations[261] que la renonciation à l'immunité doit être *expresse*[262]. Dès lors, le tribunal devrait spontanément vérifier si l'autorité compétente entend renoncer à l'immunité. Il en résulte que le moyen tiré du défaut de renonciation peut être soulevé en tout état de cause[263].

> Ainsi, lorsqu'un fonctionnaire d'une organisation internationale invoque le bénéfice de l'immunité de juridiction en invoquant un accord de siège dont les dispositions permettent à l'autorité fédérale compétente de requérir la levée de l'immunité à ladite organisation, il convient d'entreprendre les démarches nécessaires à la levée de l'immunité afin de déterminer si le juge peut entrer en matière[264].

Il convient encore de relever que, selon la pratique suisse en matière de relations diplomatiques – le Tribunal fédéral la considère reconnue comme conforme au droit par les Nations Unies[265] –, les autorités suisses peuvent expulser un membre d'une mission permanente auprès des organisations internationales à Genève en cas d'*abus de privilèges et immunités diplomatiques.* On doit en particulier l'admettre lorsque des dettes importantes ne sont pas honorées, en cas de violations répétées et graves des règles de la circulation routière ou encore de mauvais traitement à l'égard des employés de maison. *L'expulsion entraîne la levée de l'immunité diplomatique*[266].

---

258 ATF 118 Ib 562 consid. 1.

259 ATF 118 Ib 562 consid. 1.

260 TF (02.07.2004) 4A.1/2004. Sur la portée de l'immunité, voir également la critique de Jean-François Flauss, Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme, RSDIE 2000 299–324.

261 Voir RS 0.192.1.

262 Voir par exemple l'art. 8 de l'accord entre la Confédération suisse et l'Organisation mondiale du commerce en vue de déterminer le statut juridique de l'Organisation en Suisse, conclu le 2 juin 1995 (RS 0.192.122.632).

263 TC VD (02.02.1993) JdT 1993 III 98 consid. 3c.

264 Voir TC VD (02.02.1993) JdT 1993 III 98 consid. 3c.

265 ATF 130 III 430 consid. 3.4.2, JdT 2004 I 546.

266 ATF 130 III 430 consid. 3.4.2, JdT 2004 I 546.

c. *Le moment de l'examen*

Dans la mesure où la renonciation à l'immunité doit être expresse, le tribunal doit d'entrée de cause et spontanément vérifier si l'autorité compétente entend renoncer à l'immunité. Le Tribunal fédéral retient que la question de l'existence d'une immunité de la partie défenderesse doit être tranchée préjudiciellement dans le cadre de l'examen des conditions de recevabilité de la demande[267]. Il en résulte que le moyen tiré du défaut de renonciation peut être soulevé en tout état de cause[268].

4. *L'immunité d'exécution*

L'immunité de juridiction doit être distinguée de l'*immunité d'exécution,* qui répond à un régime propre. En particulier, le fait de renoncer à invoquer l'immunité de juridiction n'implique pas une renonciation à l'immunité d'exécution[269]. Le principe est inscrit aux articles 32 al. 4 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, 45 al. 4 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires et 41 al. 1 de la Convention de Vienne sur les missions spéciales. Quant à l'article 23 de la Convention européenne sur l'immunité des Etats, il retient qu'«[i]l ne peut être procédé sur le territoire d'un Etat contractant ni à l'exécution forcée, ni à une mesure conservatoire sur les biens d'un autre Etat contractant, sauf dans les cas et dans la mesure où celui-ci y a expressément consenti par écrit»[270].

II. La compétence du juge saisi (art. 59 al. 2 let. b CPC)

L'article 59 al. 2 let. b CPC mentionne que la compétence à raison du lieu et de la matière sont des conditions de recevabilité de la demande. Les règles de compétence visent à délimiter la compétence des autorités pour trancher les litiges qui opposent les justiciables. Les lois d'organisation judicaire cantonales déterminent la compétence matérielle des tribunaux eu égard à la nature et à l'importance du litige (art. 3–4 CPC). En d'autres termes, la règle de compétence d'attribution «matérielle» désigne, selon la nature et/ou la valeur du litige (art. 91–94 CPC), le type d'autorité à laquelle il faut s'adresser. Quant aux règles de compétence territoriale, elles déterminent, en fonction de la situation du litige, devant laquelle des autorités d'un même type le procès se déroulera. Le Code de procédure civile fixe ainsi les règles de for en matière civile interne (art. 1–2, 9–46 CPC) et désigne la juridiction compétente au sein de la catégorie retenue, eu égard à son ressort géographique et à la localisation de l'affaire.

---

267 ATF 133 III 539 consid. 4.4, RSPC 2007 363.
268 Voir TC VD (02.02.1993) JdT 1993 III 98 consid. 3c.
269 Voir CJ GE (07.12.1984) SJ 1985 169.
270 Voir ATF 110 Ia 43, JdT 1986 II 109.

1. La compétence à raison de la matière

a. Le régime

Le juge doit s'assurer d'office que les conditions de recevabilité sont réunies (art. 60 CPC). Il doit donc vérifier sa compétence à raison de la matière. Comme les lois de procédure de nombreux cantons[271], le Code de procédure civile suisse ne traite pas spécifiquement de l'inadmissibilité de la voie judiciaire civile parce que le litige relèverait par exemple des autorités administratives. Elle est assimilée à l'incompétence à raison de la matière.

Les règles de compétence d'attribution sont généralement considérées d'intérêt public[272], si bien que les parties ne peuvent en principe y déroger. L'article 8 CPC prévoit cependant que si la valeur litigieuse d'un litige patrimonial est de CHF 100 000.– au moins, le demandeur peut, avec l'accord du défendeur, *porter l'action directement devant le tribunal supérieur,* qui statue dès lors en instance unique. Le Message précise qu'une prorogation est exclue dans toute autre hypothèse[273]. Alors même que l'organisation judiciaire relève des cantons et qu'il leur revient de déterminer la compétence de leurs tribunaux, ceux-ci ne peuvent plus désormais prévoir que les parties puissent convenir de proroger la compétence matérielle d'un tribunal en dehors de l'hypothèse visée à l'article 8 CPC.

La prorogation doit logiquement suivre les formes de l'art. 17 al. 1 CPC. Il est raisonnable en effet de soumettre l'accord portant sur une dérogation aux règles de compétence matérielle aux mêmes exigences que celles admises pour la prorogation de for. Dès lors, la convention doit être passée en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte. L'accord peut être passé à l'avance, tant qu'il vise des contestations suffisamment déterminables[274], par exemple être inscrit dans le contrat convenu entre les parties, pour l'hypothèse où un litige d'une valeur d'au moins CHF 100 000.– surviendrait entre elles. Il peut aussi être convenu à la survenance du différend.

---

271 Voir GULDENER (note 19), p. 220; HABSCHEID (note 34), p. 232; BOHNET/SCHWEIZER (note 52), p. 31 note 80. Voir cependant l'art. 1 al. 2 CPC/BE et l'art. 1 al. 2 CPC/JU.

272 TF (29.04.1968) RJN 4 I 121, 124.

273 FF 2006 6876.

274 JEAN-FRANÇOIS POUDRET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. II, Berne 1990, N° 4.5 ad art. 41. Comp. FF 1999 2611 et les arrêts ATF 87 I 53 consid. 3b, JdT 1961 I 341 et TF (28.06.1994) SJ 1995 179, qui placent les limites. Voir également YVES DONZALLAZ, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, Berne 2001, art. 9 LFors N 88–95; MARKUS WIRTH, *in* Thomas Müller et Markus Wirth (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zurich 2001, art. 9 LFors N 29; PETER REETZ, *in* Karl Spühler, Luca Tenchio et Dominik Infanger (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Bâle/Genève/Munich 2001, art. 9 LFors N 6–8; BERNHARD BERGER, in Franz Kellerhals, Nicolas von Werdt et Andreas Güngerich (éd.), Gerichtsstandsgesetz: Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtstand in Zivilsachen, 2e éd., Berne 2005, art. 9 LFors N 19 s. (qui soutient une interprétation large).

La prorogation peut-elle être tacite? Même si le texte de l'article 8 CPC semble plutôt supposer un accord exprès[275], il faut à notre sens admettre la compétence de l'instance supérieure en cas d'*Einlassung* (art. 18 CPC)[276], comme le Tribunal fédéral l'avait reconnu en matière d'action directe devant lui sous le régime de l'article 41 let. c OJ[277]. Le Message le retient d'ailleurs expressément pour l'accord des parties aux termes duquel elles renoncent à la procédure de conciliation dans un litige patrimonial d'une valeur litigieuse de CHF 100 000.– au moins[278].

La question de la compétence pourrait s'avérer particulièrement épineuse lorsque le demandeur fait valoir des prétentions qui ne relèvent que partiellement des articles 5 et 6 CPC, prévoyant une instance cantonale unique ainsi que la possibilité d'introduire un tribunal de commerce[279]. Lorsque le litige porte sur *plusieurs prétentions,* le cumul de prétentions n'est pas admissible, un seul et même tribunal n'étant pas compétent à raison de la matière (art. 90 let. a CPC). En revanche, si le litige porte sur une seule prétention ayant plusieurs fondements, un seul tribunal doit être compétent afin d'examiner la cause dans son ensemble. La cognition des tribunaux cantonaux ne saurait en effet être plus étroite que celle du Tribunal fédéral chargé d'assurer l'application uniforme du droit fédéral. Les cantons ne peuvent diviser la prétention litigieuse en deux actions soumises à deux ordres de juridictions parallèles[280].

b. Le moment de l'examen

aa. Le principe

Comme toute condition de recevabilité, la compétence à raison de la matière doit être vérifiée d'entrée de cause[281], le cas échéant avant même que l'acte soit

275 Relevons d'ailleurs qu'au moment d'examiner la législation neuchâteloise, qui exigeait que les parties consentent expressément à la prorogation par leur signature apposée sur le protocole ou un autre document établi devant le juge (art. 11 OJ/NE), le Tribunal fédéral avait considéré qu'«un tel formalisme se justifie d'autant plus qu'il s'agit de dérogations aux règles de compétence à raison de la matière, qui sont des dispositions d'ordre public auxquelles les parties ne peuvent en principe déroger; si le législateur permet cependant de telles dérogations, il est normal qu'il les limite au maximum et qu'il les soumette à des règles de forme très strictes», TF (29.04.1968) RJN 4 I 121, 124.

276 Dans ce sens, Staehelin/Staehelin/Grolimund (note 26), p. 65 N° 18.

277 ATF 78 I 375 consid. I.1, JdT 1953 I 546; 91 I 223 consid. I.1; Poudret (note 274), N° 4.5 ad art. 41.

278 FF 2006 6937.

279 Voir E.V.2.b, p. 260.

280 ATF 125 III 82 consid. 3; 92 II 305 consid. 5; 91 II 63 consid. 4; 89 II 337 consid. 2, JdT 1964 I 240 (qui pose le principe selon lequel le juge cantonal doit appliquer le droit d'office); Isaak Meier, Anspruchs- und Normenkonkurrenz im Gerichtsstandsgesetz, in Peter Gauch et Daniel Thürer (éd.), Zum Gerichtsstand in Zivilsachen, Probleme der nationalen und internationalen Zuständigkeit, Zurich 2002, p. 55–73, 65.

281 FF 2006 6891.

notifié au défendeur[282], le juge pouvant se limiter à un examen sommaire à ce stade. Le défendeur peut rendre le juge attentif à une difficulté sur ce point et lui demander de limiter dans un premier temps sa réponse sur la question de sa compétence (art. 222 al. 3 CPC)[283]. Si le juge refuse, un recours contre sa décision n'est ouvert que si le défendeur démontre que celle-ci peut lui causer un *préjudice difficilement réparable*[284]. Il faut en tout cas le retenir si le défendeur prétend que le juge civil est incompétent.

Si le juge peut exiger le dépôt de la réponse, en revanche, il doit, en cas de contestation du défendeur, et sauf faits de double pertinence, se prononcer sur sa compétence matérielle *avant l'examen du fond*[285]. Un refus non justifié du juge de se prononcer sur la compétence matérielle devrait ouvrir la voie du recours (art. 319 let. b ch. 2 CPC).

bb. Les faits de double pertinence

Lorsque le critère qui fixe la compétence matérielle du tribunal saisi *se rattache directement* à la prétention invoquée et qu'il serait donné sur cette base *(faits de double pertinence*[286]), la compétence est examinée avec le fond[287].

> Ainsi dans la mesure où le demandeur prétend avoir été lié par un contrat de travail à la partie qu'il assigne en paiement, le tribunal du travail saisi examinera sa compétence avec le fond[288].

Cela signifie que si le tribunal arrive à la conclusion au terme de l'instruction que les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail, mais par un autre type de contrat, et que la prétention en paiement est justifiée sur ce fondement, il doit condamner le défendeur, compte tenu du principe de l'application du droit d'office et de son obligation d'examiner la cause dans son ensemble[289].

---

282 Comp. art. 159 al. 3 CPC/FR.

283 Voir D.I.3.d.aa, p. 214.

284 Voir D.I.2.d, p. 208–210.

285 Voir, en matière de compétence à raison du lieu, ATF 119 II 66 consid. 2a, JdT 1994 I 112. Voir également ATF 122 III 249 consid. 3b/bb–c, JdT 1997 I 25; 133 III 295 consid. 6.2, JdT 2008 I 160, RSPC 2007 233; 134 III 27 consid. 6.2, RSPC 2008 234.

286 Voir les réflexions en p. 246–248, E.II.2.b.bb. Même si elle connaît essentiellement des développements en matière de compétence à raison du lieu, cette théorie peut trouver à s'appliquer chaque fois qu'une condition de recevabilité est intimement liée à une question de fond, voir Ekkehard Schumann, Internationale Zuständigkeit: Besonderheiten, Wahlfestellungen, doppelrelevante Tatsachen, in Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit, Festschrift Heinrich Nagel, p. 414–416. Le Tribunal fédéral la rejette en cas de contestation de la compétence d'un tribunal arbitral (ATF 121 III 495 consid. 6d et 128 III 50 consid. 2b/bb–cc) et en matière d'immunité (ATF 124 III 382). Un arrêt non publié, TF (25.09.2006) RSPC 2007 4, la retient logiquement en matière de compétence *ratione materiae*. Voir également Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi (note 110), N° 3d ad art. 191 ZPO.

287 TF (25.09.2006) RSPC 2007 4 et, en matière de compétence à raison du lieu, ATF 122 III 249 consid. 3b/bb, JdT 1997 I 25; ATF 124 III 382 consid. 3b.

288 Comp. en matière de compétence à raison du lieu, E.II.2.b.bb, p. 246–248.

289 Voir E.II.1.a, p. 239 s.

Toutefois, le juge peut se déclarer d'entrée de cause incompétent par *mesure d'économie de procédure,* lorsqu'il paraît évident que la prétention sur laquelle se fonderait sa compétence est mal fondée ou qu'une qualification correcte de son objet[290] ne permet pas de retenir sa compétence[291]. En revanche, si au terme d'un examen *sous l'angle de la vraisemblance,* les faits qui fondent sa compétence semblent réunis, le tribunal n'examinera la question plus avant qu'avec le fond[292].

Dès lors, lorsqu'il ressort des allégués même de la demande que le tribunal du travail saisi n'est pas compétent, il peut se déclarer incompétent sans autre administration de preuves[293].

cc. L'abus de droit

Si la procédure suit son cours sans que le juge n'ait vérifié sa compétence matérielle et sans que le défendeur ne s'en soit plaint lors de l'échange des mémoires, le principe de la bonne foi (art. 52 CPC) s'oppose, sauf cas particulier, à voir la demande déclarée mal fondée pour ce motif[294]. Le juge qui déclarerait par la suite la demande irrecevable faute de compétence matérielle violerait l'interdiction du formalisme excessif[295]. Le fait que ce vice doive être relevé d'office n'y change rien[296].

dd. La fixation de la valeur litigieuse

Même si le Code ne le précise pas, le juge devrait à notre sens apprécier la valeur de l'objet demandé (art. 91 al. 2 CPC) à la date de l'introduction de l'instance. Le principe est inscrit à l'article 64 al. 1 let b. CPC pour la compétence à raison du lieu *(perpetuatio fori).* Il doit également valoir pour la compétence *ratione materiae*[297]. Dans la mesure où l'introduction de l'instance peut précéder de plusieurs mois la saisine du tribunal, ce point n'est pas sans conséquence, en particulier lorsque la valeur du bien est soumise à d'importantes fluctuations.

---

290 Sur l'objet du litige, voir F.III.2.d, p. 302 s.

291 TF (25.09.2006) RSPC 2007 4.

292 Comp. en matière de compétence à raison du lieu, ATF 131 III 53 consid. 5–6 (actes illicites, art. 129 al. 2 LDIP); TF (11.12.2007) 4A_430/2007 consid. 4–6 (actes illicites, art. 129 al. 2 LDIP).

293 TF (25.09.2006) RSPC 2007 4.

294 TF (08.10.2002) 4C.111/2002 consid. 2.4: «Les recourants adoptent, pour les besoins de la cause, une attitude procédurale contradictoire, clairement constitutive d'un abus de droit *(venire contra factum proprium)*».

295 TF in DB 13/2001, 35, n° 24.

296 ATF 105 II 149 consid. 3, JdT 1980 I 177.

297 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 149. Dans ce sens sous l'empire du droit cantonal, BERGER/GÜNGERICH (note 102), p. 184; KUMMER (note 31), p. 87; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI (note 110), N° 1a ad art. 191 ZPO.

2. *La compétence à raison du lieu*

a. *Le régime*

Dans le régime du Code de procédure civile suisse, le juge doit aussi bien vérifier sa compétence locale que matérielle (art. 59 al. 2 let. b et 60 CPC). Comme sous l'empire de l'article 34 al. 1 LFors, le tribunal doit donc s'assurer que la cause a été introduite à un for ouvert selon le Code lorsque la cause relève d'un for impératif (art. 9 CPC)[298] ou partiellement impératif (art. 35 CPC) et, lorsque le for est dispositif, soit que celui-ci a été respecté, soit que le défendeur l'a admis, le cas échéant tacitement (art. 17–18 CPC).

aa. Les fors impératifs et partiellement impératifs

Les parties ne peuvent déroger aux *fors impératifs*. Le Code prévoit entre autres des fors impératifs en matière de droit du mariage (art. 23 CPC), de partenariat enregistré (art. 24 CPC), de filiation (art. 25 CPC), d'entretien et dette alimentaire (art. 26 CPC), de juridiction gracieuse (art. 19, 21, 22, 29 al. 4, 30 al. 2, 43, 45 CPC), de mesures provisoires (art. 13 CPC) et d'exécution (art. 339 CPC).

Un for est *partiellement impératif* lorsque la partie faible au contrat ne peut y renoncer par avance ou par acceptation tacite (art. 35 CPC). Sont *partiellement impératifs* les fors arrêtés aux articles 32 à 34 en faveur du consommateur, du locataire et du fermier d'habitations ou de locaux commerciaux, du fermier agricole, ainsi que du demandeur d'emploi et du travailleur. Dès lors, une clause de prorogation de for inscrite dans un contrat de travail n'est pas nulle mais ne lie que l'employeur[299].

bb. Les fors dispositifs

Le système retenu par le Code et avant lui par la LFors se distingue du régime prévu par divers cantons retenant un *régime de pure exception*[300]. Selon le mécanisme de l'exception, et à moins que l'ordre public ne soit touché (en particulier en cas de for impératif et d'incompétence matérielle), il revenait au défendeur de soulever le moyen tiré de l'incompétence d'entrée de cause, sous peine de déchéance. Dans ce régime, le tribunal n'avait pas à remettre en cause sa compétence (sauf ordre public) en cas de défaut du défendeur. Le Code ne retient en revanche la compétence du juge saisi – lorsque le for est de nature dispositive – qu'en cas d'acceptation tacite au sens de l'article 18 CPC (*Einlassung*; art. 10 al. 1 LFors). Celle-ci suppose que «le défendeur procède sans faire de réserve sur la compétence».

---

298 Voir SUTTER-SOMM (note 95), 318.
299 TF (21.03.2006) RSPC 2006 240.
300 Voir D.I.3.e, p. 217 s.

Encore convient-il de déterminer ce qu'il faut entendre par *«procéder sans faire de réserve sur la compétence»* (le texte allemand parle d'exception, *«Einrede»,* dans un sens large). Le Message concernant la loi fédérale sur les fors en matière civile[301] se limitait à indiquer que «le fait de ne pas répondre à la demande ne signifie pas qu'il y a acceptation tacite». On ne doit admettre une acceptation tacite que si le défendeur entre en matière sur le fond sans faire de réserve[302]. Ainsi, une simple requête de sûretés (art. 99 CPC) ou de prolongation du délai de réponse (art. 144 al. 2 et 222 al. 1 CPC) ne doit pas être considérée comme une acceptation tacite. Il en va de même de l'exception de litispendance soulevée par le défendeur[303]. Seule importe la volonté du défendeur de procéder au fond. Les actes que celui-ci peut accomplir avant qu'une demande ne soit dirigée à son encontre ne saurait valoir acceptation tacite d'un quelconque for. Dès lors, le fait de discuter le fond devant l'autorité de conciliation ne permet pas de retenir une acceptation tacite[304], ni le fait de participer à une procédure de preuve à futur[305], ni encore le fait de déposer une requête de mainlevée provisoire de l'opposition au lieu où, ensuite, le débiteur entend agir en libération de dette[306].

En revanche, il y a acceptation tacite en cas d'entrée en matière sur le fond sans exception préalable ou concomitante quant à la compétence du tribunal saisi. L'invocation d'un tel moyen à titre subsidiaire est inopérante en vertu du droit fédéral[307].

La notion de «procéder sans faire de réserve sur la compétence» dépend-elle de la *forme des actes judiciaires* telle que réglementée par le Code? Une simple lettre du défendeur par lequel celui-ci s'offusque de la procédure entamée à son encontre sans remettre en cause la compétence du tribunal doit-elle être considérée comme une entrée en matière sur le fond? La question est épineuse. A notre sens, tel n'est le cas que si l'acte peut être pris en considération au sens de l'article 132 al. 1 CPC. Cela suppose, en cas de vices[308], que l'acte ait été rectifié conformément à cette disposition dans le délai imparti par le juge. En revanche, il convient de retenir que les réserves sur la compétence n'ont pas à être faites dans les formes prévues par la loi[309]. On ne comprendrait pas qu'une personne contestant la compétence au moyen d'une simple lettre et prenant également position sur le fond puisse se voir opposer une acceptation tacite, alors que tel ne serait pas le cas d'une personne ne prenant pas du tout part à la procédure.

---

301 FF 1999 2612.
302 Voir, par exemple, ATF 104 Ia 144, et les réf.
303 ATF 123 III 35 consid. 3b, JdT 1997 I 322.
304 ATF X 39 consid. 2; 52 I 131 consid. 3.
305 ATF 87 I 53 consid. 4, JdT 1961 I 341.
306 TF (01.02.2002) 4C.189/2001 consid. 6a.
307 TF (21.03.2006) RSPC 2006 239.
308 Voir E.VI.4.c.cc, p. 276 s.
309 Le Tribunal fédéral en avait jugé ainsi sous l'empire de l'art 59 aCst., ATF 57 I 19 consid. 2, JdT 1931 I 474; ATF 102 Ia 188 consid. 3b, JdT 1978 I 357.

Si l'on parle d'acceptation tacite, on considère que l'entrée en matière sur le fond se limite à un *acte objectif* du défendeur. Il est indifférent qu'il soit entaché d'une erreur de volonté ou d'une méconnaissance du droit procédural[310].

En bref, le tribunal examine s'il est incompétent en raison de l'existence d'un for impératif ou partiellement impératif. Si tel n'est pas le cas, et à défaut de for dispositif à son siège, il vérifie si le défendeur a accepté tacitement sa compétence. En l'absence d'acceptation tacite (par exemple en cas de défaut du défendeur), le juge décline sa compétence.

b. Le moment de l'examen

aa. Le principe

Comme toute condition de recevabilité, la compétence à raison du lieu doit être vérifiée d'entrée de cause[311], le cas échéant avant même que l'acte soit notifié au défendeur[312], le juge pouvant se limiter à un examen sommaire à ce stade. Le défendeur peut rendre le juge attentif à une difficulté sur ce point et lui demander de limiter dans un premier temps la réponse à la question de sa compétence (art. 222 al. 3 CPC)[313]. Quel est la conséquence d'un refus? Sous l'empire de l'article 59 aCst., le Tribunal fédéral avait jugé que la partie qui invoquait la garantie de son for de domicile avait droit à voir son moyen jugé d'entrée de cause, afin qu'elle puisse ensuite recourir au Tribunal fédéral, avant de se déterminer sur le fond[314]. D'après le Code de procédure civile suisse, un recours contre la décision du juge ne semble ouvert que si le défendeur démontre que celle-ci peut lui causer un *préjudice difficilement réparable*[315]. Il est probable que désormais, et faute de circonstances particulières, le défendeur ne puisse parvenir à faire cette démonstration.

Si le juge peut exiger le dépôt de la réponse, en revanche, il doit, en cas de contestation du défendeur, et sauf faits de double pertinence, se prononcer sur la compétence *avant l'examen du fond*[316]: «le tribunal ne peut pas se fonder

310 Voir Yves Donzallaz (note 274), N° 9 ad art. 10 LFors; Bernhard Berger (note 274), art. 9 LFors N 34.

311 FF 2006 6891.

312 Comp. art. 159 al. 3 CPC/FR.

313 Voir D.I.2.b, p. 207.

314 L'ATF 102 Ia 188 consid. 3b, JdT 1978 I 357 représente le dernier état de la jurisprudence de l'époque sur cette question. Sur cette problématique sous l'empire de la LFors et de l'OJ, voir François Bohnet, Trois ans de jurisprudence fédérale en matière de LFors, une analyse critique, PJA 2004, p. 66 s.

315 Voir D.I.2.d, p. 208–210.

316 ATF 119 II 66 consid. 2a, JdT 1994 I 112. Voir également ATF 122 III 249 consid. 3b/bb–c, JdT 1997 I 25; 133 III 295 consid. 6.2, JdT 2008 I 160, RSPC 2007 233; 134 III 27 consid. 6.2, RSPC 2008 234.

simplement sur les allégations de la partie demanderesse, mais doit [...] ordonner une administration de preuves sur la question de la compétence chaque fois que celle-ci ne résulte pas d'emblée des faits à la base de la demande». Un refus non justifié du juge de se prononcer sur la compétence devrait ouvrir la voie du recours (art. 319 let. b ch. 2 CPC).

bb. Les faits de double pertinence

Lorsque le critère qui fixe la compétence locale du tribunal saisi *se rattache directement* à la prétention invoquée *(faits de double pertinence*[317]), la compétence est examinée avec le fond[318]. En effet, le jugement intervenant alors au fond, le défendeur peut s'en prévaloir *(res judicata)* lorsque tant la compétence que la prétention doivent finalement être niées. Lorsque le demandeur prétend par exemple que le défendeur lui a causé illicitement un dommage, il convient de se fonder sur la *prétention invoquée* pour admettre la compétence du juge du domicile du demandeur (art. 36 CPC). Si le juge parvient à la conclusion qu'il n'y a pas d'acte illicite, il rejette au fond la demande et le défendeur, qui aura contesté les faits relatifs tant à la compétence qu'au fond, pourra se prévaloir de l'autorité de la chose jugée de ce prononcé, une fois celui-ci entré en force[319]. Le demandeur ne pourra pas agir à un autre for et prétendre à nouveau qu'il a été victime d'un acte illicite.

Lorsque les demandeurs se fondent sur un même contrat à l'égard des défendeurs pour justifier de la compétence du tribunal saisi (for de connexité en cas de consorité simple passive; art. 7 al. 1 LFors, 15 al. 1 CPC), l'objection de l'un d'eux selon laquelle il ne serait pas partie à ce contrat est sans pertinence à ce stade et doit être examinée avec le fond[320].

Le for du lieu d'exécution, au sens de l'art. 113 LDIP, est également à disposition lorsque le défendeur conteste la validité du contrat qui fonde ce for[321].

---

317 Même si la notion existait en germe auparavant (ATF 119 II 66, JdT 1994 I 112; 91 I 121, JdT 1966 I 31; 66 II 179 consid. 2, JdT 1941 I 52, et les réf.; GULDENER [note 19], p. 106), puisque l'on retenait déjà que la nature du litige dont dépend le for était déterminée en principe par le contenu de la demande, les conclusions et les motifs qui les justifient, c'est l'ATF 122 III 249 consid. 3b/bb, JdT 1997 I 25, qui évoque le premier la notion de faits de double pertinence à l'égard des tribunaux civils, après que la notion a été analysée en matière d'arbitrage international (ATF 121 III 495 consid. 6d). L'ATF 122 III 249 se fonde en particulier sur l'opinion de SCHUMANN (note 286), p. 415. Voir également ATF 126 III 334, JdT 2000 I 593; 131 III 153 consid. 5; 133 III 295 consid. 6.2, JdT 2008 I 160. Le Tribunal fédéral rejette cette théorie en cas de constestation de la compétence d'un tribunal arbitral (ATF 121 III 495 consid. 6d et 128 III 50 consid. 2b/bb–cc) et en matière d'immunité (ATF 124 III 382).

318 ATF 122 III 249 consid. 3b/bb, JdT 1997 I 25; ATF 124 III 382 consid. 3b.

319 ATF 122 III 249 consid. 3b/bb, JdT 1997 I 25.

320 ATF 129 III 80 consid. 2.2, SJ 2003 I 288.

321 ATF 126 III 334, JdT 2000 I 593.

Paradoxalement, la théorie des faits de double pertinence trouve ainsi son fondement dans la protection des intérêts du défendeur selon l'analyse de la doctrine allemande[322], alors que les arrêts qui l'ont retenue n'existent qu'en raison de la contestation du for par celui-là. La conception selon laquelle le défendeur tire avantage d'un examen de la compétence avec le fond ne peut qu'être nuancée[323]. Certes, comme en Allemagne[324], le défendeur ne peut désormais plus refuser de déposer sa réponse au fond *(Einlassungsverweigerung*[325]) avant de voir juger son moyen tiré de l'incompétence[326], si bien que, théorie des faits de double pertinence ou non, il peut dans tous les cas être invité par le tribunal à se prononcer au fond. L'inconvénient est ailleurs. Le juge se devant d'appliquer le droit d'office, la prétention doit être examinée selon tous ses fondements dans un même jugement[327], et le tribunal pourrait arriver à la conclusion que la prétention se justifie en réalité sur la base d'une autre norme juridique (l'enrichissement illégitime par exemple) et admettre la demande sur ce fondement, alors que sa compétence a été retenue sur la base d'une appréciation juridique non fondée de la prétention[328]. En d'autres termes, le demandeur pourrait, lorsque sa prétention trouve plusieurs fondements, choisir le for lui étant le plus favorable, quand bien même finalement le fondement justifiant ce for ne serait pas donné.

Cet inconvénient doit cependant être relativisé. En effet, le Tribunal fédéral réserve les situations dans lesquelles le juge peut se déclarer d'entrée de cause incompétent, par *mesure d'économie de procédure,* lorsqu'il paraît évident que la prétention sur laquelle se fonderait sa compétence est mal fondée ou qu'une qualification correcte de l'objet du litige[329] ne permet pas de retenir sa compétence[330]. En revanche, si au terme d'un examen *sous l'angle de la vraisem-*

---

322 Voir les développements de SCHUMANN (note 286), p. 420–425.

323 Voir la critique de KNOEPFLER (note 250), p. 790 s.

324 SCHUMANN (note 286), p. 422 note 53.

325 Voir D.I.3.a, p. 210.

326 Voir D.I.2.b, p. 207.

327 ATF 125 III 82 consid. 3; 92 II 305 consid. 5; 91 II 63 consid. 4; 89 II 337 consid. 2, JdT 1964 I 240. Voir E.II.1.a, p. 240.

328 Contra: GULDENER (note 19), p. 106 note 103.

329 Sur l'objet du litige, voir F.III.2.d, p. 302 s.

330 TF (09.06.2004) RSPC 2005 117 (connexité; art. 6 ch. 1 CL); TF (25.09.2006) RSPC 2007 4 (compétence matérielle); ATF 119 II 66 consid. 2a, JdT 1994 I 112; 91 I 121 consid. 5, JdT 1966 I 31; 66 II 179 consid. 2, JdT 1941 I 52: «Il importe peu de savoir si le demandeur a qualité pour exercer cette action ou si celle-ci est fondée en droit; ce sont là des questions qui font précisément le fond du procès. Si l'on suivait les recourants dans leur raisonnnement, un juge ne pourrait se déclarer compétent qu'après avoir examiné le fond de la demande et l'avoir trouvée bien fondée. Mais alors une demande pourrait jamais être rejetée car son bien-fondé résulterait nécessairement du fait que le juge est entré en matière». Selon YVES DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral – Commentaire, Berne 2008, p. 1235 N° 3317 ad art. 92–93 LTF, le juge doit toujours examiner en premier lieu sa compétence, alors même qu'il devrait se pencher sur le fond du litige pour ce faire.

blance, les faits qui fondent sa compétence semblent réunis, le tribunal n'examinera la question plus avant qu'avec le fond[331].

