

Loi fédérale de procédure civile (Procédure civile suisse)

PCS

Rapport accompagnant l'avant-projet de la
commission d'experts

Juin 2003

Vue d'ensemble

Dès les débuts de l'Etat fédéral, la compétence législative en matière de procédure civile avait été donnée aux cantons. Cependant, au fil des années, la Confédération devait édicter maintes dispositions de procédure civile lorsque, de son point de vue, l'*application uniforme* du droit civil fédéral le requérait. Cette tendance s'est poursuivie et même amplifiée jusqu'à très récemment de sorte qu'actuellement, les dispositions de procédure civile figurent non seulement dans les codes cantonaux de procédure civile, mais aussi et de plus en plus dans les codes et les lois spéciales de droit privé de la Confédération. Le Tribunal fédéral a également développé des règles non écrites de droit de procédure civile sur des points importants. Cette évolution se traduit actuellement par l'absence de vue d'ensemble, pour ne pas parler d'inaccessibilité, des sources de la procédure civile (morcellement horizontal et vertical du droit), cela contrairement à tous les autres Etats européens dont les procédures civiles sont uniformisées depuis longtemps déjà.

La *réforme de la Constitution*, entrée en vigueur en 1999, n'a pas modifié fondamentalement cette répartition des compétences. Une base constitutionnelle a néanmoins été créée à cette occasion, permettant l'unification du droit de la compétence à raison du lieu et l'entrée en vigueur de la LFors au 1^{er} janvier 2001. Depuis, en matière civile, la compétence à raison du lieu des tribunaux est harmonisée à l'échelon fédéral.

Ce n'est qu'avec la *réforme de la justice* et la modification de l'article 122 de la nouvelle constitution, que la base nécessaire pour l'unification du droit de la procédure civile a été introduite. Cette modification de la constitution du 8 octobre 1999, adoptée le 12 mars 2000 par une large majorité du peuple et par tous les cantons, n'est toutefois pas encore entrée en vigueur¹.

En avril 1999, le DFJP a désigné une commission d'experts qui présente ici son avant-projet, accompagné d'un rapport. Si, du point de vue du nombre d'articles, cet *avant-projet* correspond à une loi de procédure civile cantonale moyenne, il est *en fait* beaucoup plus court car il rassemble la totalité des règles de droit fédéral applicables à la procédure civile devant les tribunaux cantonaux – l'arbitrage y compris. Ainsi, un grand nombre de prescriptions de procédure qui se trouvent actuellement dans le CC, le CO et dans la législation spéciale de droit privé peuvent être abrogées. L'avant-projet réalise ainsi une codification de la procédure civile devant les instances *cantonaux*. Par contre, il n'a pas pour objet la procédure devant le *Tribunal fédéral* - actuellement réglementée par l'OJ et à l'avenir par la LTF.

L'avant-projet est structuré de la manière suivante : une *partie générale*, dont les prescriptions sont *applicables* dans la mesure où la *partie spéciale* n'en dispose pas autrement. La *partie spéciale* régleme pour sa part les particularités des différents genres de procédure, les voies de droit et l'exécution des décisions dans la mesure où la LP n'est pas applicable. Enfin, une *troisième partie* est consacrée à l'arbitrage interne.

L'avant-projet reprend bon nombre d'institutions juridiques qui ont fait leurs preuves dans les lois cantonales de procédure civile, sans prendre pour modèle une loi de procédure civile particulière. Il n'exclut pas non plus les innovations dans la mesure où elles peuvent être intégrées dans l'ordre juridique suisse. Il met particulièrement

¹ Arrêté fédéral du 24 septembre 2002 sur l'entrée en vigueur partielle de la réforme de la justice, RO 2002 3147.

l'accent sur une procédure *économique* et *correspondant aux exigences de la pratique* dans le but de garantir aux justiciables une protection juridique rapide et efficace, mais aussi de fournir aux tribunaux et aux avocats un outil de travail adéquat. L'avant-projet accorde ensuite une grande place aux principes du « *procès civil social* » qui s'appliqueront aux domaines concernés tels que le droit de bail, le droit du travail et le droit de la consommation.

L'avant-projet ne touche pas à *l'organisation judiciaire*, qui demeure du ressort des cantons.

Partie générale

1. Contexte et situation actuelle

Les tentatives d'unifier la procédure civile suisse ont débuté il y a 130 ans déjà². Dès 1868, une pétition était déposée dans ce sens par la Société suisse des juristes. En 1872, le projet d'attribuer à la Confédération la compétence en matière de procédure civile constituait un enjeu important de la révision de la Constitution qui échoua de justesse. La Constitution fédérale de 1874, pour sa part, n'accorda la compétence législative à la Confédération que pour certaines parties du droit civil matériel. La révision constitutionnelle de 1898, qui donna à la Confédération la compétence législative quant aux autres parties du droit civil, excluait encore l'organisation judiciaire et le droit de procédure civile. Mais il était à l'époque déjà clair que la Confédération avait la compétence « de rattacher, si nécessaire, certaines dispositions de procédure à la législation matérielle. »³

L'unification du droit civil s'acheva quelques années plus tard par l'élaboration et l'adoption du Code civil, inséparablement associé à l'œuvre du célèbre juriste EUGEN HUBER. L'unification du droit de procédure civile par contre resta en veilleuse pendant des décennies. Certes, durant quelque vingt ans, les juristes zurichois EMIL SCHURTER et HANS FRITZSCHE⁴ soumirent les lois cantonales et fédérales de procédure civile à une étude de droit comparé, analogue aux travaux d'EUGEN HUBER sur la législation de droit privé des cantons⁵, mais qui fut loin d'avoir les mêmes répercussions.

Le long silence qui pesa par la suite sur l'unification du droit de procédure civile provenait essentiellement, selon l'éminent professeur de droit bernois HANS MERZ, d'une « *certaine dogmatisation de la pensée fédéraliste*. »⁶ Certes la question de l'unification fut de nouveau à l'ordre du jour du centenaire de la Société suisse des juristes en 1961. Le résultat des discussions se limita toutefois à donner au comité un simple mandat d'examen visant à traiter et à promouvoir l'unification du droit de procédure civile en Suisse⁷. De 1963 à 1966, sur mandat du comité de la Société suisse des

² Voir pour plus de détails Sutter, *Weg zur Rechtseinheit*, p. 4 ss.

³ Bull. stén. CN 1898, p. 234.

⁴ Schurter/Fritzsche, vol. I, vol. II/1 et vol. II/2.

⁵ Voir Huber.

⁶ Voir RDS 88, 1969 II, p. 15.

⁷ RDS 1961 II, p. 448.

juristes, PAUL SCHWARTZ, juge fédéral à l'époque, élaborait un projet de loi fédérale relatif à l'adaptation des lois cantonales de procédure civile au droit civil fédéral⁸, commenté par FRITZ BALMER⁹. Ce projet de loi n'était néanmoins qu'un fragment de code de procédure civile et excluait de nombreux domaines essentiels. KURT EICHENBERGER, professeur de droit public à l'Université de Bâle, établit une expertise sur son admissibilité en droit constitutionnel ; il concluait que la Confédération était habilitée à édicter des normes de procédure civile dans la mesure où « la réalisation du droit privé fédéral le requiert. »¹⁰ Par la suite, le législateur fédéral s'appuya à maintes reprises sur cet avis, notamment et encore dans la procédure de divorce entrée en vigueur en 2000¹¹.

Un avis donné par les cantons de Fribourg, Genève, Neuchâtel, Tessin, Vaud et Valais objectait essentiellement au projet SCHWARTZ qu'il était, pour le législateur cantonal, *extrêmement difficile d'adapter son propre droit de procédure civile à une simple loi cadre de la Confédération*. Il y a quelques années à peine, les cantons se sont heurtés aux mêmes difficultés lors de l'adaptation de leurs lois à la révision du droit du divorce de 1998 (art. 135-149 CC). Par ailleurs, les cantons cités plus haut critiquaient le fait que le dualisme entre droit fédéral et procédure civile cantonale créerait des incertitudes et des difficultés qui auraient des répercussions négatives pour les participants à l'administration de la justice¹².

Outre le projet SCHWARTZ, il convient de mentionner les « Grundlinien einer schweizerischen Zivilprozessordnung » (Directives de procédure civile suisse) du juge cantonal bernois PETER SCHAAD. Ces directives s'appuyaient avant tout sur deux lois de procédure civile similaires, à savoir la loi fédérale de procédure civile et le code bernois de procédure civile ; elles tenaient également compte du projet de code de procédure civile zurichois élaboré en 1969 par une commission d'experts, ainsi que du code de procédure civile du canton de Vaud de 1966¹³. Les travaux de SCHAAD rencontrèrent néanmoins peu d'écho.

Bien que les tentatives ultérieures de révision totale de la Constitution fédérale, durant les années septante¹⁴ et quatre-vingt¹⁵, n'envisageaient aucune modification fondamentale de la répartition des compétences, le Tribunal fédéral rendit régulièrement des décisions importantes sur la « *procédure civile non écrite de la Confédération* »¹⁶. La doctrine aussi demandait avec de plus en plus de vigueur une unifi-

⁸ RDS 1969 II, p. 242 ss, 269 ss.

⁹ RDS 1969 II, p. 293 ss.

¹⁰ RDS 1969 II, p. 467 ss, 490.

¹¹ Voir FF 1996 I 186, n. 555; protection de la personnalité: FF 1982 II 667 s., n. 12; droit matrimonial: FF 1979 II 1353, n. 407; privation de liberté à des fins d'assistance : FF 1977 III 34, n. 1; droits de l'enfant: FF 1974 II 28 n. 85.

¹² Voir RDS 1969 II, p. 1002 et 1051 s.

¹³ RDS 1969 II 56 ss.

¹⁴ Voir art. 52 et 53 du projet de constitution de 1977 (reproduit dans FF 1985 III 204 ss).

¹⁵ Voir art. 54, al. 2 de l'étude modèle du DFJP, FF 1985 III 217.

¹⁶ Voir par ex. pour des règles *positives* : ATF 95 II 639 ss (l'autorité de la chose jugée), 110 II 354 ss (action en constatation), 114 II 183 ss, 186 ("fonction de barrage" de la litispendance), 118 II 479 ss, 486 (pas de péremption du droit d'intenter action s'il n'y a pas « continuation » de la procédure de conciliation); pour des règles *negatives* : ATF 109 II 460 (pas de maxime de disposition en vertu du droit fédéral), 108 II 340 (pas de maxime des débats de droit fédéral).

cation du droit de procédure civile. Ainsi OSCAR VOGEL, spécialiste zurichois de procédure civile, qui devait prêcher inlassablement dans le désert¹⁷. Le professeur GERHARD WALTER, de Berne¹⁸, ou longtemps avant lui le professeur de procédure civile HANS ULRICH WALDER, de Zurich¹⁹, revendiquèrent également une unification de la procédure civile suisse, en particulier dans la perspective des projets d'unification à l'échelon européen. Les principaux *arguments* invoqués étaient les suivants :

- Le *morcellement horizontal du droit* entraîne une *insécurité du droit* et des difficultés considérables dans la pratique. Certes, la procédure civile se déroule essentiellement dans le cadre du droit cantonal. Néanmoins, en raison des nombreuses prescriptions de droit fédéral et du « droit fédéral non écrit de procédure civile », reconnu par le Tribunal fédéral, la législation cantonale et la jurisprudence sont régulièrement confrontées à la question de savoir où s'arrête le droit fédéral et quelle est la marge de manœuvre du droit cantonal²⁰.
- Il existe par ailleurs un *morcellement vertical du droit*. En effet, si les 26 lois cantonales de procédure civile se ressemblent sur de nombreux points fondamentaux, elles n'en divergent pas moins fortement sur de multiples questions particulières, essentielles quant à la conduite du procès. Pour les avocats des autres cantons, ces différences se traduisent par de véritables pièges de procédure pouvant aller jusqu'à l'impossibilité de mettre en œuvre judiciairement des prétentions justifiées, uniquement pour des raisons de procédure.
- Ce morcellement du droit s'accompagne en outre de *répercussions économiques* indésirables. En effet, la constatation du droit déterminant et de son contenu exact demande souvent beaucoup de temps et de travail.
- Ces aspects à eux seuls sont si importants qu'une unification du droit de procédure civile s'impose au niveau national. La *libre circulation* des avocats constitue un argument supplémentaire, que ce soit en Suisse même ou dans le cadre des accords bilatéraux avec l'UE. Si aujourd'hui la Suisse, contrairement aux autres Etats de l'UE, n'unifiait pas son droit de procédure au niveau national, mais conservait ses 26 lois cantonales de procédure civile - outre la procédure devant le Tribunal fédéral -, elle se placerait de facto dans une situation de discrimination. Sans parler du fait qu'il s'agirait d'une situation véritablement prohibitive pour l'exercice de la profession d'avocat en dehors des frontières.

Malgré ces arguments, la *nouvelle Constitution fédérale* (art. 122, al. 2)²¹ - conformément à son objectif de simple mise à jour du droit constitutionnel - s'en tient à la répartition aujourd'hui dépassée des compétences entre la Confédération et les cantons. Elle a néanmoins transmis une prérogative à la Confédération : celle de légiférer sur la compétence à raison du lieu des tribunaux (art. 30, al. 2 Cst.). Entrée

¹⁷ Par ex. dans son manuel « Grundriss des Zivilprozessrechts », mais aussi de manière explicite ou implicite dans de nombreuses études telle que « Europa und das schweizerische Zivilprozessrecht », PJA 1992, p. 459 ss.

¹⁸ Voir Tu felix Europa, PJA 1994, p. 425 ss.

¹⁹ Voir RDS 1969 II, p. 948 et 953 avec l'exigence, à l'époque radicale, d'une unification généralisée de la procédure civile.

²⁰ Voir à ce propos Hans Peter Walter, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, Tendenzen der Rechtsprechung, BJM 1995, p. 281 ss.

²¹ Art. 122, al. 2 Cst.: "L'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice en matière de droit civil sont du ressort des cantons."

en vigueur le 1^{er} janvier 2001, la loi sur les fors en matière civile (LFors), qui s'inspire de l'avant-projet d'une commission d'experts instituée par l'Association suisse des avocats, constitue la *première véritable unification d'une partie du droit de procédure civile*. Une solution de droit fédéral a également été apportée aux questions connexes comme le traitement des actions identiques (art. 35 s. LFors) ou l'examen de la compétence à raison du lieu (art. 34 LFors)²².

La réforme de la justice²³, adoptée en votation populaire le 12 mars 2000 à une écrasante majorité – six fois plus de oui que de non et acceptation par tous les cantons²⁴ – a constitué la base de l'étape suivante, à savoir une unification *complète* du droit de procédure civile. Outre la base constitutionnelle pour l'unification du droit de procédure pénale et la refonte de la procédure devant le Tribunal fédéral, la *compétence de la Confédération pour l'unification du droit de procédure civile* en était l'un des objets principaux. La nouvelle disposition constitutionnelle est la suivante (art. 122 Cst.) :

¹ *La législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération.*

² *L'organisation judiciaire et l'administration de la justice en matière de droit civil sont du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi.*

Cette votation a été un oui très clair à l'unification de la procédure civile. Il s'agit de savoir désormais *comment* l'unifier : l'avant-projet de la commission d'experts présente une proposition à ce propos.

2. Commission d'experts

2.1 Mise en place et composition

Le 26 avril 1999, le conseiller fédéral Arnold Koller, à l'époque chef du DFJP, a donné mandat à la commission d'experts de procéder à un examen approfondi de questions importantes que pose, du point de vue législatif, l'unification sur le plan fédéral du droit de procédure civile. Cette commission était ensuite chargée de remettre un avant-projet de loi fédérale sur la procédure civile, prêt à être soumis à consultation et accompagné d'un rapport explicatif.

La *commission d'experts* se composait ainsi :

- Thomas Sutter-Somm, anc. Office fédéral de la justice, actuellement professeur, universités de Bâle et Lucerne (président),
- Christine Baltzer-Bader, docteur en droit, anc. présidente du tribunal de district de Liestal, act. présidente de section du Tribunal cantonal de Bâle-Campagne (BL);

²² Voir plus particulièrement à ce propos le message du Conseil fédéral FF 1999 2591 ss. Il est significatif à cet égard qu'en très peu de temps, cette loi ait suscité la parution de quatre commentaires d'une grande utilité pour l'application pratique de la loi. Il devrait en être de même lorsque le reste du droit de procédure civile sera unifié.

²³ Arrêté fédéral du 8 octobre 1999 relatif à la réforme de la justice. Voir FF 1999 7831 ss ; quant au message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996, voir FF 1997 I 1 ss.

²⁴ L'adoption a eu lieu par 1 610 107 oui contre 254 355 non, voir FF 2000 2814.

- Jürgen Brönnimann, professeur, docteur en droit et avocat (BE);
- Bruno Cocchi, juge cantonal, avocat (TI);
- Dominik Gasser, avocat, Office fédéral de la justice;
- Jacques Haldy, professeur, docteur en droit et avocat (VD);
- Franz Hasenböhler, professeur, docteur en droit, Université de Bâle (BS);
- Dominique Henchoz, avocate (GE);
- Fabienne Hohl, professeur, docteur en droit, anc. juge cantonale, act. juge fédérale (FR);
- Sabine Kofmel Ehrenzeller, docteur en droit, avocate et notaire (SG);
- Christoph Leuenberger, professeur, docteur en droit, juge cantonal (SG);
- Niccolò Raselli, juge fédéral;
- Viktor Rügg, avocat et notaire (LU);
- Henri-Robert Schüpbach, professeur, docteur en droit, Université de Neuchâtel (NE);
- Vital Schwander, docteur en droit, président du Tribunal cantonal (SZ);
- Karl Spühler, professeur, docteur en droit, Université de Zurich, anc. juge fédéral, act. juge à la cour de cassation, (ZH).

Alexander R. Markus, docteur en droit, Office fédéral de la justice, a participé à la commission avec voix consultative. Le secrétariat de la commission a été assuré, de l'Office fédéral de la justice, par : Bernard Deschenaux, avocat, Katrin Kapossy, avocate, Paul Keller, licencié en droit, Nathalie Wharton, avocate, Bassem Zein, licencié en droit.

2.2 La méthode de travail de la commission d'experts

a) Généralités

La commission d'experts a entamé ses travaux le 14 juin 1999 par une *discussion de principe* sur les « Directives en vue d'une unification du droit suisse de procédure civile », formulées par le président de la commission (voir ci-après, ch. 3).²⁵

A la suite à cette première séance, la commission a examiné la *structure* possible de la nouvelle procédure civile, sur la base des institutions fondamentales et à l'aide d'une étude émanant de l'Office fédéral de la justice. Les premiers textes normatifs, élaborés par le président de la commission, ont très vite permis de dégager les points les plus délicats et les plus controversés.

Puis la commission a jeté les bases de l'introduction et de la structure de la procédure ordinaire de première instance. Elle a également pris d'autres décisions préliminaires importantes, notamment à propos des principes de procédure. Les résultats de ces discussions ont été formulés au fur et à mesure sous forme de *textes normatifs*, rediscutés et retravaillés. En outre, plusieurs membres de la commission ont rédigé des documents de travail sur certaines questions. Cette manière de procéder a eu le grand avantage de permettre, durant les discussions, une *comparaison* per-

²⁵ Voir également Sutter, Überlegungen, p. 32 ss.

manente et concrète *des codes de procédure cantonaux* (se reporter également au chiffre 4 à propos des considérations de droit comparé).

b) Le groupe de travail « Rédaction »

Au cours de ses discussions, la commission d'experts a mis sur pied un *groupe de travail « Rédaction »*²⁶. Dans un premier temps, ce groupe a été chargé de rédiger une première version de l'avant-projet, de consigner sous forme de prescriptions légales le résultat des discussions de la commission plénière, de réexaminer les dispositions déjà formulées quant à leur compatibilité et d'en référer à la commission. Cette méthode de travail rationnelle a permis à la commission d'experts de soumettre assez rapidement à une première lecture minutieuse un avant-projet complet, non sans avoir fixé au préalable le contenu de chaque paragraphe et pris les décisions fondamentales.

Le groupe de travail « Rédaction » s'est réuni pour la première fois le 18 mai 2000 et a tenu ensuite de nombreuses séances d'un ou deux jours (en tout 20 journées), à un rythme constant jusqu'à la fin des travaux.

c) La sous-commission « Arbitrage »

Après avoir pris la décision de principe d'intégrer l'arbitrage interne à la loi fédérale de procédure civile, la commission d'experts a désigné une sous-commission « Arbitrage ».

Composée de quatre membres de la commission d'experts - Th. Sutter-Somm (direction), J. Brönnimann, B. Cocchi et D. Henchoz – et d'Alexander R. Markus, docteur en droit, de l'Office fédéral de la justice, cette sous-commission a également fait appel à des collaborateurs externes : Franz Kellerhals, professeur, docteur en droit et avocat (BE); Jean-François Poudret, professeur émérite de l'université de Lausanne, docteur en droit (VD); Gerhard Walter, professeur (BE), docteur en droit, ainsi que Daniel Wehrli, avocat et docteur en droit (ZH). Cette partie de l'avant-projet est pour l'essentiel le résultat des travaux de ces experts extérieurs.

La sous-commission s'est réunie pour la première fois le 22 mai 2000. Elle décida d'appuyer ses travaux sur le concordat sur l'arbitrage (CA) et était consciente de la nécessité de procéder à des adaptations sur certains points. Cette modernisation allait s'appuyer d'une part sur la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international du 21 juin 1985 et sur le chapitre 12 de la LDIP. Le professeur G. Walter reçut ensuite mandat d'élaborer un projet partiel accompagné de brefs commentaires. Ce projet devait constituer l'amorce de la suite des discussions. En tout, la sous-commission « Arbitrage » a siégé durant quatre jours.

Le projet sur l'arbitrage élaboré par la sous-commission fut examiné par la commission plénière lors de la séance des 16 et 17 octobre 2001, en présence des experts extérieurs, et intégré à l'avant-projet comme troisième partie.

²⁶ Ce groupe de travail réunissait : Th. Sutter-Somm (direction), D. Gasser, F. Hasenböhler, Ch. Leuenberger, H.-R. Schüpbach, K. Spühler.

d) *La sous-commission « Exécution »*

Une *sous-commission « Exécution »* fut également formée. Elle avait pour tâche d'élaborer à l'intention de la commission d'experts la partie de l'avant-projet relative à l'exécution (art. 325 ss) et devait par ailleurs procéder aux adaptations nécessaires dans la LP (ch. 16 de l'annexe).

Cette sous-commission était ainsi composée : D. Gasser (direction), Ch. Baltzer, S. Kofmel Ehrenzeller, H.-R. Schüpbach, K. Spühler ainsi que Edgar Wettstein, président du tribunal d'arrondissement de Zurich en qualité d'expert extérieur.

La sous-commission fit appel à deux autres experts extérieurs pour l'élaboration des dispositions relatives à l'exécution de titres authentiques : Peter Ruf, professeur et notaire (BE), ainsi que Jürg Schmid, inspecteur notarial (ZH). En collaboration avec D. Gasser, ces deux spécialistes ont élaboré les dispositions en question, lesquelles ont été ensuite intégrées à l'avant-projet par la commission plénière (art. 337 ss).

e) *La sous-commission « Droit de la propriété intellectuelle »*

Enfin, une sous-commission « Droit de la propriété intellectuelle » a été constituée. Elle avait pour tâche d'examiner quelles étaient les dispositions de procédure de la législation spéciale en matière de propriété intellectuelle et de droit de la concurrence qu'il convenait d'abroger et dans quelle mesure il était nécessaire d'intégrer des prescriptions spéciales dans la loi suisse de procédure civile. Les experts extérieurs qui ont participé aux travaux étaient Eugen Marbach, professeur (BE) et Lucas David, avocat (ZH).

f) *Clôture des travaux*

La commission s'est réunie au total 20 fois en séances plénières, réparties sur 26 jours. Ces séances ont fait l'objet d'un procès-verbal et les documents de travail ont été rajoutés aux procès-verbaux de séance (au total 1720 pages). La commission d'experts a procédé à trois lectures de l'avant-projet. Comme il a déjà été mentionné plus haut, la première phase fut consacrée à l'élaboration détaillée de l'avant-projet. Le résultat a été ensuite soumis à une double lecture au sein de la commission d'experts. Le *vote final* sur l'avant-projet a eu lieu au cours de la dernière séance de la commission en date du 1^{er} février 2002 : il fut adopté à la majorité des voix des experts, avec une abstention et une voix contre.

Les services linguistiques de la Chancellerie fédérale et de l'Office fédéral de la justice ont revu l'avant-projet du point de vue rédactionnel et linguistique, conformément à l'usage de la procédure législative. Les propositions de modification ont été ensuite réexaminées par le groupe de rédaction de la commission d'experts et les résultats soumis à la décision de la commission plénière le 17 septembre 2002.

Par lettre du 17 octobre 2002, la commission d'experts a remis l'avant-projet corrigé au Département fédéral de justice et police, suivi en décembre de la même année du rapport explicatif.

3. Les lignes directrices de l'avant-projet

3.1 Contenu

Au début de ses travaux, la commission d'experts s'est penchée en détail sur la question des *principes* et des *filles conducteurs* devant marquer l'élaboration de l'avant-projet sur le fond. Les lignes directrices suivantes ont été arrêtées :

1. L'unification du droit de procédure civile doit se faire par une codification au niveau du droit fédéral. Une simple loi-cadre fédérale serait insuffisante. L'arbitrage interne sera également intégré au futur code de procédure civile suisse.
2. Le code de procédure civile suisse doit être avant tout axé sur les *besoins de la pratique* et sur les *finalités du procès* - réalisation du droit matériel, garantie de la paix sociale et respect de l'égalité devant la loi.
3. L'*organisation judiciaire* des cantons (y compris la qualification pour être juge) doit rester inchangée. Des modifications ne sont justifiées que si un droit procédural uniforme le requiert absolument.
4. Le futur code de procédure civile suisse doit permettre de *poursuivre la tradition juridique suisse*, à savoir les principes reconnus tels qu'ils figurent dans les codes cantonaux de procédure civile. Les points sur lesquels les codes juridiques étrangers ont innové ne peuvent être pris en considération que s'il est possible de les intégrer à l'ordre juridique suisse et si cette intégration constitue une réelle amélioration. En effet, la tolérance face aux lacunes du droit relève aussi de la tradition juridique suisse (art. 1, al. 2 et 3 CC).
5. Un *compromis* acceptable par tous doit être trouvé dans les domaines où les codes cantonaux de procédure civile présentent de grandes différences, notamment quant au recours ordinaire, à la question d'une troisième instance cantonale ou au droit d'invoquer faits et moyens de preuve nouveaux.
6. La *coordination avec d'autres lois fédérales* (notamment CC, CO, LP) doit faire l'objet de la plus grande attention. Il convient par ailleurs de veiller à « purger » le droit matériel privé fédéral des dispositions de procédure civile.
7. Il convient de tenir compte de *l'impact matériel de la législation*, avec pour objectif un code de procédure civile optimal au contenu réalisable (coûts de la justice).
8. Enfin, il convient d'intégrer le « *procès civil social* » au nouveau droit, en particulier dans les domaines concernés (droit du travail, bail à loyer et bail à ferme, droit de la consommation).

Étant donné son mandat très large, la commission s'est également demandé si le futur code de procédure civile devait réglementer l'ensemble de la procédure, de la première instance cantonale jusqu'à la procédure devant le Tribunal fédéral. Cependant, les travaux concernant la LTF étant déjà très avancés, elle s'est limitée à la procédure devant les instances *cantonales*, d'autant plus que les procédures devant le Tribunal fédéral peuvent être réglementées de manière absolument autonome.

3.2 Mise en œuvre des lignes directrices dans l'avant-projet

3.2.1 Unification générale

La première ligne directrice (*principe de codification*) a été réalisée intégralement dans l'avant-projet. Ce dernier propose donc un code fédéral de procédure civile qui régit l'ensemble de la *procédure devant les instances cantonales* et non pas uniquement certains domaines. Il ne prévoit pas de réserves en faveur du droit cantonal de procédure civile. Même les quelques litiges qui doivent être tranchés en vertu du droit civil cantonal doivent être réglés selon la loi fédérale de procédure civile (voir art. 5, al. 1 CC). L'avant-projet considère donc que les lois cantonales de procédure civile deviendront obsolètes dès l'entrée en vigueur de la loi fédérale de procédure civile.

3.2.2 Coordination avec les autres règles du droit fédéral

Une codification du droit de procédure civile exige que le droit privé matériel soit déchargé autant que possible de toutes les prescriptions de pure procédure civile. Cet objet est pris en compte dans l'*annexe à l'avant-projet*, laquelle propose d'abroger un grand nombre d'articles du CC, du CO et de la législation spéciale de droit privé²⁷.

La plupart de ces dispositions de droit fédéral qui soit dérogent aux lois cantonales de procédure civile, soit soumettent le droit cantonal à des exigences minimales, sont aujourd'hui uniquement applicables à la procédure cantonale, et non à la procédure devant le Tribunal fédéral. Elles peuvent donc être supprimées ou - s'il faut les maintenir quant à leur contenu - être intégrées à la nouvelle PCS.²⁸ Dans la mesure où elles concernent aussi exceptionnellement la procédure devant le Tribunal fédéral²⁹, il convient de modifier en conséquence la LTF.

Par contre, dans les cas où les aspects de droit matériel prédominent, comme par exemple dans les mesures de sûreté en matière de successions, les dispositions en question sont laissées dans le droit matériel, l'avant-projet garantissant même par un renvoi la coordination entre droit matériel et droit de procédure (voir par ex. les commentaires relatifs à l'art. 284 AP).

3.2.3 Autonomie des cantons dans l'organisation judiciaire

L'avant-projet laisse *l'organisation judiciaire à l'autonomie des cantons*. Il fait de même en ce qui concerne le choix des juges. Le législateur cantonal est donc libre de choisir ou non des juges non professionnels. La commission d'experts estime qu'il serait erroné d'interdire le système très répandu en Suisse consistant à admettre les juges non professionnels dans les tribunaux collégiaux.

Il en va de même de la question du *nombre de personnes qui constituent le tribunal appelé à statuer*. Là aussi, le droit cantonal doit décider si un seul magistrat ou un collège doit être compétent. Ces questions sont étroitement liées à la tradition

²⁷ La *législation de droit privé* a été « passée au peigne fin » par le prof. K. Spühler et par le président de la commission.

²⁸ Par ex. les prescriptions sur la procédure de divorce aux art. 135 à 149 CC; voir à ce propos l'art. 242 ss AP, ainsi que les commentaires y relatifs.

²⁹ Voir par ex. l'art. 281, al. 4 CC.

juridique cantonale, raison pour laquelle le législateur fédéral ne doit pas intervenir sans nécessité contraignante sur le fond. En dernier ressort, la question de la taille des tribunaux collégiaux a également des répercussions financières considérables (question politique). La notion de « tribunal » utilisée dans tout l'avant-projet doit donc être comprise dans ce sens que seul le droit cantonal détermine si elle recouvre une personne ou un collège.

Par contre, certaines questions qui certes ont un rapport avec l'organisation des tribunaux, mais concernent en premier lieu la procédure, doivent être réglementées de manière uniforme si l'on veut éviter que la loi fédérale de procédure civile demeure incomplète. Outre les motifs de récusation (voir commentaires relatifs aux art. 43 ss AP), qui de toute manière doivent déjà satisfaire à certaines prescriptions de droit constitutionnel, cela concerne en premier lieu *l'ouverture uniforme de la procédure* et les *recours*.

- A propos de l'ouverture de la procédure, la commission d'experts était placée devant la question fondamentale de savoir si la procédure de décision devant le tribunal saisi devait être précédée d'une *procédure de conciliation* et, le cas échéant, dans quelles conditions et avec quels effets. Etant donné que ce genre de procédures – la terminologie cantonale n'est pas uniforme: *Sühnverfahren*, *Vermittlungsverfahren*, procédure de conciliation, etc. – est très répandu dans le droit actuel et qu'elles permettent de résoudre un nombre élevé de litiges *avant* le procès proprement dit, la commission d'experts propose une solution dans ce sens (art. 191 AP). L'ouverture de la procédure est ainsi réglementée de manière exhaustive et uniforme par le droit fédéral.

L'organisation de l'autorité de conciliation par contre, conformément au principe selon lequel il convient d'intervenir le moins possible dans l'organisation judiciaire des cantons – demeurera du ressort de ces derniers. Néanmoins, les *effets* de l'ouverture de la procédure de conciliation sont réglementés par le droit fédéral : par exemple le début de la *litispendance* (art. 206, al. 1 et 208 s. AP).

- Un problème similaire de recoupement entre *organisation judiciaire* et *procédure* se pose à propos des *voies de droit*. Il va de soi qu'une véritable uniformisation du droit doit définir de manière exhaustive *les recours admis* – ce qui détermine d'emblée le *nombre des instances de recours*. L'avant-projet prévoit à quelques exceptions près – elles existent déjà³⁰ – le principe de la « *double instance* ». Les voies de droit amènent d'un tribunal de première instance à la juridiction cantonale supérieure, tel que le veut la règle actuelle. Par contre, l'avant-projet exclut un triple degré de juridiction. Même la concession faite aux cantons possédant un tribunal de commerce – selon laquelle il est possible d'attribuer certains litiges *en première instance* à une juridiction supérieure *spécialisée*, de sorte qu'un *troisième* degré de juridiction entre pour ainsi dire en ligne de compte en tant qu'instance de recours – n'établit pas une exception au principe de la « *double instance* » (voir à ce sujet les commentaires relatifs à l'art. 5 AP).

³⁰ Il s'agit d'une part des cas dans lesquels le droit fédéral prescrit aujourd'hui aux cantons de n'instituer qu'une seule instance cantonale; voir à ce propos l'art. 4 AP. Par ailleurs, l'avant-projet prévoit la possibilité de faire appel directement à la plus haute juridiction cantonale ; voir art. 6 AP.

3.2.4 Applicabilité et contrainte dogmatique

Au cours de ses travaux, la commission d'experts n'a jamais perdu de vue que l'avant-projet serait mesuré à l'aune des *besoins des praticiens*. Les discussions ont néanmoins montré clairement qu'il ne s'agit pas simplement des « besoins des avocats » d'une part et des « besoins des tribunaux » de l'autre, mais que même à l'intérieur de chaque groupe, l'on rencontre les points de vue très différents.

Les propositions de la commission d'experts - par exemple celles concernant l'organisation de la procédure ordinaire, l'organisation de la procédure spéciale, les voies de droit ou les délais - sont de ce fait le résultat d'un débat approfondi et contradictoire. Les membres de la commission ont eu à cœur de souligner dans l'avant-projet les points de controverse en recourant aux variantes (voir notamment les art. 215, 292-293 ainsi que l'art. 296 AP). Les points de controverse ont ceci en commun qu'ils mettent en lumière le problème central qui est celui du droit de procédure civile, à savoir l'antinomie des objectifs : d'une part mener le procès rapidement et à moindre frais et empêcher les prolongations de procédure, de l'autre résoudre le litige de la manière la plus juste et sur la base de la vérité matérielle. Un exemple typique à ce propos est la question de la maxime éventuelle à laquelle les divers codes cantonaux de procédure civile actuellement en vigueur donnent des réponses très différentes.

En définitive, l'avant-projet propose sur les points névralgiques des *solutions médianes*³¹. Néanmoins, selon le point de vue où l'on se place, elles peuvent apparaître pour certains d'une sévérité procédurale excessive, pour d'autres comme des solutions trop laxistes. Cela ne fait que souligner le fait que sur ces questions centrales, les réponses ne sont pas « justes ou fausses », mais qu'il s'agit toujours de *jugements de valeur* qui ont par exemple été tranchés en faveur de l'établissement (de la vérité) des faits, dans le cas des procès concernant les rapports de travail³² ou davantage encore dans les affaires relatives aux intérêts des enfants³³ (« procès civil social »).

Pour des raisons pratiques, une législation se doit également d'être la plus « mince » possible. L'avant-projet prend en compte cette nécessité en optant pour une *structure systématique cohérente*. Plus précisément, les dispositions générales (Partie 1 de l'AP) ont aussi une application générale, c'est-à-dire s'appliquent fondamentalement à toutes les procédures. La partie spéciale (Partie 2 : Dispositions spéciales applicables aux différents genres de procédure, ainsi qu'aux recours) peut de ce fait se limiter à 133 articles seulement.

L'unification ne se traduira pas uniquement par la disparition d'innombrables normes du droit fédéral (voir annexe à l'AP), mais aussi de l'ensemble du droit concordataire dans le domaine de la procédure civile, ainsi que - tout particulièrement - de quelque 10 000 prescriptions figurant dans les 26 lois d'introduction et codes cantonaux de procédure civile. Il s'agit là d'une simplification et d'une épuration colossales du droit de procédure suisse !

L'avant-projet entend par ailleurs laisser une *marge de manoeuvre pratique* la plus large possible au tribunal saisi. C'est pour cette raison que dans de nombreux do-

³¹ Voir par ex. la proposition de la commission d'experts concernant la *restitution* (art. 143, al. 1 AP).

³² Art. 241, al. 2 AP.

³³ Voir art. 252 AP.

maines, la formulation reste délibérément ouverte³⁴. Par contre lorsque des prescriptions précises sont requises, par exemple à propos de la définition du genre de procédure, l'avant-projet établit des dispositions claires et sans ambiguïté³⁵.

Enfin, l'avant-projet prend en compte la revendication légitime d'un « *procès civil social* » en particulier avec la procédure simplifiée (art. 237 ss). L'accès au tribunal s'en trouvera considérablement facilité dans les domaines concernés, tels que le droit du travail, le droit du bail à loyer et du bail à ferme ainsi que le droit de la consommation.

3.2.5 Les procédures civiles cantonales ou étrangères : des modèles ?

L'avant-projet ne s'inspire ni d'un code étranger, ni d'un code cantonal de procédure civile. En effet, la commission d'experts a décidé de concevoir un code de procédure civile aux caractéristiques propres. Néanmoins, le résultat de ses travaux s'appuie très nettement et étroitement sur l'actuel droit cantonal de procédure civile, ceci pour les raisons suivantes :

- D'abord, la plupart des lois cantonales *concordent fondamentalement* sur de nombreux points. Ces points communs sont l'expression d'une *longue tradition juridique suisse* que poursuit l'avant-projet.

Par exemple le principe selon lequel le tribunal ne peut pas adjuger à une partie plus ou autre chose que ce qu'elle demande, mais pas moins non plus que ce que reconnaît la partie adverse (*maxime de disposition*). Par ailleurs, il est en principe du devoir des parties de soumettre au tribunal les faits du litige et d'en administrer la preuve (*maxime des débats*). Ces deux principes classiques ont été intégrés à l'avant-projet en tant que règles structurant le procès. Ils constituent l'épine dorsale de la procédure civile.

- Malgré la concordance sur les grands principes, les codes cantonaux présentent des différences sur de nombreux points de procédure pour ainsi dire « de second ordre ». La commission a eu là en quelque sorte les "coudées franches".

Chaque canton y trouvera donc de nombreuses règles qui lui sont déjà familières, mais aussi d'autres qui seront pour lui nouvelles. Ainsi, les dispositions sur la protection rapide dans les cas clairs (art. 266 ss AP) ne seront pas une nouveauté pour les juristes zurichois et lucernois, alors que les codes de procédure civile de Bâle-Ville et de Bâle-Campagne ne connaissent pas cette institution. En revanche, le système des *griefs formels* ("Gravamen") en rapport avec l'appel (voir les commentaires relatifs à l'art. 290 AP) sont bien connus à Bâle, alors qu'un autre système est applicable dans d'autres cantons. Les prescriptions sur la *déposition des parties* (voir art. 186 AP) ne seront pas inconnues dans le canton de Berne (bien que ce moyen de preuve y soit réglé autrement dans les détails), alors que d'autres cantons, comme Genève, les ignorent totalement. En revanche, les juristes saint-gallois retrouveront dans l'avant-projet une grande partie de leurs propres prescriptions à ce sujet.

³⁴ Voir par ex. entre autres art. 150, 152, al. 2, art. 215, al. 2, let. a, art. 217 AP.

³⁵ Voir par ex. art. 259/260 AP.

Ces exemples le montrent de manière claire : l'unification du droit de la procédure civile requiert *flexibilité et disposition* à s'engager dans une nouvelle voie, sans qu'il faille bien entendu rompre avec la tradition.

- Des *motifs politiques* s'opposent également à ce que l'on choisisse un code cantonal de procédure civile parmi d'autres comme modèle. La mise en minorité de tous les autres cantons se traduirait inévitablement par une opposition à l'unification du droit.
- Des avantages *linguistiques* parlent également en faveur de la création d'une loi nouvelle et indépendante de tout modèle: elle fera l'objet d'une interprétation autonome et uniforme - à la différence de la situation juridique actuelle où les cantons certes utilisent souvent les mêmes notions, mais ne leur donnent pas toujours le même contenu³⁶. Ces disparités se sont également fait jour dans les discussions au sein de la commission d'experts. La loi fédérale de procédure civile s'accompagnera d'une uniformisation des notions. La commission d'experts a attaché une grande importance à une langue claire et simple, objectif auquel les services linguistiques de la Chancellerie fédérale ont contribué grandement.
- La commission a également fait preuve de retenue quant à la reprise d'*institutions juridiques étrangères*. Elle a par exemple renoncé à « greffer » sur le code suisse la *class action* du droit anglo-saxon. En effet, notre culture part du principe que le droit de mener une procédure en tant que partie est étroitement lié à la propre prétention matérielle (alléguée). Les possibilités offertes par la consorité et les actions des organisations suffisent ici largement (voir également les commentaires relatifs à l'art. 79 AP).

Il en va de même de la *médiation*. L'avant-projet tient compte de la médiation à différentes reprises, par exemple en rapport avec la suspension des procédures (art. 116, al. 1 AP) ou avec le droit de refuser de collaborer à l'administration des preuves (art. 157, al. 1, let. c AP). Par contre, l'avant-projet ne prévoit pas l'application de la médiation dans la procédure judiciaire, contrairement à ce que prévoient partiellement des ordres juridiques étrangers.

D'autre part, certaines institutions juridiques présentes dans les codes étrangers ont été intégrées à l'avant-projet lorsqu'elles correspondaient à un réel besoin chez nous. C'est le cas par exemple de *l'exécution de titres authentiques*. Mais là non plus, l'avant-projet ne se contente pas de reprendre la réglementation étrangère - par exemple celle de l'Allemagne - mais il l'adapte au système éprouvé du droit de la poursuite pour dettes et de la faillite (voir les commentaires relatifs aux art. 337 ss AP).

La question du contenu concret de la future loi fédérale de procédure civile pose des problèmes spécifiques - non de technique juridique, mais de politique juridique - partout où il n'y a pas encore de droit cantonal « commun » de procédure civile. C'est la raison pour laquelle la constatation de l'éminent spécialiste allemand du droit de procédure civile FRIEDRICH STEIN demeure d'une grande actualité : « *Jede Zivilprozessreform muss sich das Ziel setzen, ein Verfahren zu schaffen, das, wenn auch*

³⁶ Par ex. le droit d'interpeller du juge ou la déposition des parties comme moyens de preuve. En outre, le terme de « Beschwerde » désigne un recours extraordinaire dans de nombreux cantons - mais pas dans le code de procédure civile du canton d'Argovie par exemple. Voir Bühler/Edelmann/Killer, § 335, n. 14 s.

nur für eine bestimmte Kultur- und Wirtschaftsperiode, allen Anforderungen und Interessen gerecht wird. Da diese nun miteinander im Widerspruch stehen und mit den stets wechselnden Anschauungen über den Staat und seine Aufgaben aufs engste zusammenhängen, so hat das Problem eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Suchen nach dem perpetuum mobile. Es scheint sicher, dass die Aufgabe niemals restlos gelöst werden wird, und bemühen sich Generationen und Generationen immer wieder von neuem um die Prozessreform. »³⁷ [Toute réforme de la procédure civile doit avoir comme but d'établir une procédure qui tienne équitablement compte de toutes les exigences et de tous les intérêts en jeu, même si ce n'est que pour une période culturelle et économique déterminée. Ces exigences et ces intérêts étant en contradiction réciproque et en relation extrêmement étroite avec la conception de l'Etat et de ses tâches - notions en évolution constante -, cet objectif s'apparente à la recherche du mouvement perpétuel. Il s'agit donc là d'un problème qui ne saurait jamais être entièrement résolu, puisque chaque génération a sa propre conception de la procédure civile.]