Lorsqu'une circonstance, par exemple le lieu d'exécution, celui de l'acte ou de son résultat, ou encore le domicile de l'une des parties, *n'a pas d'incidence directe sur le fondement de la prétention litigieuse* et est contestée par l'adversaire, le tribunal saisi ne peut pas s'en remettre simplement aux allégations de la partie demanderesse pour admettre sa compétence[332]. Il doit instruire sur ce point le cas échéant et se prononcer sur sa compétence.

> Par exemple, une action en constatation de droit et en remboursement de prêts litigieux peut être jugée quant au fond sans qu'il soit nécessaire de décider si le lieu d'exécution de l'obligation se trouve ou non à Zurich. Cette question n'est pas déterminante pour l'existence de la créance[333].

> Lorsque la question de la compétence (disputée) à l'égard d'un consort peut être examinée indépendamment de l'éventuelle existence d'une prétention des demandeurs contre son consort, le juge doit instruire et statuer séparément sur sa compétence, faute de faits doublement pertinents (art. 6 ch. 1 CL)[334].

cc. L'abus de droit

Si la procédure suit son cours sans que le juge n'ait vérifié sa compétence locale, et sans que la partie défenderesse ne s'en soit plainte, le principe de la bonne foi (art. 52 CPC) s'oppose, sauf cas particulier, à voir la demande déclarée mal fondée pour ce motif, alors même que le for serait impératif ou partiellement impératif[335]. Le juge qui déclarerait la demande irrecevable faute de compétence locale violerait l'interdiction du formalisme excessif[336]. Le fait que ce vice doive être relevé d'office n'y change rien[337].

dd. La *perpetuatio fori*

Si les conditions de la compétence sont réunies *au moment de l'introduction de l'instance* (soit au dépôt de la requête en conciliation, de la demande, ou de la requête, art. 62 al. 1 CPC), elles le demeurent en cas de modification des cir-

---

331 ATF 131 III 53 consid. 5–6 (actes illicites, art. 129 al. 2 LDIP); TF (11.12.2007) 4A_430/2007 consid. 4–6 (actes illicites, art. 129 al. 2 LDIP).

332 ATF 122 III 249 consid. 3b/bb–c, JdT 1997 I 25; 133 III 295 consid. 6.2, JdT 2008 I 160, RSPC 2007 233; 134 III 27 consid. 6.2, RSPC 2008 234.

333 ATF 122 III 249 consid. 3c, JdT 1997 I 25.

334 ATF 134 III 27 consid. 6.2–6.3, RSPC 2008 234.

335 TF (08.10.2002) 4C.111/2002 consid. 2.4: «Les recourants adoptent, pour les besoins de la cause, une attitude procédurale contradictoire, clairement constitutive d'un abus de droit *(venire contra factum proprium)*».

336 TF in DB 13/2001, 35, n° 24.

337 ATF 105 II 149 consid. 3, JdT 1980 I 177.

constances en cours de procédure en vertu du principe de la *perpetuatio fori*[338], inscrit désormais à l'article 64 al. 1 let. b CPC[339]. En revanche, selon le Tribunal fédéral, alors même que le tribunal saisi serait compétent localement au moment du jugement, il faudrait faire une exception à la règle en matière de divorce[340]. Dans cette hypothèse, la compétence à raison du lieu devrait exister au moment de la litispendance, afin d'éviter que les parties, en changeant de domicile, n'exercent une influence sur l'examen de la compétence. Le principe doit valoir à notre sens chaque fois que le juge ou le défendeur soulève cette question d'entrée de cause et que le demandeur modifie son domicile pour éviter de voir sa demande déclarée irrecevable[341]. Si en revanche la situation est régularisée avant que le défendeur ou le juge ne soulève cette difficulté, le principe d'économie de procédure prévaut alors, et la compétence doit être reconnue. Si le défendeur tarde trop, le moyen risque dans tous les cas d'être jugé abusif[342].

3. *Les conséquences d'un prononcé d'incompétence*

Le tribunal qui décline sa compétence (à raison du lieu ou de la matière) ne peut ni ne doit indiquer dans sa décision (art. 238 CPC) le tribunal ou l'autorité qu'il tient pour compétent[343]. S'il le fait malgré tout, son prononcé ne participe pas de l'autorité de la chose jugée et ne lie pas le juge désigné pour compétent. Le tribunal ne peut pas davantage déléguer sa compétence et charger le juge compétent de statuer *(refus de la Prozessüberweisung)*[344]. La transmission d'office, bien qu'elle corresponde à la tendance moderne[345] et qu'elle vaille devant les autorités de recours[346], n'a pas été voulue en première instance, compte tenu

---

338 Berger/Güngerich (note 102), p. 184; Guldener (note 19), p. 229; Hohl I (note 102), p. 73 N° 294; Kummer (note 31), p. 87; Staehelin/Staehelin/Grolimund (note 26), p. 141; Sutter-Somm (note 95), p. 316; Vogel/Spühler (note 77), p. 206 N 85 s.

339 Il existe une exception en matière de procédure concernant les enfants, voir ATF 132 III 586, RSPC 2007 73; TF (13.11.2006) RSPC 2007 134 et note de Florence Guillaume; ATF 123 III 411, JdT 1998 I 269: Lorsqu'un enfant mineur dont les père et mère sont en instance de divorce déplace en cours de procédure sa résidence habituelle dans un autre Etat contractant, les autorités de cet Etat sont seules compétentes pour statuer sur l'attribution de l'autorité parentale ainsi que sur les relations personnelles entre l'enfant et ses père et mère.

340 ATF 116 II 209 consid. 2b/bb, JdT 1993 I 169; 116 II 9 consid. 5, JdT 1993 I 620; 90 II 213 consid. 2.

341 Guldener (note 19), p. 229, qui mentionne la jurisprudence précitée, se prononce dans ce sens. En toute hypothèse, si le for est dispositif, l'entrée en matière sur le fond fixe la compétence du tribunal en vertu du principe de l'acceptation tacite (art. 18 CPC).

342 Voir D.I.3.d.aa, p. 215.

343 Certains cantons connaissaient le système inverse, voir par exemple art. 8 al. 3 et 165 al. 2 CPC/NE.

344 FF 2006 6892; Sutter-Somm (note 95), 318.

345 TF (25.10.2007) RSPC 2008 1 consid. 3, et la note de Fridolin Walther.

346 Ce alors même que le Code ne l'indique pas expressément, comp. art. 143 CPC. Comme le relève le Tribunal fédéral, ATF 118 Ia 241, JdT 1995 I 538, le recourant ne doit pas être privé sans nécessité de la possibilité d'obtenir de l'autorité compétente qu'elle examine ses conclusions. Il

des charges supplémentaires qui en découleraient apparemment pour les tribunaux[347]. Il n'y a pas de lacune du Code sur ce point, mais un silence qualifié du législateur[348]. En revanche, l'acte adressé au bon tribunal, mais à la *mauvaise Cour* ou au mauvais juge, est revêtu d'un simple vice de forme mineur[349] et doit être traité par le tribunal compétent.

L'irrecevabilité de la demande faute de compétence n'entraîne pas l'annulation de l'instance *ipso jure*. Aux termes de l'article 63 al. 1 CPC, si l'acte introductif d'instance retiré ou déclaré irrecevable pour cause d'incompétence est *réintroduit dans le mois* qui suit le retrait ou la déclaration d'irrecevabilité devant le tribunal ou l'autorité de conciliation compétent, l'instance est réputée introduite à la date du premier dépôt de l'acte. L'article 63 al. 3 CPC réserve les délais légaux plus brefs du droit des poursuites, par exemple celui de vingt jours pour le dépôt de la demande en libération de dette (art. 83 al. 2 LP)[350]. Dès lors, le délai respecté (le *dies a quo* est respectivement au jour de la notification de la décision d'incompétence ou de l'envoi par la poste de l'acte de désistement, voir art. 142 et 143 CPC), l'instance perdure et la litispendance ne s'interrompt pas[351]. Le but est d'éviter la perte d'un droit sujet à péremption ou prescription.

L'art. 139 CO vise le même objectif, par un autre biais[352]. Cette disposition prolonge de soixante jours dès la notification, entre autres, d'un jugement d'incompétence, les délais de prescription et, par analogie, de péremption de droit civil fédéral[353]. Elle sera abrogée à l'entrée en vigueur de Code de procédure civile suisse, son article 63 al. 1 généralisant le principe qu'elle pose selon le Message[354]. Cela n'est pas sans poser des difficultés lorsque la *demande déposée à l'étranger* est déclarée irrecevable faute de compétence locale, l'article 63 al. 1 CPC ne s'appliquant pas dans un tel cas[355]. L'article 32 al. 3 LP, aux termes duquel «[l]orsqu'une action fondée sur la présente loi a été retirée par le demandeur du fait de l'incompétence du tribunal ou qu'elle a été déclarée irrecevable, un nouveau délai de même durée commence à courir pour ouvrir action», sera lui aussi abrogé.

---

s'agit d'un principe général du droit qui concerne l'ensemble de l'ordre juridique. Il est inscrit à l'art. 48 al. 3 LTF.

347 FF 2006 6892. Voir STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 145.

348 Comp. TF (25.10.2007) RSPC 2008 1 consid. 4.

349 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 145; ATF 118 Ia 241 consid. 3–4, JdT 1995 I 538: recours adressé par erreur au président en lieu et place de la Cour. Voir E.VI.4.c.aa, p. 275.

350 FF 2006 6892.

351 Voir REYMOND (note 78), p. 51.

352 Voir HENRI-ROBERT SCHÜPBACH, Justice civile helvétique, Paris 1981, ch. 92 (5).

353 L'analogie vaut également pour certains délais du droit des poursuites. A noter que dans les cas d'application analogique, la prolongation n'est pas nécessairement de soixante jours, mais dépend des circonstances du cas d'espèce, ATF 109 III 49, JdT 1985 II 85; 89 II 304 consid. 7. Sur ces questions, voir BSK-DÄPPEN, 4e éd., Nº 1–5 ad art. 139 CO.

354 FF 2006 6892.

355 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 145.

Le délai de l'article 63 al. 1 CPC est *suspendu en cas d'appel* contre la décision d'incompétence (art. 236 al. 1 et 315 al. 1 CPC). Apparemment, il ne l'est pas si l'appel porte sur une décision d'incompétence relative à une requête de mesures provisionnelles ou à un droit de réponse (art. 315 al. 4 CPC), ce qui semble illogique. Seules les décisions donnant droit à de telles requêtes devraient être privées d'effet suspensif.

Le délai n'est pas suspendu si l'appel n'est pas ouvert (art. 308 al. 2 et 309 CPC) et que *seul le recours* (art. 319 let. a et 325 al. 1 CPC) est à disposition de l'intéressé. Le principe vaut à moins que, d'office ou sur requête, l'effet suspensif soit ordonné par l'instance de recours (art. 325 al. 2 CPC). Celui-ci a-t-il, le cas échéant, un effet rétroactif? Oui à notre avis, comme le retient le Tribunal fédéral en matière de recours contre une décision accordant la mainlevée provisoire: «[s]i le recours contre le prononcé de mainlevée n'emporte pas d'effet suspensif en vertu de droit de procédure cantonal et que celui-ci n'a pas non plus été accordé par décision judiciaire, le délai pour ouvrir action en libération de dette part de la notification conformément à la législation cantonale du prononcé de mainlevée. Il faut par ailleurs admettre, comme la doctrine en général, que l'octroi de l'effet suspensif sortit ses effets ex tunc, à savoir rétroagit à la date de la décision attaquée. (...) L'effet suspensif reporte ainsi le *dies a quo* du délai. Néanmoins, le débiteur devra dans tous les cas prendre les dispositions nécessaires pour que sa demande ne soit pas déclarée tardive, car le risque subsiste que l'effet suspensif ne soit pas octroyé au recours dirigé contre la décision de mainlevée provisoire»[356].

Le tribunal peut se déclarer *en partie incompétent.* Le demandeur bénéficiera du délai de l'article 63 al. 1 CPC pour la part du litige de laquelle le juge se dessaisit.

Le délai de l'article 63 al. 1 CPC *peut être accordé plusieurs fois,* suivant que le tribunal nouvellement saisi s'estime lui aussi incompétent ou saisi selon une procédure qui n'était pas prescrite (art. 63 al. 2 CPC)[357].

III. La convention d'arbitrage (art. 61 CPC)

Le Code de procédure civile suisse consacre une disposition particulière à la convention d'arbitrage. L'article 61 CPC prévoit ainsi que le tribunal doit se déclarer d'office incompétent – ce qui démontre le lien étroit entre cette condition de recevabilité et la compétence matérielle – en cas de convention d'arbitrage, à moins que le défendeur n'ait procédé au fond sans faire de réserve. Le principe

356 ATF 127 III 569, JdT 2001 II 46.

357 La question de savoir si le délai de l'art. 139 CO pouvait être accordé plusieurs fois avait en revanche été laissée ouverte, voir ATF 130 III 202 consid. 3.3.2.

est également inscrit à l'article 7 LDIP et à l'article II al. 3 de la Convention de New York en matière internationale[358].

On retrouve ainsi le système de l'*acceptation tacite,* inscrit à l'article 18 CPC en matière de compétence à raison du lieu. Dès lors, le juge doit se déclarer d'office incompétent *en cas de défaut*[359]. On ne doit admettre une acceptation tacite que si le défendeur entre en matière sur le fond sans faire de réserve[360]. Ainsi, une simple requête de sûretés (art. 99 CPC) ou de prolongation du délai de réponse (art. 144 al. 2 et 222 al. 1 CPC) ne doit pas être considérée comme une acceptation tacite. Sur cette notion, il convient de renvoyer, pour le surplus, aux développements consacrés à la compétence à raison du lieu[361].

Même à défaut d'acceptation tacite, le juge doit reconnaître sa compétence lorsqu'il constate que la clause n'est *manifestement pas valable*[362], qu'elle ne peut être appliquée, ou encore que le tribunal arbitral n'a pas pu être constitué pour des raisons manifestement dues au défendeur à la procédure arbitrale (art. 61 let. b–c CPC). A titre de comparaison, lorsque le demandeur fonde la compétence du tribunal sur une clause de prorogation de for et que le défendeur en conteste la validité, le juge, qui doit alors apprécier sa propre compétence, ne peut se contenter d'un examen sommaire.

IV. L'absence de litispendance préexistante (art. 59 al. 2 let. d CPC)

1. Le principe

L'introduction de l'instance par le dépôt de la requête de conciliation, de la demande ou de la requête en justice, ou de la requête commune en divorce *crée la litispendance* (art. 62 al. 1 CPC). La litispendance a en particulier pour effet de fixer la compétence locale du tribunal saisi *(Fixationswirkung;* art. 64 al. 1 let. b

358 Comp. ATF 111 II 62.

359 Comp. E.II.2.a.bb, p. 243 en matière de compétence.

360 Voir, par exemple, ATF 104 Ia 144.

361 Voir E.II.2.a.bb, p. 243–245.

362 C'est une conséquence du principe selon lequel l'arbitre est le juge de sa propre compétence (art. 359 CPC). La règle vaut en arbitrage interne et, en matière internationale, lorsque le siège du tribunal est suisse et que l'art. 7 let b. LDIP s'applique. Lorsque le siège du tribunal arbitral est à l'étranger et que l'art. II al. 3 de la Convention de New York s'applique, «[l]e problème de la validité formelle de la clause compromissoire litigieuse doit au contraire être examiné de manière complète et librement, sous l'angle juridique», voir ATF 121 III 38 consid. 2b, confirmé par l'ATF 122 III 139 consid. 2b, qui relève que «si le juge étatique est saisi d'une exception d'arbitrage et que le tribunal arbitral a son siège en Suisse, le juge devra décliner sa compétence si l'examen sommaire de la convention d'arbitrage ne lui permet pas de constater que celle-ci est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée». Critiques: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Anton K. Schnyder et Stephen V. Berti, Internationales Privatrecht, 2e éd., Zurich 2007, No 8 ad art. 7 LDIP; Jean-François Poudret et Sébastien Besson, Droit comparé de l'arbitrage international, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 457 s. Il est peu probable que le Tribunal fédéral revienne sur son approche dès lors que désormais la règle est expressément inscrite dans le Code en matière interne.

CPC) et de prévenir qu'une seule et même contestation fasse l'objet de deux procès distincts et simultanés entre les mêmes parties *(Sperrwirkung,* art. 64 al. 1 let. a CPC).

Aux termes de l'article 59 al. 2 let. d CPC, le tribunal ne peut entrer en matière si le litige porté devant lui fait l'objet d'une litispendance préexistante.

Le refus d'entrée en matière en raison d'une litispendance préexistante préfigure l'irrecevabilité pour cause de décision entrée en force (art. 59 al. 2 let. e CPC). L'action se consume par le premier usage; la demande la met en œuvre et elle s'éteint avec l'entrée en force du jugement. Il existe cependant une différence de taille entre le procès en instance et le procès terminé par un jugement entré en force: dans la deuxième hypothèse on sait si le droit d'action est définitivement épuisé, alors que ce n'est pas le cas dans la première; l'action est certes exercée par la demande, mais elle n'est encore que virtuellement consumée. La litispendance préexistante représente dès lors une condition de recevabilité liée à l'instance, l'absence de décision entrée en force, une condition liée à l'action[363].

2. *Les conditions*

Il y a litispendance préexistante lorsque le même objet du litige (a) oppose les mêmes parties (b) devant un tribunal saisi au préalable (c). Dans le régime de l'article 9 al. 1 LDIP, elle suppose encore que la juridiction étrangère puisse rendre, dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en Suisse (d).

a. L'objet du litige

L'objet du litige se détermine par les conclusions de la demande, à savoir le prononcé requis *(l'objet au sens étroit)*, et par le conglomérat de faits à la base de la demande et son rattachement juridique *(la cause)*. L'article 21 de la Convention de Lugano (CL)[364] distingue expressément cause et objet au sens étroit[365]. Les articles 9 al. 1 LDIP et 35 al. 1 LFors parlent simplement d'objet du litige. Quant à l'article 64 al. 1 let. a CPC, il emploie de manière surprenante la notion de cause dans sa version française, et non celle d'objet du litige comme dans la version allemande *(Streitgegenstand)*. Cette différence terminologique est cependant sans portée matérielle.

Une identité d'objet du litige doit être retenue lorsqu'il existe dans deux procédures parallèles un *risque de jugements contradictoires* ou un procès inutile.

363 Comp. D.II.1.b–c, p. 220 s. pour le droit français.
364 RS 0.275.11.
365 Voir TF (28.02.2006) RSPC 2006 360 (art. 21 CL).

La règle vaut en matière interne (art. 64 al. 1 let. a CPC, qui reprend l'art. 35 LFors)[366] et internationale (art. 21 CL; 9 LDIP)[367].

Une action négatoire et une action condamnatoire portant sur le même complexe de faits ont un objet identique[368]. Peu importe que l'action en négation de droit précède ou suive l'action en exécution. La notion d'identité ne dépend pas de l'ordre d'introduction des procédures[369].

S'il y a identité d'objet du litige entre la demande tendant au paiement de dommages-intérêts et celle tendant à faire constater que la partie à l'origine du fait dommageable n'encourt pas de responsabilité, il n'y a en revanche pas identité d'objet entre la demande en paiement du prix de vente et la demande en dommages-intérêts par suite d'exécution défectueuse du contrat et de défauts de la marchandise (art. 21 CL)[370].

Il n'y a pas litispendance entre une demande fondée sur la violation d'un contrat de financement ayant entraîné le dépôt de bilan et une demande en dommages-intérêts fondée sur le maintien de crédits dans une situation obérée (art. 21 CL)[371].

N'ont pas le même objet la procédure en divorce sur requête commune et celle qui se fonde sur une demande unilatérale (art. 9 LDIP)[372].

Sont identiques une action en modification des pensions alimentaires et une procédure d'exequatur par voie de mainlevée définitive[373] (art. 7 LDIP et art. 5 de la Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires[374]).

Il n'y a pas identité de causes, et donc d'objets du litige, entre une demande fondée sur un droit de propriété (art. 641 CC) et une action en réintégrande (art. 928 CC).

b. Les parties

Les deux procès pendants doivent opposer les mêmes parties. Leur rôle respectif dans chacune des procédures est sans importance.

Il y a identité des parties lorsque l'une d'elle intervient en qualité de partie demanderesse dans l'un des procès, et dans l'autre comme appelée en cause contre laquelle sont prises des conclusions récursoires[375].

---

366 FF 2006 6982: «Une jurisprudence et une doctrine abondantes traitent de l'identité de la cause. Elles gardent toute leur valeur».

367 ATF 128 III 284 consid. 3a (art. 35 LFors); ATF 123 III 414 consid. 5, JdT 1999 I 251, et 125 III 346 consid. 3b, JdT 2001 I 67 (art. 21 CL).

368 ATF 128 III 284 consid. 3b/bb, qui renverse la jurisprudence ATF 105 II 229 consid. 1b, JdT 1980 I 280.

369 ATF 128 III 284 consid. 3b/bb.

370 TF (19.11.2008) RSPC 2009 138.

371 TF (28.02.2006) RSPC 2006 360.

372 TF (10.02.2005) RSPC 2005 381.

373 TF (29.12.2008) RSPC 2009 141.

374 RS 0.211.213.02.

375 ATF 128 III 284 consid. 3a.

c. *La saisine préalable*

L'article 62 al. 1 CPC détermine quels sont les actes introductifs d'instance *en matière interne.* Il s'agit de la requête de conciliation, de la demande ou de la requête en justice et de la requête commune en divorce. La litispendance est fixée à la date du dépôt de l'acte auprès du tribunal ou de l'autorité de conciliation (art. 62 al. 1 CPC) ou de sa remise à la poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse, à son attention[376] (art. 143 al. 1 CPC, par analogie). En cas de transmission par voie électronique, c'est la réception de l'acte par le système informatique correspondant à l'adresse électronique officielle du tribunal qui est déterminante (art. 143 al. 2 CPC, par analogie)[377].

En matière internationale, fixe la litispendance au sens de l'article 21 CL l'acte qui entraîne pour le demandeur une certaine obligation de poursuivre la procédure entreprise, en ce sens qu'il n'a plus la faculté d'y renoncer sans conséquences défavorables sur ses prétentions contre l'autre partie. L'article 21 CL ne détermine pas directement cet acte. Une appréciation doit intervenir sur la base du droit interne de l'Etat concerné[378]. Faute de véritables conséquences défavorables[379] en cas de renonciation au dépôt d'une demande en justice dans les trois mois à compter de l'autorisation de procéder (art. 209 al. 3 CPC), la «litispendance définitive» n'est fixée qu'à la notification de la demande (elle peut être retirée sans conséquence jusqu'à ce stade, art. 65 CPC). Il vaut donc mieux renoncer au préalable de conciliation dans un tel cas, comme l'autorise l'article 199 al. 2 let. a CPC[380]. Relevons que la Convention de Lugano révisée, signée le 30 octobre 2007, prévoit désormais un régime pratiquement autonome. Aux termes du nouvel article 30 ch. 1 de la Convention, «une juridiction est réputée saisie à la date à laquelle l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent est déposé auprès de la juridiction, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre des mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit notifié ou signifié au demandeur». Le dépôt de la demande en justice, et même, selon le Message[381], de la requête en conciliation si le demandeur n'y

---

376 Voir Staehelin/Staehelin/Grolimund (note 26), p. 144.

377 Pour des développements, voir Carole Aubert, Communication par voie électronique avec le Tribunal fédéral sous l'angle de la nouvelle LTF, RSPC 2007 87–95, 95.

378 ATF 123 III 414 consid. 6a–d, JdT 1999 I 251; TF (25.01.2001) 4C.207/2000 consid. 7; TF (04.08.2005) RSPC 2006 16.

379 A moins que le fait que les frais restent dans ce cas à la charge du demandeur soit jugé suffisant à cet égard, voir ATF 123 III 414 consid. 6a–d, JdT 1999 I 251.

380 Voir Staehelin/Staehelin/Grolimund (note 26), p. 144.

381 FF 2009 1520 s.: «Bien que la conciliation ne ressorte pas expressément du texte de l'art. 30, il est indiscutable, au vu de la *teneur des négociations* à ce sujet, qu'elle constitue un acte introductif d'instance au sens du ch. 1». Sur cette question, qui n'est en réalité pas définitivement tranchée, voir TF (06.07.2007) RSPC 2007 354 et la note de Stephen V. Berti. Sur la Convention de Lugano révisée, voir Andrea Bonomi, Eleanor Cashin Ritaine et Gian Paolo Romano, La Convention de Lugano – Passé, présent et devenir, Publications de l'ISDC, vol. 59, Genève/Zurich/Bâle 2007.

renonce pas, sera ainsi déterminant une fois la nouvelle Convention de Lugano ratifiée et entrée en vigueur.

Quant à l'article 9 al. 2 LDIP, il fixe la litispendance en Suisse à la date du premier acte nécessaire pour introduire l'instance. La citation en conciliation obligatoire est suffisante à cette fin[382], comme le retient désormais l'article 62 al. 1 CPC. La litispendance à l'étranger dépend quant à elle de la *lex fori*[383].

d. L'article 9 al. 1 LDIP

Aux termes de l'article 9 al. 1 LDIP, la cause doit être suspendue lorsqu'un tribunal étranger est saisi d'une demande portant sur le même objet du litige entre les mêmes parties et qu'il est à prévoir que la juridiction étrangère puisse rendre, dans un délai convenable, une décision susceptible d'être reconnue en Suisse[384].

> Ainsi, n'a pas à être suspendue la procédure de divorce ouverte en Suisse lorsque la procédure en divorce introduite quatre ans plus tôt à l'étranger ne peut pas aboutir à un jugement dans un délai raisonnable[385].

3. Le régime

a. En matière interne

Le Code fait de l'absence de litispendance préexistante une condition de recevabilité de la demande (art. 59 let. d CPC). Le tribunal ne peut entrer en matière si un autre tribunal[386] suisse a été saisi préalablement d'une demande portant sur un même objet de litige entre les mêmes parties. Il ne se justifie cependant de déclarer la demande irrecevable qu'une fois que le tribunal saisi en premier est *entré en matière* sur le fond[387].

Le Code ne retient pas expressément cette règle, mais elle peut être déduite de l'article 126 al. 1 CPC, qui prévoit que le tribunal peut ordonner la suspension de la procédure si des motifs d'opportunité le commandent, en particulier lorsque la décision dépend du sort d'un autre procès. Tel est bien le cas dans une telle situation. Si le tribunal saisi en premier entre en matière sur le fond, la cause se terminera, sauf circonstance particulière, par un jugement au fond revêtu de l'autorité de la chose jugée. Si en revanche le premier tribunal saisi ne statue pas au fond, l'intérêt renaît et l'action cesse d'être paralysée, pour autant qu'elle ne soit pas périmée. Dans le régime en vigueur, l'article 35 al. 1 LFors retient que «[l]orsque des actions portant sur le même objet de litige entre

---

382 ATF 123 III 414 consid. 6c, JdT 1999 I 251.

383 Voir STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 146.

384 ATF 127 III 118 consid. 3.

385 TF (10.02.2005) RSPC 2005 381.

386 Il peut s'agir d'une nouvelle demande déposée devant le même tribunal, voir REYMOND (note 78), p. 45 s.

387 Voir REYMOND (note 78), p. 46–48: suspension jusqu'à droit connu sur le premier procès.

les mêmes parties sont introduites devant plusieurs tribunaux, tout tribunal saisi ultérieurement sursoit à la procédure jusqu'à ce que le tribunal saisi en premier lieu ait statué sur sa compétence». Le principe de la suspension n'est pas automatique dans le régime du Code de procédure civile suisse, mais le principe d'opportunité justifie que le juge y ait recours[388] et qu'il sursoie à statuer dans l'attente, non pas spécifiquement d'une décision sur la compétence du premier juge, mais bien de l'entrée en matière au fond. En cas d'action négatoire par exemple, le premier juge saisi pourrait, après avoir admis sa compétence, expressément ou tacitement, déclarer la demande irrecevable, faute d'intérêt[389].

L'examen doit se faire *d'office* (art. 60 CPC). Le juge est cependant, par la force des choses, tributaire des informations que les parties voudront bien lui donner. Cette question doit être traitée avant l'entrée en matière sur le fond. Ainsi, le juge devra par exemple régler la problématique de la litispendance avant celle de la prescription[390].

b. En matière internationale

aa. Le régime de la LDIP

En droit international autonome, l'article 9 LDIP prévoit la suspension de l'instance, pour autant que la décision étrangère future soit vraisemblablement susceptible de reconnaissance en Suisse et qu'on puisse s'attendre à ce qu'elle intervienne dans un délai raisonnable[391]. Dans un tel cas, le tribunal suisse ne se dessaisit pas de l'affaire; il ne le fait qu'ultérieurement, pour autant qu'une décision étrangère pouvant être reconnue en Suisse lui soit présentée[392].

A défaut, le demandeur est réputé avoir un intérêt à la poursuite de la procédure ouverte en Suisse. Cette solution est préférable en ce qu'elle permet, au moins dans une certaine mesure, d'éviter certaines déchéances liées à l'écoulement du temps.

Le juge examine la question *d'office*. Il doit suspendre la procédure lorsque les faits en sa possession laissent apparaître qu'une autre procédure est pendante et que les conditions décrites ci-dessus sont réunies[393].

bb. Le régime de la Convention de Lugano

La Convention de Lugano prévoit à son article 21 que le juge d'un Etat contractant saisi en second lieu d'un litige entre les mêmes parties ayant la même cause et le même objet doit surseoir à statuer d'office, ce qui équivaut donc à une sus-

388 Voir STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 146 s.; SUTTER-SOMM (note 95).
389 Comp. l'état de fait de l'ATF 131 III 319, SJ 2005 I 449, qui fait suite à l'ATF 128 III 284.
390 TF (04.08.2005) RSPC 2006 16.
391 Voir ATF 127 III 118 consid. 3; TF (10.02.2005) RSPC 2005 381.
392 Voir ATF 126 III 327 consid. 1c.
393 Voir ATF 127 III 118 consid. 3d.

pension de la cause[394]. Mais l'alinéa 2, malencontreux à double titre, ajoute que «lorsque la compétence du premier tribunal saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci». Cela revient à ramener toute la question de la recevabilité de la première demande, donc de la paralysie temporaire du droit d'action, au seul problème de la compétence. De plus, il est des cas dans lesquels l'interdiction de vérifier la compétence indirecte[395] ne s'applique pas[396].

c. En matière arbitrale

Aux termes de l'article 372 al. 2 CPC, «[l]orsque les parties déposent des demandes identiques devant une autorité judiciaire et un tribunal arbitral, celui qui a été saisi en second suspend d'office la procédure jusqu'à droit connu sur la compétence du premier saisi». Par souci de cohérence, il convient sans doute d'appliquer le même principe en matière internationale, en faisant application de l'article 9 LDIP.

La litispendance est déterminée par les articles 372 CPC et 181 LDIP, applicables, en matière interne et internationale respectivement, uniquement si le tribunal arbitral a son siège en Suisse.

V. La conciliation préalable obligatoire

1. Les origines

Le Code de procédure civile suisse prévoit que la procédure au fond est précédée d'une tentative de conciliation devant une autorité de conciliation (art. 197 CPC). Le Code reprend ainsi le principe prévu dans un grand nombre de cantons suisses, avant tout alémaniques[397]. Paradoxalement en effet, la conciliation obligatoire, d'origine française et connue partout en Suisse au XIXe siècle, a mieux résisté outre-Sarine. Peut-être parce que celle-ci a également décliné en France, alors même que ce pays est le berceau de la conciliation judiciaire. Consacrée à la Révolution[398], puis confirmée par l'article VI de la Constitution

394 Sans les cautèles de l'art. 9 LDIP, ce qui est logique vu la parenté de culture des Etats contractants et l'esprit de la Convention, se traduisant par exemple par l'absence de contrôle de la compétence indirecte en principe. Sur les liens entre l'art. 9 LDIP et l'art. 21 Convention de Lugano, voir ATF 123 III 414, JdT 1999 I 251.