La première étape essentielle de la réforme de la procédure civile en Suisse sera de trouver un dénominateur commun.

3.2.6 Les coûts de la justice en tant qu'aspect matériel de la législation

Outre les questions de principe déjà abordées (voir ci-dessus ch. 3.2.5), le coût de la justice pour l'Etat est actuellement l'un des principaux aspects matériels de la législation. Nul ne saurait contester qu'une jurisprudence de qualité implique des coûts pour la collectivité que les émoluments pour les décisions judiciaires ne peuvent pas couvrir, bien qu'il n'existe aucune étude à ce sujet en Suisse. Raison de plus pour que non seulement du point de vue du particulier, mais aussi de l'Etat, la création de procédures rapides et économiques soit aussi un objectif prioritaire. L'avant-projet en tient compte à différents égards³⁸.

Les frais de justice dépendent de plusieurs facteurs, dont le nombre de personnes qui constituent le tribunal appelé à statuer (voir ci-dessus ch. 3.2.3). La question se pose donc de savoir quelles doivent être les *procédures gratuites* (« procès civil social »). Sur ce point, la commission d'experts propose des réglementations qui correspondent en grande partie aux prescriptions actuelles du droit fédéral (voir commentaires relatifs aux art. 103 et 104 AP). La commission d'experts n'a pas estimé nécessaire de remettre déjà en question les décisions politiques du Parlement, dont certaines sont très récentes³⁹. Elle ne propose pas non plus d'innover sur l'*assistance judiciaire gratuite* (art. 105 ss AP), mais de reprendre pour l'essentiel la jurisprudence du Tribunal fédéral et la pratique en vigueur (voir commentaires relatifs aux art. 105 ss AP). Par contre, elle a veillé à ce que les

³⁷ Stein, p. 46.

³⁸ Voir par ex. les règles applicables dans les domaines les plus divers qui adoptent cet objectif sous une forme ou une autre : art. 99, 115, 123 al. 1, art. 185 al. 2, art. 190, 196, al. 1, art. 212, 229, al. 1, art. 231, 238 s., art. 266, al. 1 AP.

³⁹ Par ex. à propos de la limite à 30 000 francs de la valeur litigieuse applicable aux frais de tribunal dans les litiges résultant du contrat de travail conformément à l'art. 343, al. 3 CO, en vigueur depuis le 1^{er} juin 2001.

avances des frais de tribunal n'aient pas de répercussions prohibitives pour les justiciables (voir art. 87, al. 1 et art. 88, al. 3 AP).

L'introduction de *tribunaux* spéciaux réservés aux *familles* a été un sujet de discussions régulier au cours des dernières années. Cette proposition avait été faite par le Conseil fédéral dans le cadre de la révision du droit du divorce⁴⁰. Elle n'a pas obtenu la majorité en première lecture devant le Parlement. La commission d'experts s'est également penchée sur la question et estime toutefois qu'il est plus judicieux de traiter cette question dans le cadre de la révision en cours du droit de la famille (droit de la tutelle).

4. Considérations de droit comparé

Comme le montre un tour d'horizon de la question dans les pays voisins, l'unification du droit de procédure civile est marquée dans chaque Etat par des données de politique juridique très différentes. Mais nulle part, elle n'a attendu aussi longtemps qu'en Suisse.

En *Autriche*, l'unification du droit de procédure civile a été effectuée en large part dès le XVIII^e siècle. L'actuel code de procédure civile date du 31 décembre 1897 ; modifié plusieurs fois depuis, il est encore en vigueur aujourd'hui.

En *France*, l'unification résulte de l'introduction du code de procédure civile du 24 avril 1806. Ses innovations - par exemple l'influence considérable des parties sur la procédure, le principe de disposition, le caractère oral et public de la procédure, la libre appréciation des preuves ainsi que le recul de la maxime éventuelle - influencent aujourd'hui encore les codes de procédure civile des cantons francophones et du canton du Tessin. Ce n'est qu'à la suite de diverses révisions effectuées au XX^e siècle et surtout de la révision de 1992 qu'un nouveau code de procédure civile a été introduit en plusieurs étapes en France (le « nouveau Code de procédure civile »).

En *Italie*, le droit de procédure civile a été unifié par le code de procédure civile de 1865. Ce code a été remplacé en 1942 par une nouvelle codification, encore en vigueur actuellement avec certaines modifications.

En *Allemagne*, le droit de procédure civile a été unifié avant même le droit matériel. Le code allemand de procédure civile date du 30 janvier 1877 ; il est entré en vigueur quelque vingt ans avant le code civil allemand et est applicable aujourd'hui encore - avec de nombreuses modifications. La modification la plus importante a été apportée récemment par la loi de réforme de la procédure civile du 27 juillet 2001, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002. Cette révision a profondément modifié les voies de recours. Elle avait essentiellement pour but de renforcer la première instance.

C'est également un objectif que poursuit l'avant-projet. En effet, un renforcement de l'instance inférieure est le meilleur moyen de décharger l'instance cantonale supérieure et au bout du compte le Tribunal fédéral. La limitation du droit d'invoquer faits et moyens de preuve nouveaux en procédure de deuxième instance a pour but d'empêcher que les procédures traînent en longueur et voient leur coût augmenter, ce qui n'est pas dans l'intérêt des parties, surtout pas des plus faibles économiquement.

⁴⁰ Voir FF 1996 I 1 ss, 157 s.

Les codes de procédure civile européens se sont influencés réciproquement – dans une mesure différente toutefois⁴¹. Ainsi, le premier code moderne de procédure civile de Suisse, celui du canton de Genève (loi sur la procédure civile du 29 septembre 1819) – pour sa part déjà fortement inspiré du code français de procédure civile - a influencé le code de procédure allemand aujourd'hui encore en vigueur⁴². En Suisse également, quelques lois de procédure civile en ont considérablement influencé d'autres⁴³.

Dans l'ensemble, la Suisse offre au droit de procédure civile un véritable terrain d'expérimentation grâce à quelque 200 ans de pratique législative des cantons telle qu'on ne le rencontre nulle part ailleurs en Europe, du moins dans plusieurs langues⁴⁴. Elle dispose aussi d'une solide expérience quant aux avantages et aux inconvénients des différents systèmes, institutions et réglementations. La commission d'experts a donc pu se livrer à des réflexions de droit comparé *en premier lieu* sur la base des lois cantonales de procédure civile, toujours en référence à des problèmes concrets. Le principal objectif était de reprendre dans l'avant-projet ce qui avait déjà *fait ses preuves dans les cantons* et, en cas de réglementations différentes, de se fonder surtout sur des points de vue pragmatiques et axés sur la pratique.

Le volume de l'avant-projet répond lui aussi à la tradition suisse : il est sensiblement plus court que tous les codes de procédure civile des Etats voisins. Le fait que bon nombre de codes étrangers contient également l'ensemble des dispositions relatives à l'exécution des créances portant sur une somme d'argent n'y change rien.

⁴¹ Voir sur l'ensemble du sujet notamment Habscheid (éd.); Storme, p. 117 ss; à propos des influences étrangères sur les lois cantonales de procédure civile, voir Sutter, Weg zur Rechtseinheit, p. 124 ss.

⁴² Plus précisément par le biais du code de procédure civile de Hanovre de 1850. A propos de l'influence de la loi genevoise à l'étranger, notamment en Hollande, voir Schurter/Fritzsche, vol. II/1, p. 47. Les derniers résultats de la recherche ont montré aussi une influence sur d'autres lois étrangères de procédure civile comme celles de l'Argentine ou de la Bulgarie; voir entre autres à ce propos Stürner, p. 31, n. 95 et p. 35, n. 119.

⁴³ Voir à ce propos Sutter, Weg zur Rechtseinheit, p. 124 ss.

⁴⁴ C'est également l'appréciation de spécialistes étrangers, tel Dahlmanns, p. 2756.

Partie spéciale

Commentaire article par article

Remarque préliminaire

Le plan et les titres de cette partie du rapport sont conformes à l'avant-projet.

Partie 1 Dispositions générales

Titre 1 Objet et champ d'application

Art. 1

La loi fédérale de procédure civile règle la compétence et la procédure dans les *affaires civiles* (al. 1). Sont considérés comme telles d'une part les litiges de droit civil, mais aussi les affaires civiles de la juridiction gracieuse ou non litigieuse. La notion d'affaire civile recouvre sur ce point celle de l'article 43 OJ. Enfin, toutes les affaires relevant du droit de la poursuite pour dettes et de la faillite sur lesquelles un tribunal doit statuer sont des affaires civiles⁴⁵.

Le champ d'application de la loi porte sur les affaires civiles de *droit fédéral et cantonal*, à l'inverse de l'actuelle LFors qui ne concerne en principe que les affaires civiles de droit fédéral⁴⁶. Il convient par ailleurs de noter que la PCS règle aussi la compétence des tribunaux, en plus de la procédure. Il ne s'agit toutefois que de la compétence à raison du lieu, réglementée aux articles 7 à 42, la LFors actuelle ayant été largement reprise dans l'avant-projet. La compétence à raison de la matière est par contre laissée en principe au droit cantonal (art. 2, al. 1; pour les exceptions, voir le commentaire relatif aux art. 4 ss).

La PCS règle la compétence et la procédure uniquement pour les procès *devant les instances cantonales* - donc pas devant les tribunaux de la Confédération, et en particulier pas devant le Tribunal fédéral. La LTF, actuellement en discussion devant le parlement, est à cet égard déterminante.

La loi s'applique également à *l'arbitrage interne*, rendant ainsi obsolète le concordat sur l'arbitrage (voir le commentaire relatif aux art. 344 ss). L'incorporation de l'arbitrage interne dans la nouvelle loi se justifie essentiellement par le fait qu'au cours des deux dernières décennies, tous les cantons ont adhéré à ce concordat, posant ainsi la base d'une solution légale au niveau suisse.

Bien que de droit public quant au fond⁴⁷, le *droit de la tutelle* (art. 360 à 455 CC) est considéré, d'un point de vue purement formel, comme du droit civil. Néanmoins, l'avant-projet ne s'applique pas d'emblée dans ce domaine car, selon l'article 373 CC - auquel la commission d'experts n'a pas touché -, le règlement de la procédure est

⁴⁵ Voir la classification établie par Amonn/Gasser, § 4, n. 47 ss.

⁴⁶ Voir Spühler/Vock, GestG, art. 1 n. 2; BSK-Claudia Meyer, art. 1 LFors, n. 4.

⁴⁷ Voir Riemer, p. 33; ATF 96 I 408/09, 100 Ib 114 s.; BSK-Ernst Langenegger, remarques préliminaires aux art. 360 à 456 CC, n. 7 ss.

du ressort des cantons. Dans bon nombre d'entre eux, les procédures de tutelle (interdiction, etc.) relèvent de la procédure administrative, alors que certains autres les soumettent à leur code de procédure civile. Les cantons conservent cette autonomie en matière de procédure : ils doivent uniquement remplacer les éventuels renvois à leur propre code de procédure civile par un renvoi à l'avant-projet. Le droit de la tutelle fait actuellement l'objet d'une révision totale. On examinera également lors de cette révision dans quelle mesure et comment la procédure doit être unifiée.

L'**alinéa 2** réserve les dispositions des traités internationaux et du droit international privé. La réserve concernant les traités internationaux est évidente en vertu de la primauté du droit international public ; elle est donc uniquement de nature déclaratoire. Il existe une multitude de traités bilatéraux sur le droit de procédure civile, par exemple les diverses conventions de La Haye sur la procédure probatoire, l'accès à la justice, les notifications, la compétence en matière de protection des mineurs, de reconnaissance du divorce et de séparation des époux, de reconnaissance et d'exécution de décisions en matière de devoir d'entretien à l'égard des enfants, etc. Les conventions concernant l'immunité des Etats, l'immunité diplomatique et consulaire ont également leur importance. La convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CLug) a ici la plus grande importance en pratique, surtout quant aux questions de compétence et d'exécution⁴⁸.

En revanche, la réserve portant sur la LDIP est une réserve au sens propre du terme. En vigueur depuis presque quinze ans, la LDIP a donné de très bons résultats. On peut néanmoins se demander s'il ne faut pas intégrer l'arbitrage international à la PCS, comme c'est le cas de l'arbitrage interne. Il convient de répondre à cette question par la négative : les tribunaux d'arbitrage international sont justement ceux qui ont le plus besoin de pouvoir choisir librement la procédure et limiter les possibilités de recours. Sans oublier le fait que la LDIP bénéficie aujourd'hui d'une grande confiance au niveau international. La réserve de la LDIP s'applique donc aussi pour l'arbitrage international.

L'**alinéa 3** pose un principe majeur : l'organisation des tribunaux demeure du ressort des cantons (voir également art. 122, al. 2 Cst.). En effet, les cantons présentent des différences telles en matière de tradition, de culture, d'économie ou de superficie qu'il serait irréaliste et même impossible de prescrire la même organisation des tribunaux pour la Suisse tout entière. Les cantons doivent par exemple rester libres d'instituer - selon les besoins - des tribunaux spéciaux (par ex. les tribunaux de commerce, des prud'hommes ou des baux) ou d'attribuer les litiges en première instance à des juges uniques ou à des tribunaux collégiaux.

L'avant-projet ne prévoit que peu d'exceptions à ce principe. Il découle par exemple de la règle des recours (art. 3 et 286 ss) que les cantons doivent avoir une instance inférieure et une instance supérieure. En outre, les cantons sont tenus de mettre en place des autorités de conciliation judiciaire - parfois paritaires (voir art. 194 s.). Même les dispositions ponctuelles de l'avant-projet sur la compétence à raison de la matière ont des répercussions sur l'organisation judiciaire (art. 4 ss).

Il demeure également du ressort des cantons de définir l'éligibilité des membres des tribunaux et de déterminer l'organe électoral, la durée de fonction et la responsabilité. Par contre les règles applicables à la récusation sont définies uniformément par

⁴⁸ RS 0.275.11.

l'avant-projet (art. 43 ss) car elles concrétisent le principe constitutionnel de l'indépendance du tribunal (art. 30, al. 1 Cst., art. 6, ch.1 CEDH)⁴⁹.

Titre 2 Compétence des tribunaux et récusation

Chapitre 1 Compétence à raison de la matière et de la fonction

Art. 2

La compétence des tribunaux à raison de la matière est étroitement liée à l'organisation des tribunaux. Elle est donc également réservée au droit cantonal (**al. 1**). L'avant-projet prend nettement position en faveur du fédéralisme quant à l'organisation judiciaire et à la compétence à raison de la matière.

Toutefois, il est des domaines dans lesquels la compétence à raison de la matière doit être uniformément déterminée par le droit fédéral, par exemple lorsqu'il s'agit de procédures particulières. C'est le cas des litiges portant sur le droit de la propriété intellectuelle (art. 4). Dans d'autres domaines également, l'avant-projet ne règle pas seulement la compétence à raison du lieu, mais aussi à raison de la matière : il s'agit de la demande reconventionnelle (art. 80), du cumul d'actions subjectif et objectif (art. 13, 84) et de l'appel en cause (art. 14, 71).

L'avant-projet contient, à l'article 346, une autre prescription uniforme de compétence à raison de la matière au sujet de l'arbitrage interne. Il y est prescrit que les tribunaux cantonaux supérieurs sont compétents pour certaines actions en procédure arbitrale, par exemple pour recevoir la sentence en dépôt et attester son caractère exécutoire. De même en cas de difficultés de constitution du tribunal arbitral (art. 352).

Les cantons peuvent déterminer le montant de la valeur litigieuse pour la compétence à raison de la matière en première instance (juge unique ou tribunal collégial). La présente loi régit par contre le calcul de la valeur litigieuse (**al. 2**; voir art. 83 ss).

Art. 3

Cette disposition établit le principe de la « double instance », déjà ancré dans la LTF. Selon ce principe, toute décision d'un tribunal de première instance peut être déférée devant une instance de recours cantonale, indépendamment du fait que le tribunal de première instance est un tribunal d'instance inférieure ou supérieure. Cela signifie par exemple qu'il doit y avoir une instance de recours cantonale (par ex. un tribunal cantonal de cassation, un tribunal spécial ou une chambre spéciale du tribunal supérieur) pour les décisions des tribunaux cantonaux de commerce qui, en qualité de tribunaux de première instance, se situent au second niveau hiérarchique. Il doit donc y avoir en principe aussi une instance de recours contre les décisions prises en première instance par des tribunaux cantonaux supérieurs, essentiellement dans le but de décharger le Tribunal fédéral. L'avant-projet ne déroge à ce principe que dans deux cas : pour les litiges portant sur le droit de la propriété intellectuelle (c'est-à-dire

⁴⁹ Fabienne Hohl, Procédure civile I, chap. II, n. 73 s.

les décisions de l'instance cantonale unique, art. 4) et l'action directe devant la juridiction supérieure (art. 6).

Art. 4

Le droit fédéral actuel prescrit déjà aux cantons de soumettre les actions en matière de droit de la propriété intellectuelle à une instance cantonale unique (voir art. 76 LBI, art. 55, al. 3 LPM, art. 37 LDes, art. 42 de la loi sur la protection des obtentions végétales, art. 64, al. 3 LDA, art. 14, al. 1 LCart et art. 23 LRCN). Il s'agit en effet de matières spéciales dont seule une instance cantonale unique peut avoir la maîtrise juridique et professionnelle, essentiellement pour des raisons de personnel. L'**alinéa 1** reprend pour l'essentiel cette situation juridique (**let. a, b et d**). Il apporte néanmoins un élément nouveau : la compétence doit être donnée à un tribunal cantonal *supérieur*. Ce choix répond à la complexité fréquente des procès et renforce l'acceptation des décisions.

La réglementation actuelle est en outre complétée par deux objets étroitement liés au droit de la propriété intellectuelle, à savoir les litiges selon la LCD (**let. c**) et les litiges en relation avec l'usage d'une raison de commerce (**let. e**; voir art. 944 à 956 CO).

Le montant de la valeur litigieuse ne joue en principe aucun rôle. La valeur litigieuse doit être supérieure à 20 000 francs uniquement pour les litiges selon la LCD. Les procès de plus petite importance constituent en général des litiges de droit de la consommation soumis à la procédure simplifiée (moins onéreuse) (art. 237).

Dans les domaines en question, les *mesures provisionnelles* jouent un rôle déterminant car dans bien des cas, elles préjugent de la décision finale sur le fond. Citons par exemple la confiscation de marchandises qui sont commercialisées en violation du droit d'auteur. La compétence du tribunal inférieur, par exemple d'un juge d'arrondissement, rallongerait ici quelque peu la procédure (morcellement de la procédure déjà complexe). C'est au contraire la compétence du tribunal cantonal supérieur qui s'impose, et cela dès les mesures provisionnelles requises avant litispendance de la cause au principal (**al. 2**)⁵⁰.

La création d'un tribunal fédéral (central) des brevets est également en discussion en Suisse. Il s'agit d'une question d'importance, qui ne relève néanmoins pas du mandat de la commission d'experts⁵¹.

Art. 5

La juridiction commerciale joue un très grand rôle dans les quatre grands cantons du Plateau suisse (Zurich, Berne, Argovie et St-Gall) et s'est avérée excellente dans la pratique. Le grand avantage des tribunaux de commerce réside dans la coopération entre magistrats professionnels de haute instance et juges de commerce non-professionnels, spécialisés dans différentes branches (tribunal professionnel). S'ajoute à cela le fait que les tribunaux de commerce se situent au sommet de la hiérarchie des

⁵⁰ Voir Zürcher, *passim*.

⁵¹ Il existe un groupe de travail intitulé AIPPI-Ingres (présidé par Christian Hilty) qui effectue les recherches requises à ce propos, en collaboration avec l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle et l'Office fédéral de la justice.

tribunaux cantonaux, ce qui favorise davantage encore l'acceptation de leurs jugements.

L'avant-projet laisse les cantons libres d'instituer au besoin des tribunaux de commerce (**al. 1**). Cependant, ces tribunaux correspondent à un réel besoin uniquement dans les cantons de grande et moyenne importance. De même, on ne peut plus imaginer les quatre cantons cités - y compris d'un point de vue international - sans leur juridiction commerciale.

La compétence à raison de la matière de ces tribunaux cantonaux spécialisés (les tribunaux de commerce) est déterminée d'après trois critères courants : premièrement le lien du litige à l'exploitation commerciale ou industrielle d'une partie (**let. a**), deuxièmement une valeur litigieuse minimale (**let. b**) et enfin certaines caractéristiques du défendeur (**let. c**) : inscription dans un registre ou acceptation tacite.

En imposant une valeur litigieuse minimale de 30 000 francs, l'avant-projet place la barre sensiblement plus haut que le droit cantonal actuel - conformément à la tendance générale (par ex. dans la LTF). Ainsi, dans les cantons d'Argovie et de Zurich, cette valeur litigieuse minimale est aujourd'hui de seulement 8 000 francs (art. 404 ZPO/AG, § 62, al. 1 GVG/ZH) ; elle est par contre de 30 000 francs (comme dans l'avant-projet) dans les cantons de Berne (art. 5 ZPO/BE) et St-Gall (art. 14 ZPO/SG).

Il est également judicieux de soumettre à la juridiction spécialisée concernée toutes les actions en responsabilité en relation avec une société commerciale ou une société coopérative (**al. 2**). Outre la responsabilité traditionnelle des conseils d'administration (art. 752 ss CO), la responsabilité de l'auteur du prospectus d'émission et la responsabilité pour la révision (voir art. 752, 755 CO) entrent aussi dans cette catégorie. Il en va de même des litiges touchant les sociétés en commandite par actions et les SARL.

En sa qualité de juridiction spécialisée, la juridiction commerciale repose sur le fait que la constatation des faits n'est soumise à aucun examen complet d'une instance de recours (**al. 3**). Les jugements de ces tribunaux spécialisés, y compris leurs décisions sur les mesures provisionnelles, ne seront donc attaquables au niveau cantonal que par un recours conformément aux articles 310 ss. Seules les violations du droit sont donc librement réexaminées. La constatation des faits par contre ne peut être revue que sous l'angle de l'arbitraire.

Art. 6

Cet article prévoit la possibilité de proroger la compétence à raison de la matière auprès de l'instance cantonale supérieure. Le demandeur peut donc, avec l'accord de l'autre partie, porter l'action directement devant l'instance cantonale supérieure (**al. 1**). Ce genre de possibilité a donné de très bons résultats dans certains cantons. Elle concerne ici tout particulièrement les cantons qui ne disposent pas de tribunaux de commerce, mais dans lesquels les parties veulent porter les litiges en question devant le tribunal cantonal supérieur afin d'accélérer la procédure. Fixée à 100 000 francs, la valeur litigieuse minimum est néanmoins relativement élevée en comparaison avec les réglementations cantonales actuelles et la réglementation de l'article 5. Cela se justifie néanmoins puisqu'il s'agit d'une compétence à raison de la matière extraordinaire.

Les décisions de l'instance cantonale supérieure désignée ne peuvent plus être déférées ensuite à une autre instance cantonale. Il en découle certes une entorse au principe de la double instance, mais c'est le prix à payer pour l'accélération de la procédure désirée par les parties.

Chapitre 2 Compétence à raison du lieu

Remarques préliminaires

L'avant-projet règle la compétence à raison du lieu aux articles 7 à 42. Ces articles correspondent pour l'essentiel à la LFors, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2001 seulement. Cette loi deviendra donc obsolète dès l'entrée en vigueur de la PCS et pourra être abrogée (voir chiffre 1 de l'annexe).

Les dispositions de la LFors et sa systématique ont été généralement reprises sans modification. La commission d'experts n'y a apporté que des modifications exceptionnelles et sur des points précis, que ce soit à des fins d'adaptation à l'avant-projet ou à des fins de précision ou de correction ponctuelle sur la base de l'expérience pratique. La commission d'experts est consciente que les fors judiciaires - d'un point de vue purement dogmatique - pourraient aussi suivre une autre systématique que celle de la LFors. Mais pour des raisons de concordance, elle a conservé l'ordre de la LFors, d'autant plus que celui-ci repose sur la systématique éprouvée et connue des grandes codifications du droit privé (CC, CO)⁵².

Dans la mesure où l'avant-projet reprend les dispositions de la LFors, il est inutile de les commenter dans le présent rapport. Nous renvoyons donc aux écrits déjà parus à ce sujet (voir bibliographie). Les divergences par contre feront l'objet de commentaires.

Art. 7

Cette disposition reprend la réglementation de l'article 2 LFors.

Art. 8

En conformité avec l'article 3 LFors, cette disposition établit le for général au domicile ou au siège du défendeur.

Il convient néanmoins d'attirer l'attention sur deux innovations utiles : les actions dirigées contre des sociétés en nom collectif ou en commandite (**al. 1, let. b**) ainsi que les actions intentées contre des cantons (**al. 1, let. d**) sont aussi soumises à la règle générale du for du siège, le siège du canton étant le chef-lieu du canton. Les lacunes que contenait la LFors à ce propos sont donc comblées.

⁵² Voir message relatif à la LFors, FF 1999 2602 s.

Art. 9 – 11

Ces dispositions correspondent aux articles 4, 5 et 33 LFors.

Pour des raisons de systématique, le for pour les mesures provisionnelles (art. 11) a été classé avec les dispositions générales sur la compétence à raison du lieu. Les cantons demeurent libres de désigner le tribunal saisi de l'action principale ou un juge unique pour le traitement des mesures provisionnelles. La compétence pour les mesures provisionnelles vaut également pour l'administration des preuves à titre provisionnel. Elles sont régies dans l'avant-projet à l'article 151 (conservation des preuves).

Art. 12

Cette disposition règle uniquement la compétence à *raison du lieu* pour la demande reconventionnelle, et non pas aussi ses conditions matérielles - cela à la différence de l'article 6 LFors. Les conditions attachées à la demande reconventionnelle figurent aux articles 80 et 237. Le for correspond au droit actuel.

Art. 13

Cette disposition correspond à l'article 7 LFors.

Art. 14

Cette disposition repose quant au fond sur l'article 8 LFors. Etant donné que l'avant-projet introduit l'appel en cause pour l'ensemble de la Suisse (art. 71 s.), la réserve du droit cantonal à ce propos devient inutile (voir en outre le commentaire relatif à l'art. 71).

Art. 15

Cette disposition correspond du point de vue du contenu à l'article 9 LFors. Les modifications apportées sont de nature rédactionnelle. Contrairement à la réglementation figurant dans la LFors, le télex, la télécopie et la messagerie électronique ne sont plus mentionnés expressément, mais restent implicitement compris.

Pour ce qui est du droit de décliner la compétence (**al. 4**), une formulation plus générale que dans la LFors a été ici choisie. Le tribunal désigné peut décliner sa compétence pour d'autres raisons que l'absence de lien territorial ou matériel suffisant avec le for élu, par exemple si le litige ne présente pas de lien économique ou personnel suffisant avec le for élu. L'alinéa 4 prévoit une possibilité, non une obligation. De ce fait, la pratique actuelle du tribunal de commerce zurichois consistant, sous certaines conditions (valeur litigieuse élevée, garantie des coûts), à décliner sa compétence pour des procédures qui lui sont prorogées, est compatible avec cette disposition⁵³.

Il convient de renvoyer à l'article 393 (dispositions finales). La validité d'une clause d'élection de for n'est pas nécessairement déterminée par l'article 15, mais par le droit en vigueur au moment de la conclusion de la convention d'élection de for. Cela peut être la LFors ou le droit cantonal applicable auparavant.

⁵³ Voir ZR 96 n° 53.

Art. 16

Cette disposition reprend le contenu de l'article 10 LFors. Par contre, la réserve « sauf disposition légale contraire » est supprimée. En effet, conformément à l'article 31 de l'avant-projet - à la différence de l'article 21 LFors -, l'acceptation tacite doit être également possible dans les procès sociaux. De l'avis de la commission d'experts, l'interdiction de l'acceptation tacite actuellement en vigueur dépasse de beaucoup son objectif de protection sociale adéquate (voir au surplus le commentaire relatif à l'art. 31).

Art. 17

Cette disposition correspond à l'article 11 LFors. Outre le tribunal, l'*autorité* est désormais également mentionnée. Souvent, la juridiction gracieuse est une activité administrative dans des affaires de droit civil, prise en charge dans de nombreux cantons par les autorités administratives⁵⁴. La PCS devrait maintenir cette possibilité.

Cette disposition ne concerne pas l'ensemble des actes notariés (voir également les remarques préliminaires concernant la juridiction gracieuse, art. 268 ss).

Art. 18

Cette disposition correspond à l'article 13 LFors.

Art. 19

Cette disposition correspond à l'article 14 LFors. Néanmoins, on parle désormais expressément d'« action » en rectification car le for est également pertinent pour certaines actions d'état⁵⁵.

Art. 20

Cette disposition reprend le contenu l'article 15 LFors. Elle est toutefois plus condensée (pas de liste explicite des actions comme dans la LFors, d'autant plus que ce genre de liste ne peut être que lacunaire).

Art. 21

Cette disposition correspond à l'article 16 LFors quant à son contenu.

⁵⁴ Voir Bühler/Edelmann/Killer, § 297, n. 1a.

⁵⁵ Voir BSK-Christian Schuhmacher, art. 14 LFors, n. 6.

Art. 22

Cette disposition correspond du point de vue du contenu à l'article 17 LFors. Elle a été toutefois simplifiée sur le plan rédactionnel.

La compétence ne vaut que pour les litiges relatifs à l'obligation d'entretien *indépendants*. Lorsque ces litiges interviennent dans le cadre de procédures relatives au droit matrimonial, d'actions en paternité ou de demandes d'aliments, les compétences sont réglées par les articles 20 et 21 - comme c'était le cas dans la LFors -, ceci pour des raisons d'unité et d'économie de procédure.

Art. 23

Cette disposition correspond quant au contenu à l'article 1, alinéa 2, lettre a LFors. Les règles applicables du CC demeurent donc déterminantes. Par exemple, les articles 180 (mesures de protection des enfants dans le cadre de procédures de protection de l'union conjugale), 275 (mesures nécessaires concernant les relations personnelles), 315a (mesures de protection de l'union conjugale en procédure matrimoniale) et 315b CC (modification des mesures prises par le juge concernant la garde des enfants et la protection des enfants). La réglementation de la compétence à raison du lieu dans le CC - donc hors de l'avant-projet - se justifie donc car elle est très étroitement liée au droit matériel.

Art. 24

Cette disposition correspond quant au fond à l'article 18.

Il convient néanmoins d'attirer l'attention sur une précision contenue à **l'alinéa 2** : l'action relative à l'attribution successorale d'une exploitation ou d'un immeuble agricole (art. 11 ss de la loi fédérale du 4 octobre 1991⁵⁶ sur le droit foncier rural ; LDFR) ne peut être portée devant le for alternatif du lieu de situation de l'objet que si elle est *indépendante*. En d'autres termes, elle ne doit pas contenir de conclusions successorales qui lui sont étrangères ou être en rapport avec une autre action successorale.

Art. 25

Cette disposition correspond à l'article 19 LFors. La nouvelle systématique a été dictée par des nécessités purement rédactionnelles.

Il convient de relever une précision figurant à **l'alinéa 2**, qui reprend la règle de l'article 19, alinéa 1, lettre c LFors : l'action doit se référer à des droits sur l'immeuble ; un pur lien de fait avec celui-ci ne suffit pas.

Art. 26

Cette disposition correspond du point de vue du contenu à l'article 20 LFors.

⁵⁶ RS 211.412.11.

Art. 27

Cette disposition innove sur un point essentiel par rapport à la LFors : les actions découlant d'un contrat ne doivent pas pouvoir être introduites uniquement au domicile du défendeur, mais aussi au lieu de l'exécution du contrat. La commission d'experts concrétise ainsi une préoccupation que le Conseil fédéral avait déjà formulée dans le cadre de l'élaboration de la LFors⁵⁷.

De l'avis de la commission d'experts, un for légal au lieu de l'exécution doit figurer dans tout code moderne de procédure civile⁵⁸. Non seulement on le trouve effectivement dans la plupart des codes nationaux d'Europe occidentale - bien entendu sous diverses formes -, mais il occupe une place de premier plan dans le droit international adopté au niveau européen (art. 5 ch. 1 CLug).

Ce for revêt surtout une grande importance dans les relations commerciales. Il permet de plus une économie de procédure car les mesures provisionnelles ainsi que d'éventuelles procédures d'administration des preuves sont plus faciles à réaliser sur le lieu d'exécution.

En cas de contrat bilatéral, le lieu d'exécution est déterminé d'après la prestation *caractéristique* afin d'éviter une séparation des fors. Cette disposition facilite surtout les choses en cas de dettes d'argent, considérées comme des dettes portables : il n'est effectivement pas acceptable de mettre à la disposition du créancier un for à son domicile lorsqu'il a qualité de demandeur (for du demandeur).

Il convient de souligner que le for du lieu de l'exécution ne vaut pas pour tous les types de contrat, puisque les fors légaux spéciaux – tels les fors des procès civils sociaux (contrats conclus avec des consommateurs, bail à loyer ou à ferme, droit du travail ; voir art. 28 ss) – priment sur le for du lieu d'exécution.

Art. 28

Cette disposition correspond à l'article 22 LFors.

La commission d'experts n'a pas remis en question la définition (étroite) du contrat conclu avec des consommateurs, car cette définition constitue un compromis issu d'un long débat parlementaire mené dans le cadre des délibérations sur la LFors.

Art. 29

Cette disposition correspond à l'article 23 LFors.

Il n'est pas nécessaire de mentionner expressément l'autorité de conciliation. En effet, d'après l'avant-projet, l'autorité de conciliation est également considérée comme un tribunal (art. 191).

La notion d'« action découlant d'un bail à loyer ou à ferme » doit être interprétée de manière restrictive : il ne s'agit donc que des actions découlant d'un contrat, et non pas celles découlant d'un acte illicite en vertu des articles 41 ss CO ou encore d'ac-

⁵⁷ Voir le message relatif à la LFors, FF 1999 2619 ss.

⁵⁸ Sur le for du lieu de l'exécution en général, voir Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 4, n. 45b ss.

tions en revendication ou possessoires, pas plus que d'actions découlant du droit des sociétés entretenant un rapport quelconque avec l'objet loué ou affermé.

Art. 30

Cette disposition correspond du point de vue du contenu à l'article 24 LFors.

Il est notamment insignifiant que le litige en question concerne une question de droit du travail du CO ou d'une loi spéciale⁵⁹.

Art. 31

Du fait de cette disposition, les fors des procès sociaux (art. 28 à 30) sont partiellement impératifs : la disposition répond sur ce point à l'article 21 LFors.

Il convient néanmoins de souligner une modification essentielle : contrairement à ce que prévoit la LFors, l'acceptation tacite sera possible. Par la suppression de son interdiction, l'avant-projet renonce à cette forme de mise sous tutelle du défendeur. L'article 61, l'interpellation par le tribunal (art. 51) ainsi que le principe du comportement conforme aux règles de la bonne foi (art. 47) empêchent que l'ignorance d'une partie ne soit exploitée.

La même règle figure dans le droit international européen (art. 18 CLug).

Art. 32

Cette disposition correspond à l'article 25 LFors. La commission d'experts reste attachée au for du domicile du demandeur en faveur de la personne lésée que le Parlement avait rajouté lors des délibérations sur la LFors.

Art. 33

Cette disposition est nouvelle. Pour les actions en dommages-intérêts consécutives à des mesures provisionnelles injustifiées, le tribunal compétent est celui du lieu où les mesures provisionnelles ont été prises ou celui du domicile du défendeur. Pour des raisons purement pratiques, le lieu où les mesures ont été ordonnées (art. 11) sera dans la plupart des cas le for le plus adéquat en pratique.

Jusqu'ici, treize cantons possédaient de telles dispositions dans leur code de procédure civile⁶⁰ ; le droit fédéral en contient également (voir par ex. art. 273 LP). Ce morcellement horizontal et vertical du droit disparaît grâce à l'article 33.

Cette disposition aura une influence déterminante sur le droit de la propriété intellectuelle. Dans un contexte de concurrence économique où chacun se bat pour obtenir une part de marché au détriment des autres, d'aucuns tentent d'utiliser les mesures provisionnelles pour obtenir des blocages de ventes et des interdictions d'utilisation (de marques, etc.), se ménageant ainsi des avantages commerciaux. Ce genre de situation est susceptible de provoquer des dommages considérables pour

⁵⁹ Par ex. LEg, loi sur la participation, LSE.

⁶⁰ Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 12, n. 223.

les personnes concernées. Il est donc justifié de créer une règle claire concernant les fors pour ce genre de prétentions.

Art. 34

Cette disposition correspond à l'article 26 LFors.

Art. 35

Cette disposition règle, par analogie à l'article 27 LFors, le for en cas de dommages collectifs. La commission d'experts propose une simplification : il n'y aura plus qu'*un seul* for (impératif) en cas de dommages collectifs, à savoir le lieu de l'accident. Le lieu de l'accident est le for le plus adéquat d'un point de vue pratique (proximité des éléments de preuve, pas de jugements contradictoires, bonne connaissance des dossiers et des lieux de la part du tribunal). Il permet donc de concentrer au mieux les procédures, évitant par-là même les complications procédurales.

La commission d'experts n'a pas défini avec plus de précisions la notion de « dommages collectifs » qui relève du droit de la responsabilité civile⁶¹.

Art. 36 et 37

Ces dispositions correspondent aux articles 28 et 29 LFors.

Art. 38

Cette disposition correspond à l'article 29a LFors, adopté dans le cadre de la loi sur la fusion⁶².

Art. 39

Le contenu de cette disposition correspond à celui de l'article 30 LFors. Pour plus de clarté, les polices d'assurance y sont mentionnées expressément. Ainsi, l'article 13, alinéa 1 LCA peut être abrogé.

Art. 40

Cette disposition correspond à l'article 31 LFors.

Art. 41

Cette disposition correspond quant au fond à l'article 32 LFors ; elle a été néanmoins considérablement simplifiée du point de vue rédactionnel.

⁶¹ De même dans le message relatif à la LFors, FF 1999 2628.

⁶² Voir le message relatif à la LFus.

Art. 42

Cette disposition poursuit deux objectifs : d'une part elle reprend la réserve actuelle concernant le for en faveur de la LP (voir art. 1, al. 2 let. b LFors), de l'autre elle permet de clarifier le point suivant : si la LP, à laquelle il est ici renvoyé, ne prévoit pas de for, la compétence à raison du lieu est déterminée par l'avant-projet.

La LFors établissait que la compétence à raison du lieu devait être définie par le droit cantonal si la LP ne prévoyait rien à ce sujet. Certains cantons se sont engagés sur cette voie. D'autres avis doctrinaux considéraient que les prescriptions de compétence de la LFors devaient dans ce cas être appliquées par analogie⁶³. L'article 42 de l'avant-projet rend cette controverse caduque.

En cas d'action fondée sur la LP, le for doit donc être déterminé en vertu de la LP. Si cette loi ne prévoit rien à ce sujet, la compétence à raison du lieu est déterminée en vertu du présent chapitre de l'avant-projet. Cette règle est applicable entre autres à l'action en reconnaissance (art. 79, al. 1 LP), à l'action en dommages-intérêts pour séquestre injustifié (art. 273 LP), à l'action en validation du séquestre (art. 279, al. 2 LP), à l'action en réintégration d'objets soumis au droit de rétention (art. 284 LP) et à l'action en revendication de la masse (art. 242, al. 3 LP).

Chapitre 3 Récusation

Art. 43

Cet article concrétise un principe constitutionnel selon lequel toute personne a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal indépendant et impartial (voir art. 30, al. 1 Cst.).

La clause générale se trouve dans la **phrase d'introduction** : il ne doit pas y avoir d'apparence de partialité. Il s'agit ici de la prévention subjective, par exemple lorsqu'un comportement déterminé du juge, considéré objectivement - il ne doit pas y avoir prévention effective du juge - donne l'apparence du parti pris⁶⁴.

L'article mentionne aux **lettres a à c** à titre d'exemples trois groupes de motifs représentatifs de la récusation : lien de parenté direct ou par alliance, tutelle, opinion préconçue.

Les motifs de récusation sont plus sévères par rapport aux dispositions cantonales actuelles. Cela apparaît par exemple dans le fait que l'obligation de récusation est prévue en cas de concubinage et maintenue après la dissolution du mariage.

Art. 44

Cette disposition règle en détail la procédure de récusation. Le magistrat ou le fonctionnaire judiciaire concerné doit faire état du motif de sa récusation en temps utile, c'est-à-dire avant d'agir, et doit se récuser lui-même (« auto-dénonciation » ; **al. 1**). Cette obligation vaut également pour l'expert qui constitue un auxiliaire du tribunal.

⁶³ BSK-Claudia Meyer, art. 1 LP, n. 1 ss; Spühler/Vock, LP, art. 1, n. 6.

⁶⁴ ATF 126 I 73.

La partie qui découvre un motif de récusation contre un magistrat ou un fonctionnaire judiciaire doit présenter la demande de récusation au tribunal (**al. 2**). Cette demande peut être écrite ou orale mais doit se faire sans attendre : si par exemple le motif de récusation est découvert au cours de l'audience, la récusation doit être demandée durant cette audience. En cas de retard, le droit de récusation est périmé. Le motif de récusation ne doit pas être pleinement prouvé, mais seulement rendu vraisemblable⁶⁵.

La nécessité d'établir uniquement la vraisemblance fonde la procédure sommaire, appliquée lors de la prise de décision du tribunal sur le motif de récusation (**al. 3**). La personne récusée ne participe pas à cette procédure. Les cantons doivent édicter une règle établissant qui doit décider de la récusation des juges uniques et de tous les membres des tribunaux collégiaux.

Art. 45

Le sort des actes de procédure auxquels a participé une personne tenue de se récusar pose un problème délicat. Selon l'**alinéa 1**, ces actes ne sont pas automatiquement annulés (et le cas échéant ultérieurement renouvelés). Il faut qu'une partie dépose une demande expresse d'annulation, au plus tard cinq jours après avoir eu connaissance du motif de récusation.

Une règle spéciale vaut pour les mesures probatoires non renouvelables : elles ne sont pas touchées par l'annulation - dans l'intérêt de la détermination de la vérité matérielle (**al. 2**) ; leur valeur probante atténuée peut être considérée dans le cadre de la libre appréciation des preuves (art. 150).

Une révision de la décision peut avoir lieu si un motif de récusation n'est découvert qu'après l'entrée en force d'une décision (**al. 3**).

Titre 3 Principes de procédure et conditions de recevabilité

Remarque préliminaire

Les propositions relatives aux principes de procédure et aux conditions de recevabilité correspondent dans une large mesure aux règles cantonales actuelles ou aux principes qui découlent en partie déjà de la constitution.