395 Art. 28 al. 4 CL.

396 Art. 28 al. 1 CL.

397 Voir par exemple les §§ 93 ss ZPO/ZH; art. 135 ss ZPO/AG. Pour d'autres références, voir VOGEL/SPÜHLER (note 77), § 54, N 1.

398 Le décret du 16 août 1790 sur l'organisation judiciaire consacre les modalités de la conciliation pour tout litige civil. Il impose une conciliation préalable à toute action devant les juges de district. La conciliation est également obligatoire au stade de l'appel.

des 3–14 septembre 1791[399], elle a d'emblée été limitée par le Code de procédure civile français de 1806, qui retenait diverses exceptions au principe, en particulier en cas d'urgence (art. 49 aCPC fr.). La conciliation judiciaire a ensuite peu à peu décliné, faute de moyens, les juges étant facilement enclins à admettre que le cas présentait une certaine urgence permettant ainsi d'éviter un préalable de conciliation, devenu au fil du temps une formalité inutile et une perte de temps. Le préliminaire de conciliation devant le juge de paix a été supprimé par une loi du 9 février 1949 et les juges de paix ont disparu en 1958 pour être remplacés par les tribunaux d'instance.

Les cantons suisses ont fait la découverte de la justice de paix avec Napoléon et l'expérience de l'Helvétique. Si la République helvétique n'a duré que cinq ans (12 avril 1798–10 mars 1803), son influence a été déterminante sur les organisations judiciaires cantonales. Ainsi, la plupart des cantons suisses ont introduit une justice de paix, généralement calquée à l'origine sur le projet de loi sur les juges de paix de la République helvétique du 13 juin 1800[400] qui reprenait le schéma révolutionnaire[401]. Les tribunaux de district *(Bezirksgerichte)* ont également fait leur apparition. Tous les cantons suisses ont connu dans le courant du XIXe siècle une justice de paix, à l'exception de Bâle-ville[402]. Dans les cantons latins, la conciliation devant le juge de paix est devenue le plus souvent facultative, pour ceux qui la connaissent encore (art. 141 CPC/FR; art. 354 CPC/TI; art. 127 CPC/VD). A Genève et en Valais toutefois, la conciliation est obligatoire, excepté dans certaines circonstances où elle est facultative, en particulier lorsque l'une des parties n'est pas domiciliée dans le canton (art. 51 LPC GE; art. 114 CPC/VS).

2. *La portée*

a. *Les exceptions au préalable obligatoire*

Si le Code de procédure civile suisse prévoit le principe de la conciliation préalable obligatoire, il retient que celle-ci n'a pas lieu – pas même à titre facultatif – dans diverses procédures, à savoir en matière de divorce (art. 198 let. c CPC; le Code prévoit cependant une audience de conciliation devant le juge du fond en cas de demande unilatérale, voir art. 291 CPC), de dissolution de partenariat enregistré (art. 198 let. d CPC) et d'état civil (art. 198 let. b CPC), ainsi que

399 «Les tribunaux civils ordinaires ne peuvent recevoir aucune action civile, sans qu'il ne soit justifié que les parties ont comparu, ou que le demandeur a cité sa partie adverse, devant des médiateurs, pour parvenir à une conciliation».

400 La première loi sur la justice de paix de Zurich date du 3 juin 1803, voir ENDERLI HANS, Das Sühnverfahren im schweizerischen Recht, Thèse Zurich 1903, p. 27. Voir également SCHURTER/FRITZSCHE (note 23), p. 141 s.

401 Voir VOGEL/SPÜHLER (note 77), § 6, N 57, qui rappellent l'origine française des juges de paix; ENDERLI (note 400), p. 20–30.

402 ENDERLI (note 400) p. 29 s.

dans les procédures sommaires (art. 198 let. a CPC) et les demandes relevant de la LP (art. 198 let. e ch. 1–8 CPC). Il en va de même lorsque le litige est de la compétence d'une instance cantonale unique en vertu des articles 5 et 6 CPC (art. 198 let. f CPC), à savoir essentiellement dans le domaine de la propriété intellectuelle, des cartels et de la concurrence, dans ce dernier cas si la valeur litigieuse dépasse CHF 30 000.– (art. 5 CPC) et lorsque la cause est déférée à un tribunal de commerce institué par le droit cantonal (art. 6 CPC)[403]. En revanche, une conciliation préalable est exigée lorsque le litige relève d'une instance cantonale unique en vertu des articles 7 et 8 CPC (litiges portant sur les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale et action directe devant le tribunal supérieur).

L'intervention principale, la demande reconventionnelle et l'appel en cause ne sont pas plus précédés d'une tentative de conciliation (art. 198 let. g CPC). L'article 198 let. h CPC prévoit enfin que la tentative préalable n'a pas lieu lorsque le tribunal a fixé un délai pour le dépôt de la demande, en particulier en cas d'octroi de mesures provisionnelles alors que la demande au fond n'est pas encore pendante (art. 263 CPC)[404].

Par ailleurs, les parties peuvent renoncer à la procédure de conciliation d'un commun accord (exprès ou tacite)[405] dans les litiges patrimoniaux d'une valeur litigieuse de CHF 100 000.– au moins (art. 199 al. 1 CPC). Le demandeur peut enfin renoncer à la procédure de conciliation lorsque le domicile ou le siège du défendeur est à l'étranger ou que son lieu de résidence est inconnu, ainsi que dans les litiges relevant de la loi sur l'égalité du 24 mars 1995 (art. 199 al. 2 CPC).

b. Les difficultés pouvant en résulter

Les cas d'exclusion pourraient donner lieu à divers litiges entre les parties. Ainsi, le défendeur pourrait faire valoir que son domicile ne se situe pas à l'étranger (art. 199 al. 2 let. a CPC), que la cause ne relève pas du tribunal de commerce au sens de l'article 6 CPC ou d'une cause visée par l'article 5 CPC (art. 198 let. f CPC), ou encore que la procédure sommaire n'est pas applicable (art. 198 let. a CPC).

Dans la deuxième hypothèse, le défaut de conciliation préalable se confond avec l'incompétence à raison de la matière du tribunal saisi. La question de la compétence pourrait s'avérer particulièrement épineuse lorsque le demandeur fait valoir des prétentions qui ne relèvent que partiellement des articles 5 et 6

403 C'est aux Chambres que cette exception de l'art. 6 CPC a été introduite. Le projet du Conseil fédéral ne la prévoyait pas, voir art. 195 let. f P-CPC.

404 C'est également lors des débats parlementaires que cette exception a été introduite. Le projet du Conseil fédéral ne la prévoyait pas, voir art. 195 P-CPC.

405 FF 2006 6937.

CPC[406]. Si le litige porte sur *plusieurs prétentions,* il faut retenir que le demandeur doit tenter la conciliation pour celles qui n'entrent pas dans la compétence de l'instance cantonale unique. En effet, le cumul de prétentions n'est pas admissible dans un tel cas (art. 90 let. a CPC)[407]. En revanche, si le litige porte sur une seule prétention ayant plusieurs fondements, un seul tribunal doit être compétent afin d'examiner la cause dans son ensemble[408], si bien que le préalable de conciliation ne doit avoir lieu que dans la mesure où la cause ne relève pas de l'instance unique.

Dans la troisième hypothèse, la question relève principalement de la procédure applicable, que le juge devrait examiner au préalable (art. 63 al. 2 CPC)[409].

c. *Le remplacement de la conciliation par la médiation*

Les parties peuvent demander ensemble à remplacer la conciliation, menée par l'autorité désignée par le canton, par une médiation, conduite par un médiateur, soit un tiers à la procédure (art. 213 CPC). La médiation est ainsi conçue comme une alternative à la conciliation judiciaire. Elle n'est du reste pas envisagée à ce stade de la procédure lorsque la conciliation n'est pas imposée par la loi.

La demande est déposée dans la requête de conciliation ou à l'audience (art. 213 al. 2 CPC). A notre sens, le fait de joindre à la requête le contrat sur lequel le demandeur fonde ses prétentions et qui contient une clause de médiation ne suffit pas. La requête doit provenir de toutes les parties. Le Code ne dit pas si elle peut être rejetée par le juge, même si l'on pourrait déduire du texte de l'article 213 al. 1 CPC que le remplacement de la conciliation par la médiation dépend uniquement de l'accord des parties. A moins que le juge n'ait la conviction que la demande vise simplement à éluder les règles sur la tentative préalable de résolution du litige hors tribunal, il devrait en principe l'admettre. En revanche, il devrait avoir la possibilité de fixer certains principes fondamentaux en matière de choix du médiateur, en particulier quant à sa neutralité et son indépendance[410], conditions indispensables de la médiation, et, faute de voir

406 Voir E.II.1.a, p. 240.
407 Ibid.
408 Ibid.
409 Voir E.VI.4.a, p. 274.
410 FF 2006 6943 s.: «Lorsqu'il parle de médiation, le projet se réfère en premier lieu à des médiateurs qualifiés. Mais d'autres personnes indépendantes qui ont la confiance des parties peuvent entrer en ligne de compte». Selon Thomas Pfisterer, Unterwegs zur Einigung mit Mediation in der schweizerischen ZPO?, RSJ 2007 541–550, 549, *«entscheiden nicht die Parteien, sondern die Behörden, ob eine genugende Mediation vorliege, die eine Klagebewilligung rechtfertigt»*. Le juge ne peut en revanche imposer le nom du médiateur. Sur ce thème, voir Jean A. Mirimanoff et Sandra Vigneron-Maggio-Aprile, Pour une libre circulation des différends civils et commerciaux – Réflexions sur les nouveaux réseaux de la justice plurielle: le cas suisse dans le contexte européen, RDS 2007 I 27–46.

ceux-ci respectés, imposer la conciliation. Il pourrait ainsi, dans une telle hypothèse, refuser de délivrer l'autorisation de procéder (art. 213 al. 3 CPC).

Les parties se chargent librement de l'organisation et du déroulement de la médiation (art. 215 CPC), la confidentialité du processus étant garantie (art. 216 CPC). Elles peuvent requérir du juge la ratification de l'accord. Celui-ci acquiert alors les effets d'une décision entrée en force (art. 217 CPC).

d. Les clauses conventionnelles de conciliation et de médiation

Il est désormais fréquent que les parties insèrent dans leur contrat une clause de médiation ou de conciliation préalable. Encore faut-il déterminer quelle sanction entraîne le non-respect d'une telle clause. Elle dépend tout d'abord de la portée qu'il faut accorder à la clause telle qu'elle a été envisagée par les parties, en retenant le cas échéant les principes généraux gouvernant l'interprétation des manifestations de volonté[411]. Les parties peuvent l'avoir souhaitée *obligatoire* ou *facultative*[412].

Si la clause est facultative, la saisine du juge sans tentative préalable n'est accompagnée d'aucune sanction[413]. La situation se présente différemment si la clause doit être considérée comme obligatoire. On peut tout d'abord s'interroger sur sa portée si le demandeur dépose une requête en conciliation au sens du Code, sans passer par le mécanisme convenu spécifiquement entre les parties. Le défendeur devrait en toute hypothèse le faire valoir dès réception de la requête, afin que les parties puissent remplacer ce processus par celui prévu dans leur contrat. A défaut, le principe de la bonne foi s'oppose à toute défense procédurale sur ce point[414].

Lorsque la cause n'est pas précédée selon le Code d'une tentative de conciliation, le défendeur devrait d'entrée de cause se prévaloir de l'absence de tentative de conciliation ou de médiation préalable en violation du contrat, faute de quoi il y renoncerait tacitement, comme le Code le retient en cas de for dispositif (art. 18 CPC) et de convention d'arbitrage (art. 61 let. a CPC). Si le défendeur s'oppose à l'entrée en matière, le juge devrait, comme il est appelé à le faire à défaut de préalable de conciliation au sens du Code, *déclarer la demande irrecevable* et renvoyer les parties à tenter la médiation ou la conciliation conventionnelle. Rien ne justifie de nier toute portée procédurale à la clause et de ne réserver que le paiement de dommages-intérêts (improbables[415]) au dé-

411 ATF 130 III 66 consid. 3.2, JdT 2004 I 83, et les réf.

412 Voir Samuel Monbaron, La sanction de l'inexécution des clauses de médiation et conciliation en Suisse et en France, RSPC 2008 425–436, 427 s.

413 Voir TF (06.06.2007) RSPC 2007 247 consid. 4.3.2, qui retient en l'espèce l'existence d'une clause facultative; critique sur ce point, Samuel Monbaron, L'effet procédural des clauses de conciliation et de médiation, RSPC 2007 253.

414 Voir D.I.3.d.aa, p. 214 s.

415 Voir Monbaron (note 412), RSPC 2008 431–433.

fendeur[416]. L'argument selon lequel le préalable est inutile compte tenu de l'option prise par le demandeur ne peut être retenu, faute de quoi la même conclusion devrait valoir pour la conciliation obligatoire selon le Code[417]. Or celui-ci en fait une condition de recevabilité[418]. La clause de conciliation ou de médiation conventionnelle représente ainsi, comme la conciliation préalable prévue par le Code, une condition de recevabilité relative à l'instance[419], mais dont la portée est moindre – identique à celle de la convention d'arbitrage (art. 61 let. a CPC) –, compte tenu de la possibilité pour le défendeur d'y renoncer par acceptation tacite. Si le demandeur doit agir urgemment en justice afin de sauvegarder un délai de déchéance ou d'obtenir des mesures provisoires[420], le défendeur ne devrait pas pouvoir invoquer le défaut de tentative préalable (qui n'est pas introductive d'instance) en vertu du principe de la bonne foi (art. 52 CPC). Il en irait de même si le défendeur n'invoque le vice qu'afin de faire prévaloir l'instance introduite postérieurement dans un Etat ne reconnaissant pas de portée contraignante à la clause.

e. La procédure préalable prévue par la loi

Le Tribunal fédéral a récemment retenu la nature de condition de recevabilité de la procédure de conciliation préalable entre les parties prévue par la loi en cas de prétention en baisse de loyer (art. 270a al. 2 CO). Elle devrait être examinée par l'autorité de conciliation[421] et, à défaut, par le tribunal.

---

416 Cette question est controversée, voir TF (06.06.2007) RSPC 2007 247 consid. 4.3.1, et les réf. doctrinales.

417 Il ne se vérifie du reste pas dans les faits, voir les développements de MONBARON (note 413) RSPC 2007 254 s. et (note 412) RSPC 2008 431–433.

418 FF 2006 6941; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 140.

419 C'est la solution retenue en Allemagne, voir D.II.2.b, p. 225. En France, le tribunal n'entre pas en matière si une fin de non-recevoir est soulevée par le défendeur (ce déjà si un processus amiable a bien été entamé, mais qui ne correspondait pas à celui envisagé par la clause contractuelle, voir Chambre d'Appel Paris [14e Ch., sect. B] [13.10.2006], R. G. nº 06/13726, BICC nº 653 du 15 janvier 2007), et en Belgique le juge suspend la cause lorsque l'exception est invoquée, voir MONBARON (note 412) RSPC 2008 429–431; (note 413) RSPC 2007 257, et D.II.1.c, p. 221. La doctrine et la jurisprudence italiennes se rallient à la solution des dommages et intérêts, voir MANDRIOLI (note 17), p. 46 n. 22. La Cour de cassation civile zurichoise a nié par deux fois la nature de condition de recevabilité d'une clause de médiation conventionnelle, voir KG ZH (15.03.1999) ZR 99 [2000] 86 Nº 29 (le recours de droit public formé contre cette décision avait été jugé irrecevable, voir TF [23.08.1999] 4P.125/1999) et décision du 6 septembre 2004. Pour MONBARON (note 412) RSPC 2008 435–436, le juge devrait suspendre la cause dans l'attente de la tentative de médiation.

420 Comp. en Italie, art. 412bis al. 6 CPC en matière de litiges du travail ainsi que Corte Costituzionale (30.11.2007) Sentenza note 403 consid. 3.1, et les réf.

421 Voir D.I.3.d.bb, p. 216 s.

3. *L'autorisation de procéder*

Le demandeur ne peut déposer sa demande qu'après avoir reçu une *autorisation de procéder* de l'autorité de conciliation, suite à l'échec de la tentative (art. 209 CPC).

Quand bien même cette condition ne résulte pas expressément de l'article 59 CPC, le Message relève qu'une autorisation valable de procéder est une condition de recevabilité[422]. Les articles 221 al. 2 let. b et 244 al. 3 let. b CPC précisent d'ailleurs que l'autorisation de procéder doit être jointe à la demande. Le Conseil fédéral n'indique pas ce que cette validité implique. Il faut manifestement que l'autorisation ne soit pas périmée (a). Il convient également que l'autorisation de procéder porte sur le même objet du litige et les mêmes parties principales (b). Enfin, elle ne doit pas être entachée d'un vice, par exemple l'incompétence manifeste de l'autorité qui l'a prononcée (c).

a. *La durée de validité*

La demande doit être déposée dans un *délai de trois mois* à compter de la délivrance de l'autorisation de procéder (art. 209 al. 3 CPC). Ce délai est ramené à *trente jours* dans les litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux et aux baux à ferme agricoles (art. 209 al. 4 CPC). Ce même alinéa réserve les *autres délais d'action légaux* ou judiciaires prévus dans les dispositions spéciales, comme par exemple le délai de vingt jours pour le dépôt de la demande en libération de dette (art. 83 al. 2 LP). Si cette solution est classique[423], on aurait fort bien pu y renoncer. Les «délais d'action légaux» sont respectés si l'instance est introduite par le dépôt de la requête de conciliation (art. 62 al. 1 CPC). Il n'y avait nul besoin d'exiger, pour des raisons de célérité somme toute partiellement théoriques, que la demande soit elle aussi déposée dans un délai équivalent en cas d'échec de la tentative de conciliation. Relevons d'ailleurs que l'article 63 CPC, qui permet à une partie dont la demande est jugée irrecevable en raison de l'incompétence du juge saisi de sauvegarder l'instance si elle redépose son acte dans un délai d'un mois, ne fait exception que pour les délais du droit des poursuites et non pour tous les «délais d'action légaux ou judiciaires prévus dans les dispositions spéciales». De plus, les délais judiciaires envisagés n'existent apparemment plus, les Chambres ayant décidé que le préalable de conciliation tombait lorsque le tribunal avait fixé un délai pour le dépôt de la demande (art. 198 let. h CPC).

Le délai est calculé conformément aux articles 142 à 144 CPC. Il est à notre sens suspendu pendant les féries (art. 145 CPC), le délai pour procéder n'étant pas un délai concernant la conciliation pour laquelle la loi ne prévoit pas de sus-

---

422 FF 2006 6941. Dans ce sens, STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 140; SUTTER-SOMM (note 95), p. 317.

423 Comp. art. 153 al. 4 CPC/BE.

pension (art. 145 al. 2 let. a CPC). A défaut de dépôt de la demande dans le délai légal, l'instance est réputée non introduite et l'autorisation de procéder est caduque. S'il souhaite déposer une demande, le demandeur devra passer par une nouvelle tentative de conciliation[424].

b. Les parties et l'objet du litige

L'article 209 al. 2 CPC indique que l'autorisation de procéder contient, entre autres, les noms et les adresses des parties, le cas échéant, de leurs représentants (let. a) et les conclusions du demandeur, la description de l'objet du litige et les conclusions reconventionnelles éventuelles (let. c).

Il va de soi que l'autorisation de procéder doit être délivrée *en faveur du demandeur* à la procédure, et contre celui qui sera cité comme défendeur. Elle demeure valable si elle a également été délivrée pour ou contre des personnes qui ne sont par la suite pas mentionnées dans la demande, en tant qu'il ne s'agissait que de consorts simples. S'ils constituaient des consorts nécessaires, la demande sera quoi qu'il en soit irrecevable faute de qualité pour agir ou pour défendre[425]. Le changement du représentant est en revanche sans conséquence.

Si l'autorisation de procéder est délivrée contre un défendeur et que le demandeur agit ensuite contre plusieurs défendeurs, l'autorisation ne sera valable que contre le défendeur cité en conciliation. Si les défendeurs sont des consorts simples, le juge devrait entrer en matière uniquement à l'égard du défendeur qui a été cité en conciliation, et la logique voudrait que ce point soit examiné d'entrée de cause. Lorsque les défendeurs sont des consorts nécessaires, la demande devrait être déclarée irrecevable faute de qualité pour défendre[426].

Le demandeur peut *dénoncer l'instance* à un tiers dans sa demande, sans l'avoir cité en conciliation (art. 78 CPC; comp. art. 198 let. g CPC).

Quant à l'objet du litige, l'autorisation de procéder conserve sa validité dans la mesure où celui-là n'est pas modifié dans une mesure incompatible avec les principes posés aux articles 227 à 230 CPC pour les procédures ordinaire et simplifiée (art. 219 CPC), qu'il convient d'appliquer ici par analogie[427]. Dès lors, l'objet de la demande peut se distinguer de celui mentionné dans l'autorisation de procéder si la prétention nouvelle ou modifiée présente un lien de connexité avec la prétention d'origine ou, à défaut de connexité, si la partie adverse consent à la modification de la demande (art. 227 CPC).

La *notion de connexité* se retrouve également aux articles 14 et 15 CPC. Elle n'est pas définie par le Code, ni par le Message. Il faut sans doute s'attacher à la jurisprudence consacrée à cette notion telle qu'elle est inscrite aux articles 6 al. 1 LFors (demande reconventionnelle) et 7 al. 1 LFors (cumul d'actions). In-

424 FF 2006 6941.
425 Voir F.II.3.b, p. 294 s.
426 *Ibid.*
427 Comp. art. 126 al. 2 CPC/FR.

terprétant l'article 6 al. 1 LFors, le Tribunal fédéral a laissée ouverte la question de savoir s'il convenait de retenir une notion large de connexité comme sous l'empire de l'article 59 aCst. féd., ou s'il fallait s'attacher à la notion étroite dégagée dans l'application de l'article 6 ch. 3 de la Convention de Lugano[428]. La connexité suppose en effet, selon cette disposition, un même contrat ou un même état de fait. En revanche, il y a connexité selon la jurisprudence rendue en lien avec l'article 59 aCst. féd., non seulement lorsque les deux prétentions concernent le même acte juridique, se fondent sur le même état de fait[429] ou découlent d'une relation juridique commune, mais déjà si elles présentent un lien juridique étroit[430], ou lorsque les prétentions découlent de divers contrats devant être considérés comme une unité en vertu de la volonté des parties[431]. N'a pas été tranchée à ce jour la question de savoir si une relation juridique plus étroite suffit, indépendamment d'un état de fait commun et pertinent au point de vue juridique[432]. En revanche, ne sont dans tous les cas pas connexes des conclusions portant simplement sur le même type de prétentions. La connexité ne doit pas plus être admise lorsque seuls des motifs d'économie procédurale expliquent le traitement conjoint des demandes[433].

Il n'est pas nécessaire cependant que les conclusions nouvelles relèvent de la même procédure. Cette exigence concerne manifestement la modification des conclusions à un stade où la procédure après tentative de conciliation est déjà engagée.

c. *L'autorisation viciée*

Une autorisation de procéder délivrée par une autorité de conciliation *manifestement incompétente à raison du lieu ou de la matière* doit être considérée comme viciée[434] lorsque le défendeur a contesté sa compétence. Il convient de

---

428 ATF 129 III 230 consid. 3.1, JdT 2003 I 463; TF (30.03.2007) RSPC 2007 351; TF (28.05.2004) 4C.61/2003, SJ 2004 I 525.

429 Voir par exemple TF (21.03.2006) RSPC 2006 237.

430 ATF 47 I 176 consid. 4.

431 Voir par exemple CJ GE (27.09.1974) SJ 1975 394: «Il convient d'admettre la connexité non seulement lorsque la demande principale et la demande reconventionnelle résultent du même acte juridique, mais aussi quand il existe entre elles un lien interne, par exemple quand elles résultent d'un complexe d'affaires intéressant les deux parties, de telle sorte que les intérêts des parties se trouvent enchevêtrés au point qu'en statuant sur les uns on statue sur les autres»; ATF 34 I 755 consid. 5.

432 ATF 129 III 230 consid. 3.1, JdT 2003 I 463.

433 ATF 129 III 230 consid. 3.3.3, JdT 2003 I 463.

434 Comp. Leuch/MArbach/Kellerhals/Sterchi (note 110), N° 2 ad art. 144 ZPO et les réf. à la jurisprudence bernoise; art. 140 al. 1 CPC/VD: «Si le défendeur invoque que la conciliation préalable a été tentée devant un juge incompétent et que son exception est admise, le dossier est transmis au juge de paix compétent pour une nouvelle tentative de conciliation» et, sous le régime du Code de procédure civile français de 1806 avant la suppression du préalable obligatoire de conciliation, Garsonnet/Cézar-Bru (note 17), p. 300 N° 185. En revanche, si l'on ne constate que plus tard que la compétence n'était pas donnée, la validité de l'autorisation de pro-

préciser que lorsque le demandeur dispose de plusieurs fors (fors alternatifs, par exemple art. 36 CPC), il n'est pas contraint de déposer sa demande dans le même ressort géographique que la requête de conciliation[435].

Le défendeur peut également contester la validité de l'autorisation de procéder lorsque celle-ci est *viciée quant à son contenu,* à savoir si l'une ou l'autre des mentions essentielles exigées par la loi (parties, conclusions et objet du litige, signature) fait défaut. Un délai devrait dans un tel cas être accordé au demandeur pour qu'il puisse régulariser la situation – en demandant à l'autorité de conciliation de rectifier son acte –, par application analogique de l'article 132 al. 1 CPC[436]. A défaut de régularisation, le juge devrait refuser son entrée en matière.

4. *Le régime*

Le juge doit s'assurer d'office (art. 60 CPC) du respect du préalable de conciliation lorsque la loi l'impose (art. 197–199 CPC). Il ne doit donc pas attendre que le défendeur soulève un moyen pour vérifier que le demandeur dispose d'une autorisation valable de procéder.

5. *Le moment de l'examen*

L'existence d'une autorisation valable de procéder doit en principe être vérifiée d'entrée de cause. Le juge entreprendra les contrôles d'usage avant même la transmission de la demande au défendeur. Toutefois, si la nécessité du préalable dépend de la compétence matérielle du tribunal[437] et que la vérification de celle-ci implique un examen de la prétention, cette question, qui se confond pratiquement avec celle de la compétence du tribunal, peut être traitée ultérieurement.

Si la procédure suit son cours sans que le juge n'ait vérifié ce point, et sans que la partie défenderesse ne s'en soit plainte lors de l'échange des écritures, le principe de la bonne foi (art. 52 CPC[438]) s'oppose sauf cas particulier à voir la

céder ne peut plus être remise en cause, voir CJ GE (16.09.1988) SJ 1988 522; (15.01.1975) SJ 1976 73, et les nombreuses réf.

435 C'est le même principe que pour les mesures provisionnelles (art. 13 CPC), voir CHRISTOPH LEUENBERGER, in Karl Spühler, Luca Tenchio et Dominik Infanger (éd., note 274), art. 33 LFors N 21–24.

436 Le principe résulte également de la jurisprudence du Tribunal fédéral prohibant le formalisme excessif, voir E.VI.4.c.cc, p. 276.

437 Voir E.II.1, p. 239–242.

438 Cette disposition codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral, voir par exemple ATF 123 III 220 consid. 4d, JdT 1997 I 242; 107 Ia 206 consid. 3a. Le principe avait d'abord été considéré comme découlant du droit cantonal coutumier (ATF 83 II 345, JdT 1958 I 194) avant d'être rattaché au droit fédéral non écrit (ATF 101 Ia 39 consid. 3, JdT 1975 I 344; 105 II 155 consid. 3, JdT 1980 I 177), règle ensuite nuancée (ATF 111 II 62 consid. 3). Sur un plan dogmatique, le Tribunal fédéral le déduit du *Prozessrechtsverhältnis,* voir TF (21.12.2007) RSPC 2008 140; ATF 130 III 396 consid. 1.2.3, JdT 2005 II 87; 115 Ia 12 consid. 3, JdT 1991 I 105.

demande déclarée mal fondée pour ce motif. Le Tribunal fédéral relève en effet que l'«[u]n des principaux devoirs imposés au plaideur par la loyauté veut qu'il se prévale de ses moyens au moment prévu par la loi et sans tarder, à défaut de quoi il troublerait inutilement le cours du procès»[439]. Le juge qui déclarerait la demande irrecevable pour ce motif violerait l'interdiction du formalisme excessif[440]. Le fait que ce vice doive être relevé d'office n'y change rien[441].

6. *Les conséquences du refus d'entrée en matière*

Si le juge refuse d'entrer en matière faute d'autorisation de procéder valable, l'instance prend fin. Le demandeur peut à nouveau agir s'il le souhaite (voir art. 65 CPC)[442]. Il peut toutefois se voir déchu de ses droits s'ils étaient par exemple liés au respect d'un délai de déchéance. L'article 63 al. 1 CPC, selon lequel lorsque l'acte introductif d'instance retiré ou déclaré irrecevable pour cause d'incompétence est réintroduit dans le mois qui suit le retrait ou la déclaration d'irrecevabilité devant le tribunal ou l'autorité de conciliation compétent, l'instance est réputée introduite à la date du premier dépôt de l'acte, devrait cependant s'appliquer par analogie dans un tel cas.

VI. Les vices de forme

1. *Les actes des parties*

Le Chapitre 2 du Titre 9 du Code de procédure civile suisse est consacré à la forme des actes de procédure. Sa Section 2 porte sur les actes des parties. Dans un sens large, constitue un acte de procédure d'une partie tout comportement actif ou passif de nature à influer sur le sort de la procédure. En ce sens, la

---

439 TF in DB 13/2001, 35, n° 24 (conciliation obligatoire en matière de bail); TF (02.06.2004) 4C.17/2004 consid. 3.3.1 (idem); TF (06.06.2007) 4A_18/2007 consid. 4.3.3.1, et les réf.: «Le principe de la bonne foi s'oppose à ce qu'une partie qui constate un prétendu vice de procédure ne le signale pas immédiatement, à un moment où il pourrait encore être le cas échéant corrigé, mais attende l'issue de la procédure pour l'invoquer ultérieurement si celle-ci lui a été défavorable. Agit, dès lors, de manière abusive, la partie qui invoque le non-épuisement du préalable obligatoire de conciliation dans son recours contre la sentence, alors qu'elle ne l'avait pas proposé à l'autre partie avant l'arbitrage»; TC NE (08.05.1995) [418]: «une fois passée (l'audience d'instruction) (...), la tentative de conciliation devient totalement inutile et obliger les parties à tout recommencer parce qu'elles ont omis de comparaître en conciliation ou de demander une dispense (...) apparaît une sanction hors de proportion avec l'informalité commise». Voir également ATF 111 Ia 161 consid. 1a: «il est contraire au principe de la bonne foi d'invoquer après coup des moyens que l'on avait renoncé à faire valoir en temps utile au cours de procédure, parce que la décision intervenue a finalement été défavorable».

440 TF in DB 13/2001, 35, n° 24. Voir également l'état de fait de l'arrêt TF (30.03.2005) RSPC 2005 302.

441 ATF 105 II 149 consid. 3, JdT 1980 I 177.

442 Voir Staehelin/Staehelin/Grolimund (note 26), p. 150.

non-comparution ou l'inaction pure et simple sont des actes[443], car la loi leur attache des conséquences spécifiques (voir art. 147–149 CPC sur le défaut). Cette section du Code ne concerne cependant que les *actes écrits* des parties. A cet égard, l'article 130 al. 1 CPC dispose lapidairement que «[l]es actes sont adressés au tribunal sous forme de documents papier ou électroniques. Ils doivent être signés».

2. *Les différents actes introductifs d'instance*

Au moment de déterminer les actes fixant la litispendance, le Code distingue à son article 60 al. 1 la requête en conciliation *(Schlichtungsgesuch)*, la demande *(Klage)*, la requête en justice *(Gesuch)* et la requête commune en divorce *(gemeinsame Scheidungsbegehren)*. La requête en justice est la forme de l'acte introductif d'instance en procédure sommaire (art. 252 CPC)[444]. La demande est employée, selon le Code, en procédure ordinaire (art. 221 CPC) et en procédure simplifiée (demande simplifiée de l'art. 244 CPC). Cette terminologie n'est pas très heureuse et le Code ne l'emploie du reste pas de manière uniforme. La requête est en principe l'acte par lequel il est demandé quelque chose au juge, qu'il s'agisse d'une demande, d'une conciliation, d'un recours ou d'un appel en cause par exemple[445]. Il s'agit donc d'une *forme procédurale*. Dès lors, la requête est la forme de la demande[446] en procédure sommaire, alors qu'en procédure ordinaire et simplifiée, la demande est formée par mémoire adressé au juge et destiné à la partie adverse[447] (selon la formule: «Demande pour X. contre Y.»). Ces nuances relèvent toutefois avant tout du passé, l'acte étant dans tous les cas adressé au juge. C'est avant tout la question de la capacité de l'acte à remplir sa fonction qui est prise en compte au moment de déterminer le sort d'un acte irrégulier en la forme, comme nous allons l'examiner ci-après.

---

443 Fabienne Hohl, Procédure civile, Tome II, Organisation judiciaire, compétence, procédures et voies de recours, Berne, 2002, p. 91 N° 1898, nous semble trop restrictive lorsqu'elle définit les actes des parties comme des manifestations de volonté des parties.

444 C'est également la terminologie en droit fribourgeois, voir Hohl II (note 443), p. 92 N° 1903. Voir aussi Sutter-Somm (note 26), p. 117.

445 L'article 49 CPC parle de «demande en récusation» alors qu'il s'agit formellement d'une requête. La version allemande du Code emploie d'ailleurs l'expression *«Gesuch»*.

446 La notion de demande est utilisée dans un sens générique aux articles 63 al. 2, 65, 81 al. 1, 85 al. 2, 94, 198 let. h, 207 al. 2, 263 CPC.

447 Sur la distinction, voir par exemple l'art. 19 CPC/VD et le commentaire consacré à cette disposition par Jean-François Poudret, Jacques Haldy et Denis Tappy, Procédure civile vaudoise, 2e éd., Lausanne 2002; François Bohnet, CPCN commenté, 2e éd., Neuchâtel 2005, N° 4 ad art. 84 CPCN.

3. *Les types de vices*

a. *L'approche du Code*

Le Code ne dit pas ce qu'il faut entendre par *vices de forme* (art. 132 al. 1 CPC). En revanche, il mentionne leur sort. L'article 132 al. 1 CPC prévoit ainsi qu'un délai doit être accordé par le tribunal (ou le juge auquel l'instruction a été déléguée, art. 124 al. 2 CPC) à l'auteur de l'acte vicié pour le rectifier. A défaut, le même alinéa précise que l'acte n'est pas pris en considération.

Ce régime vaut également pour la demande – au sens générique, à savoir l'acte par lequel le demandeur s'adresse pour la première fois au juge, après, le cas échéant, la tentative de conciliation. Cependant, on peut déduire de l'article 63 al. 2 CPC que la demande déposée selon les formes prescrites pour une autre procédure est entachée d'un *vice irréparable,* puisque cette disposition prévoit que dans un tel cas le demandeur dispose d'un délai de trente jours pour déposer son acte selon la bonne procédure dès la déclaration d'irrecevabilité s'il entend sauvegarder l'instance.

Même si le Code ne le précise pas, il est probable que les *actes de recours* puissent être également entachés de vices irréparables, comme le retient le Tribunal fédéral pour les actes déposés devant lui[448]. Contrairement à la demande et à la demande reconventionnelle, les recours viciés de manière irrémédiable ne bénéficient pas du délai de l'article 63 al. 2 CPC. Il est de plus vraisemblable que l'on admette que le juge puisse appliquer de manière plus retenue son devoir d'interpellation (art. 56 CPC) dans ce domaine.

Dès lors, si la notion de vice de forme n'est pas définie par le Code, on peut déduire des dispositions qui précèdent deux types de vices, à savoir les vices réparables et les vices irréparables. Alors même que le Code ne l'évoque pas, il convient encore de retenir une troisième catégorie, présente par nature, celle de l'acte inexistant. En bref, il existe une *gradation dans les informalités,* et suivant leur gravité, l'acte qui en est entaché peut être considéré comme inexistant (b), vicié de manière irréparable (c), ou vicié de manière réparable (d).

b. *L'acte inexistant*

L'acte inexistant suppose une informalité telle que l'acte ne soit pas reconnaissable en tant qu'acte de procédure. Ainsi du quérulent qui adresse un courrier de protestation à l'égard de nombreux notables au tribunal sans que l'on discerne une prétention au sens juridique du terme.

> A Neuchâtel, la Ire Cour civile avait considéré comme un acte inexistant une lettre par laquelle son auteur demandait au président du tribunal de district d'investiguer et de juger si le testateur avait le discernement, si bien que son auteur ne pouvait être mis

448 Voir par exemple TF (01.04.2008) RSPC 2008 389 et TF (15.08.2008) RSPC 2009 61, sur les conclusions de l'acte de recours.

au bénéfice du délai de grâce de soixante jours de l'art. 139 CO[449]. C'est manifestement aller trop loin. L'objet de la demande étant en effet compréhensible («En ce qui concerne le testament olographe de feu E.G., je laisse la justice investiguer en toute sérénité, puis juger: si mon oncle avait en septembre 1996 le discernement pour tester et subsidiairement, si l'écriture du texte est bien celle de mon oncle»)[450].

c. *L'acte entaché d'un vice irréparable*

Si tout acte peut se révéler par définition inexistant, en revanche, seuls apparemment la demande, la demande reconventionnelle et les actes de recours semblent pouvoir être entachés d'un vice irréparable dans le système envisagé par le législateur. On peut le déduire, d'une part, de l'article 63 al. 2 CPC pour la demande et la demande reconventionnelle, dans la mesure où ces deux actes représentent les seuls qui pourraient être déposés *de facto* selon la mauvaise procédure et qui seraient pour ce motif inaptes à remplir leur fonction dans la procédure applicable[451], et, d'autre part, des principes généraux pour les actes de recours[452]. A moins d'être inexistants, les autres actes devraient en toute hypothèse bénéficier du régime de l'article 132 al. 1 CPC et pouvoir être redressés dans le délai imparti par le juge.

Devrait dès lors être déclarée irrecevable une demande déposée selon les formes de la procédure sommaire (art. 252 CPC) ou de la procédure simplifiée (art. 244 CPC), alors que la procédure ordinaire est applicable (art. 221 CPC)[453]. Lorsque le demandeur opte faussement pour la procédure sommaire, le vice de forme se confondra généralement avec celui tiré du défaut d'autorisation de procéder[454], la procédure sommaire n'étant pas précédée d'un préalable de conciliation (art. 198 let. a CPC). En revanche, si le demandeur entend procéder par la voie de la procédure sommaire parce qu'il invoque le cas clair, sa requête ne sera le cas échéant pas déclarée irrecevable pour vice de forme, mais faute de cas clair (art. 257 al. 3 CPC).

Qu'en est-il lorsque l'acte est dressé sous une forme hybride, comprenant seulement certaines des rubriques exigées pour la demande en procédure ordinaire par l'article 221 CPC? Il n'est pas aisé de dégager une ligne à la seule lecture du texte de la loi[455], tant il est vague sur ce point. Passons en revue les exi-

---

449 CC/NE (29.09.2003) RJN 2003 108.

450 Pour des développements sur la *Rechtsbehauptung,* voir KUMMER (note 23), p. 26 s.

451 A relever que l'on aurait fort bien pu admettre qu'une demande formée selon une procédure inapplicable ne soit pas invalidée d'office; que la procédure soit ordinaire ou simplifiée par exemple, des règles existent en effet qui assurent le déroulement régulier de l'instance. Voir BOHNET/SCHWEIZER (note 52), p. 51.

452 Voir par exemple TF (10.11.2005) RSPC 2006 249 et la note de VALENTIN RÉTORNAZ.

453 Voir FF 2006 6892. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 396, retiennent que l'acte doit être annulé lorsqu'il ne remplit pas les conditions formelles imposées par la loi, sans autre nuance.

454 Voir E.V.2.b, p. 200.

455 Voir d'ailleurs STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 145, qui nuancent la portée du texte légal.

gences de forme posées pour la demande. Celle-ci doit comprendre selon l'article 221 al. 1 CPC:

a. la désignation des parties et, le cas échéant, celle de leur représentant;
b. les conclusions;
c. l'indication de la valeur litigieuse;
d. les allégations de fait;
e. l'indication, pour chaque allégation, des moyens de preuve proposés;
f. la date et la signature.

Doivent être joints à la demande selon l'alinéa 2 de cette disposition:

a. le cas échéant, la procuration du représentant;
b. le cas échéant, l'autorisation de procéder ou la déclaration de renonciation à la procédure de conciliation;
c. les titres disponibles invoqués comme moyens de preuve;
d. un bordereau des preuves invoquées.

Enfin, l'alinéa 3 précise que la demande peut contenir une motivation juridique.

Serait manifestement irrecevable la requête non motivée, comme le permet l'article 244 al. 2 CPC en procédure simplifiée, alors que la procédure ordinaire s'applique. On doit sans doute considérer qu'une demande rédigée sous forme d'une simple lettre, datée et signée, décrivant sommairement les parties au litige et son objet et comprenant les conclusions du demandeur, la proposition de quelques témoins et en annexe diverses pièces ne remplirait que les conditions de la requête et devrait être déclarée irrecevable. En revanche, une demande rédigée sous la même forme, mais structurée en allégués distincts, numérotés ou non (la loi ne l'exige d'ailleurs pas formellement!), mais sans indication des preuves détaillées sous chaque allégué, devrait être considérée comme apte à remplir sa fonction et un délai devrait être accordé au demandeur pour réparer le vice en cause.

d. L'acte entaché d'un vice réparable

Est réparable tout vice qui ne rend pas l'acte informe et qui, entachant la demande ou la demande reconventionnelle, ne doit pas être considéré comme irréparable parce que celle-là serait apte uniquement à initier une procédure d'un autre type.

Encore convient-il de déterminer, lorsque les deux premières catégories de vices auront pu être écartées, quand un acte doit être considéré comme *non parfait*. Deux critères semblent pouvoir se dégager[456]. Est vicié un acte qui ne peut accomplir sa double fonction d'identification (aa) et de praticabilité (bb).

456 Voir BOHNET/SCHWEIZER (note 52), p. 49–50.

aa. L'identification

L'acte doit être suffisamment précis pour permettre au juge et au défendeur, après un examen raisonnable, de déterminer de qui il émane et contre qui il est dirigé, sur quoi la prétention se fonde et en quoi elle consiste[457]. En matière d'identification des parties, le Tribunal fédéral relève que la détermination de l'identité des parties, qui permet à chacune d'elles de connaître exactement son adversaire, suppose une très grande précision et une très grande clarté qui excluent, dans l'esprit du juge et le leur, tout doute sur cette identité[458].

Bien que la distinction ne soit pas toujours aisée, il convient de ne pas confondre la question de l'identité des parties, relevant du vice de forme[459], et celle de la capacité d'être partie, pendant procédural de la jouissance des droits civils[460].

bb. La praticabilité

L'acte doit permettre un déroulement clair et ordonné de l'instance et garantir aux parties le droit de prendre position sur les allégations de leur adversaire. L'exigence de praticabilité se rattache ainsi au caractère instrumental de l'acte de procédure. Une demande présentée comme un torrent de récriminations désordonné serait par exemple impraticable[461], tout comme l'acte rédigé de manière illisible (art. 132 al. 2 CPC)[462]. De même, l'acte doit être dressé dans la langue de la procédure, conformément à l'article 129 CPC.

e. L'acte tardif

Le *respect des délais* fixés pour l'accomplissement d'un acte n'est pas lié à la notion de vice de forme. Un acte tardif peut être apte à accomplir sa fonction. En principe, le juge devrait relever d'office le non-respect d'un délai, péremptoire ou non (art. 147 al. 2 CPC). La pratique cantonale est plus souple, surtout en ce qui concerne les délais non péremptoires (art. 144 al. 2 CPC). Elle devrait être maintenue sous l'empire du Code de procédure civile suisse. Dans l'hypothèse où la procédure se poursuivrait sans que le juge ou l'adversaire ne relève l'échéance du délai, le principe de la bonne foi devrait trouver application[463].

---

457 Pour un exemple d'acte vicié entre autres selon ce critère, voir TF (10.10.2006) RSPC 2007 26.

458 TF (21.03.2006) RSPC 2006 371.

459 Voir par exemple Claude Dupasquier, Du moyen préjudiciel et de l'opposition à preuve en procédure civile neuchâteloise, Neuchâtel 1915, p. 27, citant une décision du 6 mars 1917: «lorsque l'exploit s'adresse à une personne portant un nom très répandu dans la localité qu'elle habite, l'indication de ses prénoms peut être indispensable; mais lorsqu'elle habite une localité peu importante dans laquelle il n'existe pas d'autres individus du même nom exerçant la même profession que lui, l'énumération des prénoms peut être superflue».

460 Voir E.VII.1.b, p. 278.

461 Voir Bohnet/Schweizer (note 52), p. 50.

462 Voir TF (10.10.2006) RSPC 2007 26.

463 Voir D.I.3.d, p. 214 s.

f. L'acte formellement valable mais incomplet ou inexact

Il convient de distinguer soigneusement l'acte vicié de l'*acte formellement valable,* mais qui, faute de satisfaire à l'ensemble des règles de procédure applicables ou aux principes reconnus en matière de motivation et de preuves[464], engendrera le rejet de la prétention. Ainsi, lorsqu'une demande ne comprend par exemple aucun allégué portant sur la problématique du dol, ce moyen ne peut être examiné par le juge lorsque la maxime des débats s'applique (art. 55 al. 1 CPC)[465]. S'il découle d'une interprétation raisonnable de l'acte que l'avocat agit en son propre nom et non au nom de son client, il peut en résulter le rejet de la prétention si le client en était le titulaire[466]. En cas de doute, le juge doit cependant interpeller l'auteur de l'acte pour demander des éclaircissements (art. 56 CPC).

4. Le régime

a. Le principe

La réglementation des vices de forme porte sur l'ensemble des actes des parties. En matière d'initiation du procès, l'article 59 CPC ne mentionne cependant pas si l'existence d'une demande en justice non viciée constitue une condition de recevabilité. La doctrine est partagée sur ce point, certains auteurs relevant que l'existence d'une demande valable serait une condition de l'intervention du juge[467], à savoir un préalable à l'examen des conditions de recevabilité[468]. A notre sens, il faut tout d'abord déterminer si l'acte est existant ou non. S'il est inexistant, il n'est simplement pas pris en compte par le juge. S'il est existant, il convient de distinguer suivant que le vice dont il est entaché est irréparable (b) ou réparable (c).

b. Le vice irréparable

L'*acte entaché d'un vice irréparable*[469] entraîne le refus immédiat d'entrée en matière du juge. Le demandeur dispose alors d'un délai de trente jours pour redéposer son acte selon la bonne procédure (art. 63 al. 2 CPC).

---

464 Voir ATF 115 II 187 consid. 3b, JdT 1989 I 586 et ATF 116 II 738 consid. 2b et F.III.2.b.aa, p. 297 s.

465 Voir TC NE (04.07.1960) RJN 2 I 198.

466 Comp. TF (21.03.2006) RSPC 2006 371 en matière de désignation inexacte de la partie au stade de l'appel: distinction entre une intervention «pour le compte» et «au nom» d'autrui.

467 Comp. par exemple LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI (note 110), N° 3 ad art. 192 ZPO (les vices doivent simplement être rectifiés), STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 140 (condition de recevabilité); SUTTER-SOMM (note 95), p. 317 (condition de recevabilité); HANS ULRICH WALDER-RICHLI et BEATRICE GROB-ANDERMACHER Zivilprozessrecht, 5e éd., Zurich 2009, p. 266 note 5 (condition de recevabilité); GULDENER (note 19), p. 222 (traitement différencié suivant le vice); HABSCHEID (note 34), p. 253 et STEPHEN V. BERTI (note 102, p. 258, 262, ainsi que Neue Gedanken zum Streit- oder Prozessgegenstand, RSPC 2008 193–198, 195 (*echte Prozessvoraussetzung;* condition de l'instance).

468 Voir également note 108.

469 Voir E.VI.3.c, p. 271 s.

c. *Le vice réparable*

Quant à l'*acte entaché d'un vice réparable,* soit la catégorie principale, son régime dépend de la gravité de l'informalité (vice mineur ou non) et de sa nature (nécessité ou non d'une intervention de l'auteur de l'acte).

aa. Le vice mineur

Lorsque l'*erreur est mineure* et ne prête pas à discussion, le juge devrait la rectifier, *d'office ou sur requête de son auteur,* sans requérir de celui-ci qu'il le redresse formellement. Il en va ainsi de la désignation incomplète ou inexacte d'une partie qui ne laisse place à aucun doute[470], de l'intitulé inexact de l'acte s'il remplit les exigences imposées par la loi *(conversion)*[471] ou de la simple erreur de plume ou de calcul[472]. L'acte adressé au bon tribunal, mais à la *mauvaise cour* ou au mauvais juge, est revêtu d'un simple vice de forme mineur[473] et doit être traité par le tribunal compétent[474].

bb. Le vice mineur dont la rectification implique l'intervention de son auteur

Si la rectification du vice, même mineur, *implique une intervention de l'auteur de l'acte* (défaut de signature[475] ou d'une annexe, comme la procuration ou l'autorisation de procéder au sens des articles 221 al. 2 et 244 al. 3 CPC), le délai de l'article 132 al. 1 CPC doit lui être accordé.

La non-régularisation peut entraîner une irrecevabilité fondée sur un autre motif que le vice de forme. Ainsi, à défaut du dépôt de l'autorisation de procéder, le juge n'entre pas en matière faute de preuve du préalable de conciliation. Si la procuration n'est pas déposée, c'est l'absence de preuve des pouvoirs de représentation qui justifie le refus d'entrée en matière.

---

470 ATF 131 I 57 consid. 2.2; TF (27.08.2007) RSPC 2008 19: «L'indication exacte du domicile ou de la résidence des personnes physiques a pour but de prévenir toute incertitude quant à l'identité des parties. Elle tend en outre à permettre l'application des dispositions relatives aux sûretés ou aux significations, et à favoriser l'exécution des jugements. Lorsqu'une partie est incomplètement ou inexactement désignée, ce vice demeure sans conséquence si le Tribunal fédéral peut déterminer avec certitude qui est cette partie». Voir également ATF 114 II 335, JdT 1989 I 337; HOHL II (note 443), p. 96 N° 1921; F.II.4, p. 296.

471 Le mémoire intitulé «requête», alors qu'il s'agit d'une demande en procédure ordinaire, devrait être converti d'office. C'est avant tout en matière de recours que la conversion est courante, voir par exemple ATF 134 III 379 consid. 1.2 et les réf.: l'intitulé erroné d'un recours ne nuit pas à son auteur, pour autant que les conditions de recevabilité du recours qui aurait dû être interjeté soient réunies; TF (16.01.2007) RSPC 2007 300 et une note de PHILIPPE SCHWEIZER in RSPC 2008 388; HOHL II (note 443), p. 95 N° 1920.

472 Comp. par exemple art. 63 CPC/NE.

473 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 145; ATF 118 Ia 241 consid. 4, JdT 1995 I 538: recours adressé par erreur au Président en lieu et place de la Commission du tribunal de district.

474 Voir E.II.3, p. 250.

475 Sur cette problématique, voir FRANÇOIS BOHNET, Recevabilité d'un acte adressé par e-mail et preuve de son envoi, RSPC 2006 29.

Le Code prévoit à son article 131 une solution spécifique en cas d'acte déposé en nombre d'exemplaires insuffisant: le tribunal peut soit requérir de la partie le dépôt des exemplaires manquants, soit faire des copies aux frais de celle-ci.

cc. Le vice non mineur

Lorsque l'*informalité n'est pas mineure* au sens entendu ci-avant, le tribunal (ou le juge auquel l'instruction a été déléguée, art. 124 al. 2 CPC) doit fixer un délai (art. 132 al. 1 CPC) à son auteur pour la redresser. A défaut, l'acte – ou, lorsque l'informalité ne touche qu'une partie de l'acte, sa partie viciée – n'est pas pris en considération. Ainsi, lorsque les *conclusions de la demande* manquent de clarté même après l'examen attentif des allégués – le juge se doit de procéder à l'*interprétation des conclusions* des parties, en appliquant les principes retenus en matière d'interprétation des manifestations de volonté (art. 18 CO)[476]–, il convient d'impartir un délai au demandeur pour les rectifier, sous peine d'irrecevabilité faute de régularisation dans le délai imparti. Le défendeur est en effet en droit de connaître avec précision ce qui lui est réclamé, et ce sur la base de la demande, sans devoir se référer à d'autres documents[477], comme l'autorisation de procéder par exemple[478]. Le Tribunal fédéral tire d'ailleurs le principe de la fixation d'un délai de l'interdiction du formalisme excessif de l'article 29 al. 2 Cst. féd.[479]. Il en va ainsi lorsqu'il n'existe aucune justification à l'absence de *conclusions chiffrées* (art. 84 al. 2 et 85 CPC)[480].

Lorsque le demandeur ne rectifie pas son acte dans le délai imparti – le cas échéant prolongé en cas de motifs suffisants (art. 144 al. 2 CPC) – ou qu'il le rectifie inexactement ou insuffisamment, celui-ci n'étant pas pris en considération, il est irrecevable. A notre sens, le demandeur dispose dans un tel cas d'un délai de trente jours pour déposer un nouvel acte (et non simplement rectifier

476 Voir par exemple TF (31.05.2007) RSPC 2007 370: «Lorsque plusieurs sociétés forment une demande commune sans individualiser leurs conclusions, on doit en déduire qu'elles entendent agir en tant que membres d'une société simple»; TF (21.12.2007) RSPC 2008 134; TF (13.12.2006) RSPC 2007 148; TF (29.11.2005) RSPC 2006 152; ATF 105 II 149 consid. 2a, JdT 1980 I 177.

477 TF (22.09.1995) 5P.257/1995 consid. 4b; TF (07.02.2001) 4C.179/2000 consid. 2b–c.

478 Ainsi des conclusions en restitution d'une cédule hypothécaire «sans autre obligation à charge du demandeur» ne sauraient remplacer des conclusions claires en libération de dette quand bien même l'expression «Aberkennung» figure dans la requête aux fins de conciliation devant le juge de paix, car les conclusions prises en conciliation pourraient différer de celles prises devant le juge du fond, voir TF (04.05.2005) consid. 1.1–1.2, RSPC 2005 376.

479 TF (04.05.2005) consid. 1.2, RSPC 2005 376, et les réf.

480 Le Tribunal fédéral a d'ores et déjà eu l'occasion de poser les limites à l'obligation imposée aux parties de chiffrer leurs conclusions, voir ATF 116 II 215 consid. 4a, JdT 1991 I 34; 121 III 249 consid. 2b, JdT 1997 I 242; TF (13.11.2003) SJ 2004 I 266. Les demandes formatrices, qui peuvent donner lieu à un jugement formateur, n'ont pas à être chiffrées dans leurs conclusions, voir CC/NE (19.02.1997) RJN 1997 146. Au stade du recours, voir par exemple TF (01.04.2008) RSPC 2008 389.

son acte) au sens de l'article 63 al. 2 CPC, et sauvegarder ainsi l'instance, même s'il ne s'agit pas formellement d'un problème de choix de procédure. Il ne serait pas logique d'être plus sévère à l'égard d'un acte déclaré irrecevable dans un second temps qu'à l'égard d'un acte l'étant d'emblée. Si l'acte n'est que partiellement vicié en revanche (l'une de ses conclusions par exemple), il n'est pris en considération que dans la mesure de sa recevabilité.

A relever que, selon la jurisprudence zurichoise approuvée par le Tribunal fédéral, lorsqu'un plaideur adresse à plusieurs reprises des *écrits au contenu inconvenant* au tribunal, le principe de la bonne foi en procédure justifie que l'on renonce à lui accorder pour chaque récidive un délai pour améliorer son acte. Le principe doit également être retenu en procédure civile suisse[481].

d. Le devoir d'interpeller du juge

La rectification d'office ou la fixation d'un délai à l'auteur de l'acte découlent du *devoir d'interpeller du juge,* inscrit à l'article 56 CPC, et aux termes duquel «[l]e tribunal interpelle les parties lorsque leurs actes ou déclarations sont peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets et leur donne l'occasion de les clarifier et de les compléter»[482].

VII. La capacité d'être partie et d'ester en justice (art. 59 al. 2 let. c CPC)

Le Code de procédure civile suisse, reprenant la jurisprudence du Tribunal fédéral, définit la capacité d'être partie et la capacité d'ester en justice aux articles 66 et 67. On peut le saluer, d'autant plus que tous les codes ne distinguent pas les deux institutions[483]. L'article 59 al. 2 let. c CPC les mentionne expressément comme conditions de recevabilité.

1. La capacité d'être partie

a. La notion

Aux termes de l'article 66 CPC, «[l]a capacité d'être partie est subordonnée soit à la jouissance des droits civils, soit à la qualité de partie en vertu du droit fédéral». La capacité d'être partie représente ainsi le pendant procédural de la jouissance des droits civils[484]. Pour être titulaire d'un droit d'action, il faut exister.

481 TF (06.10.2008) RSPC 2009 22.

482 Sur le devoir d'interpeller du magistrat, voir MARTIN SARBACH, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Berne 2003, p. 81 s.; HOHL II (note 443), p. 96 N° 1923 s.

483 Comp. art. 117 CPC fr. et art. 75 CPC it. Voir en revanche § 50 et 51 CPC all.

484 ATF 42 II 553, JdT 1917 I 304; GULDENER (note 19), p. 124 s.; HOHL I (note 102), p. 93 N° 404; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 154; SUTTER-SOMM (note 26), p. 44; VOGEL/SPÜHLER (note 77), p. 135 N° 2; VOYAME (note 9), p. 131 s.

La notion doit être prise dans un sens large, des communautés non personnalisées, de même que des organes non personnalisés ayant la capacité, la société en nom collectif par exemple (art. 562 CO)[485]. Une demande déposée par – ou contre – une partie inexistante doit être déclarée irrecevable, faute d'instance valable[486].

Cependant, lorsque l'existence d'une personne morale est au centre du procès, la capacité d'être partie doit être reconnue à l'entité prétendue[487]: *«Die Parteifähigkeit (wie auch die Prozessfähigkeit) ist daher keine eigentliche rechtliche Befähigung, von deren Vorhandensein es abhängen würde, ob ein Prozess rechtswirksam geführt werden kann»*[488]. Il s'agit d'un exemple de fait de double pertinence[489].

Pour les personnes physiques étrangères, on consultera l'article 34 al. 1 LDIP, pour les personnes morales étrangères les articles 21 et 154 LDIP.

b. La distinction entre défaut de capacité d'exister et désignation inexacte des parties

L'inexistence d'une partie doit être distinguée de sa *désignation inexacte,* qui se rattache au vice de forme[490]. Si certains cas sont clairs – par exemple la demande déposée au nom d'un mort[491], d'un animal ou d'une mission diplomatique[492], mémoire souffrant d'un vice du premier type, ou à l'inverse l'oubli de la mention du prénom du demandeur, cas de désignation inexacte –, d'autres peuvent prêter à confusion[493]. Le principe veut qu'une rectification n'est ad-

---

485 Le Message cite également la communauté des propriétaires d'étage (art. 7121 CC), la succession non partagée (art. 49 et 59 LP) et la masse en faillite et en liquidation concordataire (art. 240 et 319 LP). Doit être comprise comme résultant du droit fédéral la capacité accordée par le droit cantonal à certaines entités (par ex. les sociétés d'allmends) sur la base de l'art. 59 CC, voir ATF 41 II 597 consid. 2a, JdT 1916 I 144. Pour une liste détaillée, voir STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 154; VOGEL/SPÜHLER (note 77), p. 135–137. Le concept est le même en Allemagne (voir par exemple JAUERNIG [note 34], p. 49–51 § 19), en France (voir par exemple GUINCHARD [note 157], p. 23 s. N 103.10–103.12) et en Italie (voir par exemple CONSOLO/LUISO [note 44], N° 3 ad art. 75 CPC).

486 Le vice est relatif à l'instance et non à l'action, voir déjà sur ce point WACH (note 34), p. 519 s.; CHIOVENDA (note 34), p. 97: *«cioè una condizione necessaria tanto per poter aver ragione quanto per poter aver torto. Siamo dunque nel campo dei presupposti processuali».* La doctrine française est plus hésitante, voir GUINCHARD [note 157], p. 23 s. N 103.14.

487 La demande en constatation de la nullité d'une fondation doit par exemple être dirigée contre celle-ci: ATF 75 II 81, JdT 1949 I 588; 96 II 73, JdT 1972 I 162. Pour un autre exemple voir TC NE (06.06.1917) ATC VIII 30.

488 GULDENER (note 19), p. 124 note 2. Voir également KUMMER (note 31), p. 62; VOGEL/SPÜHLER (note 77), p. 137 N° 11–12.

489 Sur les faits de double pertinence, voir E.II.2.b.bb, p. 246–248.

490 Voir E.VI.3.d.aa, p. 273.

491 Voir ATF 129 I 302, JdT 2005 I 214, qui rejette à raison la théorie allemande de la théorie de la protection post-mortem de la personnalité.

492 Voir CJ GE (07.12.1984) SJ 1985 169.

493 A titre d'illustration, nous pouvons évoquer la jurisprudence neuchâteloise en matière d'hoirie. Dans un arrêt de 1898 (ATC V 169), le Tribunal cantonal neuchâtelois avait annulé une de-

mise qu'en cas d'*erreur rédactionnelle*[494]. Si elle s'avère aisément décelable et rectifiable tant pour la partie adverse que pour le juge, le risque de confusion n'existe pas et la rectification est alors possible. En d'autres termes, la rectification peut avoir lieu uniquement lorsqu'il n'existe dans l'esprit du juge et des parties aucun doute raisonnable sur l'identité de cette partie. Dans le cas inverse, il convient de ne pas entrer en matière[495].

> Ainsi, lorsqu'une demande est formée par ou contre la succursale d'une société anonyme, alors que manifestement seule la société à laquelle elle appartient est visée, il faut admettre qu'il y a simplement désignation inexacte et que la demande est déposée par la société et non par la succursale, entité dépourvue d'existence juridique et de capacité d'ester en justice. La jurisprudence admet la possibilité pour la succursale d'intervenir dans une procédure, mais au nom de la société en vertu d'un pouvoir de représentation spécial[496].
>
> Il y a également simple désignation inexacte lorsqu'une demande est déposée par ou contre une société simple, dépourvue de la capacité d'être partie, mais que l'on peut sans hésitation déterminer les membres de celle-là sur la base des allégués de la demande[497].

Opter pour le vice de forme ou l'inexistence *n'est pas sans conséquence.* L'instance perdure si le demandeur rectifie son acte dans le délai fixé par le tribunal (art. 132 al. 1 CPC), elle est purement et simplement annulée si la partie demanderesse est déclarée inexistante.

c. Le régime et le moment de l'examen

Le défaut de capacité d'être partie est relevé d'office, dès que le juge en a connaissance. Elle peut survenir en cours de procès – on songe à la radiation de la personne morale ou au décès de la personne physique lorsque le procès porte sur des droits intransmissibles[498]. Le moyen peut être soulevé jusqu'à la clôture des débats (art. 232 CPC), puis dans un éventuel appel ou recours. On

---

mande déposée au nom d'une hoirie pour vice de forme, «tout exploit devant indiquer les nom, prénoms, profession et domicile de la partie instante», alors que cinq ans plus tard, toujours sous l'empire du Code de 1878 (CCC V 19), la Cour de cassation civile neuchâteloise se plaçait sur un autre terrain et retenait que l'hoirie n'a pas d'existence juridique, jurisprudence qu'elle a confirmée en 1946 (CCC VI 207). Enfin, la Cour a déclaré en 1977 (RJN 7 I 35) que l'hoirie n'ayant pas de personnalité juridique, «le recours de l'hoirie d'un plaideur défunt est irrecevable, *du moins s'il n'est pas possible de déterminer quels sont les héritiers qui la forment»,* ce qui à nouveau laissait à entendre qu'il s'agirait, dans certains cas, d'un vice de forme.

494 ATF 131 I 57 consid. 2.2; TF (06.11.1986) SJ 1987 22 consid. 3c. Voir également ATF 120 III 11 consid. 1b et les références en matière de poursuites.

495 ATF 131 I 57 consid. 2.2. Voir également ATF 114 II 335, JdT 1989 I 337.

496 TF (28.11.2003) 4A.3/2003 consid. 1.2. Comp. en matière de poursuites ATF 120 III 11 consid. 1b.

497 Voir CCC NE (29.11.1990) RJN 1990 72.

498 Le Message cite le cas du décès de l'une des parties durant une procédure en divorce, voir FF 2006 6953.

voit mal comment on pourrait y opposer l'abus de droit[499]: un prononcé au fond suppose l'existence des parties au litige. Dès lors, un jugement qui condamne une personne inexistante est un jugement nul qui ne peut pas être exécuté[500].