Chapitre 1 Principes de procédure

Art. 46

Cette disposition concerne deux aspects. D'une part l'**alinéa 1** établit - à titre de principe de procédure - qu'une demande ou une requête n'est recevable qu'en présence

⁶⁵ ATF 88 I 14, 120 II 398.

d'un intérêt digne de protection. Cela répond à la pratique constante du Tribunal fédéral⁶⁶.

De l'autre, l'**alinéa 2** prescrit – dans le sens du principe de l'autonomie privée – qu'une autorité ne peut introduire une procédure civile ou y intervenir que si la loi le prévoit expressément. Cette phrase fait référence aux cas dans lesquels le droit matériel privé confère explicitement un droit d'action aux autorités (voir par ex. art. 78, art. 89, al. 1, art. 106, al. 1, art. 260a, al. 1 CC).

Art. 47

Le comportement conforme aux règles de la bonne foi est un principe fondamental de l'ordre juridique suisse (art. 2, al. 1 CC). Plusieurs codes de procédure civile récents le prévoient expressément⁶⁷. Toutefois, le Tribunal fédéral a partiellement refusé de reconnaître un tel principe uniforme de procédure en droit fédéral⁶⁸. Il a au contraire ajouté ce principe de procédure d'abord au droit coutumier cantonal⁶⁹, puis, de manière isolée, au droit fédéral non écrit de procédure civile⁷⁰. L'avant-projet l'élève désormais au rang de règle de procédure autonome - sur le modèle des codes modernes de procédure civile des cantons. La garantie de la bonne foi par les tribunaux découle déjà des principes constitutionnels (voir art. 9 Cst.)

Art. 48

L'**alinéa 1** reprend mot pour mot l'article 29, alinéa 2 Cst. Le principe constitutionnel du droit d'être entendu est si central qu'il est mentionné expressément et concrétisé à l'alinéa 2 en relation avec le droit de consulter le dossier.

Art. 49

L'article 30, alinéa 3 Cst. prescrit que l'audience et le prononcé du jugement sont publics, la loi pouvant néanmoins prévoir des exceptions. L'article 49 concrétise cette disposition constitutionnelle. L'**alinéa 1** établit le principe selon lequel les débats sont publics. L'**alinéa 2** restreint néanmoins ce principe en ce sens que le huis clos total ou partiel peut être ordonné si l'intérêt public ou un intérêt digne de protection d'une des personnes intéressées l'exige. La décision à ce propos est laissée à l'appréciation du tribunal. D'une manière générale, les audiences des procédures relevant du droit de la famille ne sont pas publiques (**al. 3**).

Le droit cantonal en vigueur règle de manière très différenciée le caractère public ou privé des délibérations du tribunal. Cette question est si étroitement liée à l'organisation judiciaire de chaque canton qu'elle restera déterminée par le droit cantonal (**al. 4**).

⁶⁶ Voir par ex. ATF 120 II 5.

⁶⁷ Voir § 50, al.1 PC/ZH; art. 54 PC/UR; § 57 PC/LU; § 77 PC/AG.

⁶⁸ ATF 111 II 66 s., cons. 3.

⁶⁹ ATF 83 II 352.

⁷⁰ ATF 105 II 155 ss, cons. 3.

Art. 50

L'**alinéa 1** prescrit la maxime des débats. Selon cette disposition, les parties doivent présenter les éléments du procès et alléguer les faits avec la précision voulue. Cela correspond à la règle telle qu'elle est appliquée actuellement dans la grande majorité des codes cantonaux de procédure civile.

L'avant-projet prévoit l'établissement des faits d'office dans certains domaines, auxquels renvoie la réserve figurant à l'**alinéa 2** (voir à ce propos les commentaires relatifs aux art. 240, 244, al. 1, art. 247, al. 3 et art. 252, al. 2). Il y a une dérogation à la maxime des débats à propos de la preuve par inspection car le tribunal peut procéder à une inspection non seulement sur demande, mais aussi d'office, aux fins de constater directement les faits ou d'acquérir une meilleure connaissance de la cause (art. 174, al. 1).

Art. 51

Cet article propose un droit d'interpellation par le tribunal qui s'inspire de règles similaires contenues dans de récentes lois cantonales de procédure civile. Ce droit se traduit par un certain assouplissement de la maxime des débats (voir art. 50, al. 1). Il ne doit néanmoins pas être exercé de manière si large que cela se traduise en définitive par un établissement d'office des faits. Le droit d'interpellation peut être exercé dans des procédures menées surtout oralement (voir art. 237 ss), tout comme en procédure ordinaire (voir art. 217). L'avant-projet entend ainsi garantir que l'on obtiendra autant que faire se peut un jugement conforme aux circonstances réelles.

Art. 52

Cette disposition prescrit aux tribunaux l'application d'office du droit. Il s'agit ici d'une part de l'application du droit fédéral privé matériel et dans cette mesure, la prescription correspond à l'article 63, alinéa 1 OJ. D'autre part, il s'agit également de l'application d'office du droit de procédure civile.

Art. 53

Selon l'**alinéa 1**, le tribunal ne peut accorder à une partie ni plus ni autre chose que ce qu'elle demande, ni moins que ce qui est reconnu par la partie adverse. Cette disposition reprend dans l'avant-projet le principe de disposition, inscrit dans nombre de codes cantonaux de procédure civile. Les prescriptions légales selon lesquelles le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties sont néanmoins réservées. Il s'agit souvent de cas dans lesquels le pouvoir de disposer sur l'objet du litige a été retiré aux parties, par exemple dans les procédures de droit de la famille concernant les intérêts des enfants (voir à ce propos les commentaires relatifs à l'art. 252, al. 2).

Chapitre 2 Conditions de recevabilité

Remarque préliminaire

Les prescriptions sur les conditions de recevabilité (art. 54 à 56) correspondent aux règles usuelles.

Art. 54

Le tribunal entre en matière sur une demande ou une requête si les conditions de recevabilité sont remplies (**al. 1**). Dans le cas contraire, il rend une décision d'irrecevabilité.

L'**alinéa 2** énumère quelques conditions de recevabilité telles qu'elles ressortent déjà partiellement du droit fédéral actuel. C'est le cas de l'intérêt digne de protection du demandeur⁷¹, de la compétence à raison du lieu (voir art. 34, al. 1 LFors), de la capacité d'être partie et d'ester en justice⁷², de l'absence de litispendance préexistante⁷³ ainsi que de l'absence de l'autorité de la chose jugée⁷⁴. Cette liste - non exhaustive - contient donc une récapitulation des règles en vigueur du droit fédéral et en partie du droit cantonal.

Art. 55

La prescription selon laquelle le tribunal examine d'office le respect des conditions de recevabilité est d'ores et déjà un principe généralement reconnu inscrit dans le droit en vigueur à tous les niveaux de juridiction (tribunaux cantonaux, Tribunal fédéral). Il ne s'agit néanmoins pas d'une règle absolue. Elle est en effet relativisée par un devoir de participation des parties. Dans les faits, le tribunal dépend des allégués des parties, s'agissant par exemple de l'absence de litispendance préexistante ou de l'absence d'autorité de la chose jugée.

Art. 56

Se reporter aux commentaires relatifs à l'arbitrage, article 362, alinéa 2.

Titre 4 Des parties et de la participation de tiers au procès

Remarque préliminaire

La réglementation des parties et de la participation de tiers au procès telle que la propose l'avant-projet correspond à la doctrine et à la pratique connue. Le seul

⁷¹ Voir ATF 120 II 5.

⁷² De même dans l'ATF 77 II 9, cons. 1, 42 II 555, cons. 1.

⁷³ ATF 114 II 186, cons. 2 a.

⁷⁴ ATF 95 II 639 ss.

élément nouveau est l'appel en cause (art. 71 s.) que les cantons de Vaud et de Genève étaient jusqu'ici seuls à connaître.

Chapitre 1 Capacité d'être partie et d'ester en justice

Art. 57 et 58

Ces deux articles reprennent les notions reconnues de capacité d'être partie et d'ester en justice qui se rattachent au droit matériel. La capacité d'être partie est la possibilité de pouvoir être partie à un procès. La capacité d'ester en justice est le correspondant, en droit de procédure, de l'exercice des droits civils. Cette notion recouvre également la qualité de mener le procès soi-même ou de se faire représenter par une personne désignée par soi-même (capacité d'accomplir les actes du procès).

Chapitre 2 Représentation des parties

Art. 59

En vertu du droit de procédure en vigueur, les intérêts d'une personne incapable d'ester en justice doivent être défendus par ses représentants légaux (**al. 1**). Si ces derniers sont empêchés d'agir à temps ou s'il y a péril en la demeure, la personne mineure ou l'interdit peut - dans la mesure de sa capacité de discernement - accomplir lui-même l'acte de procédure requis (**al. 2**). Cette disposition a été reprise du droit cantonal (par ex. ZH, SZ).

Art. 60

La réglementation de la représentation en justice repose sur la doctrine usuelle. Les **alinéas 1 et 2** établissent que toute partie capable d'ester en justice peut confier la conduite de sa procédure à un représentant librement choisi.

L'**alinéa 3** prévoit néanmoins qu'une partie représentée peut être tenue de comparaître (par ex. pour des débats de transaction ou à des fins de mesures probatoires). L'obligation de comparution personnelle en procédure de conciliation va beaucoup plus loin (art. 198) : les parties ne peuvent pas s'y faire représenter, mais doivent être elles-mêmes présentes - dans le but de s'exprimer personnellement et de résoudre elle-même le conflit. Elles peuvent néanmoins toujours se faire accompagner par un avocat ou par une personne de confiance.

Enfin l'**alinéa 4** émet une réserve en faveur du droit fédéral ainsi que du droit cantonal relatif à la représentation professionnelle : pour ce qui du droit fédéral, cette réserve concerne avant tout la LLCA. Les cantons demeurent pour leur part habilités à prévoir un monopole des avocats pour la représentation professionnelle ou d'autoriser d'autres représentants professionnels (par ex. un administrateur pour certaines causes relevant de la LP⁷⁵).

⁷⁵ Ainsi, par ex. § 9 LI LP/LU.

Art. 61

Conformément à différents codes cantonaux de procédure civile, l'**alinéa 1** prévoit qu'un tribunal peut signaler à une partie procédant elle-même qu'elle agit de manière inadaptée ou même erronée et lui recommander de recourir à un avocat ou une avocate. L'avant-projet ne prévoit néanmoins pas le recours obligatoire à un avocat, à la différence de la LTF (voir art. 38). La partie concernée demeure donc autorisée à continuer à procéder elle-même. Elle court néanmoins le risque que dans sa décision, le tribunal ne doive considérer les lacunes des actes qu'elle effectue ou qu'il ne les prenne même pas en considération (art. 123). Il convient de signaler à la partie son droit à l'assistance gratuite d'un défenseur (**al. 2**).

Si le tribunal doute de la capacité d'une partie à ester elle-même en justice et s'il lui semble que des mesures tutélaires sont indiquées, il en informe les autorités tutélaires (**al. 3**). Il suspend le cas échéant la procédure (art. 116) et attend que les mesures tutélaires soient prises.

Chapitre 3 Consortité

Art. 62

L'**alinéa 1** décrit la notion établie de consorité nécessaire. Le droit matériel détermine dans quels cas une conduite commune du procès est nécessaire. Si dans ces cas l'action n'est pas engagée par tous les ayants droit ou si elle n'est pas dirigée contre tous les ayants droit, la légitimation active ou passive n'est pas donnée et l'action est rejetée.

L'**alinéa 2** s'appuie sur différents codes cantonaux de procédure civile (par ex. ZH, BE, SZ et OW). Il prévoit que les actes de procédure accomplis en temps voulu par l'un des consorts valent aussi pour ceux qui n'ont pas agi : ces derniers sont donc représentés en quelque sorte par les consorts non défaillants. Les recours sont exceptés de ce principe.

Art. 63

L'**alinéa 1** définit la consorité simple. Cette dernière peut être active (plusieurs demandeurs contre un défendeur) ou passive (un demandeur contre plusieurs défendeurs). La condition commune est la présence de faits et de fondements juridiques semblables. A la différence de la consorité nécessaire, les actions peuvent aussi être introduites séparément : pour des raisons d'opportunité, elles sont néanmoins réunies en un *seul* procès. En cas de consorité simple active, on peut également parler de consorité volontaire.

Selon l'**alinéa 2**, la jonction subjective de causes - c'est ainsi que l'on appelle également la consorité - n'est admise que lorsque toutes les prétentions relèvent du même genre de procédure. Cette règle correspond au droit de procédure en vigueur.

Art. 64

Les consorts simples et les consorts nécessaires peuvent désigner un représentant commun, mais n'y sont pas tenus. Tant qu'ils ne le font pas, les notifications et cita-

tions sont effectuées à chaque consort personnellement ou à son représentant individuel.

Chapitre 4 Intervention

Remarque préliminaire

Avec la notion d'intervention, l'avant-projet régit une forme courante de participation d'un tiers au procès. Il n'est néanmoins question ici que d'intervention *dépendante* (voir art. 67, al. 2). Par contre, l'intervention indépendante telle qu'elle figure dans la PCF et dans certains codes cantonaux n'a pas été prévue ici. Elle n'est pas nécessaire étant donné les autres modes de participation que l'avant-projet offre aux tiers concernés.

L'avant-projet ne régit que l'*intervention accessoire*; l'*intervention principale* n'est pas expressément mentionnée⁷⁶, mais cela ne signifie pas qu'elle n'est plus admise. En fait, la possibilité indépendante d'agir de l'intervenant principal résulte du droit matériel. La procédure initiale peut être suspendue afin d'éviter des jugements contradictoires dans les deux procédures (art. 116). Si l'action de l'intervenant principal est pendante devant un autre tribunal, elle peut être renvoyée devant le tribunal saisi précédemment et être traitée en priorité (art. 117).

Art. 65

L'intervention permet à un tiers de participer de sa propre initiative - ou sur dénonciation d'instance (art. 70, al. 1, let. a) - à la procédure en qualité de partie accessoire. Il a un intérêt à ce que la partie principale obtienne gain de cause (par exemple afin d'éviter une action récursoire de la partie principale contre lui) et de ce fait la soutienne. Il doit rendre son intérêt juridique vraisemblable dans sa requête d'intervention. L'intervention est admise en tout temps, aussi longtemps que la procédure est en cours. Elle peut encore avoir lieu en seconde instance.

Art. 66

Cette disposition renferme les modalités de la requête d'intervention (**al. 1**). Le tribunal rend sa décision sur l'admission des intervenants après avoir entendu les parties (**al. 2**). Cette décision est attaquantable par recours limité au droit (art. 310, let. a).

Art. 67

L'intervenant a - en fonction de l'état du procès auquel il intervient - les mêmes droits concernant les actes de procédure que la partie principale (**al. 1**). Pour soutenir la partie principale, il peut faire valoir l'ensemble des moyens d'attaque et de défense (par ex. demander des moyens de preuve, soulever une exception, fonder des prétentions, plaider, etc.). Il peut également interjeter recours. Néanmoins, il demeure à

⁷⁶ L'intervenant principal est celui qui fait valoir un droit qui lui est propre, excluant ceux des deux parties au litige (Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 5, n. 90 ss). Il fait valoir ce droit contre les deux parties dans un *nouveau* procès.

cet égard dépendant de la volonté de la partie principale : ses actes ne déploient leurs effets que s'ils ne sont pas en contradiction avec les actes de la partie principale (**al. 2**).

La plupart des codes de procédure cantonaux connaissent cette restriction. Elle découle du principe selon lequel seule la partie principale peut décider de l'objet du litige. L'intervenant n'est donc pas habilité à effectuer des actes de disposition (tels que l'acquiescement à la demande, la renonciation au dépôt de la demande ou le désistement d'action, etc.). L'introduction d'une demande reconventionnelle ou le retrait d'un recours que la partie principale a déposé ne seraient également pas admissibles. Par contre, la partie principale reste libre de retirer le recours de l'intervenant ou de transiger avec la partie adverse. Dans cette mesure, l'intervenant n'occupe pas une position indépendante dans le procès. C'est le contexte de la procédure qui permet de déterminer si un acte de procédure concret de l'intervenant est compatible avec une détermination de la partie principale. La partie principale ne doit pas faire expressément état de son opposition.

L'**alinéa 3** dispose que toutes les décisions d'instruction (et toutes les décisions) doivent être aussi notifiées à l'intervenant.

Art. 68

Si elle perd le procès, la partie principale soutenue a souvent un droit récursoire contre l'intervenant (par ex. la vendeuse qui a perdu le procès en dommages-intérêts contre l'acheteur entend maintenant se retourner contre le fournisseur du produit défectueux). La question se pose alors de savoir dans quelle mesure le fournisseur - qui n'était qu'intervenant en procédure antérieure et qui est désormais défendeur en procédure récursoire - peut remettre en question la justesse du jugement du procès antérieur.

Bien que la plupart des codes de procédure cantonaux soient muets sur cette question⁷⁷, des principes éprouvés ont été développés dans la doctrine et la pratique. Les voici tels que l'avant-projet les a repris:

- L'intervenant ne peut en principe pas objecter qu'une décision erronée a été rendue en procédure préalable (**let. a**). L'autorité de la chose jugée s'étend donc aussi à l'intervenant qui doit de facto se laisser opposer les effets de la décision.
- Par contre, l'intervenant peut, dans certaines conditions, reprocher à la partie adverse d'avoir procédé de manière défectueuse dans le premier procès (**let. b**). C'est le cas si, par ses actes de procédure, elle a empêché l'intervenant d'agir ou si elle lui a caché des moyens d'attaque ou de défense qu'elle a accomplis. Une faute courante commise par la partie principale est un retard de la dénonciation d'instance : étant donné que l'intervenant doit prendre le procès dans l'état où il le trouve, il peut lui être impossible d'influencer positivement le cours du procès en raison de l'état d'avancement de la procédure.

Cette exception, si elle s'avère fondée, conduit au rejet partiel ou total de l'action récursoire.

⁷⁷ Voir toutefois art. 51 PC/BE, art. 55 PC/TI ainsi que DZPO (§ 68).

Chapitre 5 Dénonciation d'instance et appel en cause

Remarque préliminaire

L'avant-projet prévoit deux genres d'intervention provoquée:

- la dénonciation d'instance : elle correspond à l'institution actuelle de la *litisdenuntiatio* telle que la connaissent la grande majorité des codes cantonaux de procédure civile.
- l'appel en cause : cette institution est nouvelle. Elle reprend la fonction de ce qui a été nommé jusqu'à présent "actions en intervention ou en garantie" ou "appel en cause"⁷⁸ dont l'origine se trouve dans le droit français et que seuls connaissaient jusqu'ici en Suisse les cantons de Genève et de Vaud⁷⁹.

Dénonciation d'instance

Art. 69

La dénonciation d'instance au sens classique est - pour ce qui est de ses effets - une institution du droit matériel⁸⁰. Elle permet à une partie ou une partie accessoire de demander à un tiers - également nommé « dénoncé » - de la soutenir dans un procès soit parce qu'elle veut recourir contre ce tiers si elle perd le procès, soit parce qu'elle redoute les prétentions récursoires de ce tiers. La dénonciation d'instance est possible aussi longtemps que la partie est habilitée à procéder (**al. 1**). Néanmoins, il est recommandé d'agir le plus tôt possible pour favoriser la possibilité d'intervention du dénoncé. Le dénoncé peut à son tour dénoncer le litige (**al. 2**).

Art. 70

L'**alinéa 1** règle le statut du dénoncé:

- Celui-ci peut intervenir sans autre condition - c'est-à-dire sans prouver d'intérêt particulier (art. 65) – (**let. a**). Il se constitue donc comme *partie accessoire* (intervenante). C'est le cas normal.
- Mais la personne dénoncée peut aussi reprendre le procès à la place du dénonçant si celui-ci y consent (**let. b**). Elle se constitue alors *partie principale* et n'est donc pas seulement représentante du dénoncé⁸¹ : elle mène le procès en son propre nom pour le droit d'un tiers (*Prozessstandschaft*). Il se produit une sorte de substitution de partie sans que, dans ce cas particulier, l'accord de la partie adverse soit nécessaire (voir par contre la disposition générale de l'art. 73, al. 1).

En matière de procédure, nul n'est tenu de donner suite à une dénonciation. Si la personne dénoncée ne répond pas à l'appel à l'aide, le procès suit simplement son

⁷⁸ Voir Fabienne Hohl, Procédure civile I, p. 127 ss; BK-Fabio Soldati, art. 8 LFors, n. 7 ss; Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 7, n. 19b.

⁷⁹ Art. 104 s. PC/GE; art. 83 ss PC/VD.

⁸⁰ Elle découle de l'art. 193 CO.

⁸¹ Il en va autrement par ex. à l'art. 49 PC/BE.

cours (**al. 2**). Néanmoins, un devoir de soutien peut découler du droit matériel, notamment du principe de la bonne foi.

Appel en cause

Art. 71

L'appel en cause est pour ainsi dire la variante radicale de la dénonciation simple. Elle va en effet beaucoup plus loin : la partie principale ne se contente pas de demander à une tierce personne (le dénoncé) d'intervenir en sa faveur, mais elle intente une action directement contre le tiers (la vendeuse contre laquelle l'acheteur a intenté une action en dommages-intérêts intente directement une action récursoire contre le fournisseur - au lieu de seulement dénoncer le litige).

L'appel en cause avait déjà été prévu pour les cantons dans la LFors en tant que simple option - il y figure en effet sous la dénomination plus étroite d'« action en intervention et en garantie » (art. 8 LFors)⁸². L'avant-projet l'introduit désormais pour la Suisse tout entière car il est un facteur majeur d'économie de procédure :

- il permet d'éviter les jugements contradictoires dans l'action principale et le procès récursoire : l'appel en cause n'est pas seulement intenté au lieu de l'action principale (art. 14), mais aussi devant le même tribunal,
- il met à profit la connaissance du dossier par le tribunal,
- il permet d'exploiter les synergies de procédure (par ex. regroupement des mesures probatoires : une inspection ou une comparution à titre de témoin peut être effectuée en une seule journée d'audience dans la perspective des deux procès),
- il permet de ce fait une économie des coûts,
- enfin, il évite aux parties les désagréments d'un changement de for.

Le tribunal décide, selon qu'il l'estime opportun, s'il entend mener l'action principale et l'action récursoire en une seule procédure ou s'il préfère séparer les procédures pour obtenir une meilleure vue d'ensemble (art. 115). L'appel en cause garde ses avantages même en cas de séparation des procédures car les deux objets litigieux demeurent pendants devant le même tribunal.

L'**alinéa 1** régit les conditions de l'appel en cause : le tribunal doit être aussi compétent à raison de la matière et le même genre de procédure doit être applicable. Le tiers défendeur ne peut intenter à son tour un appel en cause (**al. 2**) : il doit faire valoir ses prétentions contre la quatrième personne dans le cadre d'une procédure indépendante. Dans la plupart des cas, un autre tribunal est compétent en un endroit différent pour connaître de la plainte du tiers, mais il est tout de même possible de renvoyer la cause devant le tribunal de la procédure principale afin de tenir compte de la connexité (art. 117).

⁸² Ce terme est plus « étroit » que celui de « garantie » qui relève du droit de la vente: l'appel en cause peut toutefois concerner toutes sortes d'actions récursoires. Par ailleurs, le terme d'« action en intervention » ne saurait satisfaire, car la partie défenderesse n'intervient en aucun cas de son plein gré et en tout cas pas en faveur de la personne « dénonçante ».

Art. 72

Contrairement à l'intervention et à la dénonciation d'instance, l'appel en cause ne peut avoir lieu à n'importe quel stade de la procédure. La procédure s'en trouverait inutilement prolongée par un échange d'écritures supplémentaire. L'avant-projet pose donc des limites temporelles :

Le défendeur doit introduire son appel en cause au plus tard dans la réponse (**let. a**), le demandeur au plus tard dans la réplique (**let. b**). Les parties peuvent estimer jusque-là s'il est opportun d'amener une tierce personne dans la procédure: en effet, les arguments sont pour l'essentiel donnés.

Chapitre 6 Substitution de partie**Art. 73**

Cette disposition traite de l'institution bien connue de la substitution de partie, lorsque la partie principale se retire du procès et est remplacée par une tierce personne. Celle-ci - le reprenant - prend la procédure telle qu'elle se trouvait au moment de la substitution de partie. Les actes de procédure et les négligences de la partie sortante gardent leur effet comme si le reprenant avait été partie dès le début. Du fait que la substitution de partie peut affaiblir la position de la partie adverse, le consentement de celle-ci est nécessaire (**al. 1**).

L'**alinéa 2** permet - conformément aux récents codes de procédure - une exception lorsque l'objet du litige est aliéné durant le procès. Dans ce cas, le consentement de la partie adverse à la reprise du procès par l'acquéreur n'est pas nécessaire. Par contre, la partie adverse peut exiger du reprenant qu'il garantisse l'exécution de la décision. C'est une question de droit matériel que de savoir si l'aliénation de l'objet litigieux libère effectivement la partie qui se retire du procès de l'obligation sur laquelle porte la demande.

S'il perd le procès, le reprenant répond de l'ensemble des frais judiciaires, donc pas seulement de ceux qui naissent à partir de la substitution. La partie qui se retire répond solidairement des frais encourus jusqu'à la substitution (**al. 3**).

L'**alinéa 4** émet une réserve à propos des dispositions légales spéciales prévoyant la succession d'un tiers aux droits ou obligations des parties. Il peut s'agir de cas de succession universelle - par exemple la dévolution de l'hérédité (art. 560 CC) et la fusion (art. 648 CO ou LFus) - ou particulière (par ex. art. 131, al. 1 LP).

Titre 5 Actions**Art. 74**

L'*action condemnatoire* est l'action classique en procédure civile, par laquelle le demandeur requiert l'exécution d'un droit dont il est titulaire. L'article 74 distingue les trois types reconnus dans la pratique. Le demandeur peut ainsi requérir que le défendeur effectue une prestation positive, comme le paiement d'une somme d'argent, qu'il s'abstienne d'une activité violant ses droits, à condition qu'elle menace

de se réaliser ou de se répéter de manière imminente⁸³ ou qu'il tolère une activité de sa part résultant de l'exercice de ses droits.

Art. 75

C'est un principe reconnu que les conclusions qui tendent au paiement d'une somme d'argent doivent être chiffrées. Ce principe peut cependant devenir un obstacle à la réalisation du droit de fond lorsqu'il est impossible ou pas raisonnablement exigible du demandeur de chiffrer ses conclusions au moment d'introduire sa demande. Le Tribunal fédéral a ainsi reconnu que les lois cantonales ne pouvaient exiger dans ces cas que l'action en paiement soit chiffrée⁸⁴. L'avant-projet reprend cette jurisprudence à cet article (**al. 1**). Les inconvénients liés à l'admission de *conclusions non chiffrées* ont été pris en compte. Ainsi, le demandeur doit indiquer une valeur minimale aux fins de déterminer la compétence du tribunal et il pourra être tenu de chiffrer sa prétention lorsque cela devient possible à un stade plus avancé du procès (**al. 2**). Le tribunal devra le cas échéant transmettre le litige au tribunal compétent.

L'impossibilité de présenter des conclusions chiffrées peut résulter du droit matériel, qui autorise une action non chiffrée (art. 72 al. 3 LBI) ou laisse la fixation du montant au pouvoir d'appréciation du juge (art. 42 al. 2 CO). Il se peut également que la fixation du montant des conclusions dépende de la volonté du défendeur ou de tiers. Ainsi, le courtier qui prend un pourcentage sur les affaires qu'il amène ne peut chiffrer sa demande si son client ne lui communique pas le montant de l'affaire qu'il a conclue. Il peut aussi s'avérer exagéré d'exiger du demandeur de chiffrer sa prétention. C'est le cas si cela demande des efforts excessifs ou engendre des coûts disproportionnés. Le demandeur ne sera ainsi pas tenu d'effectuer préalablement une expertise très coûteuse pour chiffrer sa prétention. Celle-ci se fera lors de l'administration des preuves, le demandeur devant alors chiffrer sa prétention selon l'alinéa 2.

Art. 76

La possibilité pour le titulaire d'un droit divisible de n'en réclamer qu'une partie découle du principe de disposition. Le titulaire d'une prétention est libre de n'en réclamer qu'une partie. Le demandeur peut ainsi obtenir un jugement en réduisant ses frais judiciaires - qui dépendent de la valeur litigieuse - ou ne porter devant les tribunaux que la partie de la prétention pour laquelle la situation juridique est la plus claire. La victime d'un accident de voiture pourra par exemple demander réparation de ses dommages matériels uniquement, si les dommages corporels sont difficiles à établir.

Le défendeur peut opposer à l'action partielle une action reconventionnelle en constatation de l'inexistence de l'ensemble de la prétention (voir les conditions de l'action reconventionnelle à l'art. 80). Les frais judiciaires sont ainsi fixés en fonction du montant litigieux total (art. 85).

⁸³ Voir p. ex. ATF 124 III 72.

⁸⁴ ATF 116 II 215.

Art. 77

Le droit matériel prévoit dans certains cas que la naissance, la modification ou l'extinction d'un droit ou d'un rapport de droit se réalisent, obligatoirement ou pas, par décision du juge civil. L'action formatrice prévue à l'**alinéa 1** est l'instrument de procédure généralement reconnu permettant l'introduction de ce type de requêtes. Ainsi, le divorce (art. 111 ss CC), l'attribution de la propriété foncière (art. 665 CC) ou la dissolution de personnes morales (art. 78 CC, art. 736 ch. 4 CO) s'obtiennent par l'introduction d'une action formatrice.

L'**alinéa 2** cite deux exemples particuliers d'actions formatrices relevant du droit de la propriété intellectuelle. L'action en cession d'un droit immatériel (voir p. ex. l'art. 53 LPM) éteint le droit de la personne condamnée pour le transférer à la personne qui a introduit la demande en cession. La licence accordée par jugement (art. 40 LBI) correspond à une cession d'usage et crée de ce fait une nouvelle relation juridique.

La décision qui intervient suite à une action formatrice crée une situation juridique nouvelle (mariage dissous, propriété transférée). Etant constitutive, elle ne déploie d'effets que pour l'avenir. C'est le principe énoncé à l'**alinéa 3**. Les cas où la loi prévoit un effet rétroactif sont toutefois réservés. L'effet rétroactif doit donc découler des dispositions qui prévoient l'effet constitutif d'un jugement civil dans un domaine (c'est le cas par exemple de l'action en désaveu de paternité de l'art. 256 CC ou l'action en annulation des dispositions pour cause de mort de l'art. 519 CC).

Art. 78

Avec l'action condamnatoire et l'action formatrice, l'action en constatation constitue le troisième type d'action généralement admis en droit suisse de procédure civile. Outre sa mention expresse dans plusieurs lois fédérales (voir p. ex. art. 25 PCF; art. 28a al. 1 ch. 3 CC; art. 26 LBI; art. 85a LP), le Tribunal fédéral a reconnu qu'elle était liée à la réalisation du droit civil fédéral et que son existence et ses conditions relevaient de ce fait du droit fédéral⁸⁵.

L'art. 78 codifie cette pratique. Il pose les conditions de l'action: constatation d'un droit ou d'un rapport de droit et intérêt suffisant pour agir. Une définition plus détaillée n'a pas été jugée opportune, un système légal rigide n'étant pas adapté au cas divers qui peuvent se présenter. C'est à la jurisprudence de déterminer l'admissibilité de l'action dans chaque cas, sur la base des critères développés par le Tribunal fédéral qui restent valables.

L'art. 78 de l'avant-projet limite l'objet de l'action en constatation à un droit ou à un rapport de droit. Il reprend ainsi la pratique du Tribunal fédéral⁸⁶. Sont en particulier exclues les actions tendant à la constatation de faits ou les actions posant une question juridique dans l'abstrait, sans rapport avec une relation juridique déterminée. Un acheteur pourra ainsi demander la constatation de la nullité d'un contrat de vente pour vice du consentement s'il a un intérêt suffisant pour agir. Il ne pourra par contre pas demander au tribunal de constater que le vendeur a sciemment menti sur la qualité des biens vendus.

⁸⁵ ATF 77 II 347 puis ATF 110 II 354.

⁸⁶ Voir les principes posés dans l'ATF 80 II 362.

L'existence d'un intérêt digne de protection est une condition de recevabilité de toute action en justice (voir art. 46). Mais pour l'action condamnatoire ou l'action formatrice, l'intérêt est présumé, car il réside dans le but même de l'action: condamner le défendeur à effectuer une prestation pour la première et créer, modifier, dissoudre un droit ou une relation juridique pour la deuxième. Il n'en va pas de même pour l'action en constatation, qui ne sert qu'à clarifier une situation juridique, la décision ayant autorité de chose jugée relativement aux droits dont l'existence ou l'inexistence est constatée. C'est pourquoi l'avant-projet exige que l'intérêt soit suffisant et pas uniquement digne de protection. L'intérêt suffisant est défini par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Le principe de base qui s'en dégage est que l'intérêt du demandeur est considéré comme suffisant lorsque le droit ou le rapport de droit en question est incertain ou contesté, ce qui crée pour lui des inconvénients qu'il n'a pas à supporter. Ainsi, la personne dont le droit de propriété sur un immeuble est contesté par un tiers pourra agir en constatation. Il n'a pas à attendre que le tiers occupe son immeuble. Un débiteur pourra de même faire constater l'inexistence d'une créance non encore échue, de façon à avoir une vision claire de sa situation économique.

L'action en constatation est en principe subsidiaire par rapport à l'action condamnatoire. La constatation de l'existence d'une prétention est inutile si l'exécution de cette prétention peut être demandée. Des exceptions existent lorsque la décision en constatation a une portée qui lui est propre. Le Tribunal fédéral admet par exemple la constatation de l'existence de la responsabilité lorsque seule une partie de l'indemnité peut être requise⁸⁷. Il se peut aussi que la constatation soit suffisante; c'est le cas lorsque l'exécution ultérieure de la prestation est garantie, comme lorsque le débiteur est une corporation de droit public⁸⁸.

Art. 79

Le modèle classique du procès civil est fondé sur la mise en œuvre d'un droit par son seul titulaire. Il peut présenter certains inconvénients lors de litiges touchant un grand nombre de personnes. Il implique un procès pour chaque personne touchée, entraînant ainsi l'ouverture de nombreux procès similaires menés en parallèle. Les valeurs litigieuses, très basses si elles sont prises individuellement, ainsi que l'inexpérience et la faiblesse financière des demandeurs potentiels (locataires, travailleurs, consommateurs notamment) sont aussi des facteurs dissuadant les personnes concernées à demander la réalisation de leurs droits. Plusieurs solutions sont possibles: l'élargissement des instruments existants de regroupement d'actions (for unique, consorité, jonction); l'action collective d'associations ou d'organisations; l'action de groupe (*class action*).

L'introduction de cette dernière en droit suisse a été très discutée ces dernières années⁸⁹. La Commission a examiné la question et a renoncé à l'introduction de l'action de groupe. Elle a estimé suffisantes les possibilités accrues de regroupement d'actions, par les instruments classiques (voir art. 17 et 39, repris de la LFors, et art. 64, 82 et art. 119) et par une action collective d'associations ou d'organisations

⁸⁷ P. ex., ATF 114 II 255.

⁸⁸ Voir p. ex., ATF 97 II 375.

⁸⁹ Voir en particulier, Motion 98.3401 Jutzet, Droit du travail, droit du bail à loyer et droit du consommateur, Introduction d'une action collective; Romy, Isabelle, Litiges de masse, Thèse d'habilitation, Fribourg 1997.

largement conçue. Ces instruments sont déjà connus en droit suisse et ne nécessitent pas comme pour l'action de groupe l'aménagement d'une procédure spéciale de traitement collectif des actions, compliquée à mettre en place.

En effet, l'introduction de l'action de groupe aurait présenté des inconvénients importants. Du fait que toutes les personnes touchées par la décision ne se présentent pas comme parties, une procédure particulière, inconnue jusque-là en procédure civile suisse, aurait dû être introduite. Le juge aurait par exemple un pouvoir de contrôle constant sur la bonne conduite du procès par la personne agissant au nom du groupe. De plus, au vu des valeurs litigieuses importantes, le risque existe d'actions non fondées introduites dans le seul but de pousser le défendeur à transiger. Enfin, la fixation de la prestation totale et sa répartition entre les membres du groupe posent de sérieux problèmes. Par ailleurs, l'efficacité de l'action est atténuée du fait que les membres du groupe peuvent s'exclure du groupe et intenter des actions individuelles.

L'action des organisations est connue en droit suisse. Elle permet à des associations ou à d'autres organisations d'agir lorsque des droits relevant de leur sphère d'activité statutaire sont touchés. Elle est reconnue depuis de nombreuses années par le Tribunal fédéral pour les associations professionnelles⁹⁰ et plusieurs lois fédérales la prévoient dans certains domaines en incluant également d'autres associations ou organisations⁹¹. L'avant-projet propose de l'étendre à toutes les associations et aux autres organisations.

L'action des organisations n'est admise qu'à certaines conditions posées à l'**alinéa 1**. Les associations ou organisations ne peuvent agir que si des droits relatifs aux intérêts défendus statutairement par l'association ou l'organisation sont touchés. L'avant-projet est notablement plus large que la pratique actuelle du Tribunal fédéral. Il ne se limite pas aux associations professionnelles défendant les intérêts économiques de leurs membres. Outre qu'il n'est pas justifié d'exclure les associations défendant des buts idéaux, cette solution donne une certaine cohérence à la pratique du Tribunal fédéral qui, sans admettre les associations à but idéal, accepte depuis l'ATF 114 II 345 les actions visant la protection d'intérêts non économiques. Elle prend également en compte l'évolution récente intervenue avec l'adoption de l'art. 7, al. 1 LEg. Ainsi, une organisation de consommateurs, même si elle n'a pas de membres, pourra agir pour les personnes intoxiquées par un légume génétiquement modifié et une association luttant contre les méfaits du nucléaire pourra agir au nom de personnes victimes de dommages nucléaires.

Les associations ou organisations ne peuvent agir qu'en constatation, en interdiction d'atteintes futures ou en cessation. L'exécution d'une prestation, comme la réclamation de dommages-intérêts, est exclue. Il s'agit d'un droit individuel dont seul le titulaire doit pouvoir disposer. La mise en œuvre d'une action des organisations dans ces cas est difficile au vu des différences existant entre chaque cas particulier.

L'**alinéa 2** réserve les dispositions spéciales prévues dans d'autres lois. Ce seront les conditions plus larges ou plus restrictives que le législateur a voulues dans des domaines particuliers qui prévaudront (voir les dispositions citées au premier paragraphe du commentaire de l'art. 78).

⁹⁰ ATF 73 II 65; 125 III 82, 83 s.

⁹¹ Art. 56 LPM; art. 10 al. 2 LCD; art. 7 al. 1 LEg; art. 15 al. 2 de la loi sur la participation.

Art. 80

L'un des objectifs centraux de l'avant-projet est de permettre le règlement commun de procédures connexes sous la direction d'un seul tribunal - dans la mesure où cela permet en l'espèce une économie de procédure. La commission d'experts propose plusieurs instruments à cet effet (voir art. 71 s., 115 ss), dont la demande reconventionnelle. Celle-ci figure déjà dans tous les codes de procédure cantonaux.

L'admissibilité de la demande reconventionnelle est soumise aux conditions classiques suivantes :

- la demande principale et la demande reconventionnelle doivent être *connexes* (**let. a**). Cette condition est déjà prévue à l'art. 6, al. 1 LFors.
- La demande reconventionnelle doit par ailleurs appartenir au *même genre de procédure* que l'action principale (**let. b**). Il serait donc impossible d'associer une demande reconventionnelle, qui doit être jugée en procédure simplifiée, à une action principale qui relève de la procédure ordinaire.

Exemple :

- *Action en paiement* du salaire d'un employé, valeur litigieuse 25 000 francs. La procédure simplifiée (art. 237) entre en application, avec des caractéristiques supplémentaires : pas de frais de tribunaux (art. 104) et maxime inquisitoire (art. 238, 241).
- *Action reconventionnelle* de l'employeur (basée également sur le contrat de travail), valeur litigieuse 35 000 francs.
- Cette demande reconventionnelle est irrecevable. Il faudrait certes lui appliquer aussi la procédure simplifiée, mais pas le même genre de procédure simplifiée : du fait de la valeur litigieuse plus élevée, la procédure ne serait pas gratuite et la maxime inquisitoire n'entrerait pas en ligne de compte. Le genre de procédure ne serait donc pas le même et la protection sociale particulière de la procédure simplifiée serait annulée. L'employeur doit donc réduire sa demande reconventionnelle à 30 000 francs ou faire valoir sa créance à compenser dans un procès séparé.

L'avant-projet ne requiert pas que la même compétence à raison de la matière soit donnée pour la demande reconventionnelle et pour l'action principale - ce qui serait en fait la troisième condition classique de la demande reconventionnelle. Bien entendu cela ne signifie pas que ce critère ne jouera plus aucun rôle. C'est en fait le *droit cantonal* qui s'applique ici et cela pour une raison très simple : l'avant-projet laisse aux cantons la réglementation de la compétence à raison de la matière (art. 2, al. 1). Le droit cantonal doit donc aussi répondre à la question de savoir ce qu'il advient d'une demande reconventionnelle qui serait en soi admissible selon les critères de l'avant-projet, mais qui dépasse la compétence matérielle du tribunal cantonal saisi, surtout en raison de la valeur litigieuse. Les cantons peuvent prévoir pour l'essentiel les possibilités suivantes :

- *Renvoi* de l'action principale et de la demande reconventionnelle devant le tribunal possédant la compétence de décision la plus élevée - le genre des procédures demeure le même. Dans ce cas, les actions demeurent dans la même procédure, ce qui correspond à l'esprit de l'avant-projet (association des procédures connexes).

- Appréciation de la demande reconventionnelle par le tribunal saisi malgré l'absence en soi de compétence à raison de la matière (*attraction de compétence*). Cette possibilité correspond aussi tout à fait à l'esprit de l'avant-projet.
- *Séparation* des procédures ou non-entrée en matière sur la *demande reconventionnelle*. Le rapport quant à la matière serait ici brisé, raison pour laquelle ces variantes, bien qu'également admises, ne sont pas recommandées.

La possibilité de demande reconventionnelle ne sera donc pas déterminée uniquement par le droit fédéral. Bien qu'elle ne soit pas entièrement satisfaisante du point de vue de la systématique, cette solution n'en demeure pas moins la conséquence inévitable du concept fédéraliste de l'avant-projet.

L'**alinéa 2** exclut la demande reconventionnelle sur une demande reconventionnelle. La procédure s'en trouverait trop alourdie. Le moment de l'introduction de la demande reconventionnelle est réglé à l'art. 213.

Art. 81

Cette disposition traite du cumul d'actions objectif. En permettant au demandeur de réunir plusieurs prétentions contre un même défendeur dans une seule demande, il sert, comme la demande reconventionnelle, le règlement rapide, rationnel et cohérent des litiges. Le cumul d'actions objectif est connu de la plupart des procédures cantonales et l'art. 7, al. 2 LFors permet de regrouper les prétentions connexes objet du cumul au for d'une des prétentions.

Les conditions prévues à l'art. 81 sont celles généralement reconnues pour le cumul : compétence matérielle et procédure applicable identiques. La connexité est nécessaire à la compétence à raison du lieu (art. 13).

Titre 6 Valeur litigieuse

Remarques préliminaires

Dans le procès, la valeur litigieuse est importante à plusieurs égards. Tout d'abord, elle est un critère déterminant la compétence à raison de la matière. Mais elle détermine aussi en partie le genre de procédure (art. 205, 237) et la gratuité de la procédure (art. 103 s.). Par ailleurs, une certaine valeur litigieuse est la condition pour qu'une décision dans des affaires patrimoniales puisse être attaquable par appel (art. 290). Enfin, la valeur litigieuse est également un critère usuel pour la fixation des frais judiciaires et des frais de tribunaux, fixation effectuée sur la base d'un tarif cantonal (ou d'un tarif fixé par le Conseil fédéral; art. 86).