2. *La capacité d'ester*

a. *La notion*

Aux termes de l'article 67 al. 1 CPC, «[l]›exercice des droits civils confère la capacité d'ester en justice». La capacité d'ester en justice représente ainsi le pendant procédural de l'exercice des droits civils[501]. Elle relève de la procédure en ce sens qu'elle est une condition de régularité du procès, mais elle découle du droit matériel[502], dans la mesure où la capacité d'ester appartient à quiconque a l'exercice des droits civils[503]. En d'autres termes, la nature du moyen tiré du défaut de capacité d'ester n'est pas définie d'après la branche du droit qui le gouverne. Il s'agit d'un moyen relatif à la régularité de l'instance et non d'un moyen de fond.

b. *Le régime*

Le défaut de capacité d'ester du demandeur doit logiquement aboutir, dans un premier temps, à la fixation d'un délai au représentant légal pour ratifier l'acte (art. 67 al. 2 CPC)[504] ou, à défaut de représentant légal, à la suspension de la procédure (art. 126 al. 1 CPC, motif d'opportunité) le temps d'en désigner un, et, dans un second temps, faute de ratification, au refus d'entrée en matière.

Comme le retient le Tribunal fédéral pour les causes pendantes devant lui, il convient d'examiner d'office, avec une pleine cognition et *à tout stade de la procédure,* la capacité d'ester en justice. Si cette capacité fait défaut, le tribunal ne peut statuer au fond[505].

Le défaut de capacité d'ester du défendeur suit le régime des vices de forme. Le tribunal devrait inviter la partie demanderesse à régulariser son acte en pré-

499 Voir D.I.3.d.aa, p. 214 s.

500 Voir CJ GE (07.12.1984) SJ 1985 169.

501 ATF 132 I 1 consid. 3.1, RDAF 2007 I 357.

502 ATF 42 II 553, JdT 1917 I 304.

503 ATF 132 I 1 consid. 3.1, RDAF 2007 I 357; Guldener (note 19), p. 127; Hohl I (note 102), p. 93 N° 406; Staehelin/Staehelin/Grolimund (note 26), p. 155 s.; Sutter-Somm (note 26), p. 44 s.; Vogel/Spühler (note 77), p. 138. Le concept est le même en Allemagne (voir par exemple Jauernig [note 34], p. 51–54 § 20), en France (voir par exemple Guinchard [note 157], p. 25–27 N° 103.20–103.34) et en Italie (voir par exemple Consolo/Luiso [note 44], N° 2 ad art. 75 CPC).

504 Le Tribunal fédéral avait d'ailleurs mis en doute qu'un droit cantonal puisse prévoir que le défaut de capacité d'ester aboutisse immédiatement à l'irrecevabilité de la demande, dans la mesure où les actes d'une personne incapable d'ester sont susceptibles d'être validés par une ratification, voir ATF 112 II 102.

505 Voir TF (18.04.2006) RSPC 2006 369.

cisant le représentant légal auquel l'acte doit être notifié (art. 132 al. 1 CPC). Si le défendeur est incapable et n'a pas de représentant légal, la procédure devrait être suspendue le temps de sa désignation (art. 126 al. 1 CPC).

VIII. La capacité de revendiquer

1. L'absence d'Anwaltszwang

Le Code de procédure civile suisse reprend le principe reconnu unanimement dans notre pays selon lequel chacun est libre d'intervenir seul en justice[506]. Ainsi, l'article 68 al. 1 CPC retient que toute personne capable d'ester en justice peut – mais ne doit pas – se faire représenter au procès. Il n'existe aucun *Anwaltszwang* en matière civile, pas même devant le Tribunal fédéral (art. 40 LTF *a contrario)*[507]. La Suisse se distingue sur ce point des réglementations française, allemande et italienne[508].

Un représentant ne peut être imposé à une partie que si celle-ci est manifestement incapable de procéder elle-même (art. 69 al. 1 CPC)[509]. L'hypothèse visée est celle d'une partie disposant de connaissances insuffisantes pour suivre la procédure (illettrisme, méconnaissance de la langue) ou d'une partie au comportement totalement inconvenant (comp. art. 33 et 42 al. 6 LTF)[510]. Le quérulent, soit la personne atteinte d'une psychose processive, n'est pas visé par cette disposition: incapable de discernement, il doit être représenté légalement[511].

2. Le monopole de la représentation professionnelle

Seule la représentation *professionnelle* est réglementée par l'article 68 al. 2 CPC. Le Code de procédure civile suisse reprend une solution typiquement alémanique, et dont les origines sont à trouver dans la défiance à l'égard de l'avocat[512], qui autorise la représentation par «toute personne de confiance»[513]. Concrètement, tout un chacun peut représenter un proche ou même une autre personne en justice, tant qu'il n'intervient pas à titre professionnel.

La représentation professionnelle des parties en justice est réservée aux avocats habilités selon la LLCA à pratiquer la représentation en justice devant les

506 Voir François Bohnet et Vincent Martenet, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, p. 1268; Guldener (note 19), p. 132.
507 FF 2001 4091–4092.
508 Pour des développements, voir Bohnet/Martenet (note 506), p. 1269–1275.
509 Comp. ATF 132 I 1 consid. 3.2, RDAF 2007 I 357.
510 Bohnet/Martenet (note 506), p. 1275 s.
511 Bohnet/Martenet (note 506), p. 1275.
512 Voir Bohnet (note 26), p. 12 s.
513 FF 2006 6893; Bohnet/Martenet (note 506), p. 407.

tribunaux suisses (art. 68 al. 2 let. a CPC), ainsi qu'à d'autres mandataires (art. 68 al. 2 let. b–d CPC)[514]. Il s'agit:

- devant l'autorité de conciliation, dans les affaires patrimoniales soumises à la procédure simplifiée et dans les affaires soumises à la procédure sommaire, des agents d'affaires et des agents juridiques brevetés, si le droit cantonal le prévoit (let. b);
- dans les affaires soumises à la procédure sommaire en vertu de l'article 251 CPC, des représentants professionnels au sens de l'article 27 LP (let. c);
- devant les juridictions spéciales en matière de contrat de bail et de contrat de travail, des mandataires professionnellement qualifiés, si le droit cantonal le prévoit (let. d).

3. *Le régime*

Même si le Code ne mentionne pas la capacité de postuler à son article 59, il faut admettre qu'elle constitue une condition de recevabilité[515]. Faute de capacité de revendiquer du représentant, le tribunal (ou le juge auquel l'instruction a été déléguée, art. 124 al. 2 CPC) doit fixer un délai à la partie pour qu'elle ratifie l'acte (art. 132 al. 1 CPC par analogie) et, le cas échéant, pour qu'elle désigne un nouveau représentant satisfaisant aux conditions légales. Faute de ratification, l'acte n'est pas pris en considération. En d'autres termes, s'il s'agit d'une demande, le tribunal n'entre pas en matière.

A défaut de règle cantonale contraire[516], ce régime vaut également lorsque le tribunal constate un conflit d'intérêts ou un manque d'indépendance dans la personne de l'avocat de l'une des parties. Dans un tel cas, il doit lui dénier la capacité de postuler et lui faire obligation de renoncer à la défense en cause[517].

Le *défaut de légitimation* du représentant conventionnel relève des vices de forme[518].

IX. Le paiement de l'avance de frais et des sûretés (art. 59 al. 2 let. f CPC)

Le Code mentionne parmi les conditions de recevabilité le paiement de l'avance de frais et des sûretés. S'il est exact que l'absence de paiement de l'avance ou

514 Pour des développements sur la notion de représentation en justice et sur le caractère professionnel de l'activité visée, voir BOHNET/MARTENET (note 506), p. 407.

515 Voir HOHL I (note 102), p. 76 N° 309; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 139; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER (note 467), p. 266 note 5. Pour GULDENER (note 19), p. 221, 232, faute de capacité de revendiquer, il n'y a pas d'instance valable.

516 A Genève, l'Autorité de surveillance est considérée comme l'autorité compétente pour statuer sur la conformité aux règles de la LLCA du mandat de représentation d'un avocat, voir TF (28.01.2009) RSPC 2009 175 (publication aux ATF prévue) et note FRANÇOIS BOHNET.

517 TF (28.01.2009) 2C_504/2008 consid. 6 (publication prévue); TF (18.03.2003) 1A.223/2002 consid. 5.5; TF (01.02.2005) 2A.560/2004 consid. 1.

518 Voir E.VI.4.c.bb, p. 275.

des sûretés entraîne, à l'échéance du deuxième délai fixé pour ce faire[519], l'irrecevabilité de la demande (art. 101 al. 3 CPC)[520], encore faut-il que le juge ait ordonné le paiement d'une avance ou de sûretés. Un tel prononcé est fonction de la procédure applicable (1), de l'appréciation du juge (2) et, pour les sûretés, de l'attitude de la partie adverse (3). La question du moment du paiement du montant requis a également son importance.

1. Les procédures onéreuses et les procédures gratuites

Par définition, le paiement de l'avance de frais ne peut constituer une condition de recevabilité que lorsque la procédure est onéreuse.

Le Code prévoit diverses procédures gratuites à son article 114:

a. les litiges relevant de la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité;
b. les litiges relevant de la loi du 13 décembre 2002 sur l'égalité pour les handicapés;
c. les litiges portant sur un contrat de travail ou relevant de la loi du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services, lorsque la valeur litigieuse n'excède pas CHF 30 000.–;
d. les litiges relevant de la loi du 17 décembre 1993 sur la participation;
e. les litiges portant sur des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie.

De plus, les cantons peuvent prévoir la gratuité pour d'autres procédures ou valeurs litigieuses (art. 116 CPC).

2. La décision du tribunal

Aux termes de l'article 98 CPC, le tribunal peut exiger du demandeur une avance à concurrence de la totalité des frais judiciaires présumés. Le tarif des frais relève du droit cantonal (art. 96 CPC). S'il est tenu par le tarif[521], qui généralement connaît des fourchettes, au moment de statuer sur les frais (art. 104–112 CPC), et par le respect des principes de la couverture des frais et de l'équivalence[522], en revanche le tribunal n'est pas contraint d'exiger une avance de frais, entière ou non. L'entrée en matière sur la demande peut dès lors dépendre dans une certaine mesure de l'appréciation du tribunal, ce qui est discutable. Si

519 Il doit à notre sens être accordé même à défaut de requête, comme le prévoit l'art. 63 al. 2 LTF devant le Tribunal fédéral. Hésitant sur ce point, Reymond (note 78), p. 37, malgré le Message, FF 2006 6907.

520 Comp. TF (08.01.2009) RSPC 2009 164.

521 Sur les principes à respecter en matière de légalité, voir ATF 133 V 402 consid. 3.

522 Voir TF (22.04.2008) consid. 5.2, RSPC 2008 265.

un tribunal devait développer une pratique souple dans ce domaine, un justiciable devrait pouvoir s'en prévaloir[523].

Tout comme la décision sur frais (art. 110 CPC), le prononcé portant sur l'avance des frais judiciaires peut faire l'objet d'un recours (art. 103 et 319 let. b ch. 1 CPC), indépendamment du risque de préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 2 CPC).

3. Les sûretés en garantie du paiement des dépens

a. Le principe

L'obligation pour le demandeur de payer des sûretés en garantie du paiement des dépens suppose que le tribunal accueille une requête en ce sens du défendeur. Elle n'est donc pas automatique, mais implique une requête de la partie adverse, dont l'admission dépend de diverses conditions fixées par la loi.

b. Les conditions

L'article 99 al. 1 CPC pose les conditions alternatives suivantes:

a. le demandeur n'a pas de domicile ou de siège en Suisse[524];
b. le demandeur paraît insolvable, notamment en raison d'une mise en faillite, d'une procédure concordataire en cours ou de la délivrance d'actes de défaut de biens;
c. le demandeur est débiteur de frais d'une procédure antérieure;
d. d'autres raisons font apparaître un risque considérable que les dépens ne soient pas versés.

L'article 99 al. 2 CPC exclut les sûretés dans les domaines suivants:

a. dans la procédure simplifiée, à l'exception des affaires patrimoniales visées à l'article 243, al. 1 CPC;
b. dans la procédure de divorce;
c. dans la procédure sommaire, à l'exception de la procédure applicable dans les cas clairs (art. 257 CPC).

Encore faut-il réserver les diverses *conventions internationales* multi- et bi-latérales (voir art. 1 al. 2 LDIP) qui excluent les sûretés fondées sur le critère du domicile[525].

---

523 Pour une liste détaillée, voir Bohnet (note 446), ad art. 145 CPCN. Concernant les Etats-Unis, voir ATF 121 I 108, JdT 1996 I 86; TF (07.10.2003) 4P.153/2003.

524 ATF 121 I 108, JdT 1996 I 86: l'obligation dépend uniquement du domicile du demandeur et non de sa nationalité. Un citoyen suisse domicilié à l'étranger pourrait aussi être tenu de fournir caution en Suisse.

525 FF 2006 6906.

c. *Le moment de la requête*

Le Code ne dit pas quand la requête doit être formulée. Faute de disposition expresse dans ce sens, il est raisonnable de renoncer à imposer qu'elle le soit avant le dépôt de la réponse. Ce système s'applique cependant devant le Tribunal fédéral en instance de recours (art. 62 al. 2 LTF): l'intimé doit déposer sa requête avant le dépôt de sa réponse, dans la mesure où il pourra faire l'économie de tout frais si les sûretés requises ne sont pas fournies en temps utile, les conclusions du recourant étant déclarées irrecevables dans un tel cas[526]. Ce système peut éventuellement se comprendre en instance de recours, puisque la défense s'épuise en principe par le dépôt de la réponse[527]. En première instance en revanche, le dépôt de la réponse ne fait qu'initier la défense.

Si la requête ne doit pas nécessairement intervenir avant le dépôt de la réponse, il semble logique d'exiger qu'elle soit formulée avec celle-ci au plus tard, puisqu'elle conduit le cas échéant à la non-entrée en matière sur le fond. Dès lors, on comprendrait mal que le défendeur puisse à sa guise retenir ce moyen[528]. Le principe de la bonne-foi (art. 52 CPC) s'y oppose. On peut, en d'autres termes, retenir dans un tel cas, et sauf faits nouveaux, une *renonciation tacite* à la requête de sûretés, pendant de l'acceptation tacite envisagée en matière de for dispositif, de convention d'arbitrage, et, selon nous, de clause conventionnelle obligatoire de médiation ou de conciliation[529].

S'il n'en a pas l'obligation, le défendeur doit en revanche avoir la possibilité de se limiter dans un premier temps au dépôt d'une requête de sûretés. Le juge devrait dans un tel cas statuer sur celle-ci avant de fixer un nouveau délai pour le dépôt de la réponse. En cas de refus du tribunal de procéder ainsi, le recours est recevable à notre sens, cette décision étant susceptible d'entraîner un dommage difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 2 CPC)[530].

La requête de sûretés peut intervenir *ultérieurement* (mais sans retard) lorsque les motifs qui la justifient sont postérieurs au dépôt de la réponse, par exemple une prise de domicile à l'étranger (art. 99 al. 1 let. a CPC), la délivrance d'actes de défauts de biens (art. 99 al. 1 let. b CPC), ou encore une augmentation des conclusions de la demande qui justifie une augmentation des sûretés (réservée par l'art. 100 al. 2 CPC).

La décision portant sur les sûretés peut faire l'objet d'un recours (art. 103 et 319 let. b ch. 1 CPC), indépendamment du risque de préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 2 CPC).

---

526 TF (26.11.2003) RSPC 2005 40; ATF 118 II 87 consid. 2, JdT 1993 I 316; 79 II 295 consid. 3, JdT 1954 I 528; consid. 1a non publié de l'ATF 128 III 191.

527 Dans ce sens, ATF 132 I 134 consid. 2.2, RSPC 2006 279.

528 Comp., en matière d'exception d'arbitrage, ATF 111 II 62.

529 Voir E. 5.2.d, p. 262 s.

530 Comp. TF (11.10.2005) RSPC 2006 388 consid. 2.2 (risque de préjudice irréparable au sens de l'art. 87 al. 2 OJ) et TF (22.04.2008) consid. 1, RSPC 2008 265, qui reprend la règle sous l'empire de l'art. 93 al. 1 let. a LTF.

4. *Le moment du paiement*

Le paiement de l'avance de frais ou des sûretés intervient au moment du *versement* effectué en faveur de l'autorité à la poste suisse ou, en cas d'*ordre de paiement,* au moment auquel le compte postal ou bancaire du recourant est débité (art. 143 al. 3 CPC), comme le prévoit également l'article 48 al. 4 LTF[531]. En cas de paiement via e-banking, il convient dès lors d'être attentif aux délais et horaires à respecter imposés par l'établissement financier.

X. La recevabilité de la demande reconventionnelle

La recevabilité de la demande reconventionnelle est soumise aux mêmes conditions que la demande[532]. Pour prendre quelques exemples, le tribunal saisi doit être compétent, matériellement (art. 224 CPC) et localement (le cas échéant, for de la connexité, art. 14 CPC), le litige ne doit pas relever de la compétence d'un tribunal arbitral, à moins que le défendeur renonce à l'invoquer, il ne doit pas faire l'objet d'une litispendance préexistante ou d'une décision entrée en force, l'acte doit être formellement valable et les avances de frais réglées. Certaines conditions n'ont plus à être vérifiées, l'ayant déjà été pour la demande: capacité d'être partie, d'ester et de revendiquer.

Selon le Message, la demande reconventionnelle n'est recevable en procédure sommaire que si elle ne retarde pas excessivement le cours du procès, ce qui semble raisonnable[533].

F. Les conditions de recevabilité relatives à l'action

I. L'intérêt à agir (art. 59 al. 2 let. a CPC)

1. *Le principe*

Le Code de procédure civile retient expressément l'intérêt à agir comme une condition de recevabilité de la demande. S'il fait défaut, le juge n'entre pas en matière[534]. L'article 59 al. 2 let. a CPC codifie ainsi une jurisprudence clairement établie du Tribunal fédéral[535]. Le même principe est retenu tant en droit

531 Sur cette disposition, voir TF (30.09.2008) 9C_94/2008, SJ 2009 I 164.

532 Voir Reymond (note 78), p. 38 s.

533 FF 2006 6957. Contra: Reymond (note 78), p. 39.

534 Voir ATF 116 II 196 consid. 1b, JdT 1990 I 596: «Lorsque le demandeur n'établit pas qu'il y a un intérêt digne de protection, il convient de ne pas entrer en matière sur l'action en nullité»; TF (21.11.2005) consid. 4.1, RSPC 2006 138; TF (17.08.2001) 4C.369/2000 consid. 4a.

535 Voir par exemple ATF 127 III 41 consid. 4c, JdT 2000 II 98 (action en constatation selon l'art. 85a LP). Après bien des fluctuations, décrites à l'ATF 110 II 352 consid. 3a, JdT 1985 I 359, la jurisprudence fédérale s'est ainsi fixée que le droit fédéral régit exhaustivement la condition d'intérêt lorsqu'une prétention de droit fédéral est en cause. Depuis cet arrêt, les cantons ne

allemand (§ 259 et 256 al. 1 CPC all.)[536], qu'en droit français (art. 31 CPC fr.)[537] ou italien (art. 100 CPC it.)[538], dans lesquels il est directement rattaché au concept d'action.

En inscrivant l'intérêt parmi les conditions de recevabilité de la demande, le Code reconnaît nécessairement que, à côté du droit matériel, le droit civil fédéral protège – ou ne protège pas – la prétention invoquée, suivant qu'il reconnaisse ou non un intérêt au prétendant[539]. Le Code prévoit de plus expressément, en accord avec la jurisprudence[540], la possibilité de requérir du juge qu'il constate *l'inexistence d'un droit* ou d'un rapport de droit (art. 88 CPC). C'est qu'il admet implicitement que l'action n'est pas que le bras actif du droit subjectif invoqué[541]. L'action vit pour elle-même dès l'instant où l'on reconnaît un intérêt digne de protection à celui qui l'exerce.

En d'autres termes, celui qui fait valoir une prétention en justice doit démontrer qu'il a un intérêt digne de protection à voir le juge statuer sur celle-ci. Une *demande abusive* doit ainsi être déclarée irrecevable[542].

Le Tribunal fédéral retient par exemple que le lésé qui tarde trop à faire appel au juge en matière de droit de réponse n'a plus d'intérêt[543]. De même, la conclusion tendant à la publication d'un jugement dans le domaine de la concurrence déloyale présuppose un intérêt qui n'est pas reconnu automatiquement[544]. Le Tribunal fédéral a également nié l'intérêt d'un actionnaire à obtenir un jugement n'aboutissant qu'à la confirmation d'une décision de la majorité d'une société anonyme, même si celle-ci est simultanément l'objet d'une action en annulation intentée par un autre actionnaire[545].

Seraient également irrecevables faute d'intérêt une demande en constatation d'un fait, tout comme des conclusions en réserve d'un droit qui sont «inutiles si le droit existe et

---

peuvent non seulement pas nier l'existence d'un intérêt lorsqu'il existe en vertu du droit fédéral, mais aussi ils ne peuvent plus ouvrir le droit à un jugement au fond plus largement que ne le permet le droit fédéral, lorsque celui-ci nie l'existence d'un intérêt.

536 Ces deux dispositions concernent la demande portant sur une prestation future et la demande en constat. La doctrine généralise le principe, voir JAUERNIG (note 34), p. 113.

537 Voir, par exemple, CORNU/FOYER (note 37), p. 338–340; GUINCHARD (note 157), p. 3–10 N° 101.

538 Voir, par exemple, CHIOVENDA (note 34), p. 96; CONSOLO/LUISO (note 44), N° 1 ad art. 100 CPC it.; LUISO (note 203), p. 215 s. MANDRIOLI (note 17), p. 55.

539 Voir KUMMER (note 23), p. 13 s.

540 Voir F.I.2, p. 288–290.

541 Voir KUMMER (note 23), p. 13.

542 Dans ce sens, en matière d'action en annulation du droit de la société anonyme, ATF 122 III 279 consid. 3a, JdT 1998 I 605; 107 II 179 consid. 2, JdT 1981 I 375; 86 II 165, JdT 1960 I 559. Voir également CCC NE (30.12.1969) RJN 5 I 32: est abusive et dénuée d'intérêt la demande en cessation du trouble lorsque le demandeur admet expressément que l'objet en cause ne lui porte ni préjudice ni inconvénient.

543 ATF 116 II 1, JdT 1992 I 646.

544 ATF 115 II 474 consid. 4c, JdT 1990 I 608.

545 ATF 122 III 279 consid. 3c/bb, JdT 1998 I 605. Voir également TF (30.05.2006) 4C.47/2006 consid. 2. Pour d'autres exemples, voir FRANÇOIS BOHNET, L'action en annulation du droit de la société anonyme en procédure civile suisse, in Bohnet (éd.), Quelques actions en annulation, Neuchâtel 2007, p. 176–179.

inopérantes s'il n'existe pas»[546]. De même, l'intérêt n'est pas réalisé si le demandeur cherche à faire trancher une question de droit abstraite (le droit applicable au litige par exemple[547]) ou à recevoir une consultation juridique.

2. *L'action en constat (art. 88 CPC)*

C'est en matière d'action en constat que la question de l'intérêt se pose tout particulièrement[548], et la partie demanderesse doit s'attendre à son examen[549]. La demande en constat est *subsidiaire* à une action condamnatoire (art. 84 CPC) ou formatrice (art. 87 CPC)[550]. Son but est de *clarifier une situation juridique.* Elle a généralement pour objet de faire constater l'existence ou l'inexistence, actuelle et prétendue, d'un «rapport de droit»[551]. La jurisprudence admet aussi des actions constatatoires portant sur des *situations juridiques appartenant au passé*[552], pour autant qu'elles aient des effets qui subsistent au moment du jugement[553] et qu'un prononcé judiciaire constitue un moyen approprié de faire cesser le trouble[554].

L'intérêt ne doit pas nécessairement être juridique; il peut être de fait[555], mais il doit *être important et immédiat.* Tel est le cas si le demandeur est menacé par l'*incertitude* concernant ses droits ou ceux d'un tiers et qu'une constatation judiciaire pourrait l'éliminer, une action condamnatoire n'étant pas possible[556]. Il faut de plus qu'en se prolongeant, cette incertitude entrave le demandeur dans

546 TC NE (05.11.1973) RJN 6 I 36.

547 ATF 80 II 366, JdT 1955 I 369. Voir également ATF 101 II 177 consid. 4c in fine, JdT 1976 I 362.

548 Voir TF (26.05.2003) 4C.7/2003 consid. 5: «›Pas d'intérêt, pas d'action›. L'adage vaut pour toute demande en justice. S'agissant des actions formatrices ou condamnatoires, son respect ne pose généralement pas problème. Mais il en va autrement en ce qui concerne les procès en constatation de droit». La doctrine allemande (par exemple JAUERNIG [note 34], p. 112–117), française (par exemple GUINCHARD [note 157], p. 7 s.) et italienne (par exemple CONSOLO/LUISO [note 44], N° 21–28 ad art. 100 CPC it.; VALERIO DI GOIA, Manuale di Diritto Processuale Civile, Vol. I, Forli 2008, p. 104 s.) parviennent à la même conclusion.

549 TF (18.07.2005) RSPC 2006 12.

550 Voir ATF 122 III 279 consid. 3a, JdT 1998 I 605: «là où différentes actions entrent en concurrence, il convient de s'en tenir au principe de subsidiarité et ainsi d'intenter celle qui peut le plus efficacement procurer au demandeur l'avantage qu'il recherche».

551 Sur la notion, voir ATF 80 II 366, JdT 1955 I 369 et les références à la doctrine allemande.

552 Voir ATF 120 II 20, JdT 1995 I 130.

553 ATF 116 II 351 consid. 3, JdT 1991 I 616.

554 Voir TF (26.05.2003) 4C.7/2003.

555 L'annexe I du Code de procédure civile suisse modifie l'art. 76 al. 1 let. b LTF et retenant que désormais le recours en matière civile est ouvert non plus uniquement si le recourant à un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée, mais déjà lorsqu'il est «particulièrement touché par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification», voir FF 2006 6890.

556 ATF 119 II 368 consid. 2a, JdT 1996 I 274 (demande en constatation du droit à la prise en charge des frais d'un procès futur par une assurance de protection juridique; intérêt admis).

sa liberté d'action et lui soit insupportable[557]. Le constat n'a en principe pas pour but d'offrir une réparation morale[558].

Le seul intérêt d'une partie à pouvoir choisir parmi plusieurs fors possibles celui qui lui paraît le plus favorable en introduisant une demande plus tôt («forum shopping») ne fonde pas un intérêt digne de protection à la constatation d'un droit[559], et ce alors même que les deux parties sont en train de préparer l'introduction d'une demande au for qui leur convient le mieux («forum running»)[560].

En cas d'*action négative,* il convient de tenir compte des intérêts du défendeur, contraint le cas échéant à soutenir prématurément un procès. En effet, c'est normalement le créancier qui choisit le moment auquel il entend faire valoir sa prétention, qu'il lui revient de prouver, même dans un procès en constatation négative. Or il peut ainsi être forcé à fournir des preuves avant qu'il ne soit prêt et en état de les administrer[561]. Le débiteur est quant à lui protégé par les règles de la prescription en cas de procès tardif.

En matière de poursuites, un commandement de payer peut déjà constituer pour le poursuivi un intérêt propre à justifier une action en constatation. Le Tribunal fédéral relève que si le créancier entend empêcher une action en constatation du poursuivi, il devra démontrer qu'il a de bonnes raisons de ne pas entrer en matière sur le bien-fondé de sa prétention. Il dira, par exemple, qu'il a dû engager la poursuite pour interrompre la prescription, et cela avant d'être en état de s'expliquer à satisfaction de droit sur le bien-fondé de sa prétention. Si le créancier établit un intérêt à empêcher un procès prématuré, le poursuivi devra établir in casu un intérêt supérieur à obtenir un jugement de constatation[562]. En revanche, il n'est pas arbitraire de nier l'existence d'un intérêt, faute de risque d'atteinte au crédit, lorsque le montant en poursuites est faible[563].

Un intérêt au constat de l'existence d'une dette doit être nié pour une prétention d'environ CHF 700.– relative à divers frais à l'encontre d'un avocat fondée sur les droits d'auteur. Une telle prétention ne limite pas sa liberté de mouvement économique. Par ailleurs, l'action en constat n'est pas ouverte pour la défense des intérêts de tiers, notamment ceux de l'ensemble des professions libérales éventuellement touchées comme le recourant[564].

En cas de *demande partielle,* il convient de retenir que le défendeur a un intérêt à faire constater reconventionnellement l'inexistence de la créance ou du rapport de droit

557 ATF 120 II 20 consid. 3a, JdT 1995 I 130 (intérêt au constat de l'inexistence d'une dette en poursuites); 110 II 352 consid. 2, JdT 1985 I 359.

558 ATF 122 III 449 consid. 2a, JdT 1998 I 131, et les réf. Voir toutefois TF (11.04.2005) RSPC 2005 258 en matière de constat de l'illicéité d'une privation de liberté.

559 ATF 123 III 414, JdT 1999 I 251.

560 ATF 131 III 319, SJ 2005 I 449, RSPC 2005 385 et la note de Fridolin Walther.

561 ATF 120 II 20 consid. 3a, JdT 1995 I 130. Voir également ATF 131 III 319, SJ 2005 I 449.

562 ATF 120 II 20 consid. 3b, JdT 1995 I 130 qui renverse l'ATF 110 II 352 consid. 2, JdT 1985 I 359 qui niait le fait qu'un commandement de payer puisse suffire à lui seul et exigeait dans tous les cas une pesée des intérêts. Voir également ATF 128 III 334.

563 TF (21.11.2005) consid. 4.3, RSPC 2006 138.

564 TF (22.06.2007) RSPC 2008 363.

dans son entier[565]. Par ailleurs, un intérêt au constat de l'inexistence d'une dette peut exister même si les parties admettent que la dette est *prescrite*[566].

3. *Le régime*

L'absence d'un intérêt digne de protection doit être *relevée d'office,* à tous les stades du procès[567]. Elle entraîne l'irrecevabilité de la demande[568]. Un tel intérêt fait ainsi défaut lorsque la prétention du demandeur a été entre-temps satisfaite ou si l'on ne peut y donner suite[569]. Il revient au demandeur d'apporter les éléments permettant de conclure à l'existence d'un intérêt et ce, selon les règles procédurales applicables en matière de présentation des faits et des preuves[570]. Comme toute condition de recevabilité, l'intérêt doit exister au moment du jugement. Doit-on exiger qu'il ait déjà existé lors de l'introduction de l'instance? A notre sens, l'absence initiale d'intérêt est guérissable, sauf abus manifeste.

> Si la poursuite est retirée pendant la procédure en constatation selon l'article 85a LP, l'intérêt fait défaut et il n'y a plus place pour un jugement sur les conclusions en constatation. Après le retrait de la poursuite, le juge ne peut donc plus entrer en matière sur l'action en constatation[571].

> Si la prétention est devenue exigible en cours de procès, l'intérêt demeure si ce fait ne peut plus être invoqué au stade où se trouve le procès, ce d'autant plus si celui-ci a duré de très nombreuses années[572].

II. La qualité pour agir et pour défendre

1. *La distinction entre légitimation et qualité pour agir*

La doctrine suisse unanime considère que la légitimation *(Sachlegitimation)*, à savoir la titularité matérielle de la prétention invoquée, n'est pas une condition de recevabilité de la demande[573]. Elle a raison. La légitimation correspond à la

565 TF (01.05.2007) RSPC 2007 366.
566 Voir TF (31.01.2003) 4C.366/2002 consid. 2.2.
567 TF (21.11.2005) consid. 4.3, RSPC 2006 138.
568 Voir F.I.1, p. 286–288.
569 ATF 122 III 279, JT 1998 I 605. Voir aussi ATF 109 II 165 consid. 2, JdT 1983 I 358.
570 TF (21.11.2005) consid. 4.3, RSPC 2006 138.
571 ATF 127 III 41, JdT 2000 II 98. Voir également TF (16.04.2002) 5C.216/2002; TF (21.09.2006) RSPC 2007 23 et la note de Francesco Trezzini.
572 Voir TF (17.08.2001) 4C.369/2000 consid. 4a et la note de Francesco Trezzini in RSPC 2006 140.
573 Par exemple Berger/Güngerich (note 102), p. 109 s.; Guldener (note 19), p. 139; Habscheid (note 34), p. 188; Hohl I (note 102), p. 97 N° 435; Staehelin/Staehelin/Grolimund (note 26), p. 159; Sutter-Somm (note 26), p. 46; Vogel/Spühler (note 77), p. 206–207; Walder-Richli/Grob-Andermacher (note 467), p. 266 note 5. Voir également TF (17.03.2005) 4P.303/2004 consid. 1.2: «la légitimation passive appartient aux conditions matérielles de la prétention litigieuse». Le même principe est retenu en Allemagne, voir par exemple Jauernig

titularité sur le droit substantiel. Elle relève du fond. Savoir si le demandeur est bien le titulaire de la créance qu'il invoque ou si, comme le prétend par exemple le défendeur, il l'a cédée à un tiers, suppose que le juge entre en matière et déclare la prétention bien ou mal fondée[574]. Le moyen tiré du défaut de légitimation est un moyen de fond, plus exactement une objection, comme le serait le moyen tiré de la compensation, de la remise de dette ou du paiement[575].