Les dispositions relatives à la valeur litigieuse sont largement inspirées des réglementations cantonales actuelles ainsi que de l'art. 36 OJ (respectivement art. 47 ss LTF). Le calcul de la valeur litigieuse se différencie des réglementations actuelles comparables uniquement en cas d'appel. Les décisions concernant les affaires patrimoniales ne sont attaquables par l'appel que si la différence entre le dernier état des conclusions et le dispositif est de 10 000 francs au moins (art. 290, al. 2)⁹².

⁹² L'art. 47, al. 1, let. a LTF repose également sur cette méthode.

Art. 82

La valeur litigieuse est déterminée par les conclusions des parties lorsqu'une action concerne une prestation en argent (**al. 1**). Tout comme dans les réglementations actuelles, l'avant-projet ne considère pas comme faisant partie de la valeur litigieuse les intérêts ainsi que les coûts de la procédure en cours qui sont réclamés comme prétentions accessoires. Sont considérés comme intérêts les intérêts légaux ou contractuels, mais aussi les intérêts découlant d'un dommage causé, demandés de manière accessoire avec une créance en capital.⁹³ On entend par frais les frais de tribunal et les dépens (art. 86). Outre l'émolument de décision et les frais occasionnés par l'administration des preuves, les frais de tribunal englobent aussi les frais occasionnés par une procédure de conciliation précédente ou de mesures provisionnelles.

Si la prétention ne porte pas sur une prestation en argent, la valeur litigieuse doit être fixée d'après la valeur objective (**al. 2**). Si celle-ci n'est pas la même pour les deux parties, la valeur litigieuse sera fondée sur le montant le plus élevé. La détermination de la valeur litigieuse a fait l'objet d'une abondante pratique⁹⁴ à laquelle on peut se référer également sous le nouveau droit.

En premier lieu, il est du ressort des parties de s'accorder sur la valeur litigieuse. Le tribunal ne doit la déterminer lui-même que si les parties ne s'accordent pas ou si la valeur qu'elles ont fixée ensemble est manifestement erronée. Il procède à cette détermination sur la base des éléments fournis par les parties. Au début d'une procédure, il est parfois difficile de déterminer la valeur objective d'une demande. Le tribunal est alors obligé de procéder à une estimation. La compétence à raison de la matière est déterminée par la valeur litigieuse au début de la litispendance (art. 208, al. 1, let. b).

Art. 83

La valeur litigieuse des revenus et prestations périodiques comme les rentes, les pensions alimentaires, les usufruits, etc. n'est pas constituée par la somme de toutes les prestations, mais par la valeur du capital qu'elles représentent, c'est-à-dire le montant qui doit être versé, afin de payer la rente correspondante (**al. 1**)⁹⁵. La valeur du capital peut être simplement déterminée si la durée des revenus et des prestations périodiques est déterminée et limitée.

En cas de revenus et de prestations périodiques de durée indéterminée ou illimitée, le calcul de la valeur litigieuse repose, comme c'était déjà le cas jusqu'ici, sur une fiction (**al. 2**) : le capital est formé par le montant annuel du revenu ou de la prestation, multiplié par vingt.⁹⁶ Si la durée illimitée est liée à la vie d'une ou de plusieurs personnes, la valeur litigieuse correspond à la valeur actualisée d'une rente viagère, calculée d'après des barèmes d'espérance de vie ou d'activité.

⁹³ ATF 118 II 363 ss.

⁹⁴ Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, art. 138, n. 3; Frank/Sträuli/Messmer, § 18, n. 8 ss; Poudret/Sandoz-Monod, art. 36, n. 9; Bühler/Edelmann/Killler, §§ 16 et 17, n. 11 ss; Leuenberger/Uffer-Tobler, art. 73, n. 3 et art. 75, n. 4.

⁹⁵ Voir par ex. art. 36, al. 4 OJ.

⁹⁶ Voir par ex. art. 36, al. 5 OJ.

Art. 84

La valeur litigieuse en cas de cumul d'actions et de consorité simple est déterminée par des règles courantes⁹⁷ : du fait de l'augmentation de la valeur économique du procès, les prétentions sont additionnées dans la mesure où elles ne s'excluent pas mutuellement.

Art. 85

La valeur litigieuse de la demande reconventionnelle n'est pas ajoutée à celle de l'action principale, cela conformément à la règle usuelle⁹⁸. Ainsi la procédure est conduite devant le tribunal compétent pour l'action dont la valeur litigieuse est la plus élevée. Néanmoins, les valeurs litigieuses de l'action principale et de la demande reconventionnelle sont additionnées pour déterminer les frais judiciaires. Dans ces cas, la valeur économique de la procédure est prise en compte. Mais là aussi, une addition ne se justifie que si les prétentions ne s'excluent pas mutuellement.

Titre 7 Frais judiciaires et assistance judiciaire gratuite*Remarques préliminaires*

Le procès occasionne des frais pour le tribunal et les parties. L'administration de la justice constituant une tâche fondamentale de l'Etat, les cantons et la Confédération assument pour une grande part les frais incombant aux tribunaux. Une partie de ces coûts est néanmoins répercutée sur les parties au procès ; en effet, c'est également dans leur intérêt que le tribunal fournit sa prestation.

La partie qui perd le procès doit en principe assumer les frais judiciaires. Le risque de se voir chargé des frais du procès incite souvent les parties à régler un litige à l'amiable (dans le cadre ou en dehors de la voie judiciaire). Dans les litiges touchant certains domaines d'importance vitale comme les relations de travail ou la location, l'avant-projet ne prévoit en général pas de frais de tribunal ou de frais de conciliation. Toutes les procédures prévoient en outre la possibilité de bénéficier d'une assistance judiciaire gratuite lorsqu'une partie ne dispose pas des moyens financiers nécessaires et que les conclusions ne paraissent pas dépourvues de toute chance de succès.

⁹⁷ Voir par ex. art. 47, al. 1 OJ.

⁹⁸ Voir par ex. art. 47, al. 2 OJ; art. 12 PC/TI; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, art. 139, n. 3; Bühler/Edelmann/Killer, § 19 n. 1; Leuenberger/Uffer-Tobler, art. 74, n. 3. Toutefois, le droit de procédure zurichois prévoit l'addition de la valeur litigieuse de l'action principale et de la demande reconventionnelle (§19, al. 2, PC/ZH).

Chapitre 1 Frais judiciaires

Art. 86

Cette disposition donne en premier lieu une définition des notions : les « frais judiciaires » englobent les « frais de tribunal » et les « dépens » (**al. 1**).

Les frais de tribunal comprennent l'émolument de décision et les frais occasionnés par l'administration de la preuve (**al. 2**). Les frais des tribunaux et des autorités de conciliation sont fixés de manière forfaitaire et couvrent toutes les prestations judiciaires. Outre l'émolument de décision et les frais d'administration de la preuve, il n'est donc prélevé aucun autre émolument, que ce soit pour les travaux de greffe, les notifications, les prolongations de délai, etc. Les frais de chancellerie et autres coûts particulièrement élevés peuvent être pris en compte dans le calcul des forfaits. Cette méthode est nettement plus simple que la méthode préconisant une fixation détaillée des émoluments telle qu'elle est encore appliquée.

Les dépens comprennent pour l'essentiel les frais de représentation ainsi que les frais occasionnés directement par l'ouverture du procès (**al. 3**). Il faut y ajouter le cas échéant les dédommagements pour les efforts consentis par la partie elle-même⁹⁹. Ils doivent néanmoins être affectés à la préservation directe de ses intérêts. S'ajoute à cela le remboursement des débours (par ex. frais de déplacement, prestations de télécommunication, frais d'expédition, copies). Ces frais ne sont indemnisés que s'ils sont raisonnables. Les honoraires d'avocat et certaines dépenses sont fixés selon un tarif, en tout cas dans la mesure où la partie adverse ou, dans le cas de l'assistance judiciaire gratuite, l'Etat, en assument les frais.

Les frais judiciaires sont fixés par des tarifs (**al. 4**). Selon le principe de légalité, il suffit que les principes de fixation des émoluments soient réglés dans la loi et que les détails le soient dans des ordonnances ou dans des tarifs¹⁰⁰. Ces tarifs doivent être conformes aux principes constitutionnels¹⁰¹. Le tarif des frais de tribunal doit tenir compte du principe de la couverture des frais et du principe de l'équivalence. Selon le principe de la couverture des frais, les rentrées totales d'un émolument ne doivent pas dépasser les frais totaux de l'acte judiciaire en question, ou à la rigueur ne le peuvent que très peu¹⁰². Le principe d'équivalence pour sa part requiert que l'émolument ne soit pas manifestement disproportionné par rapport à la valeur objective de la prestation et se situe dans des limites raisonnables. Il ne faut pas non plus que les frais s'avèrent prohibitifs. Par exemple un tarif reposant uniquement sur la valeur litigieuse peut s'avérer trop rigide selon la jurisprudence et se traduire par un émolument disproportionné¹⁰³. Il est également possible de fixer dans les tarifs des forfaits pour l'administration de certaines preuves comme les indemnités de comparution des témoins. Enfin, toujours à propos des tarifs, il est également nécessaire de

⁹⁹ Sterchi, p. 15; Bühler/Edelmann/Killer, § 100, n. 5 et § 121, n. 9 ss.

¹⁰⁰ ATF 121 I 235, cons. 3e.

¹⁰¹ Würzburger, p. 299 ss.

¹⁰² ATF 126 I 188 cons. 3a aa, 125 I 196 cons. 4h, 124 I 244 cons. 4a, 122 I 289, 121 I 236 cons. 3 s., 120 la 175 cons. 3, 106 la 252 cons. 3a.

¹⁰³ ATF 126 I 188 cons. 3 a bb, 125 I 196 cons. 4h, 124 I 244 cons. 4a, 122 I 289, 121 I 238 cons. 3g, 120 la 175 cons. 4, 106 la 253 cons. 3a.

déterminer si leur application entre l'avocat et le client est contraignante ou si des arrangements peuvent être trouvés sur le montant des honoraires.

Les tarifs des frais judiciaires, des frais d'avocats et des avances de frais doivent-ils être fixés par les cantons ou le Conseil fédéral ? Il s'agit là d'une question politique. La commission propose en premier lieu une réglementation cantonale, mais soumet une **variante** à la discussion : celle de la réglementation par la Confédération. Fixés par les cantons, les tarifs des frais judiciaires permettent de tenir compte des différences de structures des coûts selon les tribunaux ainsi que des différences de composition des tribunaux (selon la réglementation de compétence à raison de la matière, par ex. juge unique, trois ou cinq membres). Fixer les honoraires des avocats au niveau du canton permet aussi de tenir compte des différents niveaux de coûts selon les cantons.

La fixation de ces tarifs par les cantons permet donc de mieux tenir compte des différences entre les cantons et entre leurs organisations judiciaires respectives. Une réglementation cantonale a néanmoins aussi un inconvénient : un procès possédant la même valeur litigieuse générera des frais différents selon les cantons. Etant donné les possibilités de choix qui existent à propos des compétences à raison du lieu, cette solution pourrait provoquer pour ainsi dire un tourisme judiciaire. La solution fédérale proposée comme variante permettrait d'éviter cet inconvénient. Elle offrirait des taux uniformes et transparents pour toute la Suisse tels qu'ils existent déjà depuis longtemps dans le domaine de la poursuite pour dettes et de la faillite (voir l'ordonnance du 23 septembre 1996 sur les émoluments perçus en application de la LP¹⁰⁴).

Art. 87

A l'ouverture de la procédure, le demandeur doit avancer la moitié au plus des frais de tribunal présumés (**al. 1**). Cette avance permet d'estimer les frais de tribunal, donc le risque de devoir payer des frais. L'avance n'est néanmoins pas si élevée qu'elle entraverait démesurément l'accès aux tribunaux. L'avant-projet suit sur ce point une ligne médiane entre les réglementations cantonales qui requièrent comme avance la totalité des frais présumés (parfois même du défendeur) et les cantons qui ne connaissent pas le devoir général d'avance et ne demandent le paiement d'une avance qu'en présence de motifs particuliers requérant une caution¹⁰⁵.

L'avant-projet requiert une avance de la totalité des frais de tribunal présumés dans certains cas seulement (**al. 2**), à savoir pour la procédure de conciliation, la procédure sommaire et la procédure de recours.

Art. 88

En présence de motifs précis indiquant qu'il sera difficile de recouvrer les frais judiciaires, le demandeur - également une partie introduisant recours - doit fournir des sûretés garantissant le paiement de l'ensemble des frais judiciaires (frais de tribunal et dépens) (**al. 1**). L'avant-projet reprend ici les motifs traditionnels de cautionne-

¹⁰⁴ RS 281.35.

¹⁰⁵ Sterchi; Spühler/Reetz, Kauttionen, p. 96 ss; Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 11, n. 31 et 39 ss.

ment ; dans des situations à caractère international, il convient à cet égard de veiller aux réserves imposées à ce propos par les traités internationaux (art. 1, al. 2).

En général, la consorité nécessaire impose une responsabilité solidaire des frais judiciaires (art. 97, al. 3). Tant qu'un consort est solvable ou a un domicile en Suisse, il n'y a aucune raison d'imposer le versement de sûretés. Les consorts ne sont tenus de fournir des sûretés que si l'un des motifs précités existe pour chacun d'eux (**al. 2**).

Comme les codes cantonaux de procédure civile¹⁰⁶, l'avant-projet exclut diverses procédures de l'obligation de fournir des sûretés (**al. 3**) : en raison de l'intérêt public et pour des motifs sociaux, les procédures indépendantes concernant les enfants mineurs (**let. a**), afin d'accélérer et de simplifier la procédure simplifiée sauf s'il s'agit de litiges sans objet spécifique selon l'article 237, lettre g (**let. b**), et enfin dans la procédure sommaire, qui requiert également une rapidité particulière (**let. c**). Par contre, s'il y a une protection rapide (art. 266 s.), il est possible de demander des sûretés car ces cas peuvent également être jugés en procédure ordinaire. Il ne faut pas que le demandeur puisse contourner l'obligation de fournir des sûretés en déposant une demande de protection rapide.

Il n'y a pas de dépôt de sûretés si la procédure est de toute manière gratuite (art. 103 s.) ou bien - dans le cas contraire - si une partie doit avancer la totalité des frais de tribunal présumés (art. 87, al. 2). Les sûretés sont donc impossibles par ex. pour les procédures de conciliation.

Art. 89

Les sûretés doivent couvrir le montant total des frais probables de tribunal et les dépens (**al. 1**). Elles sont fixées conformément aux règles applicables aux frais judiciaires¹⁰⁷.

Alors que l'avance pour les frais de tribunal doit être acquittée par virement bancaire ou en espèces, les sûretés peuvent aussi être fournies sous forme de titres solides ou de garantie d'une banque ou d'une société d'assurance (**al. 2**). Elles peuvent être augmentées ultérieurement (**al. 3**), par ex. lorsqu'il apparaît que la procédure est plus complexe qu'il était supposé initialement. Mais elles peuvent être réduites lorsqu'il s'avère que la procédure se déroule plus simplement que prévu au départ. Les sûretés sont remboursées (si elles dépassent l'obligation de verser une avance) lorsque le motif de cautionnement disparaît ultérieurement, par exemple lorsqu'une partie quitte un pays étranger pour s'installer en Suisse.

Art. 90

Cette disposition règle les modalités de versement des avances de frais et des sûretés (fixation des délais, **al. 1**). Lorsqu'il s'agit de sûretés, le demandeur est en général entendu avant (**al. 2**). Par contre s'il n'y a aucun doute sur la présence d'un motif requérant la sûreté, l'audition du demandeur peut aussi avoir lieu après la fixation du délai. C'est par exemple le cas lorsque le demandeur est domicilié à l'étranger et que la fourniture de sûretés n'est pas exclue par un traité international, ou encore lorsque le demandeur a du retard dans le paiement des frais de tribunal.

¹⁰⁶ Par ex. § 78 PC/ZH; art. 277 PC/SG; voir égal. : Spühler/Reetz, Kautionen, p. 99.

¹⁰⁷ Spühler/Reetz, Kautionen, p. 100 ss.

Le paiement de l'avance ou de la sûreté est une condition de recevabilité (art. 54, al. 2, let. f). Le tribunal n'entre donc pas en matière sur la demande si la prestation n'a pas lieu même après un bref délai supplémentaire. Une mesure provisionnelle peut par contre être établie avant que les sûretés ne soient fournies - cela dans l'intérêt d'une protection rapide et effective (**al. 3 et 4**).

Art. 91

Outre l'avance des frais de tribunal, les parties doivent aussi avancer les frais d'administration des preuves. Cette avance sera fournie par la partie qui a demandé une preuve (ou une contre-preuve) (**al. 1**). Lorsque les deux parties demandent les mêmes moyens de preuve, le tribunal peut requérir des deux parties qu'elles versent chacune la totalité de l'avance pour que les frais d'administration des preuves soient aussi couverts même en cas de défaut d'une des parties (**al. 2**).

Si l'avance n'est pas fournie même au terme d'un délai supplémentaire, le tribunal poursuit le procès sans avoir procédé à l'administration demandée de la preuve (al. 3, voir égal. 142, al. 2). Ce n'est que dans les procédures concernant des enfants que l'administration des preuves a tout de même lieu car, dans ce cas, les parties ne peuvent disposer de l'objet du litige et le tribunal doit établir les preuves d'office (art. 252).

Art. 92

Les décisions relatives aux avances de frais et aux sûretés ont une importance certaine : si les sûretés ne sont pas fournies, le tribunal n'entre pas en matière sur la demande ou sur le recours. Si les avances destinées à l'administration des preuves ne sont pas versées, celle-ci n'a pas lieu. Ces décisions peuvent donc être attaquées par appel simplifié (art. 299 ss). Une partie tenue de verser des sûretés peut par exemple faire valoir qu'il manque un motif adéquat. La décision sur l'avance des frais d'administration des preuves peut être attaquée entre autres quant au montant.

Art. 93

Selon l'**alinéa 1**, le tribunal peut accorder un sursis aux créances concernant les frais de tribunal. Une remise peut être prononcée s'il s'avère que la partie concernée est durablement dépourvue de moyens. Il convient néanmoins de noter que la remise ultérieure des frais ne doit pas permettre de contourner les conditions (plus strictes) de l'assistance judiciaire gratuite : cette dernière ne dépend pas seulement de l'indigence, mais aussi du fait que la demande n'est pas dépourvue de toute chance de succès.

Les frais de tribunal étant des créances de droit public, les dispositions de droit privé sur la prescription et l'intérêt moratoire sont tout au plus applicables par analogie. L'avant-projet établit de ce fait ses propres règles en la matière (**al. 2 et 3**; délai de prescription : 5 ans; intérêt moratoire : 5 %).

Chapitre 2 Répartition des frais judiciaires

Art. 94

Le tribunal statue sur les frais judiciaires dans la décision finale, et non pas dans une décision ultérieure séparée par exemple (al. 1).

Avant la décision finale, des frais judiciaires peuvent être répartis dans les cas suivants. D'une part en cas de décision incidente selon l'article 229 (al. 2). Une répartition indépendante des frais se justifie ici dans la mesure où le tribunal a décidé de certains points litigieux importants. Les frais peuvent être aussi répartis séparément en cas de mesures provisionnelles. Le tribunal peut néanmoins les joindre à la cause principale; cela peut servir au règlement de la cause par transaction (al. 3). Pour des raisons pratiques, cela ne sera néanmoins possible que si la mesure provisionnelle a été ordonnée par le tribunal chargé de la cause principale.

En cas de décision de renvoi, il arrive qu'au moment du renvoi, on ne sache pas quelle est la partie gagnante et quelle est la partie succombante, par exemple parce que l'instance inférieure doit administrer d'autres preuves. Dans ce cas, il est justifié de ne décider que sur le montant des frais et de laisser la répartition à l'instance inférieure (al. 4).

Art. 95

Contrairement aux dépens, les frais de tribunal ne sont pas répartis sur demande des parties, mais d'office, et ce pour des raisons évidentes (al. 1).

Les frais que les parties n'ont pas causés vont à la charge de l'Etat (al. 2). C'est par exemple le cas lorsque la décision de première instance doit être annulée parce que manifestement erronée et que les parties n'y ont pas contribué. Il pourrait en être de même lorsqu'un tribunal donne un mandat d'expertise, mais rejette par la suite la demande pour prescription.

Art. 96

Conformément au principe de disposition, les dépens sont alloués uniquement sur demande d'une partie. Pour ce qui est du dépôt de la demande, l'avant-projet laisse une certaine latitude aux usages en vigueur dans les cantons : les parties peuvent soit demander au tribunal de déterminer le montant adéquat de dépens à allouer, soit lui remettre des notes de frais dans lesquelles elles justifient leurs dépenses ou les honoraires réclamés. Dans les deux cas, le tribunal doit fonder sa décision sur le tarif relatif aux honoraires des avocats (art. 86, al. 4 et variante).

Des dépens sont en principe alloués dans toutes les procédures judiciaires. En procédure de conciliation, dont le but est de tenter de parvenir à un accord à l'amiable, il est toutefois juste que chaque partie assume elle-même ses propres frais de conseils et de représentation. De même, en procédure de conciliation, seuls les frais de tribunal sont imputés (art. 203) - sous réserve de l'article 103.

L'avant-projet ne prévoit pas de *procédure spéciale de modération* à propos des frais d'avocat. Cette procédure concerne la relation entre l'avocat et le client et doit donc être réglée dans les lois cantonales sur les avocats (la LLCA ne contient pas de réglementation à ce sujet). La procédure de modération permet d'ordinaire

d'examiner si la facture d'un avocat est conforme au tarif. Les objections concernant un mandat mal rempli doivent être examinées en procédure ordinaire.

Art. 97

La règle générale veut que les frais judiciaires soient répartis en fonction de l'issue du procès (**al. 1**). La partie qui retire une demande, reconnaît une demande ou dont la demande fait l'objet d'une décision d'irrecevabilité est également considérée comme succombante. La partie qui succombe entièrement assume la totalité des frais judiciaires. Si les deux parties succombent partiellement, les frais judiciaires sont répartis de manière proportionnelle (**al. 2**).

L'**alinéa 3** pose une règle de répartition particulière pour les consorts nécessaires : ceux-ci répondent solidairement des frais mis à leur charge car ils sont tenus de mener ensemble la procédure. Le tribunal peut néanmoins répartir proportionnellement les frais judiciaires entre les consorts, par exemple lorsqu'ils avaient des intérêts différents au litige. En cas de consorité simple, il convient d'ordonner un paiement proportionnel des frais judiciaires.

Art. 98

Dans de nombreux cas, le tribunal répartit les frais judiciaires selon sa libre appréciation (donc en dérogation à la règle « partie obtenant gain de cause/partie qui succombe »). L'avant-projet n'en donne pas une liste exhaustive, mais seulement quelques exemples (**al. 1**) : gain de cause sur le principe, conduite du procès de bonne foi (la partie s'est par ex. fondée sur une pratique qui a été par la suite modifiée, ou absence de pratique sur la question litigieuse; **let. a et b**). Il peut également s'agir de circonstances particulières justifiant une décision sur les frais selon l'équité (**let. c**). L'équité est de mise lorsque le demandeur obtient certes gain de cause par des exceptions de compensation, mais que le tribunal a dû juger de nombreuses créances de compensation en partie non fondées jusqu'à ce que l'action puisse être enfin entièrement rejetée¹⁰⁸.

Il en va de même lorsque la représentation de l'enfant a été ordonnée (**let. d**; voir art. 147, al. 3 CC, qui sera abrogé; ch. 2 de l'annexe). Sur ce point, l'avant-projet laisse au tribunal une marge de manœuvre plus grande que le droit actuel : le tribunal peut mettre les frais à la charge des parents¹⁰⁹ en fonction de l'issue de la procédure dans la mesure où ceux-ci sont en mesure de les assumer financièrement. Si tel n'est pas le cas, les frais peuvent être mis à la charge de l'Etat dans les conditions prévues par l'assistance judiciaire gratuite. Par contre si l'enfant est fortuné, le tribunal décidera librement s'il convient de mettre les frais à la charge de l'enfant aussi.

Les frais judiciaires sont également répartis selon la libre appréciation du tribunal lorsque la procédure est devenue sans objet (**al. 2**). Il convient à ce propos de déterminer quelle partie a donné lieu à l'action, quelle aurait été l'issue probable du procès et quelle partie est à l'origine des motifs qui ont rendu la procédure sans objet¹¹⁰. Il va de soi que les parties sont entendues à ce propos.

¹⁰⁸ Frank/Sträuli/Messmer, § 66, n. 4; Cocchi/Trezzini, art. 151 n. 9-12.

¹⁰⁹ Schweighauser, art. 147, n. 46; Sutter/Freiburghaus art. 146/147, n. 59 ss.

¹¹⁰ Frank/Sträuli/Messmer, n. 1 s. ad § 65; Leuenberger/Uffer-Tobler, n. 3b ad art. 266.

Il existe aussi en dehors de la PCS des règles de droit fédéral sur la répartition des frais. Il s'agit du contrôle spécial (art. 697g CO), du droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale de la société anonyme (art. 706a, al. 3 CO), des actions en responsabilité en droit de la société anonyme (art. 759, al. 2 CO)¹¹¹ ainsi que des actions échelonnées en droit des brevets (art. 71 LBI). Ces règles de procédure en connexité directe avec la matière ont leur place dans le droit matériel.

Art. 99

Egalement en dérogation à la règle de la répartition des frais « partie obtenant gain de cause/ partie qui succombe », les frais judiciaires inutiles peuvent être mis à la charge de la partie qui les a causés (notamment pour cause de défaut ou en raison d'actes de procédure entachés d'un vice). Le principe de causalité est ici applicable - un comportement répréhensible n'est pas exigé. Néanmoins, cette « responsabilité causale » est atténuée en ce sens qu'elle est limitée aux coûts manifestement inutiles. Il peut également y avoir coûts inutiles lorsqu'un procès est introduit bien que la partie adverse se soit montrée prête à payer¹¹².

L'avant-projet mentionne expressément le cas où la décision octroie à une partie à peine plus que ce qui lui avait été offert à titre transactionnel. Les frais inutiles dans ce cas sont les frais intervenus après l'offre de transiger. Afin d'encourager le règlement des procès à l'amiable, l'avant-projet ne limite pas l'offre de règlement dans le temps : celle-ci peut avoir lieu à tout moment lors du procès - même en procédure de recours ; elle ne doit donc pas obligatoirement avoir lieu dès le début de la procédure¹¹³.

Art. 100

Si les parties transigent, elles peuvent aussi convenir de la répartition des frais judiciaires. Si elles ne le font pas, le tribunal doit répartir les frais dans la décision de radiation du rôle. La règle proposée par l'avant-projet correspond à une disposition de transaction fréquente : chaque partie assume ses propres frais et la moitié des frais de tribunal. Si plus de deux parties sont impliquées dans le procès, le tribunal applique cette règle par analogie.

Art. 101

Si une partie est tenue de payer des frais judiciaires, les avances et les sûretés qu'elle a éventuellement versées sont déduites de ces frais. Dans le cas contraire, elles lui sont restituées. L'avant-projet ne permet donc pas que les avances et les sûretés versées soient imputées sur les frais judiciaires dus par l'*autre* partie, même pas en présence d'un droit de recours de la partie qui a fourni l'avance ou la sûreté. L'Etat ne doit pas faire porter son risque d'encaissement à la partie qui a versé une

¹¹¹ ATF 125 III 138 ss.

¹¹² Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, n. 1 ad art. 60.

¹¹³ C'est le cas dans le canton de St-Gall : voir Leuenberger/Uffer-Tobler, art. 266, n. 4a; quant à la limitation des offres de règlement à la période avant litispendance: Leuch / Marbach / Kellerhals / Sterchi, art. 59, n. 1c, Bühler/Edelmann/Killer, § 113, n. 3.

avance ou une sûreté - mais qui sera ultérieurement « libérée des frais »¹¹⁴. L'avant-projet ne prévoit pas de paiement d'intérêt sur les montants à rembourser - cela en totale conformité avec la Constitution¹¹⁵.

Art. 102

La décision sur les frais rendue en première instance peut être attaquée avec le litige lui-même. Si le litige est par exemple attaqué par l'appel, la décision sur les frais peut être également examinée dans le cadre de l'appel. Mais si seule la décision sur les frais est attaquée, elle ne peut l'être que par le recours limité au droit (art. 310 ss). Les décisions sur les frais rendues en seconde instance sont attaquables selon les dispositions de la LTF.

Chapitre 3 Réglementation particulière concernant les frais

Remarque préliminaire

Le droit en vigueur connaît déjà les procédures gratuites :

- la procédure de conciliation pour les litiges portant sur les baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux (art. 274d, al. 2 CO);
- la procédure applicable aux litiges résultant du contrat de travail et selon la LSE dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30 000 francs (art. 343 CO; art. 10 LES);
- la procédure selon la loi sur la participation (art. 15, al. 3 de la loi sur la participation);
- la procédure selon la LEG (art. 11, al. 4 et 12, al. 2 LEG).

Cette situation juridique est ici reprise pour l'essentiel car elle repose sur des décisions de politique juridique prises par le Parlement fédéral. Pour plus de clarté, l'avant-projet règle séparément la procédure de conciliation (qui précède en principe la procédure de décision, art. 191) et la procédure de décision.

Art. 103

Cette disposition règle la procédure de conciliation. Elle établit en premier lieu, tout comme dans le droit actuel, la gratuité de la conciliation en cas de litige portant sur les baux à loyer et à ferme (**let. a**). Les litiges touchant les baux à ferme agricoles sont expressément assimilés aux autres litiges en matière de baux à ferme.

En outre, la procédure de conciliation est toujours gratuite lorsque ultérieurement, lors de la procédure de décision, des frais ne pourront être mis à charge des parties (**let. b et c**). Cela en toute logique puisque, si la procédure de décision est gratuite, la procédure de conciliation doit l'être également.

¹¹⁴ Par ex. les réglementations des cantons d'Argovie et de St-Gall : Bühler/Edelmann/Killer, § 104, n. 1 s., Leuenberger/Uffer-Tobler, art. 280, n. 1 s.; de même § 67 PC/ZH.

¹¹⁵ ATF 107 Ia 120, cons. 2c.

Il convient de noter que la gratuité de la conciliation - contrairement à la gratuité en procédure de décision (art. 104) – concerne les frais de tribunal *et* les dépens. D'une manière générale, ces derniers ne sont en général pas prononcés en procédure de conciliation (art. 203).

Art. 104

La gratuité de la procédure de décision est circonscrite de manière plus précise que la procédure de conciliation, et ceci à trois égards (**al. 1**) :

- d'une part elle ne concerne - comme dans le droit actuel - que les frais de tribunal (donc pas les dépens);
- en outre, elle n'est pas applicable aux affaires touchant les baux à loyer ou à ferme - cette disposition correspond aussi au droit actuel;
- enfin, la procédure de décision est gratuite dans les cas relevant du droit du travail uniquement lorsque la valeur litigieuse n'excède pas 30 000 francs - ce qui correspond également au droit actuel. La gratuité de la procédure de conciliation est par contre indépendante de la valeur litigieuse (sur ce point, l'avant-projet est plus généreux que le droit en vigueur).

Tout comme dans le droit actuel, l'avant-projet émet une réserve sur la gratuité de la procédure en cas de mauvaise foi ou de comportement téméraire (**al. 2**).

Chapitre 4 Assistance judiciaire gratuite

Remarque préliminaire

Le droit à l'assistance judiciaire gratuite découle de l'article 29, alinéa 3 Cst. en tant que droit fondamental de procédure. Il est concrétisé pour la procédure civile aux articles 105 ss de l'avant-projet. L'interprétation de ces dispositions devra se faire compte tenu de l'abondante jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'interprétation conforme à la Constitution.

Le droit à l'assistance judiciaire gratuite est applicable à toutes les procédures dans lesquelles une partie est impliquée ou dont elle a besoin pour défendre ses droits.¹¹⁶ Il est reconnu indifféremment aux Suisses et aux étrangers, qu'ils soient domiciliés en Suisse ou à l'étranger¹¹⁷. L'assistance judiciaire gratuite (et l'assistance gratuite d'un défenseur) peut donc aussi être accordée en procédure de conciliation lorsque le litige le justifie¹¹⁸. Elle l'est également dans les procédures sommaires en matière de poursuite et en principe dans les procédures de faillite suite à une déclaration d'insolvabilité¹¹⁹, ainsi qu'en procédure de mainlevée¹²⁰.

¹¹⁶ TF 121 I 62, 119 la 265, cons. 3a.

¹¹⁷ ATF 120 la 217 ss.

¹¹⁸ ATF 119 la 264 ss. concernant la procédure de conciliation en matière de bail.

¹¹⁹ ATF 119 III 29 cons. 2a et 113 ss., 118 III 27.

¹²⁰ ATF 121 I 60 ss.

Art. 105

Pour qu'une personne puisse bénéficier de l'assistance judiciaire gratuite, elle ne doit pas disposer des *moyens requis* pour subvenir aux frais du procès sans porter considérablement atteinte à l'entretien nécessaire à elle-même et sa famille (**al. 1**). L'entretien nécessaire est usuellement défini sur la base du minimum vital au sens du droit des poursuites. Il ne faut néanmoins pas se fonder uniquement sur cet élément¹²¹. Le minimum vital en procédure civile est généralement de 10 à 30 % supérieur au minimum vital au sens du droit des poursuites¹²². Afin d'apprécier la situation financière, il convient de comparer le revenu déterminant avec le minimum vital appliqué en procédure civile. L'assistance judiciaire gratuite n'est pas accordée si le solde est positif et si les frais judiciaires peuvent être payés dans un délai raisonnable (en général un à deux ans). En cas d'impossibilité ou si le solde est négatif, l'assistance judiciaire gratuite sera entièrement ou partiellement accordée. L'assistance judiciaire gratuite peut être refusée si le requérant dispose d'une fortune dont il peut disposer librement et qu'il ne doit pas utiliser pour satisfaire des besoins actuels ou prévisibles ou pour se constituer une réserve appropriée aux circonstances.¹²³ Il existe une bibliographie et une jurisprudence abondantes sur les questions de la fortune et du revenu déterminants ainsi que sur celle du minimum nécessaire¹²⁴. La jurisprudence présente néanmoins certaines différences selon les cantons¹²⁵. La loi suisse de procédure civile permettra de développer une pratique uniforme au niveau des cantons.

Une autre condition à l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite est que la cause *ne paraisse pas dépourvue de toute chance de succès*. Selon la pratique constante, c'est le cas lorsque les perspectives d'obtenir gain de cause sont considérablement plus restreintes que les risques de perdre et ne peuvent donc plus être qualifiés de sérieuses. Par contre, on considère que la cause n'est pas dépourvue de chance de succès lorsque les perspectives d'obtenir gain de cause et les risques de perdre sont à peu près égaux ou s'ils ne présentent qu'une différence minime¹²⁶.

L'alinéa 2 règle les exceptions. Comme beaucoup de codes de procédure cantonaux, il exclut le droit à une assistance judiciaire gratuite pour les personnes morales (**let. a**). Bien que le Tribunal fédéral ait laissé cette question ouverte¹²⁷, l'avant-projet renonce à déroger à la législation et à la pratique cantonales en vigueur. Le besoin d'assistance des personnes morales serait extrêmement rare car, si elles sont insolvables, elles doivent être dissoutes¹²⁸. Néanmoins, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite ont droit à l'assistance judiciaire gratuite lorsque à la

¹²¹ ATF 124 I 2 cons. 2a.

¹²² Alfred Bühler, *Prozessarmut*, p. 181 ss.; Bühler/Edelmann/Killer, § 125 n. 7; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, art. 77 n. 4a.

¹²³ Alfred Bühler, *Prozessarmut*, p. 154 ss.

¹²⁴ Alfred Bühler, *Prozessarmut*, p. 131 ss.

¹²⁵ Schöbi (éd.), p. 211 ss.

¹²⁶ ATF 119 Ia 253.

¹²⁷ ATF 124 I 246, cons. 4d, 119 Ia 337 ss.

¹²⁸ Voir néanmoins Vogel/Spühler, *Zivilprozessrecht*, chap. 11, n. 62 et Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, art. 77, n. 3a.

fois la société et les sociétaires ayant une responsabilité illimitée sont dans le besoin¹²⁹.

L'assistance judiciaire n'est pas accordée aux masses en faillite et aux masses concordataires (**let. b**), ce qui correspond à la pratique actuelle. Elle ne l'est pas non plus dans les procédures devant les tribunaux arbitraux car ce droit - pour des motifs aisés à concevoir - est restreint aux procédures devant des tribunaux étatiques (**let. c**).

Art. 106

L'assistance judiciaire gratuite n'est accordée que dans la mesure où elle est nécessaire (**al. 1**). Si une partie peut assumer elle-même une partie des frais judiciaires, l'assistance judiciaire gratuite ne doit être accordée que pour le montant restant. Par exemple, elle sera exemptée des frais de tribunal, mais ne bénéficiera pas de l'assistance gratuite d'un défenseur; une franchise peut également être mise à sa charge. Si seulement une partie de la demande a une chance de succès, l'assistance judiciaire gratuite peut se limiter à cette partie.

Ce principe est précisé à l'**alinéa 2** : selon les besoins, la partie concernée sera dispensée de payer les avances, les sûretés ou les avances pour les frais d'administration des preuves (**let. a**). Cette mesure permettra à la partie d'introduire et de mener la procédure. L'avant-projet va néanmoins plus loin que ce droit constitutionnel minimum en prévoyant la possibilité de dispenser la partie concernée des frais de tribunal à la fin du procès - sous réserve d'un remboursement (art. 112) (**let. b**). L'assistance judiciaire gratuite ne comprend toutefois pas - contrairement aux codes de procédure cantonaux - les éventuels dépens qu'il faut tout de même payer à la partie adverse.

L'assistance judiciaire gratuite comprend également le droit à la commission d'office d'un défenseur (**let. c**). Celle-ci dépend toutefois de la nécessité matérielle, c'est-à-dire de la difficulté des questions que pose le procès, des connaissances juridiques du requérant ainsi que de la question de savoir si la partie adverse est représentée par un avocat et s'il faut de ce fait assurer une égalité des chances¹³⁰.

Par contre, la constitution ne prévoit fondamentalement pas de droit à l'assistance gratuite d'un défenseur *avant l'ouverture de la procédure*¹³¹. L'avant-projet l'autorise exceptionnellement (**al. 3**). Pensons par exemple à ce propos à la préparation d'une convention de divorce (art. 111 CC). Les frais supplémentaires occasionnés par le *changement* de défenseur gratuit ne sont pris en charge par l'Etat que si la partie concernée peut prouver que le défenseur n'a plus sa confiance et que cela semble fondé objectivement¹³².

¹²⁹ ATF 124 I 246, cons. 4d, 116 II 651 ss.

¹³⁰ ATF 122 III 392 ss, 119 la 265 ss.

¹³¹ ATF 121 I 321 ss.

¹³² ATF 114 I a 101 ss.

Art. 107

Le défenseur d'office est certes nommé par le tribunal (**al. 1**), mais sans que cela ne restreigne le libre choix de l'avocat (voir art. 108, al. 2). Les avocats sont en outre tenus d'accepter les mandats d'assistance judiciaire dans le canton au registre duquel ils sont inscrits (art. 12, let. g LLCA).

Le défenseur d'office est rémunéré par l'Etat (**al. 2**). Mais si des dépens sont adjugés en faveur de la partie bénéficiant de l'assistance judiciaire gratuite, le défenseur d'office doit d'abord recouvrer ses honoraires de la partie adverse (par ex. engager des poursuites). L'Etat n'intervient que dans la mesure où les honoraires ne peuvent être obtenus auprès de la partie adverse. L'insolvabilité de celle-ci peut néanmoins être établie d'avance (par ex. si elle est en faillite) ; dans ce cas, le défenseur d'office peut s'adresser directement à l'Etat. Avec le paiement, la prétention à l'égard de la partie adverse passe à l'Etat.

L'avant-projet dispose que le défenseur d'office doit recevoir l'entière rémunération qui lui est due selon le tarif (**al. 3**). Sur ce point, l'avant-projet diffère de plusieurs réglementations cantonales qui n'accordent au défenseur d'office qu'un dédommagement réduit - ce qui n'est autorisé que dans une mesure limitée eu égard à la jurisprudence du Tribunal fédéral¹³³.

Art. 108

La décision d'assistance judiciaire gratuite est rendue par un tribunal et non pas par une autorité administrative par exemple (**al. 1**). Le droit cantonal détermine si le tribunal statuant en la cause, son président ou un autre tribunal est compétent (art. 2).

Le tribunal statue en procédure sommaire; la procédure est gratuite même si l'assistance judiciaire gratuite est refusée. Les demandes de mauvaise foi ou téméraires sont réservées (par ex. les cas dans lesquels la partie qui demande l'assistance judiciaire gratuite dispose manifestement de moyens financiers suffisants).

La partie requérante ne doit pas donner la preuve rigoureuse de son manque de ressources ; il suffit que sa demande soit vraisemblable - ce qui correspond à la pratique actuelle (**al. 2**). La maxime inquisitoire est applicable de manière restreinte dans cette procédure, la partie requérante devant participer à l'établissement de sa situation financière (justificatifs concernant la situation financière)¹³⁴.

La demande d'assistance judiciaire gratuite peut être déposée en tout temps, que ce soit avant litispendance ou au cours de la procédure (**al. 3**). Une autorisation avec effet rétroactif n'est accordée qu'à titre exceptionnel.

Bien que la partie adverse de la cause principale ne soit pas partie dans la procédure concernant l'assistance judiciaire gratuite, elle doit malgré tout être entendue si une dispense de fournir des sûretés en garantie de paiement des dépens doit être prononcée (**al. 4**). Elle peut également être entendue dans les autres cas. En effet, la

¹³³ ATF 122 I 3, cons. 3a, 118 I a 133 ss.

¹³⁴ ATF 120 I a 181 s., cons. 3a.

partie adverse est fréquemment en mesure de participer à l'établissement de l'état de fortune et des revenus ainsi des chances de succès¹³⁵.

Art. 109

L'assistance judiciaire gratuite est retirée si, au cours du procès, il s'avère que la partie dispose des moyens nécessaires. De même s'il apparaît durant la procédure (par ex. après l'administration d'une preuve) que la cause est dépourvue de chances de succès.

Le retrait vaut pour le futur. Mais si l'assistance judiciaire gratuite a été accordée initialement à tort parce que la partie concernée disposait des moyens nécessaires déjà au moment de la décision, elle peut être tenue de rembourser les frais déjà occasionnés (art. 112).

Art. 110

Le refus ou le retrait de l'assistance judiciaire gratuite sont des décisions aux conséquences importantes. Elles peuvent de ce fait être attaquées par la voie de l'appel simplifié. La partie adverse ne dispose toutefois que du recours limité au droit (art. 310 ss) si elle entend faire valoir que la partie requérante a été libérée à tort du paiement des sûretés pour les dépens.

Art. 111

Comme dans la plupart des réglementations cantonales, l'assistance judiciaire gratuite s'étend aux procédures de recours tant que l'instance supérieure n'en décide autrement. Il n'est donc pas nécessaire de déposer une nouvelle demande pour l'appel, l'appel simplifié ou le recours limité au droit. La situation financière ne change en général guère dans l'intervalle. Il appartient à l'instance de recours de retirer l'assistance judiciaire gratuite si le recours semble dénué de chances de succès. La révision fait exception car elle doit toujours faire l'objet d'une nouvelle demande. Cette disposition n'étant pas applicable à la procédure devant le Tribunal fédéral, il convient de déposer aussi une nouvelle demande en procédure devant le Tribunal fédéral.