Parce qu'elle méconnaît le concept d'action et de *Rechtschutzanspruch*[576], cette même doctrine[577], tout comme le Tribunal fédéral[578], peine en revanche à distinguer la légitimation de la qualité pour agir *(Prozessführungsrecht)*. En principe, a qualité pour agir celui qui est titulaire du droit d'action. *La qualité est reconnue à qui prétend un droit propre, à qui prétend être légitimé:* «toute personne invoquant en justice son propre droit possède la qualité pour agir et toute personne y défendant son droit est qualifiée pour combattre la prétention du demandeur dirigée à son encontre»[579]. Ainsi, lorsque X prétend que Y lui doit cent francs, il a qualité pour agir, quand bien même il pourrait ne pas être légitimé, par exemple si sa créance a été cédée. La jurisprudence neuchâteloise résume clairement la différence entre les deux notions: «dans un procès en paiement, quiconque se prétend créancier de la partie défenderesse a en principe qualité pour agir, en ce sens qu'il a droit à un jugement au fond sur ce point. Savoir si le demandeur a cédé sa qualité de créancier éventuel est une question de légitimation, à trancher sur le fond»[580]. Le Code de procédure civile français est limpide à cet égard: «Est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir» (art. 32 CPC fr.)[581]. Il en va de même de la doctrine italienne[582].

(note 34), p. 59. La doctrine française et italienne de procédure civile ne proposent à notre connaissance pas de développements particuliers sur ce point, qui relève simplement des défenses au fond; voir par exemple Luiso (note 203), p. 252; Micheli (note 43), p. 20 s.

574 Comp. Walder-Richli/Grob-Andermacher (note 467), p. 266 note 5.

575 Voir G.IV, p. 313 s.

576 Voir C.II.1, p. 200–202.

577 Voir toutefois Habscheid (note 34), p. 188 et Gilliéron (note 46), p. 323 s. qui distinguent nettement les deux notions.

578 Voir par exemple ATF 130 III 417 consid. 3, qui traite en réalité d'un problème de légitimation, et ATF 128 III 191, qui traite de la capacité d'être partie et de la légitimation. Voir également ATF 116 II 131 consid. 3a, où le Tribunal fédéral distingue la qualité de la légitimation, mais utilise pour celle-ci l'expression *qualité pour agir quant au fond* et pour celle-là la traduction allemande de la qualité pour agir, la *Prozessführungsbefügnis ou Prozessführungsrecht.*

579 Habscheid (note 34), p. 188; CJ GE (20.11.1987) SJ 1988 85, 88.

580 CC/NE (20.03.2003) RJN 2003 164. Voir également CCC NE (26.03.2003) 2002.160: «L'intimé prétend avoir une créance contre la recourante, et il demande la condamnation de celle-ci à son profit. De ce seul fait, la qualité pour défendre de la recourante est acquise, la question étant de savoir si l'intimé est titulaire d'une créance contre la recourante, autrement dit est légitimé, et de déterminer le cas échéant, à quel titre».

581 Voir Cornu/Foyer (note 37), p. 334 s.; Guinchard/Ferrand (note 167), p. 151.

582 Elle parle de *legittimazione ad agire,* qu'elle distingue généralement de la *titolarità del diritto,* voir par exemple Consolo/Luiso (note 44), N° 1–4 ad art. 81 CPC; Luiso (note 203), p. 210: «Il giudice deve valutare la legittimazione ad agire solo sulla base della domanda e *non* attra-

La doctrine suisse majoritaire et le Tribunal fédéral considèrent dès lors que la qualité pour agir (non distinguée de la légitimation) est une question de fond. En revanche, elles retiennent que la *qualité pour recourir* est une condition de recevabilité du recours[583]. Or le recours n'est que le prolongement du droit d'action. La problématique est identique, même si elle s'inscrit dans le cadre prédéfini par le lien d'instance en matière de recours. En d'autres termes, la loi définit la qualité pour recourir comme elle le fait pour la qualité pour agir. En disposant que le locataire peut agir en annulation du congé devant l'autorité de conciliation dans un délai de trente jours dès sa réception (art. 273 al. 1 CO), la loi définit la qualité pour agir selon le même mécanisme que lorsqu'elle prescrit qu'un recours en matière civile peut être formé par quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et qui a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (art. 76 al. 1 LTF).

2. *Les cas reconnus de Prozessführungsrecht*

Tout comme le Tribunal fédéral[584], la plupart des auteurs suisses ne traitent véritablement du *Prozessführungsrecht,* qu'ils considèrent généralement comme une condition de recevabilité[585], que lorsqu'il est de par la loi détaché de la légitimation. Il est en effet des cas où la personne légitimée n'a pas qualité de par la loi, et dans certaines hypothèses la qualité pour agir est attribuée à des personnes que le droit matériel ne légitime pas *(Prozessstandschaft)*[586].

Ainsi, en cas de faillite par exemple, seule la masse a, dans un premier temps, qualité pour continuer les procès en cours, même si le failli demeure légitimé (art. 207 LP)[587]. Le failli ne peut par ailleurs pas reprendre la conduite d'un procès portant sur une de ses dettes pendantes à l'ouverture de la faillite que la masse et les créanciers ont renoncé à soutenir. Le procès devient sans objet[588].

---

verso una indagine nel merito, volta ad accertare se colui che agisce è *veramente* titolare del diritto fatto valere»; MANDRIOLI (note 17), p. 55; MICHELI (note 43), p. 20 s.

583 Voir, parmi beaucoup d'autres, TF (27.10.2005) RSPC 2006 285; TF (01.05.2006) RSPC 2006 292; TF (05.05.2006) RSPC 2006 373 et TF (28.11.2006) RSPC 2007 260 consid. 1.4. Sur la qualité pour recourir en matière civile sous le régime de la LTF, voir en particulier ATF 133 III 421 consid. 1.1, RSPC 2008 45 et la note de DENIS PIOTET.

584 ATF 94 I 312 consid. 1b, qui mentionne les droits allemand, autrichien et italien.

585 Voir GULDENER (note 19), p. 140–143; HOHL I (note 102), p. 102 N° 459; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 139, 162; VOGEL/SPÜHLER (note 77), p. 141 s.; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER (note 467), p. 266 note 5. Voir également en Allemagne JAUERNIG (note 34), p. 60.

586 BERGER/GÜNGERICH (note 102), p. 110 s.; HOHL I (note 102), p. 98–101; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 139, 162; VOGEL/SPÜHLER (note 77), p. 141 s.; VOYAME (note 9), p. 125–127. Idem en droit allemand, voir JAUERNIG (note 34), p. 60–62. La doctrine italienne parle dans un tel cas de *legittimazione straordinaria,* voir CONSOLO/LUISO (note 44), N° 9–23 ad art. 81 CPC it.; LUISO (note 212), p. 211 s.; MANDRIOLI, (note 17), p. 57–62.

587 Voir GILLIÉRON (note 46), p. 323 s.

588 TF (16.12.2008) RSPC 2009 144.

L'exécuteur testamentaire auquel l'administration des biens successoraux a été confiée est seul habilité à intenter des actions en paiement; il a qualité à la place de ceux qui sont, sur le fond, les sujets actifs ou passifs du droit contesté, auxquels la qualité est retirée (art. 518 et 602 al. 2 CC)[589].

L'*autorité compétente* a, en certaines circonstances (art. 261 al. 2 CC), qualité pour défendre à l'action en paternité, alors qu'elle n'est pas le sujet du rapport juridique invoqué.

Dans le procès en divorce, le parent auquel l'autorité parentale est attribuée fait valoir, en son propre nom et à la place de l'enfant mineur, les contributions d'entretien dues à celui-ci. Lorsque l'enfant devient majeur en cours de procédure, cette faculté du parent (Prozessstandschaft) perdure pour les contributions postérieures à l'accès à la majorité, pour autant que l'enfant désormais majeur y consente[590].

Le Code de procédure civile suisse prévoit que les associations et les autres organisations d'importance nationale ou régionale qui sont habilitées aux termes de leurs statuts à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé peuvent, en leur propre nom, agir en interdiction, cessation ou constatation de l'atteinte à la personnalité des membres de ce groupe (art. 89 al. 1 et 2 CPC). Une partie de la doctrine considère cependant que l'association est titulaire du droit lui-même dans un tel cas[591].

Dans ces quelques situations[592], il est dès lors admis que la demande formulée par un justiciable démuni du *Prozessführungsrecht* devrait être déclarée irrecevable.

3. La généralisation du concept de qualité pour agir et pour défendre

a. Les prétentions dont le demandeur ne prétend pas être titulaire

La problématique de la qualité pour agir est en réalité générale. Si la doctrine admet que la demande formulée par un justiciable démuni du *Prozessführungsrecht* doit être déclarée irrecevable, elle devrait logiquement aboutir au même résultat lorsque le demandeur fait valoir un droit dont il ne prétend pas être titulaire et pour lequel l'ordre juridique ne lui accorde pas de *Prozessführungsrecht*[593]. Dans une telle hypothèse, la qualité, tout comme l'intérêt à agir[594], fait défaut au demandeur. Sauf exceptions, notre ordre juridique n'autorise pas un justiciable à faire valoir le droit d'un tiers en justice. C'est le fameux adage

589 ATF 116 II 131 consid. 3.
590 ATF 129 III 55.
591 Berger/Güngerich (note 102), p. 111; Guldener (note 19), p. 141.
592 Voir d'autres exemples chez Berger/Güngerich (note 102), p. 111 s. et Staehelin/Staehelin/Grolimund (note 26), p. 161 s.
593 Voir d'ailleurs ATF 78 II 274 consid. 3: la qualité pour agir ne peut pas être conférée à un tiers conventionnellement. En Allemagne, voir Jauernig (note 34), p. 60.
594 Voir F.I.1, p. 286–288.

français (dans son acception contemporaine[595]) «nul ne plaide par procureur»[596].

b. La consorité nécessaire matérielle

Le même principe doit être retenu lorsque le demandeur fait valoir seul un droit qui ne peut être exercé que conjointement ou que contre plusieurs personnes ensembles. Tel est le cas lorsqu'un lien de consorité nécessaire matériel unit des plaideurs. La demande doit être exercée par tous les consorts parce qu'ils n'ont pas individuellement le droit de disposition sur l'objet du litige. Dès lors, la demande qui n'est pas intentée par tous les consorts est irrecevable faute de qualité[597]. Il en va de même si la demande doit être dirigée contre plusieurs défendeurs. En d'autres termes, la qualité pour agir ou pour défendre fait défaut s'il résulte de l'état de fait avancé par le demandeur qu'il n'est pas le titulaire de la prétention qu'il invoque ou que le défendeur n'en est pas le sujet passif.

La consorité nécessaire matérielle peut ainsi être active ou passive. Il y a en particulier *consorité nécessaire matérielle active* lorsque plusieurs personnes forment, en vertu de la loi ou d'un contrat, une communauté régie par les règles sur la propriété en main commune (art. 652 CC), en particulier une indivision (art. 336 CC), une communauté héréditaire (art. 602 al. 2 CC) ou une société simple (art. 544 CO), sauf urgence[598]. Si A. et B. vendent ensemble leur voiture à C., et que celui-ci ne les paie pas, ils doivent, faute d'avoir convenu d'intervenir comme créanciers solidaires (art. 150 CO), agir ensemble en paiement. Si un seul agit, sa demande est irrecevable, à moins qu'il prétende être créancier solidaire ou seul titulaire de la créance querellée. De même, si A. agit en cessation du trouble causé à la propriété contre C., sa demande est irrecevable s'il agit seul alors qu'il n'est que propriétaire commun.

---

595 En procédure coutumière, il signifiait que la représentation était interdite et que les parties devaient procéder en personne. Voir CHARLES BATAILLARD, Les origines de l'histoire des procureurs et des avoués, Paris 1868, 37, p. 118 ss. L'adage s'est maintenu au fil du temps, mais avec une autre signification: il interdit à quiconque de plaider sous un prête-nom, voir Cour d'appel de Paris (11.03.2005) 02/21887.

596 Le principe résulte expressément de l'art. 81 CPC it.: *«Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui».* Voir également art. 31 CPC fr.: «L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé».

597 Voir Habscheid (note 34), p. 180, et également STEPHEN V. BERTI, Zum Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, in: Beiträge zu Grenzfragen des Prozessrechts: Professor Walther J. Habscheid zum Anlass seiner Emeritierung dargeboten von seinen Zürcher Assistenten, Zurich 1991, p. 9–43, 31 s. Contra: FF 2006 6894 qui retient que la demande doit être rejetée comme mal fondée.

598 Voir, par exemple, ATF 74 II 215, JdT 1949 I 264; MARIE-FRANÇOISE SCHAAD, La consorité en procédure civile, thèse Neuchâtel 1993, p. 344.

La consorité nécessaire matérielle peut aussi être *passive*. C'est par exemple le cas pour l'action en désaveu qui doit être dirigée par le père contre la mère et l'enfant (art. 256 al. 2 CC). En cas de prétention de nature réelle à l'encontre d'une communauté régie par les règles sur la propriété en main commune (communauté héréditaire, société simple), les membres de celle-ci seront des consorts passifs nécessaires, la prétention portant sur une prestation devant être effectuée au moyen d'un patrimoine commun. En revanche, une prétention de nature personnelle n'a pas à être dirigée contre l'ensemble des consorts, dans la mesure où les indivis, les héritiers ou les associés sont solidairement responsables des dettes de l'indivision, du défunt ou des engagements contractés par la société simple (art. 342 al. 2, 603 CC; 544 al. 3 CO).

Il y a également consorité nécessaire matérielle lorsque plusieurs personnes sont liées par un rapport juridique déterminé et que l'une ou certaines d'entre elles entendent obtenir la cessation de ce rapport juridique, par exemple l'action en dissolution d'une communauté, telle que l'action en partage (art. 604 CC) ou l'action en dissolution d'une société simple (art. 545 ch. 7 CO).

c. *Les actions attitrées*

Dans de nombreux cas, la loi réserve la possibilité d'agir en justice à certains sujets de droit déterminés. Il ne suffit pas alors, comme pour les actions banales, de prétendre être titulaire du droit invoqué. Encore faut-il démontrer être en droit de faire valoir cette prétention. Les actions dites formatrices (art. 87 CPC) sont ainsi toujours attitrées[599]. Elles permettent en effet aux personnes définies par la loi, et en raison d'une situation juridique spéciale, de prétendre obtenir une modification juridique, plus spécifiquement, selon la définition de l'article 87 CPC, la création, la modification ou la dissolution d'un droit ou d'un rapport de droit déterminé. L'action formatrice renvoie à la notion de droit formateur. Le droit formateur est une faculté; c'est le droit appartenant à une personne de produire, par un acte unilatéral de volonté, une modification juridique[600]. Certains droits formateurs s'exercent par un acte privé exclusivement[601], d'autres par une demande judiciaire seulement[602].

Il en va ainsi par exemple de la demande en divorce et de la demande en désaveu de paternité. La loi définit qui peut prétendre à la rupture du lien conjugal ou du lien de filiation. Un enfant, alors même qu'il serait capable d'ester en justice[603], ne peut agir en divorce de ses parents. Sa demande en ce sens de-

599 Selon la terminologie française, voir CORNU/FOYER (note 37), p. 334 s.

600 VON TUHR (note 62), p. 19.

601 Par exemple les cas visés aux art. 19 al. 1, 21, 38, 124, 266a–k, 334–335c CO. L'acte peut être accompli à l'occasion d'une procédure, mais le droit formateur continue à déployer ses effets de droit civil quel que soit le sort du procès, voir TC NE (02.05.1955) RJN 1 I 183.

602 Voir par exemple GULDENER (note 19), p. 211 s.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 187 s.

603 Voir E.VII.2.a, p. 280.

vrait être jugée irrecevable, faute de qualité pour agir (et non mal fondée). Les exemples peuvent être multipliés[604]. Le simple créancier n'a pas qualité pour agir en annulation d'une décision de l'assemblée générale d'une société anonyme (art. 706 CO)[605]. Sa demande doit être déclarée irrecevable, tout comme celle du sous-locataire en annulation du congé notifié par le bailleur principal au sous-bailleur. On aboutit au même résultat en retenant que celui qui ne peut pas prétendre à l'exercice de l'action formatrice n'a pas d'*intérêt à agir*[606]. En effet, comme le relèvent SERGE GUINCHARD et FRÉDÉRIQUE FERRAND, les deux notions «sont en relation avec la prérogative juridique qui leur sert de fondement: l'intérêt doit être légitime; la qualité révèle le lien unissant le droit violé et l'action»[607]. C'est également à l'irrecevabilité que l'on parvient selon ce raisonnement.

En bref, il convient de retenir que le défaut de qualité aboutit à l'irrecevabilité de la demande, le défaut de légitimation à son mal fondé[608]. Lorsque tant la qualité que la légitimation font défaut[609], le jugement déclarera la demande irrecevable faute de droit d'action.

4. La distinction entre défaut de qualité pour agir et désignation inexacte des parties

Alors que la qualité pour agir concerne la titularité du droit d'action, la désignation inexacte relève du vice de forme. Elle ne concerne que les *erreurs rédactionnelles*[610]. Il convient de renvoyer sur ce point aux développements consacrés à la distinction entre défaut de capacité d'être partie et désignation inexacte[611].

III. L'absence de décision entrée en force (art. 59 al. 2 let. e CPC)

1. Le principe

Les parties n'ont pas d'intérêt juridique digne de protection à soumettre une nouvelle fois à la justice une contestation déjà tranchée[612]. Faute d'intérêt, la

604 Pour une longue liste, voir STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 188 s.

605 Voir BOHNET (note 545), p. 166.

606 Dans ce sens, TC NE (24.07.1907) TC VII 218, 223: «D'une manière générale, celui-là a qualité pour ouvrir action qui justifie de son intérêt à intenter cette action». Voir également TF (26.05.2003) 4C.7/2003 consid. 5 et ATF 129 III 197, JdT 2003 II 41. Pour des développements, voir CORNU/FOYER (note 37), p. 334–340.

607 GUINCHARD/FERRAND (note 167), p. 151.

608 HABSCHEID (note 34), p. 188 s.

609 Voir par exemple ATF 93 II 151; HABSCHEID (note 34), p. 189.

610 ATF 131 I 57 consid. 2.2; TF (06.11.1986) SJ 1987 22 consid. 3c; HOHL II (note 443), p. 95 N° 1920.

611 Voir E.VII.1.b, p. 278.

612 Dans ce sens déjà, ATF 105 II 155 consid. 3, JdT 1980 I 177; voir aussi ATF 112 II 272 consid. 1.1, JdT 1987 I 241 et ATF 121 III 474 consid. 2, JdT 1996 I 230.

demande nouvelle doit donc être déclarée irrecevable en vertu du principe *«ne bis in idem»*[613] *(Wiederholungsverbot)*.

Dès lors, le Code fait de l'absence de jugement entré en force portant sur une prétention identique ou contraire une *condition de recevabilité* (art. 59 al. 2 let. e CPC)[614].

2. *Les conditions*

a. *Le jugement entré en force*

Est revêtu de l'autorité de la chose jugée tout jugement[615] entré en force. Le jugement entre en force lorsqu'il ne peut pas ou plus faire l'objet d'un appel (art. 308 ss CPC). Le recours en matière civile (art. 103 LTF) n'a d'effet suspensif que lorsqu'il est dirigé contre un jugement constitutif ou que – la règle vaut aussi pour le recours constitutionnel subsidiaire (renvoi de l'art. 117 LTF) – le juge instructeur lui accorde un tel effet.

La portée de l'autorité de la chose jugée est circonscrite par la nature de la décision (b) et son dispositif (c). Elle n'est pas définie par le Code[616].

b. *La nature du jugement*

Par jugement, on entend toute décision du tribunal par lequel celui-ci se prononce sur la demande, soit en l'examinant au fond, entièrement ou partiellement (art. 125 et 237 CPC), soit en refusant d'entrer en matière (art. 236 CPC).

aa. La distinction entre le jugement au fond et le jugement processuel

Un jugement au fond suppose que le tribunal ait apprécié les allégations des parties au regard du droit matériel et statué sur le fondement de la prétention déduite en justice[617]. Un tel prononcé intervient dès l'instant où le juge examine le fond, peu importe à cet égard qu'il rejette la demande faute d'allégués, de preuves ou pour un autre motif[618]. Comme l'a établi Max Kummer[619], relève en particulier du droit civil fédéral la question de savoir si les faits allégués par une partie conformément au droit de procédure permettent de statuer sur sa pré-

613 *Ne aliter in idem* selon Stephen V. Berti, Gedanken zur Teil(anspruchs)klage nach Art. 84 E ZPO/CH, RSPC 2007 77–86, 81.

614 Voir TF (17.11.2004) RSPC 2005 125 consid.1.2.

615 Il faut bien sûr réserver les jugements nuls, voir TF (26.06.2006) RSPC 2006 385; ATF 122 I 97 et 129 I 361, JdT 2004 II 47, ainsi que Philippe Schweizer, Le recours en révision, spécialement en procédure civile neuchâteloise, Neuchâtel 1985, p. 40–42; Fridolin Walther, Die Nichtigkeit im schweizerischen Zivilprozessrecht, RSPC 2005 207–222.

616 Voir la critique de Stephen V. Berti sur ce point (note 613), p. 86.

617 ATF 123 III 16 consid. 2a, JdT 1999 I 99.

618 Voir ATF 115 II 187 consid. 3b, JdT 1989 I 586 et ATF 116 II 738 consid. 2b.

619 Max Kummer, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Berne 1954, p. 60, 94–96.

tention juridique fondée sur le droit civil fédéral[620]. Dès lors, le tribunal statue au fond quand les allégués de la demande permettent d'identifier suffisamment la prétention, alors même qu'il les juge insuffisamment motivés. Il rend une décision procédurale lorsque les assertions ne permettent pas d'identifier la prétention[621]. Serait dès lors déclarée irrecevable une demande dont les allégués et les conclusions ne permettraient pas de saisir son objet, l'acte étant dans cette hypothèse vicié formellement[622], malgré le délai accordé par le juge pour la rectifier (art. 56 et 132 al. 1 CPC)[623].

> En l'absence des allégations nécessaires pour qualifier les relations juridiques nouées entre les parties, le tribunal, bien qu'il applique le droit d'office, ne peut examiner si des prétentions déduites d'un contrat de travail auraient pu être allouées au demandeur sur la base d'un autre contrat que celui invoqué et doit rejeter la demande comme mal fondée[624].

Si le juge refuse d'entrer en matière, les conditions de recevabilité n'étant pas remplies, il prononce un jugement processuel. La distinction s'opère sur la base du *contenu de la décision* sans égard à sa dénomination.

> Ainsi, une décision procédurale ne change pas de nature parce que le juge a déclaré mal fondée une demande qu'il devait déclarer irrecevable, en raison d'un vice de procédure[625].

> De même, doit être considéré comme un jugement au fond un prononcé d'irrecevabilité lorsque les motifs de rejet concernent le fond (prétention identifiable mais rejet faute d'allégués suffisants)[626].

> Le jugement sur demande en libération de dette tranche la question de l'existence et de l'exigibilité de la créance en poursuite. Au-delà des effets de la poursuite, il a donc force de chose jugée définitive entre les parties[627].

bb. Le jugement sur action partielle

Un jugement sur action partielle *(Teilklage)* acquiert, comme tout jugement au fond tranchant complètement le litige porté devant lui, autorité de la chose jugée une fois entré en force. L'autorité de la chose jugée ne s'attache cependant

---

620 Voir, par exemple, TF (14.02.2009) 4A_461/2008 consid. 3.3; TF (08.06.2005) RSPC 2005 378; TF (01.04.2004) 4P.263/2003 consid. 3.2.1; TF (12.12.1996) SJ 1997 240 consid. 2b; ATF 108 II 337, JdT 1983 I 538; 97 II 339 consid. 1b, JdT 1972 I 636.

621 Voir ATF 115 II 187 consid. 3b, JdT 1989 I 586 et ATF 116 II 738 consid. 2b.

622 Dans ce sens, la demande valable en la forme est la seule «echte Prozessvoraussetzung», voir Berti (note 108), p. 258, 262.

623 Voir E.VI.4.c.cc, p. 276.

624 TF (08.06.2005) RSPC 2005 378.

625 ATF 115 II 187 consid. 3a, JdT 1989 I 586.

626 TF (27.06.2006) RSPC 2006 363 et la note critique de Stephen V. Berti; Staehelin/Staehelin/Grolimund (note 26), p. 414, réservés également.

627 ATF 124 III 207 consid. 3a, JdT 1999 II 55.

qu'à la partie de la créance qui a fait l'objet de la décision, même si l'ensemble de la prétention a été examiné pour statuer[628].

> Dès lors, un premier jugement déboutant un demandeur au motif que le contrat invoqué serait nul n'empêche pas le juge, à l'occasion d'une nouvelle action relative à d'autres prétentions fondées sur le même contrat, de se prononcer à nouveau sur la validité de celui-ci[629].

> La situation se présente différemment lorsqu'un jugement entré en force attribue un bien à une masse, dans une liquidation de régime matrimonial. Il ne peut pas être remis en cause dans une phase ultérieure de la procédure, sous réserve des voies de recours prévues par la loi de procédure applicable[630].

cc. Le jugement préjudiciel et le jugement partiel

En cas de jugement préjudiciel ou de jugement partiel tranchant une partie du litige, celui-ci n'a pas autorité de la chose jugée, mais le juge est dessaisi dans cette mesure et ne peut revenir sur son prononcé dans son jugement final[631].

> Le tribunal arbitral qui s'est prononcé, par voie de sentence préjudicielle, sur le principe de la responsabilité de la partie défenderesse est lié par sa décision sur ce point lorsqu'il statue, dans sa sentence finale, sur les prétentions pécuniaires de la partie demanderesse[632].

dd. Les décisions rendues en procédure sommaire

Comme son nom l'indique, la procédure sommaire (art. 248–270 CPC) se veut prompte et peu formaliste. Ces deux caractéristiques découlent de la finalité de cette procédure, à savoir le prononcé d'une décision immédiate qui ne tranche que provisoirement le litige[633]. L'examen du juge ne porte en général que sur *la vraisemblance* des faits et du droit.

Dans de tels cas, l'autorité de la chose jugée n'est en principe que partielle[634]. Le juge qui intervient en procédure ordinaire suite à un prononcé rendu en procédure sommaire, n'est pas lié par celui-ci[635]. L'*ordonnance de mesures provisionnelles* n'a pas la même autorité de chose jugée qu'un jugement définitif. Elle ne jouit que d'une autorité relative de la chose jugée. Une nouvelle re-

---

628 ATF 125 III 8 consid. 3, SJ 1999 I 273.

629 TF (21.06.1988) SJ 1988 609 consid. 1d. Contra: Berti (note 613) p. 86, et les réf., qui considère qu'en cas de rejet de la demande, l'autorité de la chose jugée exclut de faire valoir d'autres prétentions fondées sur le même état de faits.

630 TF (22.04.2005) RSPC 2006 20.

631 ATF 115 Ia 123 consid. 3.

632 ATF 128 III 191 consid. 4.

633 Voir par exemple Guldener (note 19), p. 584; Bohnet (note 75), p. 272.

634 Voir par exemple Staehelin/Staehelin/Grolimund (note 26), p. 412 s.

635 A l'exception toutefois des mesures de réglementation, par exemple en procédure de divorce, voir ATF 127 III 496 consid. 3a: «elles modifient les rapports entre parties en définissant à nouveau leurs droits et devoirs respectifs, s'apparentant ainsi à un acte juridictionnel ordinaire; le jugement au fond ne peut du reste pas revenir rétroactivement sur ces mesures».

quête de mesures provisionnelles ne peut cependant être introduite que s'il existe des éléments ou des faits nouveaux postérieurs au premier prononcé[636].

Toutefois, la procédure sommaire s'applique parfois alors même que la décision à laquelle elle aboutit est définitive et obligatoire. Il en va par exemple ainsi lorsque le juge accorde la *protection dans un cas clair* (art. 257 CPC). Dans une telle situation, la décision est revêtue de l'autorité de la chose jugée une fois entrée en force[637]. Si le cas n'est pas clair, le juge n'entre simplement pas en matière (art. 257 al. 3 CPC). Tel est aussi le cas de la décision se prononçant sur le *droit à la consultation des comptes* au sens de l'article 697h al. 2 CO (art. 250 let. c ch. 7 CPC)[638] et de *toute autre décision en matière contradictoire* soumise à cette procédure qui n'est pas destinée à n'offrir qu'une protection provisoire au créancier, mais exclut une procédure ultérieure portant sur le même objet et met un terme à la procédure considérée[639].

ee. Le jugement processuel

La question de l'autorité de la chose jugée des *jugements processuels* a donné lieu à une controverse persistante, mais son enjeu concret est mineur car l'autorité d'un tel jugement est strictement limitée – quand, à raison, elle est reconnue[640] – à l'objet même du jugement, soit la réalisation des conditions de recevabilité qui ont été affirmées ou niées[641]. En outre, une modification des circonstances, telle que le changement de domicile d'une partie, lorsque l'irrecevabilité de la demande découlait de l'incompétence *ratione loci* du tribunal, peut permettre un renouvellement efficace de la même demande au même for. Précisons qu'un jugement qui classe le dossier parce qu'une condition de recevabilité n'est plus remplie en cours de procès est processuel[642].

> Le Tribunal fédéral a par exemple admis qu'à défaut d'un recours contre la sentence admettant la compétence du tribunal arbitral, la sentence rendue au préalable par le tribunal arbitral acquiert force de chose jugée[643].
>
> Si un tribunal se déclare localement incompétent pour statuer sur une demande en reconnaissance d'une adoption étrangère, son prononcé, une fois entré en force, ne peut plus être remis en cause. Cela signifie que l'incompétence du tribunal ne peut plus être contestée[644].

---

636 TF (31.03.1992) RJJ 1992 134 consid. 3.
637 FF 2006 6959.
638 ATF 120 II 352.
639 ATF 120 II 352 consid. 2b.
640 Dans ce sens, STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 413.
641 Voir ATF 115 II 187 consid. 3a: *«Prozessurteile (n'emportent chose jugée) höchstens hinsichtlich der beurteilten Zulässigkeitsfrage»*, JdT 1989 I 586; 134 III 467 consid. 3.2, RSPC 2008 350. Voir également TF (27.09.1997) 4C.429/1995 consid. 3b, plus affirmatif.
642 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (note 26), p. 413.
643 ATF 120 II 155.
644 ATF 134 III 467 consid. 3.2, RSPC 2008 350.

ff. Les actes assimilés au jugement

Quels sont les *actes assimilés au jugement*? La transaction judiciaire[645] (art. 241 al. 2, 201 et 208 al. 2 CPC), le désistement d'action et l'acquiescement (art. 241 al. 2 et 208 al. 2 CPC) – lorsque ceux-ci portent sur un droit disponible – déploient les mêmes effets qu'un jugement au fond[646].

Ce n'est pas le cas en revanche du désistement d'instance[647] (art. 65 CPC: possible uniquement avant la notification de la demande au défendeur ou si le tribunal saisi était incompétent, art. 63 CPC)[648] et de l'abandon conventionnel de cause (art. 65 CPC), le cas échéant suite au défaut des deux parties aux débats (art. 234 al. 2 et 242 CPC). Le retrait de la requête de conciliation met fin à la litispendance. Il n'a pas l'effet d'un désistement d'action, sauf déclaration inconditionnelle en ce sens consignée au procès-verbal de l'audience tenue devant l'autorité de conciliation (art. 208 al. 2 CPC)[649].

Malgré l'autorité de la chose jugée dont ils sont revêtus, la transaction judiciaire, le désistement et l'acquiescement peuvent toutefois être remis en cause pour vice de la volonté (art. 328 al. 1 let. c et 396 al. 1 let. c CPC)[650].

c. *Le dispositif*

En principe, seul le dispositif acquiert autorité de la chose jugée une fois le jugement entré en force[651]. Celle-ci ne s'attache ni à la constatation des faits ni à la solution donnée aux questions de droit qui constituent le fondement du jugement[652]. Toutefois, si les considérants ne participent pas comme tels à l'autorité de la chose jugée, ils permettent de déterminer la portée du dispositif, et donc, par effet réflexe, celle de l'autorité de la chose jugée[653]. Il convient ainsi de procéder à l'interprétation du jugement, en tenant compte de l'intégralité de son contenu pour déterminer si le droit invoqué dans la seconde procédure a déjà été examiné dans la première décision[654].