Art. 112

L'Etat ne libère pas définitivement une partie du paiement des frais judiciaires. Il peut lui demander ultérieurement le remboursement de ces frais si sa situation économique le permet (**al. 1**). Tel est le cas si sa situation économique exclut l'accord de l'assistance judiciaire gratuite¹³⁶. L'issue du procès peut également montrer que la partie concernée dispose de suffisamment de moyens pour payer ultérieurement¹³⁷.

¹³⁵ Leuenberger/Uffer-Tobler, art. 285 n. 2c; Bühler/Edelmann/Killer, § 129, n. 4.

¹³⁶ Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, art. 82 n. 2b.

¹³⁷ ATF 122 I 324 s., cons. 2c.

L'avant-projet ne désigne pas les autorités compétentes pour demander le remboursement à une partie et statuer sur la demande. Ces deux points ressortissent au droit cantonal.

La prétention de remboursement s'éteint cinq ans après la clôture de la procédure (**al. 2**). Il s'agit là d'un délai de péremption qui, en tant que tel, ne peut être ni suspendu, ni interrompu.

Titre 8 Conduite du procès, forme des actes et délais

Chapitre 1 Conduite du procès

Art. 113

L'alinéa 1 exprime un principe généralement reconnu en droit de procédure civile suisse. Alors que l'action en justice est une faculté laissée au particulier, la conduite du procès, une fois la demande introduite, incombe au tribunal. Il se charge de tout ce qui a trait à la procédure. C'est lui par exemple qui décide du déroulement de chaque phase de la procédure, qui dirige les audiences et effectue les citations. Les parties ont droit à ce qu'une décision intervienne dans un délai raisonnable (art. 29, al. 1 Cst.).

L'alinéa 2 donne la possibilité au tribunal de tenter de concilier les parties à tout stade de la procédure. Les parties peuvent certes toujours transiger de leur propre initiative. Une solution fondée sur un accord réciproque est désirable, car elle est acceptée par les deux parties; elle doit de ce fait être encouragée.

Art. 114

La conduite du procès revient en principe au tribunal dans son ensemble. Le principe d'immédiateté implique en effet que les éléments fondant la décision finale soient directement portés à la connaissance du tribunal pour qu'il en ait une perception exacte, non biaisée. Mais une procédure nécessitant la réunion de l'ensemble du tribunal pour tout acte de procédure serait trop lourde. C'est pourquoi il est courant de trouver dans les procédures cantonales la délégation à un seul juge de certains actes ou certaines parties de la procédure.

L'alinéa 1 institue la délégation de la conduite du procès à un seul juge, limitée à la phase de préparation des débats principaux (art. 217 ss). L'art. 114 de l'avant-projet ne l'impose pas; il s'agit d'une faculté donnée au tribunal qui en décide selon son appréciation. Le juge instructeur prendra les ordonnances sur preuves (art. 218-219) et pourra procéder à l'administration des preuves lors des débats préparatoires (art. 217).

L'alinéa 2 donne un pouvoir de contrôle complet au tribunal sur les ordonnances du juge instructeur. Il pourra les revoir et les modifier de sa propre initiative, à moins qu'il ne s'agisse d'une ordonnance soumise à l'appel simplifié (p. ex. ordonnance selon l'art. 116 ou 117). Dans ce dernier cas, c'est l'instance d'appel qui aura un pouvoir complet d'examen (voir art. 300). En outre, les parties peuvent toujours demander

que l'administration des preuves se déroule devant l'ensemble du tribunal (art. 149 al. 2).

Art. 115

La matière de chaque procès résulte de la demande et de la réponse. Ce sont donc les parties qui déterminent l'objet du procès dans les limites des règles de recevabilité. Mais le tribunal doit veiller à ce que les litiges soient traités sans retard. Pour ce faire, il doit disposer d'instruments lui permettant de simplifier la procédure. L'avant-projet prévoit à cet effet des instruments connus des procédures cantonales. Le tribunal décide selon son appréciation de leur application.

Les **lettres a et b** autorisent le juge à limiter la procédure à des questions ou des conclusions déterminées. Comme la procédure doit en être simplifiée, ces questions ou conclusions doivent permettre d'aboutir à une décision finale (art. 228) ou incidente (art. 229). Le tribunal pourra par exemple limiter la procédure à la question de la recevabilité. Il pourra aussi limiter un procès en responsabilité à la question de la prescription.

Les **lettres c et d** prévoient la division et la jonction de causes. Le tribunal pourra décider de traiter dans une seule procédure des demandes introduites séparément ou de renvoyer dans plusieurs procédures des prétentions réunies en une seule demande. Les demandes à joindre doivent donc avoir des points communs ou connexes, le but étant d'éviter que les mêmes questions fassent l'objet de plusieurs procès. La division ne peut de même se faire que lorsque les prétentions regroupées dans la demande rendraient le procès trop complexe et trop long si elles étaient traitées ensemble.

La **lettre e** prévoit la possibilité pour le tribunal de renvoyer une demande reconventionnelle dans une procédure séparée, quand bien même elle serait recevable. Le renvoi doit ici aussi viser à éviter que la demande reconventionnelle ne rende le procès trop lourd.

Art. 116

Une fois en cours, le procès doit être mené à son terme sans qu'il y ait d'interruption. Dans certains cas cependant, une suspension de la procédure peut être indiquée. La suspension intervient parfois de plein droit, comme lorsqu'une partie est mise en faillite (art. 207 LP). Le tribunal doit toutefois pouvoir prononcer la suspension du procès sans que cela ne soit expressément prévu dans une loi. L'article 36, alinéa 1, LFors prévoit la suspension en cas d'actions connexes. Elle est connue de plusieurs procédures cantonales pour des cas précis ou de manière générale.

L'alinéa 1 – il correspond matériellement à l'article 36, alinéa 1, LFors - prévoit une clause générale qui a l'avantage de permettre au juge de décider en fonction des circonstances de chaque procès. Les cas de suspension peuvent en effet être divers et ne peuvent faire l'objet d'une énumération exhaustive. La suspension doit cependant répondre à un besoin. Une raison objective doit rendre la continuation du procès impossible ou déraisonnable.

L'alinéa 1 mentionne à titre d'exemple deux situations pouvant entraîner la suspension de la procédure. La première est relative à une procédure devant une autre autorité, civile, pénale ou administrative, au terme de laquelle une question détermi-

nante pour le procès suspendu sera tranchée. Il s'agit ici d'éviter de continuer inutilement le procès et de garantir la cohérence des décisions des différentes juridictions. Le deuxième exemple concerne les cas où les parties conviennent d'engager une procédure de *médiation*. La médiation n'a pas été réglée dans l'avant-projet, car cela dépasse le domaine d'une loi de procédure civile. Il est cependant essentiel dans les cas où les parties veulent recourir à la médiation que le tribunal suive leur volonté et donne toute latitude d'action au médiateur. La résolution du litige par un accord entre les parties doit en effet être encouragée.

Le tribunal décide sur la suspension selon son appréciation, mais **l'alinéa 2** permet aux parties de contester sa décision par la voie de l'appel simplifié, qui donne un pouvoir d'examen complet à l'autorité de recours (voir art. 300 ss).

Art. 117

Cette disposition reprend l'article 36, alinéa 2, LFors.

Les parties peuvent introduire un appel simplifié contre la décision de renvoi.

Art. 118

Aucun litige ne doit traîner en longueur, mais certains doivent être réglés aussi vite que possible. L'**alinéa 1** enjoint ainsi au tribunal de les désigner comme tels et de les traiter rapidement et prioritairement aux autres litiges pendants.

L'**alinéa 2** donne deux exemples significatifs. La **lettre a** inclut toutes les actions de la LP pour lesquelles aujourd'hui la procédure accélérée est prévue (art. 25, ch. 1 LP). Selon le droit en vigueur il incombe aux cantons d'en régler les modalités. La « procédure accélérée » sera dorénavant réglée par la loi fédérale de procédure civile suisse : il s'agit d'une procédure ordinaire - accélérée par des mesures selon l'alinéa 3. De plus, ces actions de la LP ne seront pas soumises à la conciliation préalable, ce qui garantit une accélération supplémentaire (art. 193, al. 2). Sur le fond, la procédure accélérée demeure donc. La **lettre b** mentionne les litiges dans lesquels les dommages s'aggravent.

L'**alinéa 3** laisse au tribunal le soin de décider des mesures à prendre pour accélérer la procédure. Il est plus à même de choisir dans chaque cas les mesures qui, tout en permettant une décision rapide, ne compromettent pas l'établissement exact des faits ainsi que l'application rigoureuse du droit. Les **lettres a et c** concernent les délais, pour lesquels le tribunal peut se montrer plus strict. La **lettre b** mentionne l'exclusion du deuxième échange d'écriture.

Art. 119

Les participants à la procédure doivent se comporter de manière à ne pas troubler le déroulement du procès. L'**alinéa 1** en fait une obligation dont la violation peut faire l'objet de sanctions de la part du tribunal. Elle vise non seulement les parties mais également les représentants et les tiers (témoins, assistance).

L'**alinéa 3** autorise le tribunal à faire appel à la police, quand il n'y a pas d'autres moyens.

Chapitre 2 Forme des actes de procédure

Art. 120

L'**alinéa 1** permet, comme alternative à la forme écrite, que tout acte des parties soit fait sous forme électronique. Cette forme est plus économique et permet de pleinement profiter de la durée d'un délai. Il est aujourd'hui généralement admis qu'elle offre, sous certaines conditions posées ici à l'**alinéa 2**, les mêmes garanties que la forme écrite. Elle est également permise dans la procédure devant le Tribunal fédéral¹³⁸. C'est pourquoi elle est prévue dans la procédure civile devant les tribunaux cantonaux. Le tribunal doit cependant disposer d'une infrastructure permettant la communication par voie électronique, qui implique un investissement qu'on ne peut lui imposer. La forme électronique ne peut également pas être imposée aux parties.

L'avant-projet pose les exigences auxquelles la forme électronique est soumise. Il suit la solution prévue à l'article 39, alinéa 4 P-LTF. Les actes sous forme électronique doivent être certifiés par une signature électronique reconnue¹³⁹. Leur intégrité et leur authenticité sont ainsi garantie. Ils doivent également être transmis dans un format lisible pour le tribunal. La détermination du format est une question technique dont la réglementation est laissée au Conseil fédéral. Le format sera ainsi identique pour tous les cantons et pourra être coordonné avec celui que le Tribunal fédéral choisira.

L'**alinéa 3** permet au tribunal d'exiger qu'un acte soit tout de même produit sur support papier. Il peut ainsi remédier à d'éventuels problèmes qui pourraient se poser lors de la transmission par voie électronique.

Art. 121

Cette disposition reprend les règles généralement reconnues concernant le nombre d'exemplaires à déposer. Le nombre suffisant exact dépend de chaque procès. Il comprend les copies pour le tribunal et les autres parties. En cas de dépôt en nombre insuffisant, le tribunal a le choix de faire les copies supplémentaires aux frais de la partie ou de lui fixer un délai pour les envoyer. Le tribunal choisit la solution la plus simple en fonction de la longueur de l'acte.

Art. 122

L'avant-projet maintient l'usage de la langue officielle du canton pour les actes écrits et les débats oraux (**al. 1**). Il laisse les cantons ayant plusieurs langues officielles en régler l'usage devant leurs juridictions. Ils peuvent par exemple laisser le choix de l'une ou l'autre ou prévoir que chaque région utilise sa langue.

L'**alinéa 2** autorise cependant l'usage d'autres langues lorsque le tribunal et les autres parties y consentent. Il n'y a en effet pas de raison dans ces conditions d'imposer la langue officielle du canton. Un avocat francophone pourra par exemple

¹³⁸ Voir de manière générale le ch. 2.6 du message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4059 ss, et l'art. 39, al. 4 du projet de loi sur le Tribunal fédéral.

¹³⁹ Pour les exigences relatives à cette signature et l'équivalence à la forme écrite, voir le message relatif à la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique; FF 2001 5423 ss.

procéder en français dans un canton germanophone si le tribunal et les parties au procès sont d'accord.

Art. 123

Cette disposition traite des vices de forme que peut présenter un acte; elle correspond à la réglementation de la LTF (voir art. 3, al. 5 et 6). L'**alinéa 1** permet à la partie qui dépose un acte présentant des défauts formels d'y remédier dans le délai approprié fixé par le tribunal. A défaut, l'acte en question ne sera pas pris en considération. L'**alinéa 2** soumet les actes illisibles, inconvenants ou incompréhensibles au même régime.

Art. 124

La citation par le tribunal se fait par écrit et doit obligatoirement contenir certaines indications énumérées aux lettres a à f. Il s'agit des informations nécessaires à la personne qui doit comparaître devant un tribunal ainsi que des conséquences d'une non-comparution. La citation peut s'adresser aux parties ou à toute autre personne qui pourrait avoir à comparaître devant le tribunal (témoin, expert, etc.). Elle doit être notifiée conformément aux articles 128 ss.

Art. 125

La personne dont on exige la comparution doit être informée assez tôt. Le délai de 10 jours court dès l'envoi par le tribunal et non dès la réception par le destinataire. Le tribunal peut ainsi calculer le jour de l'échéance du délai et fixer la date de la citation avec précision. La partie victime d'un retard dans la transmission pourra demander le renvoi de la comparution à une date ultérieure (art. 126).

Art. 126

Cette disposition permet de reporter la date de la comparution. Un premier renvoi est possible pour des motifs suffisants, un second seulement pour de justes motifs ou avec le consentement de la partie adverse ou des parties s'il s'agit de la citation d'un tiers (de même l'art. 137 al. 2).

Art. 127

L'**alinéa 1** définit le contenu des décisions du tribunal (voir art. 227 ss) conformément à la pratique actuelle:

- Les **lettres a-c** définissent les éléments de l'en-tête.
- Le litige est ensuite identifié par l'indication des conclusions, de la valeur litigieuse et de son objet (**let. d**).
- Il est suivi du dispositif (**let. e**), de l'indication des personnes ou autorités qui en recevront notification (**let. f**) et de la signature du tribunal (**let. i**).

Dans les cas où les parties renoncent à recourir (art. 231), la décision ne sera pas plus détaillée. Dans le cas inverse, la décision indiquera en plus:

- les allégations et le résultat de l'administration des preuves de manière concise ainsi que les motifs (**let. g**); a mention expresse de la concision enjoint au tribunal de se limiter à ce qui est utile à la compréhension de la décision;
- l'indication des voies de recours (**let. h**).

L'**alinéa 2** donne la possibilité au tribunal de publier les avis de minorité. Cela accroît la transparence des décisions et peut ainsi favoriser leur acceptation. Les parties pourraient cependant être incitées à recourir. C'est pourquoi la disposition est restrictive. Un avis minoritaire n'est publié qu'avec l'accord du tribunal, qui décide selon son appréciation. L'avis ne doit de plus pas obligatoirement figurer dans la décision. Il peut figurer uniquement au dossier tout en étant mentionné dans la décision.

Art. 128

Sont mentionnés à titre d'exemple les actes les plus importants de la procédure qui doivent être formellement notifiés (art. 130 ss). Lorsque la notification a été faite dans les règles, le destinataire ne peut plus prétendre ne pas avoir reçu l'envoi.

Art. 129

La notification d'un acte de procédure à la partie concernée directement n'a plus de sens lorsque cette partie confie la conduite du procès à un représentant. Elle devrait porter chaque acte à la connaissance de son représentant. C'est pourquoi l'**alinéa 1** prévoit que la notification s'adresse dans ces cas au représentant.

L'**alinéa 2** pose une exception pour les citations à comparaître personnellement. Elles doivent, en plus de la notification au représentant, être adressées directement à la partie, à moins qu'elle n'habite à l'étranger et qu'elle n'ait élu un domicile en Suisse (art. 132, al. 2).

Art. 130

L'**alinéa 1** règle la forme dans laquelle la notification doit être effectuée. Il mentionne tout d'abord l'envoi postal recommandé, mode de transmission le plus courant dans la pratique. D'autres modes sont également possibles à condition qu'un accusé de réception soit signé. L'acte peut ainsi être transmis par un porteur (huissier par exemple) ou par la police si nécessaire. La notification est adressée directement au destinataire, même en dehors du canton, ce qui est actuellement prévu pour la notification postale¹⁴⁰.

L'**alinéa 2** est conforme à la pratique actuelle qui permet de considérer un acte comme notifié même s'il n'est pas remis au destinataire en personne mais à une personne de son propre entourage. Il doit s'agir d'un employé ou d'une personne de son ménage âgée de seize ans révolus, ce qui garantit que l'acte sera transmis sans attendre au destinataire. L'acte peut par exemple être remis au conjoint, aux enfants majeurs ou à la secrétaire du destinataire.

L'**alinéa 3** décrit les situations où il se justifie d'admettre que la notification est accomplie, même si l'acte n'a pas été effectivement remis.

¹⁴⁰ Voir art. 6 du concordat sur l'entraide judiciaire en matière civile; RS 274.

- La **lettre a** reprend la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'envoi recommandé qui n'a pu être remis et qui n'a pas été retiré. La notification est considérée comme effectuée dans un délai de sept jours, dès le jour de la remise infructueuse. Le destinataire doit cependant s'attendre à recevoir une notification, ce qui est par exemple le cas d'une partie à un procès en cours mais non d'une personne appelée à témoigner qui est en vacances pendant deux semaines.
- La **lettre b**, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, admet la notification lorsque le destinataire est présent mais refuse la transmission de l'acte.
- Selon la **lettre c**, la partie qui n'indique pas un changement d'adresse en cours de procédure doit en supporter les conséquences. C'est pourquoi la notification à l'ancienne adresse est considérée comme accomplie.

Art. 131

Comme pour la transmission des actes des parties au tribunal (art. 120), l'avant-projet permet au tribunal de notifier des actes par voie électronique et lui donne ainsi un moyen de réduire ses frais administratifs. Là encore, il s'agit d'une faculté donnée aux tribunaux et non d'une obligation. Ils ne sont pas tenus de s'équiper à cet effet. Les destinataires de l'acte à notifier ne sont de même pas obligés d'avoir une adresse de notification électronique. Un équivalent électronique à l'adresse postale n'existe actuellement pas et il ne peut être imposé par le biais de la loi sur la procédure civile. La solution choisie suit ici également celle du projet de loi sur le Tribunal fédéral¹⁴¹.

L'**alinéa 1** exige le consentement préalable de la personne concernée par la notification. L'accord se limite en principe au procès en cours. Mais il peut également avoir une portée générale s'agissant par exemple d'avocats ayant à faire régulièrement avec les autorités judiciaires.

L'**alinéa 2** délègue au Conseil fédéral la réglementation des modalités de la notification par voie électronique. Il s'agira de déterminer le format du document électronique notifié, comme pour les actes des parties (art. 120 al. 2).

Art. 132

La notification à l'étranger est un cas d'application de l'entraide judiciaire internationale, réglée aux articles 11 ss LDIP (voir annexe ch. 17). L'**alinéa 1** prévoit à titre de rappel l'application prioritaire des accords internationaux¹⁴² et la compétence du Département fédéral de justice et police en la matière.

La notification n'a pas à être effectuée au lieu de domicile du destinataire à l'étranger s'il a élu domicile en Suisse (**al. 2**), à l'adresse de son représentant par exemple. Dans les affaires relatives à la validité de l'inscription de droits de propriété intellectuelle, le domicile de la personne inscrite comme représentant au registre est con-

¹⁴¹ Voir art. 56, al. 3 P-LTF.

¹⁴² En particulier la convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (RS 0.274.131).

sidéré comme domicile élu, à défaut d'autre choix (**al. 3**). Cette règle correspond au droit actuel.

Art. 133

La notification par voie édictale n'intervient que lorsque les autres formes de notification ne sont pas réalisables. Elle consiste, selon l'**alinéa 1**, en une publication dans la feuille d'avis officielle du canton ou dans la Feuille officielle suisse du commerce, mais le tribunal peut décider d'un autre mode plus approprié (**al. 2**). Il peut par exemple décider de publier l'avis dans des journaux.

La notification se fait par voie édictale tout d'abord lorsque le lieu de séjour du destinataire est inconnu et que des recherches appropriées ont été faites (**let. a**). Cette dernière condition, déjà connue des cantons et dans la pratique relative à l'article 66 LP, implique notamment que les parties effectuent les recherches jugées suffisantes. Il se peut ensuite selon la **lettre b** que la notification à l'étranger soit impossible, notamment si les autorités requises refusent de l'effectuer en temps utile. La **lettre c** prévoit enfin le cas où le destinataire parvient à se soustraire à la notification en dépit de tentatives répétées de lui remettre l'acte en question.

L'**alinéa 3** fixe le moment de la notification au jour de la publication.

Chapitre 3 Délais, défaut et restitution

Remarque préliminaire

La sauvegarde de la paix sociale requiert une conduite rapide des procès. Il s'agit là d'un objet essentiel de tout code de procédure moderne et également de l'avant-projet. Une certaine sévérité ne peut donc pas être évitée dans les dispositions concernant les délais - précisément aussi dans l'intérêt des parties. Elle est néanmoins assouplie par des possibilités de correction (prolongation des délais, restitution).

Il convient de souligner la différence entre les délais légaux et judiciaires. La durée des délais légaux est déterminée par la loi; ils ne peuvent être raccourcis ou prolongés que dans les cas prévus par la loi (par ex. délais de recours). Les délais judiciaires sont fixés par le tribunal dans chaque cas d'espèce et peuvent être prolongés d'une manière générale pour des raisons suffisantes (par ex. délais fixés dans le cadre de la conduite du procès).

Art. 134

Cet article propose des règles correspondant aux modèles courants (**al. 1 et 2**; voir par ex. art. 32 OJ; art. 31 LP).

L'**alinéa 3** mérite une attention particulière : les jours fériés applicables au siège du tribunal sont déterminants. Cette règle permet de considérer les jours fériés locaux et de tenir compte du fait que dans un seul et même canton, la réglementation des jours fériés peut différer au niveau régional¹⁴³.

¹⁴³ Ainsi, dans le canton de Zurich, le lundi de Carnaval est un jour férié légal à la campagne, mais pas dans le district de Zurich.

Il n'est pas nécessaire de réglementer expressément le cas dans lequel un délai de procédure est déterminé par années (par ex. art. 521, 533 CC) : la fin du délai est fixée en vertu de l'article 77, al. 1, ch. 3 CO.

Art. 135

La réglementation de l'**alinéa 1** correspond au droit actuel (voir par ex. art. 32, al. 3 OJ; 12 LDIP).

L'**alinéa 2** concerne le délai de paiement au tribunal. Il est respecté lorsque la partie obligée a expédié l'ordre d'exécution premièrement dans le délai prescrit et deuxièmement pour exécution immédiate à une banque établie en Suisse ou à la poste suisse. Il ne faut donc plus se fonder - comme c'est souvent le cas dans la pratique actuelle - sur le moment (incalculable) où le montant est crédité au tribunal¹⁴⁴. Cette règle est applicable à tous les types de paiement au tribunal.

Art. 136

Cette disposition correspond à la réglementation dans la LTF (art. 44, al. 2). L'article 120 règle les conditions auxquelles sont soumis les actes des parties transmis sous forme électronique.

Art. 137

Cette disposition règle la prolongation des délais et fait une différence entre les délais légaux et judiciaires. Les délais légaux ne peuvent être prolongés; le tribunal est aussi lié par ces délais (**al. 1**).

Les délais judiciaires par contre peuvent être prolongés (**al. 2**). Une demande de prolongation ne peut néanmoins être accordée qu'en présence de *raisons suffisantes* (par ex. maladie, hospitalisation, décès, service militaire, emprisonnement, absence, surcharge de travail, éloignement, séjour à l'étranger, etc.). Il convient donc de toujours se référer au cas d'espèce et de tenir compte des circonstances concrètes selon le droit et l'équité. Le requérant doit établir la vraisemblance des motifs de prolongation invoqués.

Cette réglementation est restrictive dans la mesure où une seule prolongation de délai entre en principe en ligne de compte. Des prolongations supplémentaires ne sont admises que sous deux autres conditions alternatives plus strictes : la présence de *justes motifs* ou l'*accord* de la partie adverse. Cela devrait permettre d'endiguer l'allongement des procédures. Il convient de noter qu'un motif « suffisant » (première prolongation) - selon l'intensité - peut s'avérer être plus tard un juste motif fondant une autre prolongation (par ex. une maladie qui évolue, un cas très complexe).

¹⁴⁴ Voir à propos de la pratique qui n'est plus adaptée aux nécessités actuelles ATF 55 II 200 ss. et ATF 114 Ib 67; selon cette jurisprudence, un ordre de paiement à une banque effectué à temps ne suffit pas. Plusieurs tribunaux cantonaux n'ont pas suivi cette pratique; voir BJM 1970, p. 161.

Art. 138

L'**alinéa 1** définit les feries, une institution qu'à l'exception des deux demi-cantons de Bâle, tous les cantons connaissent¹⁴⁵. Les feries répondent à un besoin pratique non seulement des tribunaux, mais aussi des parties et surtout des petits cabinets d'avocat. La suspension des délais concerne les délais légaux et judiciaires. La réglementation proposée par cet article correspond à celle de la LTF (voir art. 42).

Il y a néanmoins des procédures qui ne souffrent aucun report (**al. 2**). Il s'agit de la procédure de conciliation, de la procédure sommaire et des causes déclarées urgentes. La liste des exceptions légales est exhaustive.

Le tribunal doit rendre les parties attentives à ces exceptions (**al. 3**). Il ne s'agit pas uniquement d'une prescription d'ordre, mais d'une condition nécessaire pour que le délai coure exceptionnellement durant les feries¹⁴⁶. Si elle est omise, les délais sont suspendus.

Art. 139

La notification est en principe possible durant la suspension du délai. Toutefois, un délai communiqué pendant cette période - qu'il soit légal ou judiciaire - ne commence à courir que le premier jour après la fin de la suspension. Par exemple, si la notification judiciaire d'un jugement a lieu le 10 août, le délai de recours commence à courir le 16 août.

Art. 140

Durant les vacances judiciaires, le tribunal ne tient en principe pas d'audience. On entend par audience non seulement la demande, la réponse, les débats préparatoires, les débats principaux, etc, mais aussi les administrations de preuve et la tentative de conciliation. Les exceptions nécessitent l'accord explicite des parties et des tiers participant au procès. Il convient de souligner qu'un renoncement à la suspension durant les feries n'est valide que s'il est exprimé clairement et sans équivoque¹⁴⁷.

Art. 141

Cet article réserve les règles particulières de la LP concernant les délais (notamment art. 31 ss et 56 ss LP). La réserve doit être néanmoins interprétée de manière restrictive : elle ne vaut que pour les procédures de poursuite et de faillite proprement dites (procédures sommaires en matière de poursuite et procédures devant les offices des poursuites et faillites). Par contre, les actions de droit matériel de la LP ou les actions de droit matériel et procédural (par ex. action en contestation de l'état de collocation, action en revendication, actions pauliennes, etc.), sont régies par les délais de la PCS.

¹⁴⁵ A propos de la signification et de la portée des feries en général, voir Hauser/Schweri, p. 484 s.

¹⁴⁶ Voir également Hauser/Schweri, p. 486.

¹⁴⁷ Hauser/Schweri, p. 486.

Art. 142

L'**alinéa 1** donne une définition légale du défaut : il y a défaut lorsqu'une partie n'accomplit pas un acte de procédure dans le délai prescrit.

Le défaut ne doit pas empêcher la procédure de suivre son cours. Dans la mesure où la loi n'en dispose autrement, la procédure se poursuit sans qu'il soit tenu compte du défaut (**al. 2**). La loi prévoit par contre des conséquences particulières aux articles 90 et 91 (avances, sûretés), 123 (vices de forme), 145 (administration des preuves), 200 (procédure de conciliation), 212 (réponse) et 225 (débats principaux).

Selon le principe de la bonne foi, le tribunal doit informer les parties des conséquences du défaut (**al. 3**). S'il y a manquement, le défaut est en principe exclu.

Art. 143

La restitution assure une protection contre un formalisme procédural trop rigoureux au profit de l'établissement de la vérité matérielle. Au niveau fédéral, la restitution était jusqu'ici réglementée de manière assez stricte : dans tous les cas, il est exigé que la personne concernée soit empêchée d'agir sans sa faute (art. 35 OJ, voir également art. 33 LP). En s'appuyant sur le droit de nombreux codes de procédure cantonaux¹⁴⁸ - et en dérogation intentionnelle à la réglementation de la LTF (voir art. 46) -, l'avant-projet propose un certain assouplissement : une faute légère de la partie ou de son représentant ne doit pas exclure la restitution (**al. 1**). Par contre, l'avant-projet exclut toute restitution en cas de faute grave, érigeant ainsi une barrière à la conduite négligente du procès par une partie. Il n'est pas toujours facile de faire la différence entre faute légère et faute grave. Cette différenciation ne peut relever que de l'appréciation du juge selon les circonstances de chaque cas d'espèce¹⁴⁹. La partie concernée ne doit pas prouver l'absence de faute de sa part ou uniquement sa faute légère, mais doit uniquement la rendre vraisemblable.

Le procès ne devant pas être retardé en raison du défaut, la requête en restitution doit être présentée dans de brefs délais (dix jours) à partir du jour où la cause du défaut a disparu (**al. 2**). L'avant-projet pose intentionnellement un délai plus strict que la LTF, laquelle accorde 30 jours (voir art. 46). Les actes de procédure défectueux doivent être produits en même temps (par ex. remise de la réponse avec la requête en restitution ; mandat simultané de paiement pour l'avance des frais). Les actes de procédure que la partie concernée ne peut accomplir elle-même (par ex. administration des preuves) sont exécutés après la restitution.

L'**alinéa 3** est la base juridique de la restitution contre les jugements par défaut (demande de relief). Environ la moitié des cantons suisses connaissent cette institution juridique, raison pour laquelle il est justifié de l'ancrer dans le droit fédéral avec la réserve qui s'impose¹⁵⁰. Pour des raisons de sécurité du droit, la demande de relief ne peut néanmoins pas toujours être requise, mais uniquement dans l'année qui suit l'entrée en force de la décision.

¹⁴⁸ Voir la liste figurant dans Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 9, n. 100.

¹⁴⁹ Voir à cet égard et en général à propos de la différence entre faute légère et faute grave, Hauser/Schweri, p. 723 ss.

¹⁵⁰ Voir la liste figurant dans Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 9, n. 105.

Art. 144

Cette disposition règle la procédure de restitution. Il s'agit d'une procédure sommaire, ceci dans le but de favoriser le déroulement rapide du procès et en conformité avec l'exigence de la simple vraisemblance (art. 143, al. 1). Le tribunal statue sans procédure orale.

Titre 9 Preuve*Remarque préliminaire*

Un bref commentaire de la structure de ce chapitre s'impose. D'un point de vue purement systématique, le droit à la preuve devrait figurer au début. Il ne faut cependant pas donner l'impression qu'une partie au procès ait droit à l'administration de toutes les preuves par elle offertes. Dans les faits, le droit à la preuve ne couvre en effet que les offres de preuve qui présentent un lien avec l'objet de la preuve. La réglementation porte donc en premier lieu sur l'objet de la preuve et ensuite seulement sur le droit à la preuve.

Sur le fond, l'avant-projet reprend des règles connues du droit cantonal et fédéral.

Chapitre 1 Dispositions générales**Art. 145**

L'objet de la preuve est constitué – cumulativement – par les faits pertinents et contestés (**al. 1**). Les faits pertinents sont des faits dont la véracité est déterminante pour la décision sur le litige ou pour la réalisation d'une condition de recevabilité¹⁵¹. Il découle de la maxime des débats, qui caractérise le procès ordinaire, que l'administration des preuves ne doit porter que sur des faits contestés.

En principe, tous les faits qui ne sont pas formellement admis en procédure sont contestés (**al. 2**). L'admission peut être explicite ou tacite (par acte concluant). Il n'y a néanmoins pas d'admission par acte concluant lorsque la partie adverse ne s'exprime tout simplement pas sur un fait affirmé. Une telle admission doit découler de l'ensemble des circonstances.

Il suit de l'article 8 CC qu'un fait est considéré comme contesté lorsqu'il n'est pas formellement admis devant le tribunal. Selon cet article, la partie à qui incombe le fardeau de la preuve d'un fait doit alléguer et prouver le fait en question. Cette règle vaut en tout cas dans le domaine d'application de la maxime de disposition et de la maxime des débats qui dominent le procès ordinaire. Dans le régime de la maxime inquisitoire en revanche, l'admission formelle ne remplace pas nécessairement la preuve.

Si des doutes subsistent quant à la véracité d'un fait allégué par une partie, mais non contesté par la partie adverse en raison du défaut de celle-ci, le tribunal peut - en

¹⁵¹ Frank/Sträuli/Messmer, § 133, 3; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, remarque préc. l'art. 212.

dérogation à la maxime des débats - ordonner tout de même l'administration des preuves (**al. 3**). Celle-ci s'impose lorsque le tribunal craint de devoir fonder sa décision sur un état de fait inexact. L'administration des preuves empêche dans ce cas qu'une partie exploite le défaut de l'autre contrairement à la bonne foi.

L'usage et les usages locaux occupent une place intermédiaire entre faits et règles de droit¹⁵². Une partie qui use prévaut d'un usage ou des usages locaux doit prouver leur existence et leur contenu. Dans cette mesure, l'usage et les usages locaux peuvent être un objet de preuve (**al. 4**).

Selon le principe posé par l'article 16 LDIP, le contenu du droit étranger est établi d'office par le tribunal. Cet article prévoit néanmoins une exception à son alinéa 1: dans les litiges de nature patrimoniale, la preuve du droit étranger peut être mise à la charge aux parties. Cette preuve doit avoir lieu selon les règles et dans les formes de la procédure probatoire.

Art. 146

Les faits connus de tous ou dont l'existence ne peut raisonnablement être mise en doute, ainsi que les circonstances perceptibles de façon toute générale et fiable, sont supposés connus dans le procès et n'ont, de ce fait, pas besoin d'être prouvés. Il en va de même des faits et des actes que le tribunal connaît de par son activité officielle.

En outre, n'ont pas besoin d'être prouvés les faits reposant sur l'expérience générale de la vie ou sur des règles d'expérience en matière d'art, de science, de commerce, etc., à condition que leur portée ne se limite pas au seul cas d'espèce et qu'ils remplissent dans une large mesure la fonction de normes¹⁵³.

Art. 147

Le droit à la preuve découle essentiellement du droit d'être entendu (art. 48). Il englobe le droit de présenter des moyens de preuve pertinents dans la mesure où ils sont adéquats et répondent, du point de vue du contenu, de la forme et des délais, aux exigences posées par la PCS (**al. 1**)¹⁵⁴. Un droit à l'administration de preuves n'existe toutefois que si elles présentent un lien avec l'objet de la preuve.

L'**alinéa 2** traite de l'appréciation anticipée des preuves : le tribunal peut refuser des moyens de preuve demandés s'il les considère d'emblée comme inadaptés ou si sa conviction est déjà faite à partir des moyens de preuve déjà disponibles et qu'il considère que d'autres investigations ne sauraient plus rien changer au résultat déterminant de l'administration des preuves¹⁵⁵.

Généralement, les moyens de preuve obtenus en violation de normes juridiques ne sauraient être pris en considération (**al. 3**) ; il serait en effet contradictoire que la justice puisse se fonder sur des actes contraires au droit. Mais vouloir exclure abso-

¹⁵² BK-Peter Liver, art. 5 CC, n. 67; Deschenaux, SPR II, p. 45 ss.

¹⁵³ ATF 123 III 243, 120 II 99, 117 II 258; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, art. 217/218, n.1 et 2; Frank/Sträuli/Messmer, § 133, n. 12.

¹⁵⁴ ATF 122 III 223 avec d'autres renvois.

¹⁵⁵ ATF 125 I 430, 124 V 94, 124 I 211, 122 III 219, 122 II 469, 121 I 112 et 308.

lument les moyens de preuve obtenus de manière illicite serait également problématique, surtout lorsque le moyen de preuve en question est le seul qui existe et qu'il a une importance déterminante pour l'issue du procès. Pour cette raison, il convient de renoncer à poser une interdiction absolue et de s'en remettre à la pratique pour trouver à chaque fois une solution appropriée au cas d'espèce. Le tribunal devra, dans le cas d'espèce, procéder à une pondération entre l'intérêt à la recherche de la vérité et le principe selon lequel un acte contraire au droit ne saurait être utilisé pour justifier l'application du droit. Lors de cette pondération, le tribunal devra toutefois se laisser guider par le principe qui veut qu'aucun moyen de preuve obtenu illicitement ne puisse être utilisé et il ne pourra y déroger qu'en cas de nécessité.

Art. 148

Il convient de souligner, dans l'optique d'une délimitation négative, qu'il ne s'agit pas ici de la règle du fardeau de la preuve en droit matériel telle qu'elle est définie à l'article 8 CC, mais uniquement de la répartition du fardeau de la preuve en relation avec l'exercice de droits *de procédure*. Cette question de la répartition du fardeau de la preuve se pose par exemple lorsqu'une partie estime qu'une offre de preuves ou un recours a été déposé tardivement et que cela est contesté par la partie adverse. La présente disposition règle la répartition du fardeau de la preuve dans ce genre de cas.

Art. 149

L'expérience a montré que l'administration des preuves est trop diversifiée pour qu'elle puisse avoir lieu toujours selon le même procédé. L'avant-projet prévoit donc un système mixte d'administration directe et indirecte des preuves. Même si le principe de l'immédiateté constitue la « clé de voûte » de l'appréciation des preuves¹⁵⁶, il ne s'applique pas automatiquement à tous les cas. Des motifs objectifs peuvent requérir une administration indirecte des preuves, en général par délégation du tribunal (**al. 1**): ainsi en cas d'investigations longues et dispendieuses sur place. Il serait par exemple disproportionné qu'un tribunal collégial dûment saisi d'une affaire procède à une inspection aux Caraïbes, tandis qu'il apparaît adéquat qu'une délégation du tribunal procède à l'audition d'enfants dans le cadre des procédures touchant au droit de la famille. Les parties ont toutefois la possibilité de demander l'administration directe des preuves par le tribunal saisi (**al. 2**).

Le droit des parties de participer à la procédure probatoire ainsi que celui de prendre position sur les preuves invoquées découlent également du droit d'être entendu (**al. 3**)¹⁵⁷. Il en va de même du droit des parties de se prononcer également sur le résultat de l'administration des preuves, droit qui – pour des raisons de systématique – est prévu à l'article 223.

Art. 150

Le tribunal doit certes forger sa conviction sur la base du résultat de l'administration des preuves, mais il doit aussi prendre en considération le comportement des par-

¹⁵⁶ Kummer, p. 83 (qui parle de "*Lebensnerv der Beweiswürdigung*").

¹⁵⁷ ATF 124 I 241, 121 V 150, 119 Ia 261, 118 Ia 17.

ties. C'est ainsi que le tribunal devra notamment tenir compte du fait qu'une partie a entravé l'administration des preuves en refusant de déposer ou en retenant des moyens de preuve (cf., à ce propos, art. 155, al. 3).

Art. 151

Une constatation rapide de l'état de fait peut s'avérer nécessaire lorsque l'administration ultérieure des preuves serait rendue plus difficile ou même impossible. La partie concernée doit rendre cette nécessité vraisemblable (**al. 1**). Il y aura par exemple mise en danger des preuves lorsqu'un moyen de preuve risque d'être perdu en raison de la maladie grave d'un témoin, du danger d'effondrement d'un bâtiment, etc. La conservation de la preuve doit être ordonnée selon la procédure applicable aux mesures provisionnelles (**al. 2**; art. 275 ss).

La conservation des preuves sert aussi à la notification judiciaire de déclarations de volonté de droit privé lorsque le lieu de résidence du destinataire est inconnu (**al. 3**)¹⁵⁸. En règle générale, cette notification peut avoir lieu directement par voie de publication (art. 133) ; cela évite au tribunal d'entreprendre auparavant des tentatives de notification vouées à l'échec. La publication tient lieu de communication de la déclaration en question (par ex. la résiliation d'un contrat).

Chapitre 2 Obligation de collaborer et droit de refuser de collaborer

Obligation de collaborer

Remarque préliminaire

L'avant-projet prévoit pour les parties comme pour les tierces personnes une obligation fondamentale de collaborer à l'établissement des faits et à l'administration des preuves. A l'égard de tiers, il s'agit d'une véritable obligation : sa violation peut entraîner une peine ou une exécution forcée. Le devoir de collaboration va moins loin pour les parties : leur violation est uniquement « réprimée » lors de l'appréciation des preuves. A l'égard des parties, l'obligation de collaborer n'est ainsi qu'une charge procédurale.

L'obligation de collaborer n'intervient que sous réserve des droits spéciaux de refus de collaboration. Ces derniers tiennent compte des éventuels conflits d'intérêts et de loyauté ou de certaines fonctions des personnes concernées et préviennent un risque accru de fausses dépositions. Parmi les droits de refuser de collaborer, l'avant-projet mentionne en particulier le droit de refuser un témoignage.

Art. 152

Comme cela ressort du vocable "*en particulier*", l'avant-projet se borne à donner des exemples de l'obligation de collaborer (**al. 1**) : l'obligation de déposer en qualité de partie ou de témoin (**al. a**), l'obligation de produire les documents requis (**al. b**) et l'obligation de se prêter à l'examen de sa personne ou de ses biens par un expert (**let. c**), que ce soit par exemple dans le cadre d'une procédure portant sur l'établis-

¹⁵⁸ Voir notam. art. 235 PC/ZH.

sement d'une filiation ou en vue de procéder à une inspection, comme lors d'un procès portant sur des immissions.

L'**alinéa 2** concerne le devoir de collaboration des mineurs. A la différence de certains codes cantonaux de procédure civile¹⁵⁹, l'avant-projet ne prévoit pas de limite d'âge minimum. La fixation d'un âge minimum se traduirait par une limitation négative des moyens de preuve en ce sens que la déposition d'un mineur n'ayant pas encore atteint la limite d'âge fixée n'aurait absolument aucune valeur probante, même au cas où cette déposition serait tout à fait fiable, par exemple à propos des circonstances d'un accident de la circulation. Même considérée sous l'angle du droit à la preuve (art. 147), l'exclusion générale des mineurs n'ayant pas atteint un certain âge apparaît problématique dans la mesure où il peut s'agir là du seul et unique moyen de preuve, parfois même d'un moyen décisif dont l'exclusion empêcherait pratiquement la recherche de la vérité. Inversement, il serait également problématique de soumettre de manière générale et systématique les mineurs qui ont dépassé une certaine limite d'âge au devoir de collaboration, car cela ne permettrait pas de tenir compte des circonstances individuelles, notamment du bien de l'enfant.

Pour cette raison, la commission d'experts propose une solution flexible permettant au tribunal de statuer dans le cas d'espèce sur l'obligation de collaboration des mineurs. Toutes les circonstances concrètes doivent à cet égard être prises en considération : par exemple la faculté d'un enfant à raisonner et à se faire une opinion, ses liens avec les parties, l'objet de la preuve ou la prise en considération possible du bien-être physique et psychique de l'enfant. L'étendue de la charge que représente l'obligation de collaboration pour le mineur pourra résulter de l'objet même de la preuve : s'il est envisageable d'exiger par exemple d'un mineur qu'il parle d'un événement vécu à caractère anodin, il peut s'avérer au contraire que le seul fait de se retrouver confronté à une question précise soit un fardeau trop lourd à porter pour lui. En tout état de cause, le tribunal doit avoir la possibilité de ne pas retenir une obligation de collaboration lorsque cela lui semble dicté par le bien de l'enfant, que l'avant-projet mentionne expressément comme critère de décision.