Acquiert force de chose jugée le prononcé définitif sur la question de la cession d'une créance dans le cadre d'une action en constat[655]. Tel n'est pas le cas en revanche de la

645 Comp. TF (04.04.2002) RJJ 2002 247 consid. 2; TF (15.07.2008) RSPC 2009 17.
646 TF (27.06.2002) RSPC 2005 36; ATF 105 II 149 consid. 1, JdT 1980 I 177.
647 Voir Reymond (note 78), p. 52 s.
648 TF (27.04.2009) 5A_82/2009 consid. 2.3; TF (27.06.2002) RSPC 2005 36; ATF 118 II 479 consid. 2g–j, JdT 1994 I 120.
649 Voir Reymond (note 78), p. 51.
650 Comp. TF (15.07.2008) RSPC 2009 17.
651 TF (21.06.1988) SJ 1988 609 consid. 1d.
652 ATF 123 III 16 consid. 2a, JdT 1999 I 99.
653 ATF 125 III 8 consid. 3b, SJ 1999 I 273; 115 II 187 consid. 3d, JdT 1989 I 586; voir également ATF 128 III 191 consid. 4a; 116 II 738 consid. 2a.
654 ATF 125 III 8 consid. 3b, SJ 1999 I 273. Voir également TF (17.11.2004) RSPC 2005 125 consid. 1.2.
655 TF (28.08.2003) 4C.130/2003 consid. 1.3.

> question de la légitimation active, lorsqu'elle n'a été examinée que dans les motifs d'un jugement condamnatoire[656].
>
> Si par exemple un jugement refuse la condamnation du défendeur pour cause d'inexigibilité, rien n'empêche le demandeur de faire valoir à nouveau cette même prétention dans une seconde procédure, introduite après échéance: la chose jugée ne peut être invoquée par le défendeur pour le principe même de sa dette[657].

La *créance invoquée en compensation,* et sur laquelle le juge de l'action doit se prononcer, est englobée dans l'autorité de la chose jugée une fois le jugement entré en force, que le tribunal reconnaisse son existence ou qu'il la nie[658].

d. L'identité d'objet

L'autorité de la chose jugée est limitée à l'*objet du litige,* déterminé par le conglomérat de faits à la base de la prétention, telle que celle-ci peut être identifiée sur la base de la demande[659] (*la cause*[660]) et les conclusions prises (*l'objet au sens étroit*)[661]. L'identité des prétentions s'entend dès lors matériellement et non grammaticalement. Dès lors, une nouvelle conclusion aura un objet identique à celle déjà jugée, si elle était déjà contenue dans celle-ci, alors même qu'elle s'en écarte par son intitulé, qu'elle représente son contraire ou qu'elle ne se pose qu'à titre préjudiciel, alors que dans le premier procès elle se posait à titre principal[662].

Les conclusions sont soutenues par les allégués, qui délimitent la cause *en tant qu'ils identifient la prétention*[663]. Celle-là comprend toutefois l'ensemble des *faits naturellement rattachés à la prétention*[664], qu'ils aient été allégués formellement ou non.

> Comme le relève le Tribunal fédéral, «[l]'autorité de la chose jugée s'étend à tous les faits inclus dans la cause; elle entraîne dès lors la forclusion des faits ayant existé au moment du premier jugement mais qui n'ont pas été invoqués ou n'ont pas été prouvés, indépendamment de leur allégation dans le procès ou de leur admission par le juge comme faits prouvés»[665].

---

656 TF (28.08.2003) 4C.130/2003 consid. 1.4.

657 Voir CC/NE (16.09.1938) CCC VI 72.

658 Hohl I (note 102), p. 247; Pascal Pichonnaz, La compensation, Thèse d'agrégation, Fribourg 2001, p. 624; Staehelin/Staehelin/Grolimund (note 26), p. 414 s. Pour des réflexions approfondies sur ce thème, voir Kummer (note 23), p. 118–122.

659 Dans ce sens, Berti (note 467), p. 195.

660 ATF 116 II 738 consid. 2a.

661 Voir E.IV.2.a, p. 253 s.

662 ATF 123 III 16 consid. 2a, JdT 1999 I 99; 125 III 241, JdT 1999 I 443 (en matière de brevets); TF (04.04.2002) RJJ 2002 247 consid. 2 (transaction portant sur la fin des rapports de travail).

663 ATF 115 II 187 consid. 3b, JdT 1989 I 586 et 116 II 738 consid. 2b.

664 Voir Berti (note 467), p. 195; Kummer (note 619), p. 95 s.; Daniel Schwander, Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft – Ausgewählte Probleme, Thèse Zurich, 2002, p. 152 s.

665 TF (20.11.2007) 5A_438/2007 consid. 2.1.1.

> Si le demandeur prétend dans un premier temps à la restitution d'une prestation en faisant valoir qu'il était dans l'erreur, une nouvelle demande fondée cette fois sur le contrat simulé se verra opposer l'autorité de la chose jugée du précédent prononcé rejetant sa demande fondée sur l'erreur, et ce, même si la simulation n'avait pas été alléguée dans le premier procès[666].

En revanche, même si les conclusions sont identiques, il n'y a pas identité d'objets, faute de causes semblables, lorsque celles-là ne reposent pas sur les mêmes faits et les mêmes motifs juridiques.

> Ainsi, l'autorité de la chose jugée ne peut être opposée à une demande qui se fonde sur une *modification des circonstances,* survenue après le prononcé d'un jugement[667], ou plutôt après la date jusqu'à laquelle l'objet du litige était modifiable, qui altère la cause de la demande initiale.
>
> La partie qui s'est vu déboutée de sa demande, faute pour sa créance d'être exigible, peut la réinitier une fois cette condition réalisée[668].

En *procédure civile suisse,* les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont admis aux débats principaux selon l'article 229 al. 1 CPC que s'ils sont invoqués sans retard et qu'ils sont postérieurs à l'échange d'écritures ou à la dernière audience d'instruction ou ont été découverts postérieurement (nova proprement dits), ou s'ils existaient avant la clôture de l'échange d'écritures ou la dernière audience d'instruction mais ne pouvaient être invoqués antérieurement bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (nova improprement dits)[669]. Lorsqu'il n'y a pas eu de second échange d'écritures ni de débats d'instruction, les faits et moyens de preuve nouveaux sont admis à l'ouverture des débats principaux (art. 229 al. 2 CPC).

Lorsque des *faits futurs* ont été pris en compte dans le prononcé (voir art. 42 al. 2 et 46 CO), il ne peut être revenu sur celui-ci par une nouvelle demande. Seule la révision (art. 328 CPC) est envisageable dans un tel cas[670].

---

666 Pour un bel exemple de ce mécanisme, voir Berti (note 467), 195 s. Voir également Kummer (note 619), p. 96.

667 Voir par exemple TF (27.02.2007) RSPC 2007 307 (légitimation; pas de modification); TF (05.08.2004) RSPC 2005 130 (assiette d'une servitude; pas de modification); ATF 116 II 738 consid. 2; 112 II 268 consid. 1, JdT 1987 I 241; 105 II 268 consid. 2, JdT 1980 I 284.

668 Voir TF (17.11.2004) RSPC 2005 125 consid.1.5; TF (05.09.2007) RSPC 2007 353 et la note de Francesco Trezzini.

669 Les deux catégories se recoupent étonnamment puisqu'un fait découvert postérieurement à l'échange des écritures ou à la dernière audience d'instruction est qualifié de novum proprement dit, tout en consistant également en un novum improprement dit, puisqu'il s'agit d'un fait existant avant la clôture de l'échange d'écritures ou la dernière audience d'instruction, mais qui ne pouvait être invoqué antérieurement, puisqu'il a été découvert postérieurement. Si l'on veut exclure ce recoupement, il faut alors considérer que les pseudo nova ne sont que les faits et moyens de preuve dont on avait connaissance auparavant, mais que l'on ne pouvait faire valoir alors, par exemple une pièce égarée, ou encore l'audition d'un témoin qui avait à l'époque mentionné à la partie qu'il se prévaudrait du secret professionnel, et qui annonce ensuite être d'accord de déposer (comp. pour une situation de ce genre, TF [07.11.2006] RSPC 2007 300).

670 Pour des développements, voir Schweizer (note 615), p. 104–106.

e. L'identité de parties

L'autorité de la chose jugée ne peut être opposée qu'aux parties au premier procès[671], ainsi qu'à leur *successeur* en cas de substitution procédurale (art. 83 CPC) ou de subrogation de droit[672]. En revanche, en cas de cession avant le début du procès, le sort de celui-ci ne peut être opposé au cédant. Cette limitation s'explique par le fait qu'un jugement ne doit pas pouvoir être opposé à un tiers qui n'a pas participé au procès et n'a donc pas pu y défendre ses intérêts[673].

> En cas de cession intervenant après le jugement, celui-ci est opposable au cessionnaire, indépendamment du motif de la cession, que celle-ci découle de la loi, qu'elle ait été ordonnée par le juge ou qu'elle résulte d'un contrat[674].

> Si le créancier a décidé d'agir contre un seul co-débiteur solidaire, il ne peut opposer ce jugement à l'autre. Il doit mener un nouveau procès contre celui-ci[675].

> Comme le relève le Tribunal fédéral, «la conduite du procès par une personne qui n'a plus la légitimation pour faire valoir une prétention déterminée n'a aucune influence sur la position procédurale du cessionnaire, réel titulaire du droit, ni dans un sens positif, ni dans un sens négatif»[676].

Peu importe le *rôle des parties* dans la première procédure[677]. Il peut s'agir d'intervenants et d'appelés en cause[678], en tant qu'ils ont la qualité de parties.

> L'autorité de la chose jugée dont est revêtu le jugement constatatoire ne dépend pas de la répartition des rôles entre les parties. Elle découle aussi bien du jugement portant sur une action en constatation de droit positive que du jugement rendu sur une action négatoire de droit[679].

L'autorité de la chose jugée s'oppose également à la partie pour laquelle un tiers a pu faire valoir, en son propre nom, les droits en justice *(Prozessstandschaft)*, par exemple l'exécuteur testamentaire à l'égard des héritiers[680].

Des *impératifs posés par le droit matériel* peuvent relativiser le principe de l'opposition aux seules parties au procès dans la mesure où le droit des tiers n'est pas prétérité[681].

---

671 TF (17.08.2004) RSPC 2005 139 consid. 3.3; TF (06.03.2001) 5C.253/2000 consid. 4d; ATF 93 II 329 consid. 3b, JdT 1969 I 130.
672 ATF 125 III 8 consid. 3, SJ 1999 I 273.
673 TF (06.03.2001) 5C.253/2000 consid. 4d.
674 Voir TF (16.12.2005) RSPC 2006 150 et note François Bohnet.
675 ATF 93 II 329 consid. 3b, JdT 1969 I 130.
676 ATF 125 III 8 consid. 3, SJ 1999 I 273.
677 Voir les développements concernant la litispendance, E.IV.2.b, p. 254.
678 ATF 125 III 8 consid. 3, SJ 1999 I 273; 90 II 404, JdT 1965 I 354.
679 ATF 120 II 172 consid. 3a.
680 Voir F.II.2, p. 293; Staehelin/Staehelin/Grolimund (note 26), p. 415.
681 Voir TF (06.03.2001) 5C.253/2000 consid. 4d et les références; ATF 71 II 39, JdT 1945 I 322.

3. *Le régime*

L'existence d'une décision entrée en force doit être *relevée d'office*[682] dans la mesure où les circonstances qui la fondent ressortent du dossier[683] ou qu'elles parviennent au juge de toute autre manière[684]. En effet, la condition d'intérêt trouve son fondement dans le souci de ne pas astreindre les tribunaux à une activité inutile. Il serait donc contre-productif d'obliger les tribunaux à procéder dans chaque cas à des investigations lourdes et aléatoires, pour s'assurer que le litige qui leur est soumis a déjà été jugé[685].

Lorsque le jugement antérieur a été *rendu à l'étranger,* il est reconnu «sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure» lorsque la Convention de Lugano est applicable (art. 26 al. 1 CL). En droit autonome, les articles 25–32 LDIP fixent les conditions auxquelles la reconnaissance peut intervenir. Lorsque le jugement étranger n'est pas encore reconnu au moment où le juge prend connaissance de son existence, il peut le reconnaître par voie incidente. Il serait d'ailleurs logique qu'il statue par une seule décision sur la reconnaissance et sur la recevabilité lorsqu'il en a la compétence (voir art. 335 al. 3 CPC).

Si un *nouveau jugement au fond* intervient, qui heurte l'autorité d'un jugement antérieur, soit parce que le tribunal a ignoré l'existence de celui-ci, soit parce que son autorité aurait été niée à tort, le jugement nouveau prime à notre sens l'ancien dès qu'il entre en force. Il ne s'agit manifestement pas d'un cas de nullité du jugement[686].

IV. Le respect des délais pour agir

1. *La notion de délai pour agir*

Le droit d'agir, de prétendre un droit en justice, peut s'éteindre de par l'expiration d'un délai. C'est le cas faute de respect des *délais de déchéance*[687], que l'on nomme parfois délais de péremption[688], dans un sens large[689]. La dé-

682 Déjà sous le droit cantonal, voir Stephen V. Berti, note in RSPC 2005 132.

683 FF 2006 6890. Dans ce sens, ATF 112 II 272 consid. 1a, JdT 1987 I 241, qui n'imposait toutefois pas aux cantons la prise en considération d'office; voir aussi ATF 121 III 474 consid. 2, JdT 1996 I 230.

684 Par exemple parce que la première cause a été jugée par le même tribunal.

685 Voir Staehelin/Staehelin/Grolimund (note 26), p. 412, 418 s.

686 Voir F.III.2.a, p. 297.

687 Emile Thilo, JdT 1939 I 190.

688 Voir, par exemple, Pierre Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2e éd., Berne 1997, p. 798.

689 La péremption, au sens étroit, c'est l'anéantissement d'une procédure parce qu'elle n'a pas été poursuivie dans les délais fixés, voir Emile Thilo (note 687), p. 190. Voir, par exemple, art. 209 al. 3 CPC: la péremption de l'autorisation de procéder permet au défendeur de soulever le moyen tiré du défaut d'autorisation valable. Pour des détails sur la terminologie, voir Karl Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, 2 vol., Berne 1975, p. 931–933 § 371.

chéance provient de ce qu'une instance n'a pas été engagée. En revanche, la prescription n'éteint pas le droit d'action en droit suisse[690]; elle paralyse la prétention[691].

La doctrine se contente généralement d'opposer la péremption à la prescription, sans autre nuance[692]. Selon cette approche, les deux moyens sont considérés comme relevant du fond[693], à la différence près que la prescription n'est pas relevée d'office (art. 142 CO).

A notre sens, les délais de déchéance doivent être classés en trois catégories, à savoir les délais de déchéance de nature procédurale (2), les délais de déchéance en matière de demandes formatrices (3) et les délais de déchéance de fond (4). Les deux premières sont des conditions de recevabilité de la demande.

2. *Les délais de déchéance de nature procédurale*

Entrent dans cette catégorie les délais fixés par des lois de procédure pour saisir une autorité (et introduire une nouvelle instance) dans le cadre d'une procédure préexistante. On pense ici aux délais de recours[694] et à de nombreux délais fixés par la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite[695].

Le délai expiré, le plaideur ne peut plus être entendu sur le fond de sa prétention, même si celle-ci est peut-être bien fondée; il est déchu de son droit d'action. Dire par exemple que le moyen tiré de la tardiveté d'une demande en libération de dette relève du fond nous semble erroné: le bien-fondé de la demande n'entre pas en ligne de compte, c'est l'entrée en matière qui est discutée. La demande en libération de dette déposée tardivement doit être déclarée d'office irrecevable comme le serait un recours tardif.

La nature de condition de recevabilité de ce type de délai n'est pas contestée[696].

---

690 Il s'agit en revanche d'une fin de non-recevoir en France, voir D.II.1.c, p. 221. Le même principe est retenu en Italie, voir Ricci (note 17), p. 79.

691 Voir G.V.4, p. 319.

692 «La péremption est une véritable cause d'extinction des obligations: le droit périmé s'éteint, anéanti irrémédiablement, indépendamment de la volonté des parties (...). Cette dernière (la prescription) ne donne lieu qu'à une exception: le sujet passif de l'obligation prescrite se voit conférer le droit de refuser d'exécuter la prestation qui en est issue; le sujet actif n'en conserve pas moins son droit, mais lorsqu'il le fera valoir, il risque de le voir paralysé par l'exception que soulèvera probablement le défendeur», Jean-Albert Wyss, La péremption dans le Code civil suisse, thèse Lausanne 1957, p. 24. Pour des développements, voir Spiro (note 689), p. 931–983 §§ 371–383.

693 Voir, par exemple, Hohl I (note 102), p. 56; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi (note 110), N° 1a ad art. 192 ZPO; Reymond (note 78), p. 30; Vogel/Spühler (note 77), p. 204.

694 Schüpbach (note 352), p. 250.

695 Voir, par exemple, art. 83 al. 2 LP (demande en libération de dette), art. 148 al. 2 LP (demande en contestation de l'état de collocation), art. 106–109 LP (revendication).

696 Voir, par exemple, Staehelin/Staehelin/Grolimund (note 26), p. 140 (recours); Hohl I (note 102), p. 76 (délai légal de procédure).

Les délais de déchéance de nature procédurale ne doivent pas être confondus avec les *délais de forclusion.* La forclusion intervient à l'*occasion* d'une instance. A défaut du dépôt de la réponse dans le délai accordé par le juge (art. 222 al. 1 CPC), et faute d'une requête en prolongation admise par celui-ci (art. 144 al. 2 CC), le défendeur est par exemple forclos du droit de déposer cet acte. De même, faute d'opposition à la proposition de jugement formulée par l'autorité de conciliation (art. 211 al. 1 CPC), les parties sont déchues du droit d'obtenir une autorisation de procéder.

3. Les délais de déchéance en matière de demandes formatrices

Les actions dites formatrices, qui permettent aux personnes définies par la loi et en raison d'une situation juridique spéciale de prétendre obtenir une modification juridique, plus spécifiquement, selon la définition de l'article 87 CPC, la création, la modification ou la dissolution d'un droit ou d'un rapport de droit déterminé[697], doivent souvent être introduites dans un laps de temps déterminé par la loi. Le délai échu, le droit formateur ne peut plus être invoqué, faute de droit d'action[698].

C'est le cas par exemple de la demande en nullité des enchères volontaires (art. 230 al. 1 CO), de la demande en paternité (art. 263 CC), de la demande en réduction (art. 533 CC) ou encore de la demande en annulation du congé (art. 273 al. 1 CO)[699]. Le délai échu, le juge doit d'office refuser d'entrer en matière[700].

> Si le membre d'une société anonyme entend par exemple faire annuler une décision prise lors d'une assemblée générale, il doit saisir le juge dans un délai de deux mois dès sa connaissance de la décision (art. 706a CO), faute de quoi, il ne peut exercer le droit prétendu à l'annulation, et le juge ne peut en examiner le bien-fondé[701].

> Le Tribunal fédéral retient que si une requête en annulation du congé est déposée alors que le délai pour agir était échu, la demande est irrecevable[702].

Comme la qualité pour agir, le respect des délais pour agir se rapproche de l'intérêt à agir. Il arrive ainsi que, faute de délai pour agir fixé dans la loi, le Tribunal fédéral ait recours à la notion d'intérêt pour statuer sur la recevabilité d'une demande sous l'angle temporel[703].

---

697 Voir F.II.3.c, p. 295.
698 Voir F.II.3.c, p. 296.
699 Pour une liste détaillée, voir Wyss (note 692), p. 53–95.
700 La règle est incontestée en France (délai préfix), voir par exemple Guinchard (note 157), p. 28–32.
701 Voir Bohnet (note 545), p. 181 s.
702 TF (22.05.2008) 4A_171/2008 consid. 1.2. Voir également BSK-Weber N° 3 ad art. 273 CO et N° 2 ad art. 270b CO; Bernard Corboz, Les congés affectés d'un vice, in 9e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996, p. 23.
703 Voir ATF 116 II 1, JdT 1992 I 646 en matière de droit de réponse.

4. *Les délais de déchéance de fond*

La *péremption des créances,* par exemple la péremption de prétentions à l'égard de l'exploitant d'une installation nucléaire[704], ou la péremption des prétentions en dommages-intérêts prévues par la loi sur la responsabilité des produits[705] relèvent du fond. La péremption une fois acquise, la créance du lésé est éteinte, comme elle le serait en cas de paiement, mais son droit d'action[706] demeure. Contrairement au droit formateur devant être exercé par une demande en justice, la créance est indépendante de toute sanction judiciaire, d'où la différence de régime: dans le premier cas, le respect du délai est une condition de l'entrée en matière, dans le second cas, seul le bien-fondé de la prétention dépend du respect du délai.

En cas d'extinction de la créance par péremption, il revient au défendeur de soulever une objection, d'alléguer le fait extinctif. Il supporte l'échec dans la preuve de celle-ci. La péremption de la créance se distingue de sa prescription. Celle-là consiste en un simple fait extinctif, que le juge prend en compte d'office s'il résulte des faits allégués; celle-ci en une exception de droit civil, qui paralyse le droit si le défendeur la fait valoir[707].

V. Les obligations naturelles ou imparfaites

Les obligations naturelles ou imparfaites sont des liens de droit dépourvus d'action en justice ou d'exécution forcée[708]. La dette de jeu, celle qui résulte d'un pari[709] et, selon le droit cantonal, la dette d'auberge[710] en font partie. Il faut y ajouter les cas où les parties ont conventionnellement renoncé à agir ou à recourir[711]. Saisi d'une demande fondée sur une obligation de ce type, le juge doit la déclarer irrecevable faute d'action.

La dette prescrite se distingue de l'obligation naturelle. En cas de prescription, le débiteur peut paralyser le droit en invoquant une exception de droit civil péremptoire. La demande sera alors déclarée mal fondée[712].

---

704 Art. 10 de la loi fédérale sur la responsabilité civile en matière nucléaire du 18 mars 1983.

705 Art. 10 de la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits du 18 juin 1993.

706 Voir C.II.1, p. 200–202.

707 TF (31.01.2002) 4C.366/2002: La prescription relève du droit matériel fédéral, et non de la procédure; l'admission de l'exception conduit au rejet de la demande sur le fond.

708 Voir von Tuhr (note 62), p. 28. En Allemagne, voir, par exemple, Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (note 40), N° 25 ad Grundz. § 253 ZPO; C.II.2, p. 201.

709 Art. 513 CO. Selon l'art. 515a CO cependant, les jeux de hasard dans les maisons de jeu sont munis d'une action dans la mesure où ils se sont déroulés dans une maison de jeu autorisée par l'autorité compétente.

710 Art. 186 CO.

711 Sur la validité de telles clauses, voir Philippe Schweizer et François Bohnet, La renonciation à agir et à recourir, RSPC 2007 54. Voir également von Tuhr (note 62), p. 33 et, en Allemagne, par exemple Adolf Schönke, Horst Schröder et Werner Niese, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, Karlsruhe 1956, p. 196 et 207.

712 Voir G.V.4, p. 319 s.

G. Les défenses au fond

I. Présentation générale

A réception de la demande, le défendeur peut adopter diverses attitudes[713]. Il a le droit de rester passif et de ne pas procéder. Le procès se déroulera sans lui dans une telle hypothèse (art. 147 al. 2 CPC). Le tribunal se fonde dans ce cas sur les actes de la partie comparante et sur le dossier (art. 234 al. 1 CPC). Le Code ne retient pas dans un tel cas que les faits allégués par le demandeur sont présumés contestés[714]. Le tribunal peut toutefois faire administrer des preuves d'office lorsqu'il existe des motifs sérieux de douter de la véracité d'un fait non contesté (art. 153 al. 2 CPC). Le défendeur ne choisira que rarement cette solution, préférant généralement prendre position sur la recevabilité de la demande et la prétention invoquée. Faute de défenses procédurales[715], ou le cas échéant en renfort de celles-ci, le défendeur s'opposera, au fond, au droit de son adversaire et conclura au *mal fondé* de la demande.

Nous l'avons mentionné, le défendeur peut, à choix, le cas échéant cumulativement: contester les faits allégués par le demandeur; opposer une objection, c'est-à-dire alléguer des faits distincts, d'où il résulte que le droit du demandeur n'existe pas, malgré les faits avancés par lui; soulever une exception de droit civil, c'est-à-dire invoquer le droit de ne pas s'exécuter à raison d'un motif spécial.

La typologie des défenses au fond est intimement liée au régime de l'allégation des faits et au fardeau de la preuve. Lorsque la maxime des débats s'applique (art. 55 al. 1 CPC) – c'est la règle en procédure ordinaire –, il revient aux parties d'alléguer les faits sur lesquels elles se fondent et de produire les preuves qui s'y rapportent. De plus, il résulte de l'article 8 CC que l'absence de preuve d'un fait est supportée par celui qui l'invoque.

Appliquée à la lettre, la règle de l'article 8 CC impliquerait que le demandeur doive alléguer une infinité de faits positifs et négatifs fondant son droit. Il suffirait au défendeur de contester l'ensemble des allégués du demandeur, celui-ci succombant en cas d'échec dans la preuve de ces faits.

Le principe est toutefois moins absolu. Le droit commun a posé des règles que ni la doctrine, ni la pratique, ni le législateur suisse n'ont remises en cause[716]. Le demandeur doit alléguer uniquement les faits générateurs de son droit, et c'est uniquement à l'égard de ces faits qu'il supporte le risque d'un échec dans la preuve.

---

713 Voir C.I–III, p. 199–205.

714 Voir FF 2006 6921, 6923.

715 Voir C.I–II, p. 199–203.

716 Pour des développements, Henri Deschenaux, Le titre préliminaire du Code civil, traité de droit civil suisse, Tome II/I, Fribourg 1969, p. 235–238. Voir également Paul-Henri Steinauer, Le titre préliminaire du code civil, Traité de droit privé suisse, Tome II/1, Bâle 2009, p. 260–264.

C'est dire qu'il convient de distinguer, parmi les faits qui peuvent être apportés au procès, ceux que l'on qualifie de générateurs, ceux appelés dirimants et ceux qui revêtent un caractère extinctif. C'est en principe le *rapport entre les normes matérielles applicables* qui détermine de cas en cas si le fait à prouver fait naître, modifie ou éteint un droit[717]. Celui qui prétend être le titulaire d'un droit doit prouver les faits générateurs dont dépend la naissance du droit. En revanche, c'est à celui qui invoque l'extinction d'un droit ou conteste sa naissance ou sa mise en application qu'il incombe de prouver les faits destructeurs et dirimants.

II. Les faits générateurs, dirimants et extinctifs

1. Les faits générateurs

Les faits générateurs représentent l'ensemble des faits qui sont, *en règle générale,* nécessaires à la naissance du droit invoqué. Ainsi, il revient au demandeur d'alléguer qu'il a conclu un contrat avec le défendeur[718] et que celui-ci ne s'est toujours pas exécuté. Si le demandeur prétend être titulaire d'une prétention suite à une cession, il lui revient de l'alléguer[719].

On admet que certains faits sont *allégués de manière implicite.* Si, par exemple, le demandeur affirme qu'il a conclu un contrat avec le défendeur, il allègue implicitement que les parties ont échangé des déclarations concordantes de volonté sur tous ses éléments essentiels.

> Lorsque l'existence de certaines clauses statutaires ou décisions sociales est un fait générateur de la titularité sur le droit prétendu, leur allégation est implicite, sous-jacente à l'existence des dispositions conventionnelles concernant l'exécution commune en matière de conventions collectives[720].

2. Les faits dirimants

Certains faits sont *présumés.* On part en effet du principe que celui qui invoque un droit peut se contenter d'alléguer et de prouver les faits qui l'établissent dans des *circonstances normales*[721]. Dès lors, le demandeur n'a pas à alléguer sa capacité de discernement au moment de la conclusion du contrat. L'incapacité de discernement constitue l'exception, de même l'existence d'un vice entachant un contrat ou l'existence d'une lésion ou d'une simulation. Ces situations peuvent

717 ATF 128 III 271 consid. 2a/aa, JdT 2003 I 606.
718 Voir ATF 125 III 78, SJ 1999 I 385.
719 TF (24.06.2003) 4C.41/2003 consid. 3.1.
720 TF (12.09.2008) 4A_283/2008 consid. 6 *in fine.* Voir également TF (11.11.2008) RSPC 2009 145.
721 Deschenaux (note 716), p. 242 s.; Steinauer (note 716), p. 267.

être considérées comme anormales et il incombe dès lors au défendeur d'alléguer de tels faits, de nature dirimante.

3. *Les faits extinctifs*

Le demandeur n'a pas à alléguer que son droit existe toujours. Ce fait est présumé. Il appartient au défendeur d'alléguer *les faits extinctifs,* par exemple l'extinction de la dette par novation, compensation[722], résiliation[723], paiement[724], ou encore par remise de dette[725]. On ne peut exiger du créancier qu'il prouve que la créance sur laquelle il fonde sa réclamation n'a été cédée, remise ou encore compensée, à aucun moment. Il s'agit d'une infinité de faits négatifs indéterminés.

4. *Les présomptions légales d'un fait*

Les présomptions rattachées aux faits allégués par le demandeur sont nommées *présomptions légales d'un fait.* Elles permettent de déduire un fait d'un autre fait. Sur de nombreux points en effet, il suffit à celui qui invoque un droit d'alléguer certains faits et d'en prouver d'autres (moins difficiles à démontrer) pour que la preuve des faits allégués soit censée avoir été rapportée[726]. Le *thème* de la preuve est modifié[727]. Le fait-indice (fait probant, prémisse) doit être établi par le titulaire prétendu du droit litigieux. Certaines présomptions légales d'un fait sont expressément mentionnées dans la loi. Selon l'article 170 al. 3 CO par exemple, les intérêts arriérés sont présumés avoir été cédés avec la créance principale. Ainsi, le cessionnaire qui réclame le paiement d'intérêts arriérés doit alléguer et prouver que la créance principale lui a été cédée. Il établit de la sorte le fait générateur de son droit aux intérêts. Quant à l'article 262 al. 1 CC, il dispose que la paternité est présumée lorsque, entre le trois centième et le cent quatre-vingtième jour avant la naissance de l'enfant, le défendeur a cohabité avec la mère. Au lieu de devoir prouver la paternité, la mère peut donc se contenter de démontrer les relations sexuelles.

---

722 TF (07.04.2006) RSPC 2006 359.

723 Voir ATF 125 III 78, SJ 1999 I 385.

724 TF (07.04.2006) RSPC 2006 359.

725 *Ibid.*

726 Les présomptions légales d'un fait se distinguent des présomptions de l'homme ou présomptions de fait, qui dépendent de l'activité intellectuelle judiciaire et non pas d'une règle de droit, voir DESCHENAUX (note 716), p. 249; BK-KUMMER, N° 362 ad art. 8 CC; STEINAUER (note 716), p. 248 s. Les présomptions de fait facilitent la preuve mais n'en déplacent pas le thème ni n'en inversent le fardeau; elles relèvent par principe de l'appréciation des preuves, voir TF (02.12.2008) RSPC 2009 164; TF (18.10.2007) RSPC 2008 24; TF (02.02.2007) RSPC 2007 274 et note de PHILIPPE SCHWEIZER; TF (16.06.2005) RSPC 2005 366 consid. 4.1; ATF 125 III 100; 117 II 256, JdT 1992 I 308, et les réf. Pour un exemple en matière de concubinage qualifié, voir TF (17.10.2006) RSPC 2007 159.

727 BK-KUMMER, N° 333 ad art. 8 CC. Voir également STEINAUER (note 716), p. 247 s.

La doctrine majoritaire[728] considère qu'il n'y a présomption légale d'un fait que lorsque celle-ci résulte expressément de la loi, voire de la coutume ou du comblement d'une lacune[729]. Elle ne voit dans les faits dirimants et extinctifs que des inversions du fardeau de la preuve.