L'indemnité visée à l'**alinéa 3** recouvre notamment le paiement des charges, le dédommagement pour le temps consacré à la collaboration et une indemnité couvrant la perte de gain, pour autant que la personne tenue de collaborer ait effectivement subi un dommage de ce genre. Le caractère équitable de l'indemnité exprime que d'autres circonstances peuvent être prises en considération dans le cas d'espèce.

Art. 153

L'établissement des faits dans un procès peut conduire à ce que la sphère privée des parties ou de tiers soit touchée. Le tribunal est donc autorisé à ordonner les mesures nécessaires à la préservation de secrets. Il peut par exemple exclure dans une certaine mesure de l'administration des preuves l'une ou l'autre des parties, voire les deux, de même que leurs avocats ou même des tiers. Le droit de consulter le dossier peut ainsi être restreint en ne rendant que partiellement accessible à une partie une expertise qui concerne des secrets d'affaires. Ou encore une expertise psychiatrique n'est pas communiquée à la partie elle-même, mais uniquement à son représentant. Dans le cas d'espèce, le tribunal doit mettre en balance l'intérêt à l'établissement des

¹⁵⁹ § 160, ch. 3 PC/BL; art. 244, ch. 1 PC/BE; art. 228, ch. 3 PC/TI.

faits et celui au maintien du secret, ce qui se traduit par le caractère nécessaire ("*propres*") des mesures à prendre.

Art. 154

Comme nous l'avons déjà dit, le droit de refuser de collaborer constitue une limite à l'obligation fondamentale de collaboration des parties et des tiers (art. 155 ss). Le tribunal doit informer les personnes concernées de ce droit (**al. 1**). Il doit le faire de manière suffisamment claire et complète pour que la personne concernée sache exactement si elle doit ou non collaborer dans le cas concret.

Si le refus est autorisé, le tribunal ne peut, lors de l'appréciation des preuves, tirer des conclusions du fait à prouver. Admettre le contraire irait à l'encontre du but même du droit de refuser de collaborer, qui s'en trouverait vidé de son sens, ce que l'avant-projet exclut (**al. 2**).

L'**alinéa 3** protège aussi le droit de refuser de collaborer : les moyens de preuve qui ont été administrés, sans que le tribunal n'ait au préalable informé les personnes concernées de leur droit de refuser de collaborer, ne peuvent pas être pris en considération lors de l'appréciation des preuves. Par contre, si cette personne donne ultérieurement son consentement et que les preuves sont confirmées, ce défaut d'information est considéré comme réparé.

Le droit de refuser de collaborer des parties

Art. 155

Une partie peut refuser de collaborer pour deux raisons seulement (**al.1**) :

- lorsque l'administration des preuves risque de l'exposer ou d'exposer un de ses proches à une poursuite pénale (dans ce cas, une collaboration équivaldrait en quelque sorte à une autodénonciation, **let. a**) ;
- lorsqu'en déposant, elle pourrait révéler un secret (**let. b**).

Ces deux raisons correspondent pour l'essentiel aux droits de refuser de collaborer des tiers (cf. le commentaire relatif à l'article 157, al. 1, let. a et b). La *ratio legis* est la même.

Le refus non autorisé d'une partie de collaborer ne l'expose toutefois pas à une sanction pénale ou coercitive, à la différence de ce qui se passe lorsque le refus émane de tiers. L'attitude non coopérative ou même réfractaire d'une partie sera uniquement prise en considération lors de l'appréciation des preuves (**al. 2**).

Le droit de refuser de collaborer des tiers

Art. 156

S'agissant de tiers, l'avant-projet prévoit toute une série de motifs de refus. Une différence doit néanmoins être faite entre refus absolu et refus restreint.

L'article 156 règle le *refus absolu de collaborer*. Les tierces personnes qui entretiennent certains liens de parenté ou d'autres liens étroits avec une partie sont en droit de refuser toute collaboration : Pour ces personnes, le conflit d'intérêts ou de conscience est évident. En outre, il s'agit par là de protéger la famille.

Cela concerne :

- les parents d'une partie en ligne directe et les personnes alliées (**let. a**);
- le conjoint ou le partenaire d'une partie (**let. b**). La raison matérielle pour laquelle le partenaire n'est pas tenu de collaborer est la même que pour le conjoint, à savoir éviter une situation conflictuelle insupportable. Il ne doit pas forcément s'agir d'un partenariat enregistré ; le concubinat classique tombe aussi sous le coup de cette disposition légale.
- les frères et sœurs d'une partie, leur conjoint ou leur partenaire, ainsi que les nièces et neveux d'une partie (**let. c**).
- les parâtre, marâtre, enfants d'un autre lit d'une partie, parents nourriciers, enfants recueillis, ainsi que les enfants élevés comme frères et sœurs d'une partie (**let. d**).

Art. 157

Le *droit restreint de refuser de collaborer* vise également à éviter qu'une tierce personne ne se retrouve dans une situation de conflit de conscience ou d'intérêts. Un autre aspect s'y ajoute néanmoins : de par leur fonction, certaines tierces personnes bénéficient aussi d'une protection :

- il peut tout d'abord y avoir situation conflictuelle lorsque la collaboration pourrait exposer la tierce personne ou l'un de ses proches au risque d'une poursuite pénale, d'une atteinte grave à son honneur, ou d'un dommage direct à son patrimoine (**al. 1, let. a**), par exemple si, du fait de sa collaboration à la procédure probatoire, elle risque d'être victime d'une action récursoire.
- Peuvent ensuite également se retrouver dans une situation conflictuelle les personnes soumises de par la loi à une obligation de garder le secret dont la révélation est passible d'une sanction pénale (**let. b**). C'est la raison pour laquelle les membres des professions soumises à la norme pénale de l'article 321 CP bénéficient du droit de refuser de collaborer. La tierce personne est bien entendu tenue de collaborer lorsqu'elle est déliée par écrit de l'obligation de garder le secret par le « détenteur » du secret ou par l'autorité compétente : l'obligation, régie par le droit pénal, de garder le secret est alors supprimée.

Néanmoins, pour certaines professions, le droit de refuser de collaborer ne repose pas seulement sur la protection du secret, mais aussi sur la confiance du public dans cette profession soumise à l'obligation de garder le secret¹⁶⁰. Dans cette optique, le fait d'être délié du secret professionnel ne lève pas totalement l'obligation de collaboration, d'autant plus que l'expérience a montré que le « détenteur » du secret ne mesure pas toujours toutes les conséquences que peut entraîner le déliement du secret. Dans de tels cas, le déliement ne saurait éliminer le conflit pour le mandataire qui, souvent, voit considérablement plus loin que son mandant. C'est par exemple le cas du médecin qui devrait remettre un diagnostic au tribunal alors qu'il n'en a pas informé son patient par égard pour sa santé. Il en va de même pour l'avocat délié du secret professionnel par son client et qui devrait donc faire devant le tribunal une déposition qui serait préjudiciable à son client : dans ce genre de cas, le médecin ou

¹⁶⁰ ATF 91 I 205, 87 IV 108.

l'avocat doit pouvoir se prévaloir d'un intérêt supérieur et refuser la collaboration bien qu'il soit délié de l'obligation de garder le secret.

Le droit actuel permet déjà à l'avocat délié du secret professionnel de ne pas divulguer des faits qui lui ont été confiés par son client (cf. art. 13 de la loi sur les avocats). La commission d'experts n'a pas modifié cette décision du Parlement et assimile aux avocats les médecins et les ecclésiastiques. Les personnes membres de ces professions – énumérées de façon exhaustive – doivent apprécier en toute conscience si, malgré le fait qu'elles soient déliées du secret professionnel, un intérêt supérieur leur interdit de participer à la procédure d'administration des preuves. Cette appréciation est néanmoins de leur ressort propre, et non pas de celui du tribunal car, sinon, la divulgation du secret serait inévitable. Bien entendu, le droit de refuser de collaborer demeure limité au domaine professionnel en question .

- Les fonctions de conciliation et de médiation mentionnées à la **lettre c** ne peuvent être remplies correctement que si les personnes qui les revêtent ont une vue d'ensemble complète des problèmes et des intérêts de la personne qui les consulte. Si celle-ci devait s'attendre à ce que les informations qu'elle donne sur elle-même puissent être utilisées ultérieurement dans un procès, elle ferait très vraisemblablement preuve d'une grande retenue dans l'exposé de sa situation, ce qui à son tour rendrait considérablement plus difficile, voire impossible, l'exercice des fonctions de conciliateur ou de médiateur. Le droit de refuser de collaborer renforce la confiance dans ces fonctions et met en même temps les personnes qui en sont chargées à l'abri de délicates situations conflictuelles.
- Les époux divorcés peuvent se retrouver en situation de conflit lorsqu'ils doivent faire des déclarations sur des faits antérieurs au divorce (**let. d**). Le droit de refuser de collaborer protège la confiance que les époux se sont portée mutuellement durant le mariage.

Le droit restreint de refuser de collaborer ne permet pas de refuser toute collaboration, mais ne fait que protéger de la divulgation de données sensibles. Par exemple, un médecin devra en principe faire des déclarations en tant que témoin, tout en faisant preuve de la retenue nécessaire.

Contrairement à l'alinéa 1, l'**alinéa 2** n'établit pas de droit légal de refuser la participation à l'administration des preuves, mais prévoit le droit, pour le tribunal, de dispenser dans certains cas de l'obligation de collaborer. Le tribunal tranche en pondérant l'intérêt à la manifestation de la vérité dans le procès et l'intérêt à la conservation du secret. Ce dernier intérêt englobe les secrets qu'une personne a acquis dans l'exercice de ses activités professionnelles et qui tombent sous le coup d'une obligation légale de garder le secret (par ex. le secret bancaire). Par ailleurs, les rapports de confiance particuliers sont également protégés.

Ce n'est pas la PCS, mais le droit administratif de la Confédération et des cantons qui détermine à quelles conditions les membres des autorités et les employés des collectivités publiques peuvent refuser de collaborer dans le cadre d'une procédure civile (**al. 3**). Cet alinéa concerne particulièrement le respect du secret de fonction.

Art. 158

En cas de contestation sur l'obligation de collaborer d'une tierce personne, le tribunal saisi du litige statue (**al. 1**). Contrairement à ce qui vaut lorsque le refus non autorisé de collaborer émane d'une partie, le tribunal peut au besoin faire appliquer sa décision par contrainte (**al. 2**). La tierce personne pourra dès lors attaquer cette décision au moyen de l'appel simplifié.

Chapitre 3 Moyens de preuve**Art. 159**

Cet article énumère exhaustivement les moyens de preuve admissibles en procédure ordinaire (**al. 1**). Une liste claire et exhaustive des moyens de preuve dans la PCS contribue à assurer la sécurité du droit. Sont toutefois réservées les procédures concernant le sort des enfants où, suivant les circonstances, d'autres moyens de preuve sont admissibles (**al. 2**). De telles procédures - contrairement à la procédure ordinaire « usuelle » - laissent encore une place au système dit de la preuve libre.

Témoignage**Art. 160**

L'avant-projet pose le principe du témoignage direct (perception directe par les sens) sans pour autant exclure a priori le témoignage indirect. Dans ce dernier cas, le témoin doit toutefois dire publiquement qu'il n'a pas perçu lui-même un fait précis, mais qu'il ne le connaît que par ouï-dire. Ce genre de témoignage est certes dépourvu de force probante directe, mais il peut néanmoins servir d'indice dans l'appréciation des preuves.

Seules des tierces personnes peuvent être témoins. Les organes d'une personne morale partie à un procès ne doivent donc pas être interrogés comme témoins, mais entendus comme parties (déposition des parties selon à l'art. 186).

Art. 161

En règle générale, les témoins sont formellement invités à se rendre dans les locaux du tribunal (**al. 1**). Exceptionnellement, le tribunal peut ne pas citer les témoins à comparaître et autoriser les parties à les faire venir à l'audience (**al. 2**).

Si un témoin ne peut se rendre en personne au tribunal, il peut être entendu à son lieu de résidence par le tribunal ou par une délégation de celui-ci (**al. 3**). Peuvent entrer en considération au titre de motifs d'empêchement ceux qui touchent à la santé ou à la profession du témoin, ainsi que d'autres motifs fondés (par ex. détention préventive). L'audition extérieure des témoins est effectuée par le tribunal chargé de la cause (cf. art. 190). On peut également envisager une audition rogatoire des témoins par la voie de l'entraide judiciaire.

Art. 162

Cette disposition règle la forme de l'audition des témoins. Le tribunal exhorte tout d'abord le témoin à répondre conformément à la vérité, puis l'informe des suites pénales d'un faux témoignage (**al. 1**). Cette information est toutefois supprimée pour les mineurs âgés de moins de 14 ans, qui ne sont pas punissables en cas de faux témoignage.

Chaque témoin est entendu seul (**al. 2**). Cela a pour but d'éviter qu'un témoin ne soit influencé par la déposition d'autres témoins, ce qui pourrait l'amener à présenter les faits d'une manière qui ne correspond plus à celle dont il les a directement perçus (à propos de la confrontation, cf. ci-dessous art. 165).

En principe, le témoin doit s'exprimer librement (**al. 3**). Néanmoins, lorsque les circonstances l'exigent, le tribunal peut l'autoriser à utiliser des notes ou d'autres documents écrits.

Les témoignages de personnes de langue étrangère sont également admissibles, mais ils doivent au besoin être traduits (**al. 4**).

Art. 163

Etant donné que la conduite du procès incombe au tribunal ou à l'un de ses membres délégué (art. 113, 114 et 149), c'est lui-même qui procède à l'audition des témoins. Les parties ou leurs représentants n'ont en principe pas le droit d'interroger directement les témoins; le tribunal peut toutefois les y autoriser.

Le témoin est interrogé tout d'abord sur sa personne et ses relations avec les parties, puis sur les faits de la cause qu'il a constatés (**let. a à c**).

Art. 164

Le droit des parties de demander que des questions complémentaires soient posées au témoin découle de leur droit d'être entendu (art. 48). Parce que les questions posées directement aux témoins par les parties risquent d'être insidieuses, les questions complémentaires doivent en principe être soumises préalablement au tribunal. Lorsque ce risque n'existe pas, le tribunal peut autoriser les parties à adresser leurs questions complémentaires directement aux témoins.

Le rejet à tort par le tribunal de questions complémentaires demandées par les parties constitue un motif de recours. Afin que l'instance de recours puisse revoir ce point, les questions complémentaires rejetées doivent être portées au procès-verbal (art. 167).

Art. 165

Le témoin est d'abord interrogé seul et hors la présence des autres témoins (art. 162). Il peut ensuite, à la demande des parties ou sur ordre du tribunal, être confronté avec d'autres témoins ainsi qu'avec une partie ou les deux, dans le but de résoudre les éventuelles contradictions entre les différentes dépositions.

Art. 166

La déposition d'une personne possédant des connaissances spéciales représente une combinaison entre la perception sensorielle directe de faits par une personne et une appréciation de ces faits fondée sur les compétences propres à cette même personne. Une personne possédant des connaissances spéciales peut ainsi être interrogée par le tribunal non seulement sur sa perception directe des faits de la cause, mais aussi sur l'appréciation qu'elle en fait sur la base de ses compétences reconnues.

Art. 167

La pratique des cantons étant très diverse quant à la manière de conserver les dépositions des témoins, l'avant-projet a donc prévu sur ce point une solution flexible (**al. 1**). Ce qui est toutefois indispensable, c'est que l'on puisse comprendre ce que le témoin a déclaré à propos des faits de la cause. Quant à la question de savoir si les dépositions doivent être consignées sur bande magnétique, sur papier ou d'une autre manière, elle relève plutôt du domaine de la technique et doit donc être laissée à la libre appréciation du tribunal. Il en va de même pour la question de savoir si le procès-verbal doit retranscrire mot pour mot les déclarations des témoins ou si son contenu peut simplement correspondre au sens de ces déclarations, si le témoin doit signer le procès-verbal ou si la verbalisation par un membre du tribunal suffit.

Le tribunal statue sur les demandes de rectification du procès-verbal (**al. 2**). Sa décision est attaquable au moyen du recours limité au droit (art. 310, let. a).

Art. 168

Le témoin peut être exclu par le tribunal de l'audition des autres témoins et d'autres étapes de la procédure, afin d'éviter qu'il ne soit influencé dans sa déposition (ce qui se rapprocherait alors de la subornation).

Titres**Art. 169**

La notion de titres a été délibérément conçue de manière large pour faire face à la rapidité de l'évolution technologique. La présente disposition contient une énumération exemplative des documents qui entrent dans la notion de titres. La caractéristique de ces documents consiste en ce qu'ils doivent être propres à prouver des faits pertinents. La définition du titre - telle qu'elle est proposée ici et contrairement à la définition du titre prévue à l'art. 110, ch. 5, CP - n'exige pas que le document doive en plus être "*destiné*" à prouver de tels faits.

Art. 170

Cette disposition contient les définitions usuelles des titres authentiques (**al. 1**) et privés. (**al. 2**).

Art. 171

La remise d'un titre dans un procès implique l'affirmation de l'authenticité du document dont il s'agit. Le fardeau de la preuve de cette authenticité incombe à la partie qui se prévaut du titre. La partie adverse ne peut toutefois pas simplement se borner à contester l'authenticité d'un titre, mais doit démontrer qu'il y a des raisons vraisemblables de douter de l'authenticité de ce titre. Si elle y parvient, la partie qui se prévaut du titre doit alors en prouver l'authenticité. Cette règle a pour but d'éviter les contestations sur l'authenticité d'un titre qui soient purement générales, voire chicanières. L'obligation de prouver l'authenticité d'un titre faite à la partie qui l'invoque présuppose que la partie adverse ait contesté l'authenticité de ce titre d'une manière fondée, ce qui signifie en d'autres termes qu'elle doit parvenir à mettre sérieusement en doute l'authenticité de son contenu ou de sa signature.

Art. 172

Cette disposition reprend le droit actuel (art. 9 CC) dans la mesure où elle accorde une force probante accrue aux faits attestés par les registres publics et les titres authentiques. En revanche, elle innove en ce qu'elle étend à l'ensemble des registres publics et des titres authentiques (et non plus seulement à ceux qui relèvent du droit privé fédéral) la présomption légale attachée à ces faits.

Art. 173

L'usage des copies est désormais largement répandu afin d'éviter de perdre ou d'abîmer les originaux. En général, il suffit donc de produire une copie du titre (**al. 1**). Néanmoins, le tribunal peut toujours exiger la production de l'original d'un titre sans qu'il n'ait besoin pour cela d'avancer des motifs spéciaux. Il en va autrement lorsqu'une partie demande la remise de l'original ou d'une copie certifiée conforme : dans ce cas, afin d'éviter les requêtes purement chicanières, la partie doit prouver l'existence de doutes sérieux quant à l'authenticité de la copie.

L'expérience ayant montré qu'un titre ne peut souvent être correctement apprécié que s'il est complet, il importe qu'il soit en principe produit dans son intégralité. Lorsqu'il s'agit de documents très volumineux tels qu'une comptabilité complète ou une longue correspondance, il est toutefois indispensable que la partie qui invoque le titre en signale les éléments pertinents pour l'administration des preuves, car on ne saurait raisonnablement demander au tribunal ou à la partie adverse de trouver ces éléments déterminants (**al. 2**).

Compte tenu de la langue officielle du tribunal, celui-ci peut, de lui-même ou à la demande d'une partie, requérir la traduction de titres établis en langue étrangère (**al. 3**).

Inspection**Art. 174**

L'inspection constitue, d'une part, un moyen de preuve et, d'autre part, elle permet également au tribunal d'élucider l'état de fait. En tant que moyen de preuve, elle doit être demandée par une partie, conformément à la maxime des débats. Lorsque l'inspection constitue un moyen pour le tribunal de déterminer l'état de fait, le tribunal peut l'ordonner d'office s'il la considère utile ou nécessaire (**al. 1**).

Du droit des parties à être entendues (art. 48) (**al. 2**) découle leur droit de participer à l'inspection, à moins que des motifs importants s'opposent à leur présence (ce qui sera par exemple le cas lorsque des intérêts dignes de protection de tiers sont en jeu ou lorsque l'inspection doit être exécutée à l'improviste si elle ne veut pas manquer à son but).

Des raisons d'économie de procédure peuvent justifier que le tribunal procède à une inspection et auditionne en même temps des témoins sur place (**al. 3**). Si des connaissances spéciales ou une expérience particulière sont nécessaires au bon déroulement de l'inspection, le tribunal peut faire appel à un expert.

Si l'objet de l'inspection est un bien transportable, il doit être produit devant le tribunal et les dispositions sur la production des titres s'appliquent alors par analogie (**al. 4**).

Art. 175

Les résultats de l'inspection doivent être consignés dans un procès-verbal : le jugement ne se fondera sur ces résultats que s'ils figurent dans le dossier¹⁶¹.

Expertise

Art. 176

En vertu de la maxime des débats qui caractérise la procédure ordinaire, une expertise ne peut être ordonnée qu'à la demande d'une partie (à la différence de l'inspection à laquelle le tribunal peut également procéder d'office; art. 174, al. 1). Les parties doivent toutefois être entendues au préalable (**al. 1**), ce pour deux raisons :

- d'une part, il ne faut pas passer outre la volonté des parties; en raison des coûts qu'une expertise peut engendrer, celles-ci doivent pouvoir s'exprimer sur ce point. La question des coûts peut en effet les inciter à renoncer à l'expertise. Si les coûts de l'expertise ne sont pas garantis au moyen de sûretés, cela équivaut à une renonciation au moyen de preuve et le procès continue sans expertise ;
- d'autre part, l'audition préalable des parties garantit qu'elles puissent s'exprimer sur la personne et, cas échéant, sur les compétences professionnelles de l'expert choisi, possibilité qui découle du droit d'être entendu (art. 48).

Au vu du rôle majeur et même décisif de l'expertise dans un procès, l'expert envisagé doit pouvoir être récusé s'il existe un doute sur son impartialité. Les experts sont donc soumis aux mêmes motifs de récusation que les magistrats et les fonctionnaires de l'ordre judiciaire (**al. 2**).

L'**alinéa 3** est consacré au cas où le tribunal entend faire appel à l'un de ses membres parce que celui-ci, à l'instar d'un expert, dispose de connaissances spéciales. Or, dans la mesure où le membre du tribunal revêt dans ce cas le rôle d'un expert, le droit d'être entendu postule que les parties puissent se déterminer sur ce point, ce qui n'est possible que si elles sont informées à temps des capacités du juge concerné, soit avant les délibérations afin qu'elles puissent réagir en

¹⁶¹ ATF 106 Ia 73.

conséquence. Cette réglementation revêt une importance toute particulière pour les procédures devant les tribunaux de commerce et les tribunaux composés de juges non professionnels, dont font partie des experts tels qu'architectes, ingénieurs, médecins, entrepreneurs, etc.

Art. 177

L'expert est également tenu de dire la vérité (**al. 1**).

Il a droit à un dédommagement pour ses dépenses ainsi qu'à une indemnité pour son travail (**al. 2**). Le tribunal fixe le montant de la rémunération due à l'expert. Sa décision est susceptible d'être attaquée par l'expert - mais non pas par les parties - au moyen de l'appel simplifié.

Art. 178

Le tribunal explique le mandat à l'expert soit oralement au cours d'une audience, soit par écrit (**al. 1**). Il lui rappelle d'abord son devoir de dire la vérité, puis lui explique les questions auxquelles il doit répondre.

Le droit des parties de se prononcer sur les questions qui seront posées à l'expert et de pouvoir demander, le cas échéant, que ces questions soient modifiées ou complétées découle également du droit d'être entendu (**al. 2**).

Dans le cadre de la conduite du procès (art. 113), le tribunal veille à ce que la procédure ne soit pas indûment retardée en raison de l'expertise. Pour cette raison, le tribunal fixe à l'expert un délai pour lui remettre le résultat de ses travaux (**al. 3**).

Art. 179

Dans la mesure où le mandat confié à l'expert le requiert, les actes de procédure doivent être mis à sa disposition. En outre, l'expérience a montré que l'expert en est souvent réduit à procéder lui-même à des investigations (**al. 1** ; par exemple en cas de recherches en relation avec une expertise psychiatrique ou en cas d'expertise technique). Lorsque le tribunal attribue le mandat à l'expert, il ne sait pas encore exactement à quelles investigations l'expert devra se livrer, de telle sorte qu'une procédure probatoire formelle préalable de la part du tribunal semble peu adéquate. Dans cette optique, le tribunal peut autoriser l'expert à effectuer lui-même les investigations nécessaires. Cette autorisation est nécessaire, en raison du fait qu'il incombe en principe au tribunal de conduire le procès (art. 113).

Les investigations auxquelles procède l'expert doivent figurer dans l'expertise. C'est la seule manière de garantir que le tribunal puisse ordonner, à la demande d'une partie ou de sa propre initiative, que ces investigations soient (à nouveau) effectuées, mais cette fois-ci selon les règles applicables à la procédure probatoire formelle (**al. 2**).

Art. 180

Le tribunal est en principe libre de demander que le rapport d'expertise soit présenté oralement ou par écrit (**al. 1**). Néanmoins, une expertise orale n'entrera en considération que si elle ne porte pas sur une matière complexe. En cas de rapport écrit, il

peut s'avérer nécessaire que l'expert explique oralement ses conclusions écrites au tribunal et aux parties et qu'il réponde à cette occasion à leurs éventuelles questions.

En général, il suffit de mandater *un seul* expert. Néanmoins, il peut être indiqué de mandater plusieurs experts si l'expertise porte sur plusieurs domaines spécialisés ou lorsque, dans l'un de ces domaines, plusieurs opinions sont défendues sans que l'une l'emporte véritablement¹⁶². Dans ce cas, chaque expert fournit son rapport (**al. 2**). Si plusieurs rapports sont établis, le tribunal ne doit pas se fonder sur un seul, mais doit tous les prendre dûment en considération¹⁶³.

Le droit d'être entendu requiert que les parties puissent consulter le rapport d'expertise et, cas échéant, exiger des explications sur le contenu du rapport ou en demander un complément (**al. 3**).

Art. 181

La possibilité de pourvoir au remplacement de l'expert découle du fait que l'expertise est un mandat donné par le tribunal (art. 178), auquel les art. 394 ss CO ne s'appliquent pas automatiquement (**al. 1**).

L'expertise doit contenir un exposé des motifs qui fasse ressortir clairement comment l'expert est parvenu à ses conclusions (**al. 2**). Si les motifs font défaut ou sont insuffisants, le tribunal peut d'office ordonner à l'expert de corriger son rapport ; il en va de même lorsque le rapport est incomplet ou peu clair. Si, en dépit de la correction apportée, l'expertise demeure lacunaire ou si une correction apparaît d'emblée vaine, le tribunal peut faire appel à un autre expert.

Les frais découlant d'une expertise défectueuse sont mis à la charge de l'expert qui l'a réalisée (**al. 3**; cf. également le « principe de causalité » selon l'art. 99). Il devra donc prendre à sa charge les frais que son expertise a inutilement causés aux parties. Au cas où son rapport ne serait pas ou qu'en partie utilisable, il devra également restituer les avances qui auraient pu lui être versées¹⁶⁴.

Expertise privée

Art. 182

L'avant-projet se contente d'admettre la possibilité de l'expertise privée : les parties sont libres de déposer une telle expertise durant le procès. Il renonce toutefois délibérément à en préciser la valeur probante, parce qu'il est pratiquement impossible de réglementer cette question de façon générale. Il reviendra dès lors à la pratique de décider dans chaque cas d'espèce et selon les circonstances si une expertise privée revêt une certaine valeur probante ou non.

¹⁶² Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, art. 265, n. 1b; Frank/Sträuli/Messmer, § 172, n. 1.

¹⁶³ Frank/Sträuli/Messmer, art. 181, n. 8.

¹⁶⁴ Frank/Sträuli/Messmer, § 179, n. 1.

Expertise-arbitrage

Art. 183

L'expertise-arbitrage est une institution autonome du droit de procédure qui a pour but de faire constater de façon obligatoire des faits juridiquement pertinents par un tiers (expert) et de permettre aux parties de mettre certains faits hors de contestation (**al. 1**)¹⁶⁵. Le procès s'en trouve raccourci, en ce sens que seules les conséquences juridiques sont ensuite débattues.

L'expertise-arbitrage présuppose la passation d'une convention ad hoc entre les parties (**al. 2**), laquelle – pour des raisons liées à la conservation de la preuve – doit être soumise aux mêmes exigences de forme que celles qui régissent la convention d'élection de for (cf. art. 15).

La convention d'expertise-arbitrage manque son but si une partie refuse de collaborer à l'élaboration de l'expertise (**al. 3**). Ce faisant, la partie déjoue l'exécution de la convention, de telle sorte que celle-ci devient obligatoirement caduque. Il en va de même lorsque le rapport d'expertise-arbitrage n'est pas déposé dans les délais. Dans ce cas également, l'expertise-arbitrage rate son but qui est de simplifier et d'accélérer la procédure. C'est alors le tribunal qui procède à la constatation des faits.

Art. 184

Le rapport d'expertise-arbitrage établissant des faits pertinents, il doit être produit en principe au stade de l'allégation des faits (**al. 1**), c'est-à-dire avec la demande, la réponse ou la demande reconventionnelle.

L'expertise-arbitrage remplit une fonction judiciaire : la constatation obligatoire de faits pertinents. Il s'agit en quelque sorte d'une *délégation* de la constatation des faits, à laquelle le tribunal est tenu. Cet effet obligatoire n'intervient toutefois pas sans conditions (**al. 2**):

- l'expertise-arbitrage ne lie le tribunal que lorsque les parties peuvent librement disposer de l'objet du litige (**let. a**; cf. ég. art. 348);
- il ne faut pas qu'un motif de récusation ait été soulevé contre l'expert-arbitre (**let. b**);
- le rapport doit avoir été établi sans qu'une partie ne soit favorisée (par ex. l'expert-arbitre doit entendre les deux parties d'une manière égale pour garantir l'égalité entre les parties à la procédure en même temps qu'un procès équitable ; **let. c**);
- il ne doit pas être entaché d'erreurs manifestes (**let. d**).

Il serait effectivement intolérable et incompatible avec l'idée même de justice qu'un tribunal puisse fonder sa décision sur un rapport d'expertise-arbitrage entaché de lacunes aussi graves.

¹⁶⁵ ATF 117 Ia 365, 71 II 295, 67 II 147 et 232.

Renseignements écrits

Art. 185

Les renseignements écrits sont traités comme un moyen de preuve autonome parce qu'ils rassemblent des éléments de la preuve par titres et de la preuve par témoignage. En vertu de la maxime des débats, il faut là aussi qu'une partie ait déposé une demande.

En requérant des renseignements écrits auprès de *services officiels*, le tribunal acquiert des informations officielles lorsque des auditions de témoins ou des expertises sont impossibles ou inadéquates (**al. 1**)¹⁶⁶. Si une partie affirme par exemple qu'un numéro d'immatriculation lui a été attribué pour son véhicule, il serait disproportionné d'interroger comme témoin un collaborateur du service cantonal de la circulation ; en pareil cas, il s'avère en effet beaucoup plus judicieux de s'adresser à ce service en lui demandant des renseignements écrits.

L'avant-projet autorise également le tribunal à requérir des renseignements écrits auprès de *personnes privées* (**al. 2**). Cette possibilité doit néanmoins rester l'exception par rapport au témoignage formel et ne doit être utilisée que lorsqu'elle est manifestement plus opportune que l'interrogation de témoins ou l'établissement d'une expertise. Tel est par exemple le cas lorsqu'il s'agit de demander des renseignements sur un salaire à l'employeur ou de déterminer les taux d'intérêt de plusieurs années dans le cadre d'un procès en responsabilité civile.

Il est particulièrement important de garantir le droit d'être entendu en informant les parties des renseignements demandés et en leur donnant la possibilité de se prononcer, car un renseignement écrit est en général moins transparent que la déposition d'un témoin (**al. 3**). L'admission de questions complémentaires adressées au service officiel ou à la personne privée qui a communiqué le renseignement peut s'imposer aux fins d'établir la vérité matérielle.

Parce que les renseignements écrits constituent en réalité un interrogatoire de témoins sous forme abrégée, la possibilité de procéder ultérieurement à une audition formelle de témoins doit être réservée (**al. 4**).

Déposition des parties

Art. 186

La déposition des parties est un moyen de preuve à part entière. Il faut la différencier du simple interrogatoire des parties, car celui-ci sert surtout à informer le tribunal et à préciser les actes et déclarations des parties dans le cadre de l'interpellation par le tribunal (art. 51).

Tous les codes cantonaux de procédure civile ne connaissent pas la déposition des parties et, lorsqu'elle figure sur la liste des moyens de preuve, elle est le plus souvent prévue comme "*ultima ratio*" : lorsque les autres moyens de preuve font défaut ou échouent. Dans cette mesure, elle sert à compléter une preuve qui n'est pas encore entièrement fournie ou à réfuter une preuve qui n'a pas encore entière-

¹⁶⁶ Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, art. 242, n. 2.

ment échoué ; elle remplit donc dans une certaine mesure la fonction de « supplément de preuve »¹⁶⁷.

Dans cette optique, la commission d'experts s'était d'abord penchée sur la question de principe de savoir si la déposition des parties était tout d'abord admissible en tant que moyen de preuve et, dans l'affirmative, si elle ne devait intervenir qu'à titre subsidiaire.

Deux considérations ont été déterminantes pour admettre la déposition des parties dans la liste des moyens de preuve de la PCS. Il fallait d'une part créer un système de preuves moderne, impliquant donc le droit des parties à l'administration des preuves au moyen de la déposition. Certes, la déposition n'est pas un moyen de preuve très utilisé dans la pratique, mais il y a des cas où la non-admission de ce moyen de preuve aboutirait à un refus du droit à la preuve. D'autre part, la déposition ne devait pas être enlevée aux cantons qui connaissaient déjà ce moyen de preuve.

La question s'est alors posée de savoir si l'on devait recourir à la déposition des parties seulement après épuisement de tous les autres moyens de preuve. La commission d'experts y a répondu par la négative. Dans un système de preuves moderne, les parties doivent pouvoir choisir librement leurs moyens de preuve, ce qui prêche contre la subsidiarité de la déposition des parties. Il ne faut donc pas attendre que tous les autres moyens de preuve aient été utilisés pour pouvoir recourir à la déposition. Par ailleurs, dans certaines circonstances, parties et témoins doivent être confrontés, ce qui doit avoir lieu au même stade de la procédure.

Certains codes de procédure cantonaux prévoient que seule la déposition d'*une seule* partie est admise, par exemple de la partie adverse du demandeur. Une telle règle équivaut à une limitation de la libre appréciation des preuves. La déposition des parties doit être ouverte aux *deux* parties. Une partie peut donc demander à faire sa propre déposition. Néanmoins, conformément à la maxime des débats, ce moyen de preuve doit toujours faire l'objet d'une requête.

D'après l'avant-projet, la déposition des parties est donc un moyen de preuve à part entière (**al. 1**). Il convient de tenir compte de la partialité naturelle des parties lors de l'appréciation des preuves.

Par rapport à l'interrogatoire informel des parties, la déposition des parties met particulièrement l'accent sur la peine encourue en cas de fausse déclaration (**al. 2**). La déposition est donc un « témoignage dans sa propre cause » qui, en tant que telle, nécessite une invitation expresse du juge et doit être administrée et enregistrée selon les mêmes formes que le témoignage (**al. 3**).

Titre 10 Entraide judiciaire entre tribunaux suisses

Remarque préliminaire

Ce titre concerne l'entraide judiciaire *intercantonale* et *intracantonale*. Lorsqu'il faut accomplir un acte de procédure en dehors de l'arrondissement du tribunal saisi, l'avant-projet donne à ce tribunal deux possibilités :

¹⁶⁷ Voir Sutter, Parteianhörung, p. 327 ss.

- déposer une demande d'entraide judiciaire au tribunal du lieu où l'acte de procédure doit être ensuite accompli (art. 188XX) ; ou
- accomplir directement l'acte de procédure en dehors de son propre arrondissement (art. 190). Si, pour ce faire, les frontières cantonales doivent être dépassées, il faut en informer auparavant le tribunal supérieur du canton concerné.

Le tribunal est libre de procéder comme il l'entend. Les usages cantonaux sont ainsi respectés.

Art. 187

L'**alinéa 1** prévoit l'obligation de s'entraider qui incombe aux tribunaux. Il réaffirme une règle généralement reconnue aujourd'hui qui découle indirectement de la Constitution (art. 122, al. 3, Cst.).

L'**alinéa 2** prévoit la correspondance directe entre les tribunaux, telle qu'elle existe déjà dans les relations intercantionales¹⁶⁸.

Art. 188

Cet article prévoit le cas classique où la procédure est introduite par une requête, qui peut être rédigée dans la langue officielle du tribunal requérant ou dans celle du tribunal requis. C'est ce que prévoit actuellement le concordat (art. 1, ch. 1, 2^{ème} phr.).

Art. 189

Cette disposition règle l'exécution de l'acte de procédure par le tribunal requis. Grâce à l'unification du droit de procédure civile, la question du droit de procédure applicable ne se pose plus dans les cas d'entraide judiciaire intercantonale. Le tribunal requis informe le tribunal requérant et les parties des modalités d'exécution de l'acte (**al. 1**) et peut demander à ce que ses frais soient remboursés (**al. 2**).

Art. 190

Selon cette disposition, un tribunal peut - à titre d'alternative à la réglementation prévue à l'art. 189 - effectuer lui-même tous les actes de procédure nécessaires en dehors de sa juridiction, même dans un autre canton. Lorsqu'un autre canton est concerné, une requête n'est pas nécessaire: il suffit que le tribunal en informe au préalable le tribunal supérieur du canton concerné. Ce système, qui simplifie le déroulement de la procédure, est déjà prévu pour certains actes aux articles 6 à 9 du concordat. Il se justifie d'autant plus dans les cas d'entraide intercantonale que la question du droit applicable à l'acte ne se pose plus.

¹⁶⁸ Art. 1, ch. 1 du concordat sur l'entraide judiciaire en matière civile (RS 274; ci-après: concordat) auquel tous les cantons sont parties.

Partie 2 Dispositions spéciales

Titre 1 Procédure ordinaire

Chapitre 1 Procédure de conciliation

Remarques préliminaires

La tenue d'une procédure de conciliation en introduction au procès revêt une importance majeure : en effet, les parties ont tout avantage à trouver sur un arrangement transactionnel à ce stade précoce de la procédure. Elles ménagent ainsi leurs forces et peuvent régler rapidement leur litige. En outre, à ce moment-là, elles ne sont pas encore entre-déchirées comme elles peuvent l'être à la fin du litige. La conciliation contribue enfin à décharger les tribunaux dans une mesure non négligeable. Pour toutes ces raisons, la procédure de conciliation constitue un point essentiel de l'avant-projet.

Les procédures de conciliation diffèrent actuellement selon les cantons : dans de nombreux cas, la conciliation est confiée à un juge de paix qui ne relève pas du tribunal de première instance. Dans d'autres cas, la procédure de conciliation est menée justement par le tribunal de première instance. L'avant-projet laissant en principe aux cantons le soin de régler l'organisation des tribunaux (art. 1 al. 3) et la compétence à raison de la matière (art. 2), les cantons peuvent conserver leurs systèmes.

Des différences séparent aussi les cantons sur la question de savoir pour quels litiges une tentative de conciliation préalable est *obligatoire* ou *facultative* et quels sont les litiges qui sont *exclus* de la procédure de conciliation. L'avant-projet a adopté à ce propos une position médiane. Mais globalement, la procédure de conciliation est revalorisée du fait que le dépôt de la requête de conciliation fonde déjà la *litispendance* (art. 206). Une partie qui attache de l'importance à ce que la litispendance soit rapidement créée introduira la procédure de conciliation également lorsque celle-ci n'est que facultative.

Il est particulièrement important que l'avant-projet étende aux *litiges relevant du droit du travail* la procédure de conciliation telle qu'elle est menée, de façon très judiciaire, dans le *droit des baux à loyer ou à ferme* devant des autorités désignées paritairement. En outre, l'autorité de conciliation doit avoir la compétence de faire des *propositions de jugement*, dans une mesure plus large que ce n'était le cas jusqu'ici. Dans divers cantons, le juge de paix n'a pas seulement des compétences en matière de conciliation, mais peut également statuer sur les litiges d'importance mineure. L'avant-projet permet aux cantons concernés de conserver ce genre de procédure (jusqu'à 1000 fr. de valeur litigieuse). Dans ces cas, la procédure de conciliation peut être directement suivie de la procédure de décision.

Art. 191

L'avant-projet pose comme principe que, sauf exception, la procédure au fond doit être précédée d'une tentative de conciliation. L'article 192 règle les possibilités qu'ont les parties de renoncer à la procédure de conciliation et l'article 193 l'exclusion d'une

telle procédure. Là où la procédure de conciliation est obligatoire, sa tenue constitue une condition de recevabilité, qui sera établie par l'autorisation de procéder (art. 202).

L'autorité de conciliation doit être une autorité judiciaire (cf. à ce propos le commentaire relatif à l'art. 194).

Art. 192

Il est en général peu judicieux de recourir à la procédure de conciliation lorsque les deux parties la considèrent comme inutile. L'avant-projet leur donne donc la possibilité de renoncer *ensemble* à la procédure de conciliation à condition que celle-ci ne soit pas déclarée obligatoire (**al. 1**; cf. ci-après al. 3). Pour que cette renonciation puisse être établie lors du dépôt de l'action, elle doit être convenue par écrit.

L'**alinéa 2** donne une liste exhaustive des cas dans lesquels le demandeur est libre d'introduire une procédure de conciliation avant le dépôt de la demande en justice (*renonciation unilatérale*) : en cas de litige patrimonial portant sur une valeur litigieuse supérieure à 20'000 francs (**let. a**), lorsque le domicile du défendeur est à l'étranger (**let. b**) ou lorsque son lieu de résidence est inconnu (**let. c**).

Même si une partie domiciliée à l'étranger sera souvent dispensée de participer en personne à la procédure de conciliation (art. 198, al. 3, let. b), l'introduction de la procédure de conciliation peut néanmoins s'avérer utile pour le demandeur dans la perspective de la litispendance (art. 206).

L'avant-projet exclut la renonciation unilatérale en cas d'*action en divorce* (divorce litigieux). Les parties peuvent toutefois renoncer à la procédure de conciliation d'un commun accord. Selon le droit actuel (art. 136, al. 2 CC, abrogé; cf. annexe ch. 2), les cantons peuvent ordonner ou exclure une procédure de conciliation en cas de divorce litigieux.

L'**alinéa 3** définit les cas dans lesquels la procédure de conciliation est *obligatoire*. Toute renonciation, même d'un commun accord, serait irrecevable. Il s'agit des litiges à juger en procédure simplifiée (cf. liste de l'art. 237).

Ce sont donc essentiellement :

- les litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux, ainsi qu'aux baux à ferme agricole,
- les litiges découlant d'un contrat de travail ou les litiges selon la loi sur la participation et la LSE (quelle que soit la valeur litigieuse),
- les litiges selon la LEG.

En outre, selon l'article 194, alinéa 2, les autorités de conciliation compétentes se composent dans ces litiges de représentants des parties siégeant paritairment. Elles peuvent également soumettre aux parties des propositions de jugement (art. 204). En raison de la particularité de la procédure, il ne serait pas judicieux de permettre que l'on renonce à la procédure de conciliation. Dans les litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme, la procédure de conciliation est donc déjà obligatoire en vertu du droit en vigueur (art. 274e CO; susceptible d'être abrogé; cf. annexe, ch. 3)¹⁶⁹. En cas de litiges relatifs à la LEG, cette procédure peut de toute façon être

¹⁶⁹ ATF 124 III 23 s., cons. 2b, 118 II 307 ss; BSK-Peter Weber/Roger Zihlmann, art. 274a CO, n. 2.

déclarée obligatoire par les cantons (art. 11, al. 2 LEG, peut être abrogé ; cf. annexe, ch. 1).

La procédure de conciliation est également obligatoire pour tous les *litiges patrimoniaux* dont la valeur litigieuse est inférieure à 20 000 francs. En effet, lorsque les sommes en jeu ne sont pas trop importantes, les chances d'aboutir à une transaction sont très grandes, raison pour laquelle la conciliation obligatoire s'impose. Il en va de même pour les litiges relatifs à l'obligation d'entretien et à la dette alimentaire en droit de la famille, ainsi que pour l'exécution du droit d'accès selon la LPD (cf. art. 15, al. 4 LPD, abrogé ; cf. annexe, ch. 13).

Art. 193

Cette disposition définit les cas d'*exclusion* de la procédure de conciliation. Ce sont les litiges dans lesquels une procédure de conciliation préalable serait d'emblée inutile ou incompatible avec la nécessité de mener rapidement la procédure.

Selon l'**alinéa 1**, il s'agit des procès d'état civil ainsi que des procès en annulation de mariage car, dans ces deux cas, les litiges ne peuvent pas être réglés par transaction ou acquiescement (**let. a et b**). Comme c'est déjà le cas actuellement, la procédure de conciliation est aussi exclue en cas de divorce sur requête commune (**let. c**; cf. art. 136, al. 1 CC, abrogé ; cf. annexe, ch. 2). En procédure sommaire, la conciliation n'est pas envisageable pour des raisons de rapidité (**let. d**). Enfin, il n'est pas judicieux de répéter une procédure de conciliation lorsqu'un litige a déjà fait l'objet d'une telle procédure (restée infructueuse) (**let. e**). Pour cette raison, il ne faut pas la répéter si - après octroi de l'autorisation de procéder - le délai pour intenter l'action a été dépassé, mais que l'action doit quand même être encore déposée ultérieurement en justice (art. 202, al. 3). Il en va de même lorsqu'une demande a été retirée ou déclarée irrecevable pour cause d'incompétence après exécution d'une procédure de conciliation (art. 207) afin de pouvoir la réintroduire devant le tribunal compétent.

A l'instar de ce qui est prévu aujourd'hui dans nombre de codes de procédure cantonaux, l'**alinéa 2** exclut la procédure de conciliation pour toutes les actions de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) qui, en vertu du droit actuel, doivent être jugées en *procédure accélérée*. Cela correspond à l'urgence liée à ces actions (cf. par ailleurs le commentaire relatif à l'art. 118). Les revendications de tiers et de la masse (art. 242 LP) figurent désormais également parmi ces actions, car elles aussi concernent, tout comme la revendication, la composition des biens à réaliser.

L'**alinéa 3** reprend l'article 274g CO (abrogé ; cf. annexe, ch. 3). Lorsque d'une part une procédure de contestation en droit du bail à loyer est pendante auprès de l'autorité de conciliation et que de l'autre une procédure d'expulsion est pendante auprès du tribunal d'expulsion, il doit y avoir, comme en droit actuel, attraction de compétence au profit du tribunal d'expulsion. L'autorité de conciliation transfère donc sa procédure de contestation au tribunal d'expulsion qui statue sur la cause compte tenu des deux aspects mentionnés. Relativement à la contestation du congé ou à une éventuelle demande de prolongation du bail, le tribunal d'expulsion n'est, comme

jusqu'ici, soumis à aucune restriction en matière de preuves¹⁷⁰. Il n'y a toutefois pas de tentative de conciliation.

Il convient de noter que l'avant-projet élargit le champ d'application : désormais, l'attraction de compétence a lieu pour les *litiges portant sur la validité de toutes les résiliations - et non pas seulement pour les résiliations extraordinaires -*, car la coordination des procédures est nécessaire dans les deux genres de résiliation. Par ailleurs, l'attraction de compétence est étendue au *bail à ferme agricole*, car celui-ci est désormais aussi soumis à la procédure de conciliation selon l'article 191.

Art. 194

Comme nous l'avons déjà mentionné, ce sont en principe les cantons qui désignent l'autorité de conciliation (**al. 1**). Ils peuvent instituer des personnes extérieures au tribunal de première instance, mais celles-ci ne doivent pas appartenir à l'administration cantonale, car l'article 191 requiert une « autorité judiciaire ». Les cantons peuvent également charger un tribunal de première instance des tâches relevant de l'autorité de conciliation. Il appartient en outre au droit cantonal de décider si ce tribunal sera également chargé plus tard de statuer en la cause.

Par contre, en matière de bail à loyer et à ferme, le droit actuel intervient déjà dans la souveraineté cantonale en matière d'organisation, puisque les cantons y sont tenus d'instituer une autorité de conciliation où les deux parties sont représentées paritairement (art. 274a CO, cf. annexe, ch. 3). Cette représentation paritaire a donné de très bons résultats dans la pratique ; conformément à l'**alinéa 2**, elle est donc étendue au bail à ferme agricole, aux litiges relatifs aux contrats de travail, ainsi qu'aux litiges relatifs à la loi sur l'égalité. Ces procédures, que l'on peut également qualifier de procédures sociales, sont très appropriées à la conciliation basée sur une représentation paritaire. Les autorités de conciliation en matière de litiges relatifs aux contrats de travail poursuivront dans une certaine mesure la tradition des tribunaux des prud'hommes que connaissent certains cantons. Par ailleurs, la composition paritaire ne dispense pas les autorités d'une gestion indépendante et impartiale (art. 30, al. 1 Cst.).

Art. 195

L'**alinéa 1** reprend la réglementation figurant aux articles 274a CO et 11 LEG selon lesquels les autorités de conciliation sont aussi chargées de conseiller les parties. Mais une procédure de conciliation ultérieure entre les parties ne peut pas être effectuée par les mêmes personnes (art. 43).

L'**alinéa 2** reprend la restriction posée à l'art. 274c CO selon laquelle pour les baux d'habitations, seuls les offices de conciliation ordinaires sont habilités à agir en tant que tribunaux arbitraux.

Art. 196

L'**alinéa 1** définit les modalités de la requête de conciliation. L'instance étant introduite par le dépôt de la requête (art. 206, al. 1), celle-ci doit contenir tous les

¹⁷⁰ ATF122 III 92 ss.

éléments permettant de constater l'identité de la demande en justice (partie adverse, objet du litige, conclusions des parties)¹⁷¹. Le Conseil fédéral doit fournir les formulaires nécessaires - à des fins de simplification (cf. ég. art. 236). Le dépôt de la requête de conciliation a en outre pour effet d'interrompre la prescription (art. 135, ch. 2 CO).

Selon l'**alinéa 2**, la requête de conciliation est notifiée à la partie adverse; en même temps, les parties sont citées à l'audience.

Art. 197

Le principe de célérité du procès requiert que la procédure de conciliation soit exécutée rapidement (**al. 1**) : l'audience doit avoir lieu dans le mois qui suit le dépôt de la requête.

Conformément à l'**al. 2**, la tentative de conciliation consiste en un entretien oral (informel). L'autorité de conciliation peut, dans le respect des principes généraux du droit, choisir librement la forme avec laquelle elle entend trouver un accord entre les parties. Cette possibilité laisse une certaine marge pour de nouvelles méthodes de conciliation. Si la réglementation cantonale prévoit que les membres de l'autorité de conciliation sont les mêmes que ceux du tribunal de première instance, l'autorité de conciliation doit néanmoins veiller à ce que son engagement dans la procédure de conciliation ne crée pas une apparence de partialité pour la procédure judiciaire ultérieure (art. 43).

L'audience ne comporte en principe pas de procédure probatoire (**al. 3**). Les autorités de conciliation se font néanmoins remettre les documents les plus importants. Si une partie ne remet pas ces documents et empêche ainsi un accord, elle peut être tenue selon l'art. 99 de payer les frais judiciaires d'un procès ultérieur (inutile). L'autorité de conciliation peut procéder à une inspection (informelle) uniquement avec le consentement des parties.

Afin de favoriser un accord à l'amiable (sérénité des débats), l'audience n'est pas publique (**al. 4**). Seules les parties (éventuellement accompagnées de leurs représentants) sont admises. Le principe de la publicité des débats (art. 30, al. 3 Cst., art. 6, ch. 1 CEDH) est garanti – si les parties ne parviennent pas à un accord – dans une procédure judiciaire ultérieure.

Afin de laisser aux parties un temps de réflexion supplémentaire ou plus de temps pour parvenir à une transaction, le procès-verbal peut être laissé en suspens (**al. 5**). La procédure de conciliation est ensuite en quelque sorte suspendue, mais uniquement avec l'accord des parties et au maximum pour six mois. Une seconde audience peut en outre être tenue à la demande des parties.

Art. 198

Comme de nombreux codes de procédure cantonaux, l'avant-projet requiert que les parties comparaissent en personne à l'audience de conciliation (**al. 1**). Cela dans le but de favoriser un dialogue personnel entre les parties avant d'en arriver éventuellement au dépôt de la demande en justice.

¹⁷¹ De même dans le droit argovien où la requête de conciliation (§ 140 PC/AG) marque le début de la litispendance : Bühler/Edelmann/Killer, § 138 n. 2.

Néanmoins, les parties ont toujours la possibilité de se faire *accompagner* à cette audience par un avocat ou une personne de confiance (profane) (**al. 2**). Cette possibilité correspond au terme - encore couramment utilisé même s'il est quelque peu anachronique - d'«assistance» ("*Verbeistandung*"). Lors de l'audience, l'accompagnant est autorisé à participer activement et à s'exprimer. Il serait peu judicieux d'exclure de la conciliation une personne de confiance qui a déjà conseillé une partie auparavant. Les parties doivent néanmoins - malgré cet accompagnement - participer en personne à l'audience.

L'**alinéa 3** règle les exceptions au devoir de comparaître personnellement. Dans ces cas, les parties (absentes) se font *représenter*.

La **lettre a** traite des litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme ainsi que des litiges découlant d'un contrat de travail : l'employeur peut se faire représenter par un employé et le bailleur par le gérant de l'immeuble. Les représentants doivent toutefois avoir procuration pour transiger. Les personnes choisies pour participer à la procédure de conciliation seront donc des personnes très bien informées sur le litige.

La **lettre b** cite quelques motifs pouvant empêcher une personne de comparaître personnellement (maladie, âge, domicile éloigné, longue absence, etc.). La demande de dispense peut être déposée à l'avance ou présentée à l'autorité de conciliation par le représentant au début de l'audience.

Art. 199

Afin de garantir la libre expression à l'audience, les déclarations des parties ne seront pas inscrites au procès-verbal. En outre, ces déclarations ne seront pas prises en compte dans la procédure ultérieure au fond. L'avant-projet ne prévoit à cet égard qu'une exception pour la brève motivation d'une proposition de jugement (art. 204).

Art. 200

L'**alinéa 1** règle le cas du défaut du demandeur à l'audience de conciliation : la requête de conciliation est, en pareil cas, considérée comme retirée, la procédure de conciliation est close et la litispendance rendue caduque. Il n'en découle toutefois pas d'autorité de la chose jugée, car une telle conséquence n'intervient qu'après l'ouverture de la procédure au fond devant le tribunal (art. 209). L'introduction d'une nouvelle demande est ainsi en principe admise¹⁷². Toutefois, en raison du défaut du demandeur, le délai pour introduire l'action peut se périmier - également dans les litiges relatifs aux baux à loyer (par ex. un délai d'action en annulation)¹⁷³. Par ailleurs, dans la mesure où le défaut du demandeur est considéré comme entraînant le retrait de la requête de conciliation, le demandeur défaillant doit assumer les frais judiciaires de la procédure de conciliation.

Par contre, lorsque le défendeur ne se présente pas à l'audience de conciliation, la procédure se poursuit selon l'**alinéa 2** comme si aucun accord n'avait été trouvé : l'autorité de conciliation accorde au demandeur l'autorisation de procéder (art. 202),

¹⁷² ATE 124 III 24 et 247 ss.

¹⁷³ ATE 120 II 28 ss a laissé la question ouverte quant à la procédure de location.

établit une proposition de jugement (art. 204) ou introduit la procédure au fond (art. 205).

Art. 201

Cette disposition traite de la conciliation qui aboutit. Dans ce cas, la transaction, le désistement ou l'acquiescement est consigné dans le procès-verbal (**al. 1**), lequel indique également les frais de tribunal causés par la procédure de conciliation. Lorsque les parties ne s'accordent pas sur ce dernier point, les frais sont répartis conformément aux articles 97 et 100 (cf. égal. les commentaires relatifs à l'art. 203), selon lesquels le défendeur devrait prendre les frais à sa charge en cas d'acquiescement de sa part. Les parties reçoivent un exemplaire du procès-verbal de conciliation.

Ce procès-verbal a les effets d'une décision entrée en force (**al. 2**) et constitue en particulier un titre de mainlevée définitive (art. 80 LP).

Art. 202

En cas d'échec de la tentative de conciliation, le demandeur reçoit en principe l'autorisation de procéder (**al. 1**; à propos des exceptions, cf. les art. 204 et 205 XX). Cette autorisation atteste qu'une procédure de conciliation (infructueuse) a eu lieu. Dans les cas où la procédure de conciliation est obligatoire, l'autorisation de procéder constitue - comme mentionné précédemment (art. 191) - une condition de recevabilité.

L'**alinéa 2** définit le contenu de l'autorisation de procéder. Contribuant aussi à prouver la litispendance, elle doit contenir les éléments requis : les données sur les parties (et leurs éventuels représentants), les conclusions des parties, l'objet du litige ainsi que la date de l'introduction de la procédure de conciliation. Par ailleurs, l'autorisation de procéder contient la décision sur les frais de tribunal (art. 203) et est datée et signée par le tribunal. Une demande reconventionnelle pouvant être déjà déposée en procédure de conciliation (cf. art. 213), il convient aussi de mentionner les conclusions des parties et l'objet du litige de cette demande reconventionnelle.

L'autorisation de procéder permet de porter l'action devant la justice durant un délai de deux mois (**al. 3**). Désirant favoriser la rapidité de la procédure, l'avant-projet n'entend pas accorder de délai plus long. Là non plus, les dispositions sur la suspension des délais (art. 138) ne s'appliquent pas.

Art. 203

Si l'autorisation de procéder est donnée, les frais de tribunal de la procédure de conciliation sont mis à la charge du demandeur (**al. 1**). Néanmoins, dans la phase ultérieure du procès, ils suivent le sort de la cause et sont répartis avec les frais de la procédure judiciaire (**al. 2**).

Toutefois, le demandeur supporte définitivement les frais de la procédure de conciliation s'il retire la requête de conciliation, s'il ne dépose pas la demande dans le délai de validité de l'autorisation de procéder ou s'il renonce purement et simplement à l'action.

Art. 204

L'**alinéa 1** définit de manière exhaustive les cas dans lesquels l'autorité de conciliation n'accorde pas d'autorisation de procéder, mais soumet une proposition de jugement. Le droit actuel donne déjà cette possibilité à l'autorité de conciliation dans certains cas (cf. art. 274a, al. 1, let. c, art. 274e, al. 2 CO) : par exemple lorsqu'il y a contestation du congé et demande de prolongation du bail (art. 273 CO), ou encore en cas de consignation du loyer (art. 259i CO). Les codes de procédure civile des cantons d'Argovie et de St-Gall connaissent aussi la proposition de jugement sous une forme similaire¹⁷⁴.

L'avant-projet étend l'applicabilité de la proposition de jugement à *tous les litiges* relatifs aux baux à loyer ou à ferme (y compris le bail à ferme agricole) ainsi qu'aux litiges relatifs aux rapports de travail (lorsque la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 francs). Une telle extension se justifie par le succès qu'ont connu les autorités de conciliation en matière de bail à loyer¹⁷⁵, lequel est essentiellement dû à leurs compétences en la matière ainsi qu'à leur composition paritaire. La proposition de jugement est par ailleurs tout à fait adaptée aux litiges découlant des rapports de travail, qui requièrent une procédure simple.

La procédure de la proposition de jugement est toujours une procédure de conciliation qui ne peut, en tant que telle, être accompagnée de toutes les garanties de procédure¹⁷⁶. L'autorité de conciliation ne peut donc mener une véritable procédure probatoire¹⁷⁷; elle peut seulement consulter les documents et, avec l'accord des parties, procéder à une inspection (informelle) (art. 197). Elle formulera la proposition de jugement sur la base des documents présentés, le cas échéant sur la base des constatations faites lors de l'inspection et en ayant apprécié les actes et déclarations des parties selon la vraisemblance de l'issue du procès (partie gagnante et partie succombante). Dans ce cadre, il convient aussi d'appliquer par analogie le principe inquisitoire prescrit à l'article 241. Le tribunal peut aussi motiver brièvement par écrit la proposition de jugement (**al. 2**). Les motivations de l'autorité de conciliation sont généralement présentées aux parties en quelques phrases¹⁷⁸.

L'expérience a montré que les propositions de jugement sont acceptées dans la majorité des cas, permettant ainsi de régler de nombreux litiges de manière rapide, avantageuse et sur une base conventionnelle. Les parties peuvent toutefois demander que la cause soit jugée par le tribunal dans le respect des garanties de procédure usuelles.

La proposition de jugement n'est ensuite qu'une proposition de transaction émanant d'une autorité et émise sur la base d'une appréciation provisoire. Toutefois, elle n'en revêt pas moins une importance toute particulière en ce sens que, conformément à l'**alinéa 3**, elle devient une décision qui entre en force de chose jugée si une partie succombante ne porte pas le litige devant le tribunal dans un délai de 30 jours. De ce

¹⁷⁴ Bühler/Edelmann/Killer, § 145 ss; Leuenberger/Uffer-Tobler, art. 144, n. 1 ss; Leuenberger, Streiterledigung, p. 51 ss.

¹⁷⁵ Voir les statistiques de l'Office fédéral du logement, www.bwo.admin.ch/fr/mietrecht/mfr_05.htm.

¹⁷⁶ ATF 121 III 269; Gmür, p. 125; Leuenberger/Uffer-Tobler, art. 153 n. 2b; en faveur de garanties plus étendues en procédure de conciliation : Fabienne Hohl, Réalisation, p. 251.

¹⁷⁷ BSK-Peter Weber/Roger Zihlmann, art. 274e CO, n. 2 ; de même en droit argovien : Bühler/Edelmann/Killer, § 146, n. 1.

¹⁷⁸ ZHK-Peter Higi, art. 274e CO, n. 64 ss.

fait, la proposition de jugement établit les rôles des parties pour la suite de la procédure judiciaire¹⁷⁹. Lorsque les deux parties succombent partiellement, elles ont toutes deux la possibilité de saisir le tribunal - possibilité que le tribunal doit leur signaler (**al. 4**). Au surplus, la proposition de jugement doit être assimilée, par analogie, à une décision.

Enfin, il est à noter que le délai de 30 jours pour porter l'action en justice - contrairement au délai ordinaire en cas d'autorisation de procéder (art. 202, al. 3) - est suspendu durant les fêtes.

Art. 205

L'avant-projet tient compte des divers codes cantonaux qui confèrent de façon générale une compétence de décision au juge de paix dans les litiges de petite importance. Lorsqu'il fait usage d'une telle compétence, le juge de paix arrête d'ordinaire sa décision immédiatement après avoir constaté l'échec de la tentative de conciliation. L'avant-projet maintient cette possibilité pour les litiges dont la valeur litigieuse n'exécède pas 1000 francs (**al. 1**). Néanmoins, la procédure au fond ne saurait être ouverte d'office, mais uniquement à la requête du demandeur : en effet, jusque-là, celui-ci a encore la possibilité de retirer la requête de conciliation sans risque, autrement dit sans que cela n'emporte autorité de chose jugée. L'autorité de conciliation doit donc rendre la partie attentive aux effets juridiques de l'ouverture immédiate de la procédure au fond en cas de désistement d'action subséquent (art. 209). Le demandeur est libre de requérir une autorisation de procéder en lieu et place de l'ouverture de la procédure au fond, évitant ainsi provisoirement les effets qu'entraîne l'ouverture d'une telle procédure en cas de désistement d'action.

La procédure au fond immédiate est soumise par analogie aux règles de la procédure simplifiée (**al. 2**; cf. art. 237 ss). L'action et la réponse sont toutefois uniquement orales. S'il y a une procédure probatoire, elle est soumise aux règles générales¹⁸⁰. Cette procédure au fond n'est pas appliquée dans les domaines où l'article 204 requiert une proposition de jugement (**al. 3**).

Chapitre 2 Litispendance et désistement d'action

Art. 206

Le début de la litispendance est réglé différemment selon les codes de procédure cantonaux. Dans certains, la litispendance commence avec le premier acte introductif d'instance ou au cours de la procédure de conciliation. Dans d'autres, elle ne débute qu'avec la remise du mémoire de demande et l'autorisation de procéder devant le tribunal¹⁸¹.

Selon l'avant-projet, l'instance est introduite par le dépôt de la requête de conciliation ou de la demande en justice (**al. 1**). Pour certains cantons, cette règle ne change rien

¹⁷⁹ ATF 121 III 269; ZHK-Peter Higi, art. 274f CO, n. 42; BSK-Peter Weber/Roger Zihlmann, art. 274f CO, n. 2.

¹⁸⁰ Frank/Sträuli/Messmer, § 194/195 n. 3.

¹⁸¹ Leuenberger, Gerichtsstände, p. 25 ss.

ou presque ; pour d'autres, la litispendance est avancée. Cette même règle vaut aujourd'hui déjà pour les demandes de divorce (art. 136, al. 2 CC, cf. annexe, ch. 2) et les actions introduites dans un contexte international (art. 9, al. 2 LDIP). Une réglementation similaire aurait dû être déjà introduite par la loi sur les fors en matière civile¹⁸², mais elle fut à l'époque supprimée par le Parlement, en particulier au motif de ne pas anticiper sur la future législation relative à la procédure civile¹⁸³.

Il est très important que la litispendance survienne tôt, car cela permet de clarifier rapidement la question du for, faisant ainsi obstacle à ce que l'on appelle le "forum running". Afin que le début de la litispendance puisse être prouvé, la réception de la requête de conciliation ou de la demande est confirmée aux parties qui le requièrent (**al. 2**). Pour ce qui est de la requête commune en divorce (art. 111 CC), il est clairement établi - comme dans le droit actuel (art.136, al. 1 CC) - que la litispendance commence avec le dépôt devant le tribunal.

Art. 207

L'**alinéa 1** correspond presque mot pour mot à l'article 34, alinéa 2 LFors. Néanmoins, le maintien de la litispendance est désormais étendu au cas où la demande n'aurait pas été introduite selon la procédure prescrite (**al. 2**). Ce serait par exemple le cas d'une requête de protection rapide sur laquelle il ne peut pas être entré en matière parce que le cas n'est pas clair (art. 267). La litispendance demeure si la procédure ordinaire adéquate est introduite dans les 30 jours.

Art. 208

Selon l'avant-projet, la litispendance déploie trois effets (**al. 1**):

- Une demande identique ne peut plus être portée en justice devant une autre autorité (**let. a**). Il y a identité lorsque les parties et l'objet du litige sont les mêmes (*eadem res inter easdem partes*). L'objet du litige est le même lorsque les mêmes conclusions tirées du même événement sont invoquées. L'absence de litispendance préexistante est une condition de recevabilité (art. 54). La question de l'identité a donné lieu à une jurisprudence et à une littérature abondantes qui conservent toute leur pertinence¹⁸⁴.
- La litispendance établit également la compétence à raison du lieu et de la matière (**let. b**). La compétence à raison du lieu demeure même si le défendeur (ou le demandeur) change de domicile après le début de la litispendance. La compétence à raison de la matière demeure également même si la valeur litigieuse change en cours de procédure.
- La litispendance donne enfin au défendeur la possibilité de former une demande reconventionnelle (art. 85) (**let. c**) - ce qu'il peut aussi faire plus tard, lorsqu'il dépose sa réponse (art. 213).

¹⁸² Message relatif à la LFors, FF 1999, p. 2635.

¹⁸³ Art. 38 projet de LFors; déclarations des conseillers nationaux Erwin Jutzet et Jost Gross, Bull. off. CN (1999), p. 1029 ss, p. 1034 et 1035; Leuenberger, Gerichtsstände, p. 25 s.

¹⁸⁴ Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 8, n. 1 ss; Frank/Sträuli/Messmer, § 107, n. 7 ss; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, art. 160, n. 6; Leuenberger/Uffer-Tobler, art. 72, n. 1.

En revanche, le moment à partir duquel le désistement d'action emporte autorité de chose jugée ne correspond pas au début de la litispendance, mais bien à l'ouverture de la procédure au fond (art. 209).

Le droit civil fédéral et la LP prescrivent pour plusieurs demandes des délais dans lesquels celles-ci doivent être faites, intentées ou introduites devant le tribunal: c'est par exemple le cas de la contestation des décisions d'associations (art. 75 CC), de l'action en désaveu de paternité (art. 256c CC), des actions en nullité et en réduction en matière de successions (art. 521 et 533 CC), de la contestation du congé en matière de bail (art. 273 CO), de la contestation des décisions de l'assemblée générale d'une société anonyme (art. 706a CO) ainsi que de diverses actions prévues par la LP telles l'action en libération de dette (art. 83 LP) ou l'action en contestation de l'état de collocation (art. 250 LP). Ces délais sont des délais de péremption. Désirant établir clairement à quel moment ces délais devaient être considérés comme observés en application des divers codes de procédure cantonaux, le Tribunal fédéral avait admis, déjà très tôt dans sa jurisprudence, la règle suivante : le délai pour intenter action est réputé observé par *l'ouverture de action*, c'est-à-dire par l'acte introductif d'instance ou préparatoire par lequel le demandeur invoque pour la première fois, dans une forme déterminée, la protection du juge relativement à la prétention qu'il soulève¹⁸⁵. L'**alinéa 2** fait sienne cette règle en disposant – de façon uniforme – que le début de la litispendance est déterminant pour le respect des délais. Ainsi, la question de savoir si les délais pour intenter action ont été observés sera, à l'avenir également, appréciée selon les mêmes critères.

Art. 209

L'obligation de poursuivre le procès s'entend de l'incombance mise à la charge du demandeur de persévérer dans son action, sous peine – en particulier s'il retire son action – de ne plus pouvoir l'intenter en justice une seconde fois. Le demandeur qui ne respecte pas cette incombance se verra en effet opposer l'autorité de la chose jugée. La seule exception est le retrait de la demande selon l'article 207. La plupart des cantons connaissent aujourd'hui déjà des réglementations similaires ; certains font toutefois partir un peu plus tardivement le début de l'obligation de poursuivre le procès (tandis que d'autres ne prévoient tout simplement pas semblable obligation)¹⁸⁶.

Selon l'avant-projet, l'obligation de poursuivre le procès n'intervient qu'à partir de l'ouverture de la procédure au fond, c'est-à-dire immédiatement *après le dépôt de la demande* devant le tribunal. Ainsi, selon les circonstances, le début de l'obligation de poursuivre le procès sera légèrement postérieur à celui de la litispendance : ladite obligation est différée de quelques mois lorsque le litige est introduit par le dépôt de la requête de conciliation car, durant la procédure de conciliation, le demandeur doit encore avoir la possibilité de retirer sa demande sans que cela n'influe sur l'autorité de la chose jugée (cf.ég. le commentaire relatif à l'art. 200). Par contre, si la litispendance est déclenchée par le dépôt direct de l'action, l'obligation de poursuivre le procès débute au même moment.

¹⁸⁵ ATF 42 II 102; cf. Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 12, n. 23 ss.

¹⁸⁶ Leuenberger, Gerichtsstände, p. 32 s.

Chapitre 3 Procédure au fond

Demande, réponse et demande reconventionnelle

Art. 210

L'**alinéa 1** prescrit les éléments qui doivent figurer dans le mémoire de demande tandis que l'**alinéa 2** énumère ceux qui doivent y être joints. L'avant-projet reprend ici le droit de procédure usuel.

Il convient de mentionner tout particulièrement le fait que l'**alinéa 3** se prononce sur la question – réglée de façon différente dans les codes de procédure cantonaux¹⁸⁷ – de la motivation juridique de la demande. Optant pour une solution médiane, l'avant-projet admet une telle motivation sans toutefois la déclarer obligatoire, étant donné que le droit est appliqué d'office par les tribunaux (art. 52).

Art. 211

Le tribunal impartit au défendeur un délai pour répondre à la demande (**al. 1**). Il s'agit d'un délai légal qui peut être prolongé (art. 137).

Selon l'**alinéa 2**, le défendeur doit ensuite soulever les exceptions contre la continuation du procès, c'est-à-dire qu'il doit faire valoir l'absence de conditions de recevabilité. Il peut également demander au tribunal de limiter dans un premier temps la procédure aux questions d'entrée en matière (art. 115), bien que le tribunal puisse également le faire d'office. Lorsque le défendeur ne s'exprime dans sa réponse que sur l'entrée en matière, mais que le tribunal rejette une telle limitation, il faut impartir au défendeur un nouveau délai pour qu'il prenne position sur la cause.

En la cause elle-même, le défendeur doit indiquer les conclusions et démontrer en quoi et dans quelle mesure il conteste les allégations du demandeur. Lorsque les faits sont allégués en détail dans la demande, on peut attendre du défendeur qu'il indique également de manière détaillée quelles sont les positions qu'il conteste et quelles sont celles qu'il reconnaît le cas échéant¹⁸⁸. Tant que les faits ne sont toutefois pas admis, ils sont réputés contestés (art. 145, al. 2). Au surplus, les dispositions sur le contenu de la demande sont applicables par analogie à celui de la réponse (**al. 3**).

Art. 212

Si la réponse n'est pas déposée dans le délai prescrit, le tribunal impartit au défendeur un bref délai supplémentaire (**al. 1**). Au cas où le défendeur persiste à ne pas répondre, la procédure se poursuit sans réponse et le tribunal cite les parties aux débats principaux (**al. 2**). Bien que les allégations du demandeur demeurent dans ce cas incontestées, leur preuve peut être rapportée en cas de doute (art. 145, al. 3).

Le défaut de réponse a des conséquences plus ou moins sévères selon les codes de procédure cantonaux¹⁸⁹. L'avant-projet opte pour une solution intermédiaire.

¹⁸⁷ Leuenberger/Uffer-Tobler, art. 159, n. 2b.

¹⁸⁸ ATF 117 II 113.

¹⁸⁹ Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 12, n. 59 ss.

Art. 213

La demande reconventionnelle peut être déposée avec la réponse (**al. 1** ; cf., à propos de la compétence à raison du lieu, l'art. 12 et, à propos des conditions matérielles, l'art. 80). Il n'est pas prévu de procédure de conciliation.

Si le défendeur le désire, il peut introduire sa demande reconventionnelle dès la procédure de conciliation (**al. 2**). Dans ce cas également, la demande reconventionnelle doit être motivée avec la réponse. Les prescriptions sur la demande sont ici applicables par analogie (**al. 3**). La demande reconventionnelle introduite en procédure de conciliation et qui n'est pas motivée dans la réponse est réputée non introduite.

Art. 214

La réplique et la duplique permettent de prendre position sur l'acte précédent de la partie adverse. Le demandeur ne peut néanmoins compter absolument sur la possibilité de répliquer car si une réponse n'est pas déposée, il y a déchéance du droit de répliquer (**al. 1**). De même, la renonciation à répliquer entraîne déchéance du droit de dupliquer.

Afin d'accélérer la procédure, le tribunal peut ordonner que la réplique et la duplique aient lieu oralement durant les débats principaux (**al. 2**). En pareil cas, la procédure ordinaire se rapproche alors de la procédure simplifiée dans laquelle les parties, après un simple échange d'écritures, peuvent également invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux aux débats principaux (art. 239).

Art. 215

Le moment jusqu'où les parties peuvent faire valoir des faits et moyens de preuve nouveaux et déposer de nouvelles requêtes (modification de la demande) constitue un point fondamental de tout code de procédure. Là aussi, l'avant-projet emprunte une voie médiane entre rigueur de la procédure (maxime éventuelle) et établissement de la vérité matérielle : jusqu'au moment de la réplique, respectivement de la duplique (autrement dit jusqu'au stade de l'allégation des faits), les parties peuvent en principe invoquer sans limite des faits et moyens de preuve nouveaux (**al. 1**).

Au-delà de ce stade en revanche, l'admission de "nova" se heurte aux restrictions suivantes (**al. 2**) :

- pour l'invocation de *pseudo-nova* (faits datant d'avant la réplique ou la duplique), l'avant-projet requiert que la partie puisse en quelque sorte s'excuser (**let. a**) : elle doit prouver qu'elle ne pouvait les invoquer plus tôt bien qu'elle ait fait preuve de la diligence requise (cf.ég. le motif de révision selon l'art. 319, let. a : puisque de tels nova peuvent même être invoqués après l'entrée en force de la décision, on doit également pouvoir les invoquer déjà en cours de procédure : « Révision *durant* la procédure »).

Néanmoins, il découle aussi de cette disposition que les vrais nova (faits survenus après la réplique et la duplique) peuvent en principe toujours être invoqués dans la phase ultérieure de la procédure puisqu'ils ne pouvaient absolument pas l'être auparavant. Il n'est donc pas nécessaire que la partie fournisse à ce propos une excuse particulière.

Une règle est toutefois applicable à tous les nova, qu'il s'agisse de vrais ou de pseudo-nova : ils doivent être invoqués immédiatement.

- Par ailleurs, les faits et moyens de preuve nouveaux sont admissibles (**let. b**), lorsqu'ils doivent être produits en vertu du droit d'interpellation du tribunal (art. 51). Même en cas de pseudo-nova, il devient inutile d'exiger de la partie qu'elle fournisse une excuse.
- Enfin, à titre de variante, l'avant-projet propose un troisième motif de prise en considération des nova (**let. c**) : si la preuve d'un fait nouveau peut être établie immédiatement au moyen d'un titre, la décision pourra se fonder sur ce fait, même si l'allégation tardive de ce fait ne serait en soi pas excusable (let. a). Un argument plaide en faveur de cette variante : si on ne l'admettait pas, le tribunal devrait statuer en faisant abstraction d'une situation claire¹⁹⁰. Par contre, l'adoption de cette variante présente l'inconvénient que la procédure pourrait s'en trouver retardée par des contre-preuves.

Art. 216

La modification de la demande peut intervenir par modification des conclusions ou du fondement de la demande¹⁹¹. Milite en faveur de l'admission d'une modification de la demande le fait que, en cas de changement des circonstances, il n'est pas judicieux de limiter le demandeur à ses conclusions de départ et au fondement originaire de la demande et de provoquer ainsi, le cas échéant, un autre procès. Néanmoins, une modification de la demande ne doit pas retarder et compliquer inutilement la procédure. L'avant-projet lie donc la modification de la demande aux conditions suivantes:

- la prétention nouvelle ou amplifiée doit présenter un lien de connexité objectif avec la prétention initiale (**let. a** ; de même pour la demande reconventionnelle, cf. art. 80) ; tel est le cas lorsque la prétention nouvelle ou amplifiée naît du même événement ou d'un événement qui s'en rapproche ;
- la prétention nouvelle ou amplifiée doit pouvoir être jugée par le même tribunal dans la même procédure (**let. b**).

Une troisième condition vient s'y ajouter durant les débats principaux (cf. le commentaire relatif à l'art. 221).

Préparation des débats principaux

Remarque préliminaire

Lorsqu'un tribunal collégial est saisi d'un litige, la préparation n'est en général pas dirigée par l'ensemble de ses membres, mais par le juge délégué ou « juge d'instruction » : c'est-à-dire par le juge chargé de conduire l'instruction du procès (art. 114). Ce juge délégué arrête librement les mesures nécessaires.

L'avant-projet prévoit divers instruments permettant de préparer les débats principaux :

¹⁹⁰ Voir à ce propos Frank/Sträuli/Messmer, § 115, n. 8.

¹⁹¹ Rohner; Bühler/Edelmann/Killer, § 185 n. 1; Leuenberger/Uffer-Tobler, art. 72, n. 3.

- les débats préparatoires (art. 217);
- une ordonnance de preuves simple ou qualifiée (art. 218 s.);
- des mesures particulières de conduite du procès (art. 115 ss).

Art. 217

Les débats préparatoires permettent entre autres au tribunal d'exercer son droit d'interpellation (art. 51). Souvent, ils ont pour but de trouver un accord entre les parties sous la conduite du tribunal. Ils permettent aussi de simplifier la procédure lorsqu'un accord peut être conclu sur certains points ou lorsque les parties s'entendent sur les preuves à administrer. Enfin, au cours des débats préparatoires, le tribunal peut aussi administrer des preuves (cf.ég. art. 149).

L'avant-projet admet les débats préparatoires à chaque stade de la procédure. Ils peuvent donc être menés dès le dépôt de la demande ou de la réponse, après la clôture de l'échange d'écritures ou encore après une expertise.

Art. 218

L'administration des preuves est ordonnée par une ordonnance de preuves (**al. 1**).

Selon l'**alinéa 2**, l'ordonnance de preuves désigne d'abord la partie chargée de la preuve, c'est-à-dire la partie à qui incombe la charge de rapporter la preuve et qui, de ce fait, supporte le fardeau subjectif de la preuve¹⁹². Cela peut être la partie qui doit apporter la preuve principale, mais également la partie adverse qui s'y oppose au moyen de la contre-preuve. La partie chargée de la preuve est également priée de payer l'avance nécessaire (art. 91).

Au surplus, l'ordonnance de preuves mentionne les faits pertinents à prouver et désigne les moyens avec lesquels la preuve doit être administrée. L'ordonnance de preuves n'est en règle générale pas motivée¹⁹³. Elle peut être complétée ou modifiée ultérieurement par le tribunal.

Si une tierce personne est tenue de participer par une ordonnance de preuves (rendue en première instance), elle peut attaquer cette ordonnance par l'appel simplifié (art. 158, al. 3). Par contre, pour les parties, l'ordonnance de preuves (parce que c'est une décision d'instruction) n'est attaquable que par le recours limité au droit, à la condition toutefois que l'on risque un préjudice irréparable si l'on devait attendre jusqu'au recours contre la décision finale (art. 310).

Art. 219

Dans les causes dont l'état de fait est complexe, il peut se justifier que le tribunal rende une ordonnance de preuves qualifiée, plus étoffée que la précédente. La décision à ce propos est prise par le juge délégué chargé des débats préparatoires.

¹⁹² Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, art. 197, n. 2b; Leuenberger/Uffer-Tobler, art. 99, n. 7.

¹⁹³ Bühler/Edelmann/Killer, § 205, n. 3; Leuenberger/Uffer-Tobler, art. 99, n. 9b.

L'ordonnance de preuves qualifiée est issue du droit de procédure civile zurichois¹⁹⁴. Elle se différencie de l'ordonnance de preuves simple (art. 218) par le fait que le tribunal détermine d'abord, dans une ordonnance de preuves préparatoire, quels faits sont à prouver en l'espèce et à quelle partie incombe la preuve principale et la contre-preuve (**al. 1**). Le tribunal établit ainsi quelle partie supporte pour quel fait le fardeau (objectif) de la preuve selon l'art. 8 CC¹⁹⁵. Le recours contre l'ordonnance de preuves préparatoire est régi par les mêmes règles que le recours contre l'ordonnance de preuves (cf. le commentaire relatif à l'art. 218 in fine).

L'ordonnance de preuves préparatoire est, pour les parties, l'occasion de désigner, parmi les moyens de preuve invoqués dans leur mémoire, ceux qu'elles entendent administrer à l'appui des faits spécifiés dans l'ordonnance (**al. 2**). Elles le font sur la base de la *liste des preuves*, mais ne peuvent y produire des moyens de preuve nouveaux. En procédure d'ordonnance de preuve qualifiée également, de nouveaux moyens de preuve ne sont admissibles après la réplique et la duplique que sous certaines restrictions (art. 215, al. 2).

Une fois les listes des preuves établies et remises à la partie adverse, le tribunal rend, comme dans tous les autres cas, l'ordonnance de preuves (**al. 3**).

Débats principaux

Art. 220

Si le tribunal a ordonné que la réplique et la duplique auront lieu oralement durant les débats principaux (art. 214), il donne aux parties l'occasion de les présenter en début d'audience. Dans la réplique et la duplique orales, les parties peuvent invoquer sans restriction de nouveaux faits et moyens de preuve (art. 215, al. 1). Ensuite, le stade de l'allégation des faits est terminé.

Art. 221

Avant les débats principaux, les possibilités de modifier la demande étaient encore larges; il suffisait en principe d'un lien de connexité objectif (cf. le commentaire relatif à l'art. 216). Par contre, durant les débats principaux, la demande ne peut être modifiée qu'à la stricte condition que des faits nouveaux (art. 215) le justifient. La mesure dans laquelle ceux-ci sont admissibles dépend à nouveau de la possibilité ou non de présenter une réplique et duplique orales lors des débats principaux (art. 220).

Cette condition supplémentaire posée à la modification de la demande vaut également dans une éventuelle procédure d'appel ou d'appel simplifié, car les faits nouveaux y sont d'emblée uniquement admissibles de façon limitée (cf. art. 297 et 306). En procédure de divorce par contre, la demande de divorce peut en tout temps être commuée en une demande de séparation de corps et vice-versa (art. 243).

¹⁹⁴ § 136 ss PC/ZH.

¹⁹⁵ Frank/Sträuli/Messmer, § 136, n. 5 ss.

Art. 222

L'administration des preuves peut avoir lieu dès avant les débats principaux et peut être déléguée par le tribunal à un ou plusieurs de ses membres (art. 149, 217). Elle a lieu devant le tribunal qui tranche l'affaire lorsqu'une partie le requiert et qu'aucun motif important ne s'y oppose. Dans ce cas, les preuves sont administrées au début des débats principaux ou après la réplique et la duplique orales. En outre, le tribunal qui juge de l'affaire peut, s'il le désire, administrer à nouveau une preuve qui l'a déjà été auparavant.

Art. 223

Au cours des débats principaux, les parties peuvent se prononcer sur la cause dans leurs plaidoiries (plaidoiries finales). Elles peuvent notamment plaider sur les résultats de l'administration des preuves et sur l'application du droit (**al. 1**). Mais elles ne peuvent plus - sous réserve de l'art. 215 - alléguer des faits et moyens de preuve nouveaux. Le défendeur plaide en dernier lieu.

Le tribunal peut permettre au demandeur de répliquer oralement (seconde plaidoirie) (**al. 2**) si le défendeur a avancé dans sa plaidoirie de nouveaux arguments qui demandent une réponse. Dans ce cas, le défendeur peut également dupliquer.

Il est d'usage dans certains cantons que les parties remettent un texte écrit au tribunal au début de leurs plaidoiries. L'avant-projet autorise également ces notes (**al. 3**). La personne tenant le procès-verbal doit néanmoins vérifier la concordance des plaidoiries orales avec le texte écrit et doit mentionner les éventuelles omissions et compléments. Ces notes tiennent lieu de procès-verbal de débats¹⁹⁶.

Art. 224

Selon le droit constitutionnel, les parties peuvent en principe prétendre à la publicité de l'audience (art. 30, al. 3 Cst. et art. 6, ch. 1 CEDH). Elles peuvent néanmoins renoncer d'un commun accord aux débats principaux (**al. 1**). Dans ce cas, elles peuvent remettre dans un délai fixé par le tribunal des plaidoiries écrites (**al. 2**). Renoncer aux débats principaux peut permettre d'accélérer la procédure.