Toute inversion implique selon nous une présomption. La démonstration est aisée en matière de faits extinctifs. Si le défendeur entend se libérer en faisant valoir que la dette est éteinte par novation ou compensation, qu'elle a été remise, qu'il est devenu impossible, sans faute, de l'honorer[730], nul doute qu'il doive alléguer et prouver l'extinction, ce qui démontre que le créancier bénéficie de la *présomption que son droit existe encore* et qu'il lui suffit de prouver le fait-indice: avoir été titulaire du droit qu'il invoque[731]. Là aussi, le thème de la preuve est décalé: plutôt que de devoir prouver l'existence de son droit le jour où il l'exerce, le créancier peut se contenter d'en démontrer les faits générateurs, par exemple en produisant un titre de créance. Les faits extinctifs devront alors être objectés et prouvés par le débiteur. L'inverse ne saurait être posé en principe car le contraire des faits extinctifs se dissout presque toujours en une infinité de faits négatifs indéterminés, ce qui rendrait la preuve diabolique. Si l'on appliquait le schéma de répartition classique, le créancier devrait établir par exemple que la créance sur laquelle il fonde sa réclamation n'a été cédée, remise, ou encore compensée, à aucun moment[732].

Le même principe doit être retenu pour les faits dirimants. Pour prendre un exemple, l'article 97 CO, qui pose que la faute est présumée dans le domaine de la responsabilité contractuelle, modifie bien le thème de la preuve: au lieu de l'inexécution *fautive,* c'est la seule inexécution qui doit être prouvée. En alléguant et prouvant l'inexécution d'une obligation, fait-indice, le créancier fait présumer du caractère fautif de l'inexécution du débiteur. L'absence de faute, fait dirimant, doit être alléguée et prouvée par celui-ci. La règle d'inversion s'inscrit toujours dans le contexte factuel précis de la règle envisagée. Elle porte dans notre exemple sur la facette subjective du comportement dommageable[733].

---

728 Voir Deschenaux (note 716) p. 249; ZK-Egger, N° 23 ad art. 8 CC; BK-Kummer, N° 317 ad art. 8 CC; Steinauer (note 716), p. 247. Contra: Philippe Schweizer et François Bohnet, Les défenses au fond, spécialement en procédure civile neuchâteloise, RJN 1999 12–36, p. 15–21.

729 Voir BK-Kummer, N° 317 ad art. 8 CC; Steinauer (note 716), p. 248, et les réf.

730 ZK-Egger, N° 7 ad art. 8 CC; BK-Kummer, N° 160 ad art. 8 CC; Steinauer (note 716), p. 266. Extinction: ATF 125 III 78; 66 II 146, JdT 1941 I 172; remise de dette: ATF 69 II 373, JdT 1944 I 202; cession et titularité: ATF 48 II 55, JdT 1923 I 173; art 119 CO: ATF 43 II 784 consid. 5.

731 ZK-Jäggi, N° 45–46, 58 ad art. 966 CO; André Schmitt, note, TF (20.07.1992), in SJ 1993 269 s.

732 Deschenaux (note 716), p. 247; BK-Kummer, N° 96 ad art. 8 CC; Steinauer (note 716), p. 269. Ces auteurs y voient une inversion du fardeau de la preuve. Pour le Tribunal fédéral, la problématique relève de l'appréciation des preuves, voir, par exemple, TF (02.08.2007) consid. 6.1, SJ 2008 I 125; ATF 119 II 305; 100 Ia 12 consid. 2, JdT 1975 I 226.

733 Pour d'autres exemples, voir Schweizer/Bohnet (note 728), p. 18–21.

III. La contestation des faits allégués par le demandeur

Le Code retient que le défendeur doit mentionner quels faits il conteste, et dans quelle mesure (art. 222 al. 2 CPC). Il n'existe pas de présomption selon laquelle les faits allégués par le demandeur sont contestés. Le Message relève qu'un fait peut être admis expressément, mais qu'il peut l'être implicitement aussi. De plus, le tribunal pourrait tenir pour admis un fait dont la dénégation n'est pas expliquée[734]. Selon le Tribunal fédéral, le défendeur doit dans la mesure du possible *motiver sa contestation,* compte tenu de l'objet et de l'état de la procédure, ce afin de mettre le demandeur en mesure de faire administrer la preuve dont le fardeau lui incombe[735].

Si le défendeur se contente de contester les faits allégués par le demandeur alors que la maxime des débats s'applique, l'ensemble des circonstances dirimantes ou extinctives du droit ne seront pas prises en compte par le tribunal, faute d'avoir été alléguées, et le cas échéant prouvées.

Ainsi, le défendeur ne peut souvent pas se contenter de contester les faits allégués par le demandeur. Si, par exemple, le défendeur se limitait à contester l'existence du contrat sur lequel se fonde le demandeur pour en déduire son droit, il suffirait à celui-ci de démontrer l'existence de ce contrat dans des circonstances normales et sa créance en résultant pour obtenir gain de cause. Le demandeur ne supporterait pas l'absence de preuve de capacité de discernement d'une des parties au moment de la conclusion du contrat par exemple, l'incapacité de discernement n'ayant pas été alléguée par le défendeur. De même, un éventuel paiement, une compensation ou une cession devraient être allégués et prouvés par le défendeur.

IV. Les objections

1. La nature

S'il entend faire valoir que le droit n'existe plus ou que diverses circonstances le remettent en cause, le défendeur ne peut se contenter de contester les faits allégués par le demandeur. Il lui revient d'*objecter* les faits dirimants ou extinctifs dont il résulte que le droit adverse n'existe pas malgré la réalité des faits générateurs. Les allégations de faits distincts – dirimants ou extinctifs – s'opposent aux allégations de faits générateurs[736].

---

734 FF 2006 6921.

735 ATF 115 II 1 consid. 4, JdT 1989 I 547, et les réf.; TF (10.02.2006) RSPC 2006 257 et la note de Francesco Trezzini.

736 ATF 124 III 207 consid. 3b/bb, JdT 1999 II 55 «les exceptions [recte: les objections] ne servent en effet pas à saisir le juge d'une prétention indépendante, mais constituent seulement des moyens de défense invoqués par le défendeur pour contester la demande»; 63 II 133 consid. 3c, JdT 1937 I 566. Voir également ATF 72 III 52 consid. 2; 68 III 85, JdT 1942 II 144.

Ainsi, le défendeur peut ne pas remettre en cause l'existence d'un contrat de prêt mais objecter que sa dette est éteinte par paiement; il peut également objecter la compensation[737]. Le défendeur supporte toutefois l'échec de la preuve du fait extinctif qu'il objecte. Dès lors, si le défendeur objecte par exemple que le contrat est simulé, il supporte les conséquences de l'absence de preuve de la simulation.

2. *Le régime*

Comme tout allégué, les objections doivent être *présentées à temps* dans le procès. Les faits extinctifs et dirimants doivent dès lors figurer dans la réponse (art. 222 CPC), le cas échéant dans la duplique (art. 225 CPC) si le juge a autorisé un second échange d'écritures, ou oralement (inscrit en substance au procès-verbal d'audience, art. 235 al. 2 CPC) lors des débats d'instruction (art. 226 al. 2 CPC).

Lorsqu'il n'y a pas eu de second échange d'écritures ni de débats d'instruction, les faits et moyens de preuve nouveaux (nova et pseudo nova) sont admis à l'ouverture des débats principaux (art. 229 al. 2 CPC).

Les *faits et moyens de preuve nouveaux* ne sont admis aux débats principaux selon l'article 229 al. 1 CPC que s'ils sont invoqués sans retard et qu'ils sont postérieurs à l'échange d'écritures ou à la dernière audience d'instruction ou ont été découverts postérieurement (nova proprement dits), ou s'ils existaient avant la clôture de l'échange d'écritures ou la dernière audience d'instruction mais ne pouvaient être invoqués antérieurement bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (nova improprement dits)[738].

Le défendeur peut, hors procès, faire valoir un *droit formateur*[739] (la déclaration de compensation ou la résolution par exemple) et l'*objecter*[740] dans le cadre de la procédure, en se prévalant du régime des nova. Il faut cependant retenir que dans la mesure où les faits à l'origine de l'exercice du droit formateur sont antérieurs à l'échange d'écritures ou à la dernière audience d'instruction, le défendeur ne pourra bénéficier du régime des (pseudo) nova que s'il ne pouvait

---

737 Voir Pichonnaz (note 658), p. 607 s.

738 Les deux catégories se recoupent, voir F.III.2.d, p. 303.

739 Voir F.II.3.c, p. 295.

740 Voir TF (10.12.2007) RSPC 2008 137: «Aux termes de l'art. 124 al. 1 CO, la compensation n'a lieu qu'autant que le débiteur fait connaître au créancier son intention de l'invoquer. Il convient de distinguer la déclaration de compensation (Verrechnungserklärung), qui est adressée au créancier et qui entraîne l'extinction des dettes compensées dans la mesure fixée à l'art. 124 al. 2 CO, de l'objection de compensation (Verrechnungseinwendung), qui est adressée au juge en vue d'introduire la question de la compensation dans le procès»; TF (07.04.2009) 4A_82/2009 consid. 2 (qui parle inexactement d'exception). Lorsque le défendeur invoque la compensation pour la première fois en justice, son acte est double. Il consiste simultanément en une déclaration et en une objection de compensation, voir Pichonnaz (note 658), p. 609.

faire valoir son objection antérieurement bien qu'il ait fait preuve de la diligence requise (art. 229 al. 1 let. b. CPC)[741].

L'objection étant l'allégation d'un fait, et le juge appliquant le droit d'office (art. 57 CPC), il suffit que les faits qui concrétisent l'objection soient allégués et démontrés. Il n'est pas nécessaire de soulever un moyen spécifique[742]. L'abus de droit par exemple, prohibé par le droit matériel (art. 2 al. 2 CC), doit être relevé d'office par le juge lorsque les faits constitutifs de l'abus sont allégués et prouvés conformément aux règles de procédure[743]. En règle générale, l'allégation et la preuve en seront certes apportées par celui à qui l'objection profite, mais si l'abus de droit découle des faits allégués par son auteur lui-même et que le dossier les confirme, le juge retiendra d'office l'abus de droit.

Il n'est pas rare que l'absence de faits extinctifs ou le contraire de faits dirimants soit *alléguée par le demandeur.* Par exemple, celui-ci fait d'entrée valoir que la dette n'a pas été compensée, contrairement à ce qu'a soutenu le défendeur hors procès, ou il prétend que le défendeur n'est pas dans l'erreur, contrairement aux remarques contenues dans son dernier courrier. Dans de tels cas, le juge peut, sur la base des preuves à sa disposition, retenir que le droit est éteint ou inexistant. Il ne va pas au-delà des allégués des parties[744].

V. Les exceptions de droit civil

1. La nature

Alors que la contestation des faits et l'objection tendent à démontrer que le droit n'existe pas ou plus, les exceptions de droit civil visent à provoquer la *paralysie* du droit invoqué. Contrairement à la contestation des faits et à l'objection, l'exception de droit civil n'est pas simplement l'allégation de faits. Il s'agit de l'*exercice d'un droit* qu'il convient d'invoquer expressément en procédure pour qu'il déploie ses effets[745]. Cette catégorie de défense n'est autre que l'expression moderne des exceptions que connaissait la procédure formulaire romaine et qui permettait à l'adversaire de paralyser le droit du demandeur[746].

Le défendeur principal ou reconventionnel peut toujours *renoncer* à faire valoir une exception. La paralysie étant susceptible de rémission (en principe), le moyen peut être valablement abandonné après avoir été soulevé. C'est ce qui

741 Comp. TF (10.12.2007) RSPC 2008 137 qui n'admet pas l'objection de compensation devant le TF.

742 von Tuhr (note 62), p. 25; TF (18.11.1997) RSJ 1998 89 (considérant non publié à l'ATF 123 III 469).

743 ATF 88 II 18, JdT 1962 I 300; TF (19.01.1995) PJA 1995 661.

744 Voir TF (29.03.2006) RSPC 2006 352.

745 Voir l'arrêt de principe ATF 63 II 133 consid. 2, JdT 1937 I 566. Voir également TF (29.03.2006) RSPC 2006 352.

746 Voir Schmidlin/Cannata (n. 36), p. 289–291.

distingue l'exception du droit formateur[747]. Celui qui compense éteint sa dette par l'exercice d'un droit formateur. Il ne peut pas revenir en arrière; une dette éteinte n'est pas susceptible de résurrection[748]. Mais s'il excipe de la prescription, il peut valablement changer d'avis; s'il paie, son créancier ne sera pas enrichi de manière illégitime (art. 63 al. 2 CO)[749].

2. *Le régime*

Le défendeur ne peut se borner à alléguer que l'exigibilité de la dette remonte à une date dont il résulte que la prescription est acquise pour que la demande soit rejetée; il faut encore que le défendeur *soulève l'exception* de prescription (art. 142 CC) conformément aux règles de procédure[750].

L'exception s'exerce par une manifestation de volonté[751]. Celle-ci ne peut pas être invoquée avec le droit au stade des débats[752]. Le défendeur doit l'exprimer dans ses allégués, avec les faits qui sous-tendent le moyen[753] ou, par extension, dans sa rubrique «en droit». Il pourrait également se référer au fait qu'il a contesté, hors procédure, le droit prétendu en faisant par exemple valoir la prescription[754]. L'exception devrait également être considérée comme soulevée si le demandeur allègue que le défendeur s'est opposé faussement à sa prétention en faisant valoir que celle-ci était prescrite[755]. Invoquer un article qui traite de la prescription suffit, tout comme relever que «la créance est prescrite» sans indiquer l'article sur lequel se fonde l'exception[756]. Le fait de mentionner la mauvaise disposition légale est sans conséquence si la volonté de se prévaloir de la prescription est claire[757]. De plus, si le défendeur invoque la prescription, il le fait valablement alors même que celle-ci ne serait acquise que plus tard dans le

---

747 Sur cette notion, voir VON TUHR (note 62), p. 18–22; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Vorbem. ad art. 1 CO, N° 97–102.

748 VON TUHR (note 62), p. 25, 27.

749 Voir EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2e éd., Zurich 1988, p. 447; VON TUHR (note 62), p. 25.

750 TF (18.11.1997) RSJ 1998 89 (considérant non publié de l'ATF 123 III 469); ATF 119 III 108 consid. 3a; 94 II 26 consid. 4c, JdT 1969 I 322; 80 III 41 consid. 2; 45 II 322 consid. 4.

751 Voir VON TUHR (note 62), p. 24 s.

752 Voir TF (22.10.2008) RSPC 2009 32.

753 Voir CHARLES E. RATHGEB, note au JdT 1955 III 95: «Pour apprécier le mérite de l'exception, le juge doit rechercher si les faits justificatifs ont été allégués et prouvés. Sinon l'exception n'est plus qu'un moyen dépourvu de base matérielle».

754 Comp. BUCHER (note 749), p. 446; SPIRO (note 689), p. 557 § 231.

755 SPIRO (note 689), p. 557 § 231 et les réf. Comp., pour le droit allemand, D.II.2.d, p. 227. *Contra*: BUCHER (note 749), p. 446 note 13. Nous avons également été de cet avis, voir SCHWEIZER/BOHNET (note 728), p. 32 N° 38.

756 Voir ATF 30 II 82 consid. 3; 66 II 237, JdT 1941 I 139; BUCHER (note 749), p. 446. Voir également TC NE (02.10.1989) RJN 1990 38: «Un moyen doit être reconnaissable pour les autres parties en cause, soit qu'il soit invoqué formellement, soit qu'il se déduise des faits allégués».

757 Voir ATF 30 II 82 consid. 3; SPIRO (note 689), p. 557–559 § 231; SARBACH (note 482), p. 227, et les réf. Voir également ATF 123 III 16 consid. 2c, JdT 1999 I 99 pour l'exception d'inexécution.

procès[758]. Il n'est pas nécessaire de soulever à nouveau l'exception en seconde instance[759].

Le juge ne peut pas faire usage de son devoir d'interpellation (art. 56 CPC) lorsque le défendeur n'a pas soulevé l'exception alors qu'il résulte des allégués ou des pièces que la prétention pourrait bien être prescrite. Il ne s'agit pas en effet d'une situation d'incertitude en matière de faits, mais d'un problème de droit, dont la maîtrise revient au seul défendeur[760]. Il convient de réserver l'hypothèse dans laquelle le défendeur s'exprime de manière peu claire sur sa volonté. Le juge peut dans un tel cas lui demander de préciser ses allégués.

L'exception doit être soulevée aux mêmes stades que les objections[761]. L'exception invoquée hors procès ne constitue jamais un *novum* (à moins qu'elle n'ait été acquise en cours de procès[762]), de sorte que le défendeur doit l'invoquer dans sa réponse (art. 222 CPC), le cas échéant dans sa duplique (art. 225 CPC) si le juge a autorisé un second échange d'écritures, ou oralement (elle sera alors relatée en substance au procès-verbal d'audience [art. 235 al. 2 CPC]), lors des débats d'instruction (art. 226 al. 2 CPC). Lorsqu'il n'y a pas eu de second échange d'écritures ni de débats d'instruction, les exceptions de droit civil sont encore admises à l'ouverture des débats principaux (art. 229 al. 2 CPC).

On distingue les exceptions de droit civil dilatoires (3) des exceptions de droit civil péremptoires (4).

3. *Les exceptions de droit civil dilatoires*

L'exception est dilatoire lorsqu'elle permet de refuser *provisoirement* la prestation. On peut citer le bénéfice de discussion de la caution (art. 495 CO), celui de l'associé d'une société en nom collectif poursuivi avant celle-ci (art. 568 al. 3 CO), *l'exceptio non adimpleti contractus* (art. 82 CO) ou encore l'exception découlant du droit de rétention (art. 895 CC)[763].

L'inexigibilité – le débiteur est attaqué par son créancier avant terme ou avant l'avènement d'une condition suspensive – devrait logiquement être soulevée par exception, mais la doctrine majoritaire, ainsi que le Tribunal fédéral,

758 Spiro (note 754), p. 557 § 231.

759 Spiro (note 754), p. 557 § 231. Pour l'Allemagne, voir, par exemple, Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 7e éd., Heidelberg 1997, p. 46.

760 Dans ce sens, Bucher (note 749), p. 447. Contra: Spiro (note 689), p. 558 § 231; Sarbach (note 482), p. 228–236 (voir également les nombreuses réf. en note 1053), qui préconise au juge d'interpeller le défendeur s'il n'est pas représenté par un avocat lorsque les éléments constitutifs de l'exception découlent des éléments au dossier.

761 Voir G.IV.2, p. 314 s.

762 Voir G.IV.2, p. 314 s.

763 Voir von Tuhr (note 62), p. 24; Bonnard (note 61), p. 72.

considèrent qu'elle doit être prise en compte dès l'instant où elle ressort des faits allégués[764].

> Si le créancier doit fournir sa prestation en premier («vorleistungspflichtig ist»), il suffit qu'il se réfère à cette circonstance pour contester l'exigibilité de sa propre prestation. Dans ce cas, l'action doit être rejetée, faute d'exigibilité. Le juge doit examiner d'office, et non seulement sur exception, si le créancier doit prester en premier[765].

> Il en va de même du sursis, qui modifie l'obligation et en retarde l'exigibilité. Le sursis suit le régime de l'objection selon le Tribunal fédéral[766]. Le défendeur doit alléguer que le créancier lui a accordé un sursis et le prouver[767].

Ce traitement différencié ne se justifie pas selon nous. De même qu'une dette prescrite peut être valablement payée (art. 62 al. 2 CO) et qu'une dette pour laquelle le débiteur bénéficie d'un sursis peut valablement l'être avant l'échéance du sursis, une dette non exigible peut l'être également avant échéance, sauf circonstances ou accord contraires (art. 81 al. 1 CO). Il serait donc logique de faire dépendre dans tous ces cas le rejet de la prétention de l'invocation de l'exception la paralysant.

En principe, lorsque l'exception est dilatoire, la demande doit être *rejetée en l'état;* le juge la déclare mal fondée, en tant que prématurée. Un nouveau procès peut être intenté lorsque les conditions de l'exception ne sont plus réunies. Pour prendre quelques exemples, le débiteur principal est tombé en faillite, la prétention est devenue exigible, le demandeur a lui-même exécuté ou valablement offert d'exécuter sa prestation.

Lorsque le défendeur soulève l'*exceptio non adimpleti contractus* et que le tribunal la juge fondée, il doit, en vertu du droit matériel fédéral, condamner le défendeur à une exécution donnant donnant[768]. Le tribunal ne peut pas se contenter de rejeter la demande en l'état, à moins que le demandeur admette devoir la contre-prestation[769].

---

764 ATF 127 III 199 consid. 3b, JdT 2001 I 248; 65 II 232; von Tuhr (note 62), p. 12 s., selon lequel la *prétention* ne peut être exercée qu'une fois la *créance* exigible, celle-ci existant dès que la *prestation* est due; CR-Hohl, N° 10 ad art. 75 CO. De notre avis, Bonnard (note 61), p. 144. Voir également Schweizer/Bohnet (note 728), p. 32 s.

765 ATF 127 III 199 consid. 3b, JdT 2001 I 248.

766 ATF 65 II 232, inspiré de von Tuhr (note 62), p. 449 s. Voir également BSK-Leu, N° 5 ad art. 75 CO. *Contra:* Bonnard (note 61), p. 144; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2e éd., Berne 2000, N° 4.36. En Allemagne, le sursis est considéré comme une exception, voir Eberhard Schilken, Zivilprozessrecht, 4e éd., Cologne/Berlin 2002, p. 221; Medicus (note 759), p. 45 N° 97, critique. Voir également sur ce point, Sarbach (note 482), p. 221.

767 TF (22.10.2008) RSPC 2009 32.

768 Pour les modalités d'exécution d'un tel prononcé, voir art. 342 CPC.

769 ATF 127 III 199 consid. 3b, JdT 2001 I 248 et les réf. En revanche, lorsque le défendeur ne soulève pas l'exception, le juge doit le condamner inconditionnellement, ATF 123 III 16 consid. 2b, JdT 1999 I 99. Sur le jugement conditionnel, voir également TF (25.03.2009) 4A_71/2009 consid. 7.2.

4. *Les exceptions de droit civil péremptoires*

L'exception péremptoire permet de paralyser *définitivement* le droit de l'adversaire. La prescription est l'exemple type[770], probablement le seul en droit suisse[771]. Von Tuhr[772] mentionne également l'exception tirée des défauts de la chose vendue de l'article 210 al. 2 CO et l'exception de l'article 67 al. 2 CO. A notre sens, il s'agit dans le premier cas d'un droit formateur compte tenu de l'évolution de la jurisprudence[773] – modificatif en cas de réduction du prix, résolutoire en cas de résiliation de la vente – et dans le second d'une disposition désormais sans portée. D'après cette dernière disposition, «[s]i l'enrichissement consiste en une créance contre la partie lésée, celle-ci peut en refuser le paiement lors même que ses droits seraient atteints par la prescription». Ce texte se fonde sur une prémisse dépassée en droit suisse, savoir l'idée que l'on puisse se trouver enrichi par une reconnaissance de dette matériellement abstraite – telle qu'admise en droit allemand. Mais, en droit suisse, il n'y a abstraction que pour la forme: la reconnaissance est valable même si elle n'indique pas la cause de la créance; encore faut-il que la créance reconnue repose sur une cause, présumée, dont le débiteur reste libre de prouver l'inexistence[774]. Il s'agit d'une objection. Cette disposition n'a dès lors aucune portée dans la conception retenue, car soit la cause existe et le débiteur n'est pas appauvri, soit elle n'existe pas et le créancier n'est pas enrichi et la prescription n'a rien à voir dans cette affaire, d'autant moins que l'article 120 al. 3 CO aurait suffi à régler le problème, à supposer que celui-ci ait existé. En résumé, la reconnaissance de dette abstraite inverse simplement le fardeau de la preuve. A la reconnaissance de dette abstraite est attachée la présomption qu'il existe une cause et que cette cause est valable. Le créancier n'a pas à le prouver. Si le débiteur en conteste l'existence, il lui revient d'établir la justesse de son objection. L'absence de cause est donc un fait dirimant que le défendeur doit alléguer et prouver.

Lorsque la prescription a été *acquise pendant le procès* – c'est possible puisque les actes de procédure ne font que l'interrompre[775] –, elle peut être in-

770 Il n'a pas toujours été incontesté. Pour des développements, voir Spiro (note 689), p. 553–556 § 230. Sarbach (note 482), p. 223, citant la doctrine allemande, s'interroge à nouveau sur ce point.

771 Pour des développements, voir Schweizer/Bohnet (note 728), p. 34 s.

772 Von Tuhr (note 62), p. 25–27.

773 Dans la mesure où le délai instauré par l'art. 210 CO pour l'action en garantie est un délai de prescription et non de péremption (ATF 104 II 357, JdT 1979 I 15), il faut admettre que ces droits formateurs sont indépendants de la demande, sinon on ne comprendrait pas pourquoi le délai pourrait être interrompu. Le droit formateur doit être exercé dans le délai de prescription. S'il ne l'a pas été et que le vendeur agit en paiement, l'acheteur peut encore manifester sa volonté d'obtenir une réduction du prix ou de résilier la vente dans le cadre du procès (art. 210 al. 2 CO).

774 Pour des développements, voir François Bohnet, La théorie générale des papiers-valeurs, thèse Neuchâtel, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 131–136, en particulier note 898.

775 Voir ATF 130 III 202.

voquée suivant le régime des nova (art. 229 al. 1 let. a CPC), le cas échéant au stade de l'appel (art. 317 al. 1 let. b CPC). Malgré le texte de l'article 326 CPC, l'exception devrait également pouvoir être soulevée au stade du recours lorsque la prescription est intervenue à ce stade. Il a en effet été jugé que les dispositions cantonales de ce type violaient la force dérogatoire du droit fédéral chaque fois qu'elles empêchaient une partie de se prévaloir, par une exception, de la prescription acquise en cours de procédure[776], et le Tribunal fédéral a appliqué la même règle pour la procédure devant lui[777].

Une fois l'exception de prescription valablement soulevée, la demande doit être déclarée *mal fondée*[778]. Mal fondée et non irrecevable car, en droit suisse[779], rien n'empêche de faire valoir une créance prescrite. Il appartient à l'adversaire de s'opposer au droit en soulevant l'exception. La créance prescrite n'étant pas dépourvue d'action, le défendeur est libre de ne pas actionner le couperet que le juge ne peut ni ne doit faire tomber à sa place (art. 142 CO).

Il convient de distinguer la dette prescrite de l'*obligation naturelle,* soit un lien de droit dépourvu d'action en justice ou d'exécution forcée. En effet, contrairement à l'obligation naturelle, la dette prescrite n'est pas dépourvue d'action[780].

Le jugement qui déclare la demande mal fondée pour cause de prescription acquiert *autorité de la chose jugée* une fois entré en force[781]. La prescription acquise ne pourra plus être remise en cause si l'exception est soulevée à nouveau dans un procès ultérieur. Mais puisque le droit vit toujours, même s'il a été momentanément paralysé par l'exception, on peut envisager un demandeur obstiné repassant à l'attaque et un défendeur qui omette de renouveler l'exception. En supposant que le juge ait officiellement connaissance de ce que l'exception avait été soulevée avec succès dans un procès précédent, on peut hésiter sur l'attitude qu'il devrait adopter en pareil cas, et soutenir que le demandeur n'aurait pas d'intérêt à agir à nouveau.

H. Conclusion

La procédure civile, entendue comme un processus formel au terme duquel il est statué sur la prétention invoquée par celui qui l'a initié, se doit de déterminer

776 ATF 123 III 213 consid. 5a, JdT 2000 I 208.

777 ATF 123 III 213 consid. 5c, JdT 2000 I 208: «l'exception de prescription doit être recevable, dans la mesure où la prescription de la prétention n'a été acquise que durant la procédure de recours devant le TF». Voir également ATF 134 V 223 consid. 2 sous l'empire de la LTF.

778 ATF 123 III 213 consid. 5c, JdT 2000 I 208. Voir également TF (27.04.2009) 4A_103/2009 consid. 3.3.

779 Il s'agit d'une fin de non-recevoir en droit français, voir D.II.1.c, p. 221.

780 Voir F.V, p. 308.

781 Voir F.III.2.a, p. 297.

les droits et les devoirs des parties que le procès divise. Le demandeur prétend un droit, le défendeur le conteste. Le Code de procédure civile suisse ne fait qu'esquisser le régime des défenses. Celles-ci s'attaquent soit à la recevabilité de la demande, soit à son bien fondé. Toutefois, en faisant, comme les codes de procédure civile français, allemand et italien, de l'intérêt à agir et de l'autorité de la chose jugée des conditions de recevabilité de la demande (art. 59 al. 2 let. a et e CPC), le Code reconnaît implicitement que parmi les défenses certaines concernent le respect des règles formelles qui régissent le procès (défenses relatives à l'instance), alors que d'autres portent sur le droit d'action du demandeur (défenses relatives à l'action).

Les défenses relatives à l'instance portent sur le respect des règles formelles du procès. Le Code mentionne à l'article 59 al. 2 la capacité d'être partie et d'ester, la compétence locale et matérielle, ou encore la litispendance et le paiement des avances de frais, et à l'article 61, l'absence de convention d'arbitrage. On peut également citer l'absence d'immunité, le préalable de citation en conciliation (art. 197 CPC), les règles sur la représentation et la capacité de postuler (art. 68 CPC) ou la validité formelle de la demande (art. 63 al. 2 et 132 CPC).

Les défenses relatives à l'action (Klage; Rechtschutzanspruch) tendent à faire déclarer la demande irrecevable, faute d'action. Est titulaire de l'action celui qui fait valoir une prétention en justice considérée comme digne de protection par notre ordre juridique. Une demande dénuée d'intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) est donc irrecevable faute d'action, sans examen du droit prétendu. L'autorité de la chose jugée (art. 59 al. 2 let. e CPC) est également rattachée à la condition de l'intérêt, tout comme la qualité pour agir, que la jurisprudence et la doctrine suisses peinent cependant à distinguer de la légitimation, simple moyen de fond. Les déchéances entraînent elles aussi l'irrecevabilité de la demande, faute d'action. Il en va de même des obligations naturelles.

Bien qu'elles aboutissent les unes comme les autres à un prononcé d'irrecevabilité, les défenses relatives à l'instance et à l'action ne se confondent pas pour autant. Lorsque seule l'instance est touchée, la prétention peut à nouveau être invoquée, si les règles qui gouvernent le procès sont désormais respectées. En revanche, faute d'action, le sort de la prétention est scellé sous un angle procédural. De plus, cette distinction explicite les motifs pour lesquels certains faits ne sont considérés comme des conditions de recevabilité que si le défendeur s'en prévaut: il s'agit alors de règles relatives à l'instance dont le caractère dispositif est reconnu (exception d'arbitrage; prorogation de for; sûretés; clause de médiation). Tel n'est jamais le cas des conditions de recevabilité relatives à l'action: soit l'action existe, soit elle n'existe pas. Les conditions de recevabilité relatives à l'action doivent être examinées d'office, et la demande rejetée faute de prétention considérée comme digne de protection par l'ordre juridique. Seule une modification des circonstances peut alors venir en aide au demandeur.

Quant aux défenses au fond, elles consistent, selon l'approche classique que le Code ne remet pas en cause, en la contestation des faits (ou du droit) allégués par le demandeur, en l'invocation d'objections, à savoir de faits distincts dont il découle que le droit prétendu n'existe pas malgré les faits avancés par le demandeur, et enfin en des exceptions, qui paralysent le droit prétendu. Les objections et les exceptions doivent être présentées à temps dans le procès. Elles doivent figurer dans la réponse (art. 222 CPC), le cas échéant dans la duplique si le juge a autorisé un second échange d'écritures (art. 225 CPC), ou oralement (inscrit en substance au procès-verbal d'audience, art. 235 al. 2 CPC) lors des débats d'instruction (art. 226 al. 2 CPC). Lorsqu'il n'y a pas eu de second échange d'écritures ni de débats d'instruction, les objections et les exceptions sont encore admises à l'ouverture des débats principaux (art. 229 al. 2 CPC).

Le Code de procédure civile suisse place le juge au centre du procès. Celui-ci doit examiner d'office si les conditions de recevabilité sont réunies (art. 60 CPC) et c'est lui qui organise la procédure (art. 124 s. CPC). Le défendeur ne peut pas exiger, sauf exceptions, que le débat porte dans un premier temps sur le moyen qu'il entend soulever. Sa marge de manœuvre est donc réduite sous cet angle. Mais il bénéficie de la possibilité de faire valoir ses moyens jusqu'à l'ouverture des débats principaux s'il n'y a pas eu de second échange d'écritures ni de débats d'instruction, et plus tard encore à certaines conditions (art. 229 al. 1 CPC). Si, globalement, le régime de défenses mis en place semble équilibré, son bon fonctionnement suppose que le juge remplisse le rôle moteur que le Code a entendu lui confier et que le défendeur ne tente pas de tirer profit des nombreuses incertitudes qui résultent d'une loi rédigée certes simplement, mais de manière parfois excessivement sommaire.