Art. 225

Certains codes de procédure assimilent le défaut du *demandeur* aux débats principaux à un désistement de la demande (emportant autorité de la chose jugée). D'autres codes de procédure prévoient, en pareil cas, qu'il n'est pas entré en matière sur la demande (ce qui n'emporte alors pas autorité de la chose jugée). De nombreux codes prévoient en outre une procédure dite de défaut lorsque c'est le *défendeur* qui ne se présente pas aux débats principaux (cf.ég. art. 212).

Pour sa part, l'avant-projet met sur un pied d'égalité le défaut des deux parties : le tribunal tient compte des actes remis dans les délais fixés, donc également de ceux de la partie défaillante. L'article 145XX, alinéa 3 est applicable à l'administration des preuves. Au surplus, le tribunal auditionne la partie qui compare et fonde sa déci-

¹⁹⁶ Par ex. § 150 GVG/ZH.

sion sur la base des actes de celle-ci ainsi que du dossier. Le tribunal statue également si les deux parties ne se rendent pas à l'audience.

Tenir la demande d'une partie défaillante pour retirée constituerait une sanction disproportionnée et contraire au droit matériel. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une prétention matérielle ne peut pas être perdue uniquement au motif que la personne qui s'en prévaut ne donne pas suite à une citation à comparaître¹⁹⁷. Il convient de relever également que l'avant-projet ne prévoit pas de seconde citation en cas de défaut d'une partie et, partant, que les conséquences attachées au défaut deviennent effectives dès le premier défaut. Une partie défaillante ne peut demander une restitution que dans les conditions prévues à l'article 143.

Art. 226

Les débats principaux font l'objet d'un procès-verbal qui doit en contenir les éléments essentiels, en particulier les faits et moyens de preuve nouveaux (que les parties produisent en vertu des articles 215 et 220), les modifications de la demande, les diminutions des conclusions (qui sont toujours admissibles), les concessions, les requêtes procédurales, ainsi que les principes de l'argumentation des parties du point de vue du droit et des faits. Les prescriptions afférentes au procès-verbal de preuves (art. 167) sont applicables aux auditions menées durant les débats principaux.

Chapitre 4 Jugement

Genres

Art. 227

L'avant-projet dispose que le tribunal statue à la majorité lorsqu'il s'agit d'un tribunal collégial (**al. 1**). En d'autres termes, il n'est pas exigé que les décisions du tribunal soient prises à l'unanimité. Il va de soi que dans un tribunal collégial, chaque membre doit émettre sa voix ; l'abstention est exclue. Mais c'est le droit cantonal qui est chargé de déterminer s'il entend mettre sur pied des tribunaux collégiaux ou des juges uniques (art. 1, al. 3).

Selon l'**alinéa 2**, les parties peuvent participer aux délibérations du tribunal dans le cadre de la publicité de celles-ci fixée par le droit cantonal (cf. art. 49, al. 4). Elles peuvent néanmoins renoncer à ce droit.

Art. 228

Toute décision finale met fin à la procédure devant l'instance concernée ; la notion de décision finale doit donc être comprise telle qu'elle figure dans la LTF (cf. art. 85 LTF)¹⁹⁸. Il y a décision finale lorsque le tribunal statue lui-même en la cause ou lorsqu'il clôt la procédure sans véritable application du droit en cas de transaction, désistement ou acquiescement (**al. 1**). La décision finale dans ce cas est qualifiée de

¹⁹⁷ Vogel, Säumnis, p. 182 ss, p. 186 ss.

¹⁹⁸ FF 2001 4303.

décision au fond. La décision finale peut aussi prendre la forme d'une décision d'irrecevabilité lorsqu'une condition de recevabilité fait défaut. Dans ce cas, on parle de *décision de procédure*.

L'avant-projet rassemble la décision au fond et la décision de procédure sous la notion de décision finale et ne fait pas la différence entre le jugement, la décision (d'un tribunal collégial) et l'ordonnance (d'un juge unique) comme le font certains codes de procédure cantonaux (simplification terminologique)¹⁹⁹.

L'**alinéa 2** prévoit l'exécution : le tribunal qui juge de l'affaire peut et doit si possible ordonner également toute mesure d'exécution utile (cf. la liste des mesures figurant à l'art. 332). Le jugement peut ainsi être exécuté - dès qu'il a force de chose jugée - sans que la partie qui obtient gain de cause doive déposer séparément une demande d'exécution (cf. le commentaire relatif à l'art. 326). L'exécution est de ce fait très efficace.

Art. 229

Le tribunal peut rendre une décision incidente sur des questions déterminées de procédure ou de droit matériel dont dépend la suite du procès (**al. 1**) à la condition néanmoins que la seconde instance puisse parvenir immédiatement à une décision finale par une appréciation divergente de la question, obtenant de ce fait un gain considérable de temps et de frais (de même art. 88 LFT)²⁰⁰.

Dans ces cas, il est judicieux de ne pas mener la procédure de première instance jusqu'à son terme, c'est-à-dire jusqu'à la décision finale, mais de la limiter à la question déterminée (art. 115, let. a). Les parties peuvent ainsi soumettre par avance la question au jugement d'une seconde instance.

Exemples :

- Dans une cause complexe, le tribunal de première instance rejette une requête de non-entrée en matière et admet sa compétence par décision incidente. Si un recours est déposé contre cette décision incidente et que l'instance supérieure émet un avis différent, elle nie la compétence et n'entre pas en matière sur la demande. Un terme est ainsi mis au procès par décision finale.
- Limitation du procès à la question de la prescription lorsque l'examen de la prétention implique des démarches démesurées : Lorsque le tribunal de première instance refuse la prescription, il peut le faire sous la forme d'une décision incidente. L'opinion divergente de l'instance de recours (qui admet la prescription) mène à la décision finale (rejet de la demande).
- La procédure est la même lorsque le tribunal de première instance admet une responsabilité de principe, mais que le calcul du montant du dommage nécessiterait une procédure probatoire extrêmement longue.

L'**alinéa 2** permet de rationaliser la procédure : si une décision incidente n'est pas attaquée, elle ne pourra plus être soumise à l'examen de l'instance supérieure en même temps que la décision finale.

¹⁹⁹ Hauser/Schweri, § 155, n. 1 s.

²⁰⁰ FF 2001 4304.

L'avant-projet s'appuie ici sur les articles 87 s. LTF, mais adopte – afin de simplifier les choses - une solution uniforme pour toutes les décisions incidentes. Selon la LTF, les parties peuvent au contraire choisir d'attaquer certaines décisions incidentes soit immédiatement, soit ultérieurement avec le recours contre la décision finale. De nombreux arguments plaident en faveur d'une adaptation, sur ce point, de la réglementation de la LTF par rapport à la solution de l'avant-projet.

Il convient de différencier les *décisions partielles* (ou jugements partiels) des décisions incidentes. Il y a décision partielle notamment lorsque le tribunal sépare des demandes ou des conclusions cumulées (art. 115, let. b et c). La procédure concernant les différentes demandes (partielles) est alors menée séparément ; elle est également close par des décisions finales séparées. Celles-ci peuvent être attaquées par les moyens de recours appropriés. Une réglementation spéciale des décisions partielles n'est de ce fait pas nécessaire.

Notification et entrée en force de la décision

Art. 230

Le tribunal peut notifier oralement le dispositif et le motiver brièvement juste après les débats (**al. 1**). Si le tribunal délibère publiquement et que les parties sont présentes (art. 227), la notification orale va de soi : dans ce cas, la délibération est close par le prononcé du dispositif. Celui-ci doit néanmoins être communiqué ultérieurement aux parties par écrit.

Selon l'**alinéa 2**, le tribunal peut notifier le dispositif par écrit aux parties. Ce sera notamment le cas lorsque la délibération n'a pas été publique. Sur ce point, cette disposition est une exception - autorisée - aux articles 30, al. 3 Cst. et 6 CEDH selon lesquels les délibérations et le prononcé du jugement sont publics - non seulement dans l'intérêt des parties, mais aussi afin d'informer un large public. Pour cette raison, le droit d'organisation cantonal est tenu de créer une autre possibilité d'informer le public si la notification a lieu par écrit, par exemple en prévoyant le dépôt des dispositifs auprès de la chancellerie du tribunal²⁰¹. Il est vrai que la question des modalités d'un tel dépôt et de la consultation de la motivation (le cas échéant rendue anonyme) n'est encore pas entièrement résolue du point de vue du droit constitutionnel et conventionnel²⁰².

Sur requête d'une partie, le tribunal joint une motivation écrite au dispositif (**al. 3**). Cela permet d'éviter, notamment à l'échelon international, que la décision soit déjà connue par le biais de son dispositif tout en n'étant pas encore exécutoire, faute de motivation.

Art. 231

En principe, toute décision doit être motivée par écrit (art. 127, al. 1, let. g). Cet article introduit néanmoins une exception importante dans le but de simplifier la procédure et de décharger les tribunaux : une motivation écrite n'est pas nécessaire si les parties décident de ne pas recourir dans les dix jours qui suivent la notification

²⁰¹ Tel par exemple le procédé adopté récemment par le Tribunal fédéral, cf. NZZ des 29/30 juin 2002, p. 14.

²⁰² Voir ATF 124 IV 234 ss = RSJ 1998 p. 361 et ZR 1998, n° 42.

orale ou écrite du dispositif. Si une seule partie renonce à recourir, la motivation demeure nécessaire. Le fait de renoncer à recourir après la notification du dispositif ne pose pas de problème d'un point de vue juridique. Pareille renonciation n'englobe évidemment pas la voie de recours extraordinaire que constitue la révision²⁰³.

En contrepartie de la décharge des tribunaux qui y est liée, l'émolument de décision est réduit d'un tiers au moins. Cette réduction sera fixée en détail dans le tarif des frais judiciaires (cf. art. 86). Au surplus, même une décision sans motivation doit contenir tous les éléments requis par l'article 127, car il faut pouvoir reconnaître sur quel litige et entre quelles parties porte la décision. L'article 247 est réservé quant à la procédure de divorce : les données requises pour le calcul des contributions d'entretien sont nécessaires dans la perspective d'une demande de modification ultérieure.

Le tribunal peut néanmoins motiver sa décision même si les parties renoncent à recourir, ce qui est particulièrement indiqué lorsque la décision fait office de précédent et doit être publiée. En pareil cas, les parties ont tout de même droit à la réduction de l'émolument.

Par ailleurs, les parties qui renoncent à recourir peuvent aussi avoir un intérêt à recevoir une décision motivée. C'est par exemple le cas lorsque la partie qui obtient gain de cause entend transmettre la décision à une assurance. Dans ce cas, il n'y a toutefois pas lieu à réduction des frais : le tribunal se prononce sur les frais dans leur intégralité et les met à la charge de la partie qui succombe, conformément à l'article 97. La partie qui a obtenu gain de cause ne doit pas être grevée de frais supplémentaires uniquement parce qu'elle fait usage d'un droit constitutionnel.

Art. 232

Lorsque les parties ne renoncent pas à recourir, le tribunal a trois mois pour motiver sa décision par écrit. Ce délai - dont le but est d'accélérer la procédure - est un délai maximum qui doit être suffisant même dans les causes les plus importantes. Il débute au terme du délai de dix jours accordé pour renoncer à recourir.

Dans les causes moins importantes, la motivation devrait déjà être notifiée plus tôt. Le canton doit mettre à la disposition des tribunaux les ressources nécessaires pour que le délai puisse être respecté. A cet égard, on attend du tribunal cantonal de dernière instance qu'il veille - en faisant au besoin usage de son pouvoir de surveillance - à ce que les tribunaux d'instance inférieure tiennent ce délai maximum de trois mois.

Art. 233

En règle générale, les décisions sont notifiées uniquement aux parties qui participent à la procédure (y compris les parties accessoires). L'avant-projet émet ici une réserve à propos de la publication de la décision et de sa communication aux autorités ainsi qu'aux tiers participant à la procédure.

Les décisions concernant la reconnaissance de la paternité et l'adoption doivent par exemple être communiquées aux communes d'origine ou de domicile, puisque la loi confère à ces communes le droit de les contester ou de les attaquer (art. 259, 260a,

²⁰³ Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 13, n. 68 s.

et 269a CC). En cas de d'atteinte à la personnalité (art. 28a, al. 2 CC), le tribunal peut donner suite à la requête du demandeur qu'une rectification ou que le jugement soit communiqué à des tiers ou publié. Selon l'art. 60, al. 3, LBI, les décisions impliquant une modification de l'existence du brevet ou du droit au brevet doivent être remis à l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle. Il convient en outre de signaler les devoirs de communication qui incombent aux autorités judiciaires en vertu de la LP (par ex. art. 176). Au demeurant, une publication de la décision est également prévue dans l'avant-projet lui-même (art. 133), notamment lorsque le lieu de séjour du destinataire est inconnu ou n'a pu être déterminé.

Art. 234

Cette disposition règle le moment à partir duquel la décision acquiert force de chose jugée formelle (**al. 1**). La décision entre en force de chose jugée formelle si aucune voie de recours dotée de l'effet suspensif n'est ouverte (**let. a**), c'est-à-dire lorsque ni l'appel (art. 290 ss), ni l'appel simplifié (art. 299 ss) ne sont admis. Une décision attaquable uniquement par la voie de recours extraordinaire que constitue le recours limité au droit (art. 310 ss) entre en force immédiatement, le jour même où elle est rendue - donc sans qu'il faille attendre sa notification. Cette réglementation correspond à la jurisprudence qui a été amenée à consacrer différentes règles pour déterminer le moment exact de l'entrée en force de chose jugée formelle²⁰⁴.

Par ailleurs, la décision entre en force si les deux parties renoncent aux voies de recours ordinaires (**let. b**), et cela dès que la déclaration de renonciation parvient au tribunal. S'il y a retrait d'un recours, la décision entre en force au jour de la remise de la déclaration de retrait auprès du tribunal (**let. c**), et non pas rétroactivement par exemple au jour où a été rendue la décision ou à celui où la décision a été radiée du rôle. Enfin, il y a entrée en force de chose jugée formelle lorsqu'une voie de recours pourvue de l'effet suspensif (appel et appel simplifié) n'a pas été utilisée dans le délai prescrit (**let. d**). Dans ce cas, l'entrée en force intervient à l'expiration du délai fixé pour ces recours, donc au jour qui suit le dernier jour de ce délai.

En règle générale, une décision qui entre en force jugée formelle devient exécutoire. La force exécutoire peut néanmoins être suspendue, par exemple en cas de recours limité au droit conformément à l'art. 316. Dans le cadre de la procédure d'exécution, une partie doit fournir la preuve de la force exécutoire d'une décision (art. 328). Elle peut donc demander au tribunal saisi une attestation de force exécutoire de la décision (**al. 2**). Cette attestation peut en outre être le « billet » pour l'exécution dite directe (cf. le commentaire relatif à l'art. 326).

Titre 2 Procédures spéciales

Remarque préliminaire

Parallèlement à la procédure civile ordinaire, l'avant-projet prévoit plusieurs procédures particulières :

²⁰⁴ Frank/Sträuli/Messmer, § 190, n. 8 ss; Leuenberger/Uffer-Tobler, art. 88, n. 2.

- la procédure simplifiée (art. 237-241)
- la procédure de divorce (art. 242-251)
- la procédure concernant les enfants (art. 252-257)
- la procédure sommaire (art. 258 ss).

Les trois premières sont des procédures *ordinaires* particulières. On peut les rassembler sous la notion de « procédure civile à caractère social ». La procédure sommaire par contre a ses structures propres : elle peut être appliquée à des objectifs très différents (cf. art. 258 : en particulier la protection rapide, la juridiction gracieuse, les mesures provisionnelles, l'exécution).

Chapitre 1 Dispositions générales

Art. 235

La procédure civile ordinaire est le fondement de toutes les procédures figurant dans l'avant-projet : ses règles de base sont donc applicables aux procédures particulières sauf si celles-ci prévoient autre chose ou requièrent absolument, de par leur nature, une réglementation différente. L'article 235 représente, de ce point de vue, une norme de repli ("*Auffangnorm*"). Ainsi, s'agissant de la demande reconventionnelle, l'on se référera à la réglementation de base de l'article 80 ainsi qu'aux particularités prévues à l'article 237. Des règles de procédure spéciales peuvent également se trouver dans d'autres lois, tout particulièrement dans la LP.

Art. 236

Cette disposition apporte une première grande simplification par rapport à la procédure ordinaire: les formulaires pour les actes des parties (**al. 1**).

De nombreux cantons connaissent d'ores et déjà ce genre de formulaires pour la requête de conciliation. Au niveau européen également, des formulaires similaires sont en cours d'étude, notamment pour les litiges relatifs aux contrats conclus avec les consommateurs. L'avant-projet va plus loin : des formulaires uniformes – à l'instar de ceux utilisés en droit des poursuites – seront créés non seulement pour la requête de conciliation, mais aussi pour les demandes et réponses ultérieures. L'accès au tribunal en sera favorisé et facilité, ce qui est un objectif essentiel de la « procédure civile sociale ».

Les formulaires seront d'une part conçus de telle manière que les non spécialistes puissent les remplir d'un bout à l'autre ; d'autre part, ils répondront aux exigences légales prévues pour les différents actes des parties (**al. 2**). Ainsi il suffira qu'une partie puisse formuler en quelques phrases dans sa demande ce qu'elle veut et pourquoi, sans avoir à définir sa revendication dans des conclusions proprement dites et la motiver en détail comme dans un mémoire formel. Il en va de même pour la réponse. Le tribunal aura ensuite la tâche de solliciter les compléments utiles lors des débats principaux (art. 51).

L'usage de ces formulaires sera toutefois facultatif. Le tribunal pourra également les mettre à disposition via Internet, de façon à ce que les parties puissent simplement les télécharger, les remplir et les renvoyer par voie électronique (art. 120).

Chapitre 2 Procédure simplifiée

Remarque préliminaire

Dans certains domaines, la Confédération prescrit d'ores et déjà aux cantons une procédure simple et rapide. Une telle procédure, de par son « caractère social » plus marqué par rapport à la procédure ordinaire usuelle, tient compte du besoin de protection spécifique d'une partie. Selon le droit actuel, les cantons sont en principe libres dans l'aménagement des modalités concrètes de cette procédure, à condition que soit garantie une appréciation complète basée sur une procédure probatoire intégrale.

La procédure simplifiée de l'avant-projet s'inspire de dispositions cantonales équivalentes et remplace la procédure simple et rapide. Il s'agit - et il convient de le souligner à nouveau - d'une procédure ordinaire, bien qu'une exécution accélérée et simplifiée soit garantie sur la base de mesures légales spécifiques. L'application du droit en sera facilitée et la capacité (économique) d'ordinaire inégale des parties s'en trouvera corrigée.

L'avant-projet autorise le tribunal à adapter la procédure aux nécessités concrètes. Les débats seront essentiellement oraux car, si les parties utilisent des formulaires, il n'y aura pas à proprement parler d'acte écrit ou d'échange d'écritures. La procédure se déroulera donc d'une façon bien moins stricte et formaliste que la procédure ordinaire usuelle.

Par ailleurs, la procédure simplifiée est obligatoirement précédée d'une tentative de conciliation (art. 192, al. 3), qui va augmenter les chances de rétablir le plus rapidement possible la paix juridique dans des domaines sensibles d'un point de vue social, que ce soit par transaction ou au terme d'une procédure de décision très simple. En raison du caractère essentiellement oral des débats, la personnalité et le pouvoir de conviction des membres du tribunal acquièrent une importance décisive.

Voici, pour l'essentiel, les simplifications et allègements que présente la procédure simplifiée pour les parties, par rapport à la procédure ordinaire:

- possibilité d'utiliser des formulaires (art. 236), conditions moins strictes pour les actes des parties
- pas de second échange d'écritures (art. 238)
- débats essentiellement oraux (art. 239)
- élargissement du droit d'interpellation du tribunal (art. 51)
- maxime inquisitoire dans certains cas (art. 240)
- droit d'invoquer des nova facilité (art. 241)
- diminution des frais (art. 103 s.)
- possibilité effective de mener la procédure sans être représenté par un avocat.

Une décision rendue en procédure simplifiée est en principe attaquable au moyen de l'appel ; la procédure simplifiée est également applicable devant l'instance de recours (art. 286).

Art. 237

Le domaine d'application de la procédure simplifiée englobe - comme nous l'avons déjà mentionné - les litiges à propos desquels le droit en vigueur requiert une procédure simple et rapide. La réglementation uniforme de l'avant-projet permet de supprimer les dispositions de procédure dispersées dans de nombreuses lois²⁰⁵.

Le domaine d'application matériel est toutefois élargi : à une exception près (cf. let. g), il n'est pas déterminé par la valeur litigieuse, mais uniquement par la matière.

La procédure simplifiée est applicable :

- à tous les litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitations et de locaux commerciaux ainsi qu'aux baux à ferme agricole (**let. a**): la réglementation de nature procédurale prévue aux articles 274-274a CO peut être abrogée ;
- à tous les litiges découlant d'un contrat de travail (art. 343 CO) et du contrat de placement passé entre le placeur et le demandeur (**let. b**). Contrairement au droit actuel (art. 343, al. 2 CO), la procédure simplifiée est ici applicable indépendamment de la valeur litigieuse, laquelle n'intervient dorénavant plus qu'en relation avec la question de la suppression des frais (art. 103 s.) et de l'application de la maxime inquisitoire (art. 240XX) ;
- à tous les litiges selon la loi sur la participation et la LEG (**let. c**) ainsi qu'aux actions en exécution du droit d'accès conformément à l'article 8 LPD (**let. d**) ;
- à tous les litiges concernant l'obligation d'entretien des parents conformément aux articles 328 ss CC (**let. e**) : l'adaptation requise de l'article 329, alinéa 3 CC a pour conséquence que, dans ces litiges, la maxime d'office n'est plus applicable²⁰⁶;
- à tous les litiges opposant un enfant à l'un de ses parents ou à ses deux parents concernant une obligation d'entretien conformément aux articles 276 ss CC (**let. f**) ;
- enfin, à toutes les autres affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse n'excède pas 20000 francs (**let. g**). Même s'il peut s'agir d'affaires allant bien au-delà des litiges d'importance mineure, la procédure ordinaire serait ici trop lourde et trop onéreuse. Ce n'est donc qu'au-delà de 20 000 francs que la procédure ordinaire est applicable.

Cette disposition couvre notamment les *litiges découlant de contrats conclus avec les consommateurs*. Le droit actuel admet la procédure simple et rapide jusqu'à une valeur litigieuse de 20'000 francs²⁰⁷, ce qui correspond aux recommandations de la Commission fédérale de la consommation du 15 mars 2001²⁰⁸. La commission d'experts ne voit aucune raison de modifier la situation juridique sur ce point.

²⁰⁵ Voir annexe, notam. ch. 1 (LEG), ch. 3 (CO: droit de bail et du travail), ch. 13 (LPD), ch. 14 (LCD), ch. 26 (loi sur la participation), ch. 27 (LSE).

²⁰⁶ Voir ATF 118 II 93 ss.

²⁰⁷ Voir la nouvelle ordonnance fixant la valeur litigieuse déterminante dans les procédures en matière de protection des consommateurs et de concurrence déloyale; RS 944.8. A propos de la procédure applicable aux contrats avec les consommateurs, cf. Staehelin.

²⁰⁸ www.konsum.admin.ch/frrecommandations.htm.

Autres exemples :

- les litiges relatifs à des créances en vertu du CO jusqu'à une valeur litigieuse de 20 000 francs ;
- les litiges concernant des cas de concurrence déloyale jusqu'à une valeur de 20 000 francs²⁰⁹. L'instance cantonale unique (art. 4) est compétente pour connaître des litiges dont la valeur litigieuse est supérieure. La procédure simplifiée s'applique aussi aux litiges selon la LCD sans valeur litigieuse, dans la mesure où ils existent²¹⁰.

Art. 238 et 239

La procédure simplifiée débute toujours par une tentative de conciliation (art. 192, al. 3). Celle-ci peut être close :

- par transaction (art. 201): il est ensuite mis fin au procès ;
- par proposition de jugement, dans certains domaines: litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitations, à un rapport de travail lorsque la valeur litigieuse n'excède pas 30 000 francs(art. 204). Le litige est réglé si la partie qui succombe n'intente pas action en procédure simplifiée devant le tribunal en temps utile (formulaire de demande, art. 236) ;
- dans les litiges dont la valeur litigieuse est inférieure à 1000 francs, lorsque l'autorité passe immédiatement à la procédure au fond (si le droit cantonal prévoit une compétence pour statuer; art. 205). Cette procédure purement orale est également une procédure simplifiée. Il est vrai qu'elle est encore plus simple parce qu'elle ne nécessite même pas de formulaire de demande : le seul acte demandé aux parties est la requête de conciliation ;
- par l'octroi de l'autorisation de procéder (art. 202). La demande peut ensuite être déposée (formulaire de demande, art. 236).

Les articles 238 et 239 règlent la suite du déroulement de la procédure :

- afin de simplifier et raccourcir la procédure, le délai imparti pour répondre n'est que d'un mois (**art. 238, al. 1**). Etant donné la simplicité des formalités (comme pour la demande, il suffit de remplir un formulaire), ce délai est tout à fait suffisant. Il peut néanmoins être prolongé une fois en présence de justes motifs. Il n'y a pas de second échange d'écritures (**al. 2**) ;
- dès réception de la réponse, le tribunal cite sans délai les parties aux débats principaux (**art. 239, al. 1**). Si, de l'avis du tribunal, une réponse écrite est inutile, la citation aux débats principaux a lieu dès réception de la demande (**al. 2**). Cette possibilité permet au tribunal de donner une plus grande importance encore aux débats oraux.

²⁰⁹ Selon le droit actuel, en revanche, uniquement jusqu'à 8 000 francs ; cf. l'ordonnance mentionnée sur la valeur litigieuse.

²¹⁰ Voir Brönnimann, p. 357, n. 31.

Art. 240

La maxime inquisitoire est un élément essentiel de la procédure sociale. La commission d'experts n'entend pas la prévoir pour l'ensemble de la procédure simplifiée. Au contraire, le droit actuel est repris. Les faits sont donc établis d'office (**al. 1**) :

- dans les litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitation et de locaux commerciaux, ainsi qu'aux baux à ferme agricole (**let. a**);
- dans les litiges découlant d'un contrat de travail ou de la LSE lorsque la valeur litigieuse n'excède pas 30 000 francs (**let b**);
- dans les litiges selon la LEg et selon la loi sur la participation (**let. c**);
- enfin, dans les procès relatifs à la dette alimentaire de la famille (**let. d**).

Conséquence de la maxime inquisitoire, un véritable devoir de questionnement incombe au tribunal (**al. 2**; cf., par contre, le simple droit d'interpellation dans la procédure ordinaire qui est soumis au principe de disposition, art. 51). Le devoir d'interpellation du tribunal ne dispense toutefois pas les parties de collaborer à la constatation des faits (cf.ég. l'art. 152), ce qui a pour effet que la maxime inquisitoire s'en trouve affaiblie.

Art. 241

Dans la procédure simplifiée, l'allégation de faits et moyens de preuve nouveaux est possible sans restriction jusqu'aux plaidoiries clôturant les débats principaux (**al. 1**). Cette simplification pour les parties n'est pas seulement due à l'absence de second échange d'écritures, mais et surtout au caractère essentiellement oral des débats. Dans les litiges soumis à la maxime inquisitoire, les nova peuvent même être pris en considération jusqu'aux délibérations (**al. 2**).

Chapitre 3 Procédure de divorce*Remarque préliminaire*

Entré en vigueur le 1^{er} janvier 2000, le nouveau droit du divorce contient au chapitre 4 (art. 135 -149 CC) de nombreuses prescriptions de procédure civile que le législateur a édictées pour garantir l'application, au niveau suisse, du droit matériel du divorce indépendamment des codes de procédure cantonaux. Conformément à la décision de principe qui a été prise d'épurer le droit matériel des prescriptions de procédure civile, les membres de la commission d'experts étaient unanimes à considérer qu'il fallait retirer ces prescriptions du code civil. En outre, tous les membres étaient également d'avis qu'il n'y avait pas lieu, en l'absence de raison impérieuse, de remettre en question les choix récemment opérés par le législateur. C'est pourquoi la commission d'experts a proposé de reprendre, sans les modifier, les prescriptions de procédure figurant aux art. 135 à 149 CC et de les intégrer dans la loi fédérale de procédure civile.

Certaines modifications s'imposent toutefois dans la mesure où, depuis lors, le contexte a changé. Alors que le droit actuel doit tenir compte de 26 différents codes de procédure civile cantonaux, les prescriptions de l'avant-projet sur la procédure de divorce constituent des prescriptions spéciales par rapport à la procédure ordinaire d'un code fédéral de procédure civile. Certaines prescriptions de procédure du CC

deviennent ainsi tout simplement superflues, parce que les règles en question découlent déjà d'autres dispositions de l'avant-projet (partie générale, procédure ordinaire, recours, etc.). Cela signifie que certaines dispositions du CC ne doivent plus être mentionnées dans les dispositions sur la procédure de divorce : par ex. l'article 136 CC (cf. art. 206 et 193, al. 1, let. c) ou l'article 139, alinéa 1 CC (cf. art. 150, al. 1). Mais cela signifie également que les prescriptions spéciales réglementant les points litigieux en cas d'accord partiel (art. 112, al. 3 CC) ne sont désormais plus nécessaires. En effet, en pareils cas, il faut partir de l'idée que le tribunal, après accord sur les points non litigieux (art. 112, al. 1 et 2 CC), impartira aux parties, en application des prescriptions générales, un délai pour remettre par écrit leurs conclusions et les justifier en conséquence quant aux faits (allégations de faits, offres de preuves, etc.).

Art. 242

Cette disposition correspond à l'article 137 CC sans modification du contenu. L'alinéa 2 de l'article 137 CC a été néanmoins scindé en plusieurs alinéas et restructuré dans le but d'en améliorer la lisibilité.

Art. 243

Cette disposition s'appuie sur l'article 138, alinéa 2 CC. Il s'agit d'une prescription spéciale concernant l'admissibilité de la modification de la demande. La commission d'experts a procédé ici à des modifications sur le fond par rapport au CC. Alors que l'article 138, alinéa 2 CC ne prévoit que la possibilité de transformer la demande de divorce en une demande de séparation de corps, l'avant-projet admet également la modification de la demande dans le sens contraire. La commission d'experts justifie cette proposition par le fait que, dans le nouveau droit du divorce, les conditions du divorce et de la séparation sur demande sont identiques (cf. art. 114/115 et 117, al. 1 CC).

L'avant-projet contient une autre modification par rapport au droit actuel dans la mesure où l'article 243 ne serait applicable qu'en procédure devant des instances cantonales, alors que l'actuel article 138, alinéa 2 CC permet aussi la modification de la demande dans une procédure devant le Tribunal fédéral²¹¹. La commission d'experts n'a pas jugé utile de reprendre cette solution, estimant que celle-ci aurait ouvert la voie à des recours supplémentaires tactiques et même abusifs. Ainsi, un époux dont la demande de divorce a abouti dans une procédure cantonale pourrait recourir contre le jugement de divorce afin d'obtenir des avantages de nature patrimoniale (par ex. en vue d'hériter éventuellement de l'autre époux ou pour des raisons touchant la prévoyance professionnelle). La possibilité de modifier la demande va par ailleurs à l'encontre de la tâche qui incombe au Tribunal fédéral en sa qualité de pure instance de contrôle judiciaire.

Au surplus, la procédure de divorce - à l'exception des procédures relatives aux intérêts des enfants (cf. art. 297, al. 2) - est régie par les dispositions générales de l'avant-projet (cf. art. 215, al. 2 et 3 ainsi que l'art. 297, al. 1). Si l'article 138, alinéa 1 CC ne se réfère qu'à la procédure devant une instance supérieure, l'avant-projet admet une prise en considération si généreuse des nova en première instance que la

²¹¹ Voir pour plus de détails à ce propos Sutter/Freiburghaus, art. 138 CC, n. 25 ss.

commission d'experts estime inutile de prévoir une prescription aussi extensive que l'actuel article 138, alinéa 1 CC. Il va de soi que les allégations de vrais nova sont possibles dans une procédure d'appel cantonale (cf. art. 297, al. 1).

Art. 244

L'**alinéa 1** remplace l'actuel article 139, alinéa 2 CC (l'art. 139, al. 1 CC devient superflu dès lors que, conformément à l'art. 150, al. 1, la libre appréciation des preuves pour l'ensemble du procès civil est applicable à la procédure devant les instances cantonales. Une prescription spéciale sur ce point n'est ainsi plus nécessaire). L'**alinéa 2** reprend l'article 139, alinéa 3 CC.

Art. 245

Les **alinéas 1 et 2** correspondent largement à l'article 140 CC. La réserve concernant la prévoyance professionnelle a été introduite uniquement dans un but de clarification et contient un renvoi à l'article 247.

L'**alinéa 3** dispose que les conditions de ratification des accords relatifs à l'autorité parentale et à l'entretien des enfants relèvent du code civil, à savoir des articles 133, alinéa 3, et 287/288 CC.

Art. 246

L'article 246 correspond à l'article 143 CC sans modification sur le fond.

Art. 247 et 248

Ces deux articles renferment les prescriptions de procédure concernant la prévoyance professionnelle. L'article 247 reprend l'article 141 CC sans modification. L'article 248 correspond à l'article 142 CC.

Art. 249

L'avant-projet réglementant d'une manière générale l'entrée en force partielle (art. 294, 304, al. 1), la partie correspondante de l'article 148 CC devient inutile.

Art. 250

Cette disposition correspond pour l'essentiel à l'article 149 CC.

Art. 251

L'article 251 correspond à l'article 110 CC.

Chapitre 4 Procédure concernant les enfants

Remarque préliminaire

Les considérations fondamentales qui ont présidé à l'élaboration des prescriptions de procédure concernant les enfants sont les mêmes que celles qui ont servi de fondement aux prescriptions de procédure de divorce. Les dispositions y relatives du CC, qui figurent actuellement aussi bien dans le droit du divorce (cf. art. 144-147 CC) que dans le droit des enfants (cf. art. 254, 280, 281-284 CC), sont rassemblées en une seule section.

Dispositions générales

Art. 252

L'**alinéa 1** pose un principe généralement reconnu dans la législation fédérale pour les procédures concernant les enfants : celui de l'établissement d'office des faits par le tribunal (maxime inquisitoire). Toutes les dispositions y relatives du CC peuvent donc être abrogées (cf. art. 145, 254, ch. 1 et 280, al. 2 CC).

L'**alinéa 2** consacre la maxime d'office telle qu'elle est applicable aujourd'hui, bien que le CC omette souvent de la mentionner expressément (cf. art. 133 CC). Il ne s'agit donc là que d'une clarification.

Art. 253

Cette disposition reprend l'article 144 CC. Du point de vue du contenu, il s'agit de la concrétisation du droit d'être entendu de l'enfant capable de discernement, dans la mesure où ses intérêts personnels sont en jeu (cf. ég. art. 19, al. 2 CC). Le droit du divorce reconnaît aujourd'hui de façon générale que l'enfant capable de discernement peut recourir contre le fait de ne pas avoir été entendu. Seule la question de l'âge à partir duquel l'enfant pourra de son propre chef demander à être entendu constitue une pierre d'achoppement²¹². L'avant-projet s'abstient de proposer une limite d'âge précise, d'autant plus que dans la pratique comme dans la doctrine, s'appuyant sur les connaissances en matière de psychologie infantine, une large majorité de spécialistes estiment que dès l'âge de 5 ou 6 ans, il est tout à fait possible d'entendre un enfant²¹³.

Le droit de recours de l'enfant en cas d'omission injustifiée de son droit d'être entendu est actuellement réglementé différemment selon les droits cantonaux. L'avant-projet prévoit l'appel simplifié comme moyen de recours (art. 253, al. 3, et 299 ss).

L'article 253 est une disposition générale et ne constitue dès lors pas une prescription qui relève à proprement parler du droit du divorce, ce qui est judicieux étant donné que l'actuel article 144 CC est interprété de manière extensive quant à son champ d'application et qu'il s'applique par exemple aussi à la procédure en protection du mariage.

²¹² Voir à ce propos Sutter/Freiburghaus, art. 144 CC, n. 32 ss.

²¹³ Voir à ce propos Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, p. 261, en particulier n. 85 et 86.

Art. 254

Cette disposition s'inspire des articles 146 et 147 CC qui ont été repris ici sous forme résumée, sans modification sur le fond. Cette prescription ne s'applique pas seulement à la procédure de divorce, mais à toutes les procédures concernant les intérêts des enfants, les compétences de la représentation n'étant pas modifiées (cf. art. 254, al. 5 AP et art. 147, al. 2 CC).

Art. 255

Selon le nouveau droit du divorce, les autorités tutélaires sont compétentes pour statuer sur des modifications litigieuses concernant les relations personnelles. Parce que les autorités tutélaires ne constituent pas des instances judiciaires dans de nombreux cantons, il importe, dans le cadre de l'unification du droit de procédure civile, de veiller à ce que soit au moins réglée de manière uniforme la protection juridique dans ces procédures de modification des jugements de divorce. Le moyen de recours prévu à cet effet est l'appel simplifié devant l'instance cantonale suprême (cf. art. 299 ss).

Procès en constatation et en contestation de la filiation**Art. 256**

Cette prescription, qui permet le cumul objectif des actions, remplace l'article 280, alinéa 3 CC.

Art. 257

Cette disposition remplace les articles 282 et 283 CC. Les autres prescriptions du droit actuel sur les mesures provisionnelles en relation avec les actions sur l'obligation d'entretien des parents (art. 281 et 284 CC) peuvent être abrogées, dès lors qu'elles sont désormais couvertes par les dispositions générales de l'avant-projet sur les mesures provisionnelles (cf. art. 275 ss). Il résulte en outre de l'article 275, alinéa 3, que le tribunal peut aussi ordonner sans demande préalable les mesures provisionnelles nécessaires. Les articles 282 et 283 CC demeurent le fondement matériel de la consignation et du paiement anticipé des frais d'entretien.

La possibilité de mesures provisionnelles concernant les intérêts des enfants mineurs en procédure de divorce découle de l'article 242, alinéa 2 en relation avec l'article 176, alinéa 3 CC.

Chapitre 5 La procédure sommaire*Remarque préliminaire*

La procédure préliminaire joue un rôle majeur dans la pratique procédurale suisse, surtout du point de vue quantitatif. La grande majorité des procès se déroule selon la

procédure sommaire²¹⁴.

La procédure sommaire est une procédure où les preuves sont limitées. Cela signifie, d'une part, une limitation des moyens de preuve à ceux que l'on peut *immédiatement retenir* et, d'autre part, une limitation quant à la sévérité des preuves en ce sens que la *vraisemblance* suffit en général; ce dernier point est surtout valable pour les mesures provisionnelles. La procédure sommaire doit également être une procédure rapide (conséquences strictes du défaut, si possible juge unique)²¹⁵.

Champ d'application

Art. 258

Cette disposition définit le champ d'application général de la procédure sommaire.

- Elle est d'abord applicable dans les cas prévus par la loi (**let. a**). Ceux-ci ne doivent pas nécessairement être mentionnés dans le nouveau code de procédure civile (comme les mesures provisionnelles [art. 275, al. 2] et l'exécution [art. 327, al. 2]), mais peuvent aussi découler d'autres lois (par ex. art. 25 LP).
- La procédure sommaire est ensuite applicable à la *protection rapide* (**let. b**). Il s'agit d'une procédure essentiellement connue des cantons alémaniques visant à l'application rapide d'un droit clair²¹⁶.
- La *juridiction gracieuse* se déroule également selon la procédure sommaire (**let. c**) – et cela même si l'affaire est non pas soumise à un tribunal, mais à une autorité administrative cantonale comme c'est le cas dans plusieurs cantons (art. 270).
- Par ailleurs, la mise à ban (autorisation d'une interdiction avec menace de sanction) est également exécutée selon la procédure sommaire (**let. d**).
- Enfin, la procédure sommaire s'applique à un état de fait général qu'il convient d'interpréter de manière restrictive (**let. e**), à savoir lorsque la nature de la cause l'impose. Tel est par exemple le cas lors de l'exercice du droit de réponse où le juge doit statuer immédiatement sur la base des preuves disponibles (art. 281, al. 3, CC).

Art. 259 et 260

Ces deux articles renferment la liste des affaires relevant du CC et du CO dans lesquelles s'applique la procédure sommaire. Ils ne sont pas exhaustifs, car il y aura toujours des cas où la procédure sommaire découlera de la nature de la cause. En outre, on peut imaginer que la procédure sommaire est également applicable à des affaires civiles qui sont régies par le droit privé cantonal.

²¹⁴ Ainsi les juges uniques ont réglé 31455 cas en 1999 et 31471 en 2000 selon la procédure sommaire du canton de Zurich (Rapport d'activités de la Cour suprême du canton de Zurich pour l'année 2000, p. 96).

²¹⁵ Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 12, n. 149 à 155.

²¹⁶ Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 12, n. 173 ss.

Procédure et décision

Remarque préliminaire

Les articles 261 à 265 sont applicables - en tant que « partie générale » - à toutes les procédures sommaires, dans la mesure où les différentes procédures ne prévoient pas de règles spécifiques.

Art. 261

En procédure sommaire, la pratique ne parle pas d'action au sens propre du terme, mais de requête. L'avant-projet se conforme à cet usage.

Les procédures sommaires sont introduites par une requête écrite. Les documents utiles doivent être joints à la requête pour que le tribunal puisse statuer rapidement et si possible sur pièces. L'instance est introduite par le dépôt de la requête (art. 206 : la requête est ici incluse dans le terme de « demande en justice »).

Art. 262

Le tribunal donne à la partie adverse l'occasion de se prononcer (droit d'être entendu, cf. art. 48). Il ordonne à titre préparatoire que la réponse soit orale (en vue de débats oraux) ou écrite (la décision sera alors rendue sur pièces) (art. 265). La décision de savoir si la procédure doit être menée oralement ou par écrit est laissée à la libre appréciation du juge. Ainsi, il est possible de tenir compte des circonstances de chaque cas qui peuvent être très différentes. Un échange d'écritures ultérieur n'a pas lieu.

Une réponse à une requête peut toutefois se révéler inutile :

- d'une part, lorsque la requête apparaît d'emblée *irrecevable*. C'est en général le cas lorsqu'une condition de recevabilité fait défaut ou lorsque la procédure sommaire n'est pas du tout applicable à la cause invoquée ;
- d'autre part, le tribunal peut s'abstenir d'entendre la partie adverse lorsqu'une requête apparaît d'emblée *mal fondée*, à savoir lorsqu'elle n'est pas fondée du point de vue matériel. C'est par exemple le cas lorsque la prétention n'a pas pu être rendue vraisemblable.

L'irrecevabilité et l'absence de fondement de la requête doivent être manifestes.

Enfin, les mesures superprovisionnelles (art. 280) constituent aussi, en un certain sens, une (troisième) exception à l'audition de la partie adverse : dans ce cas, il convient néanmoins de demander à la partie adverse de prendre position après coup.

Art. 263

Contrairement à la procédure ordinaire ou simplifiée, une demande reconventionnelle est exclue en procédure sommaire, parce qu'elle incompatible avec l'essence même de cette procédure, qui est axée sur la rapidité.

Art. 264

Depuis des décennies, la procédure sommaire est conçue dans les cantons de telle manière que les seuls moyens de preuve admissibles sont ceux qui peuvent être

retenus sans délai. Ce sont les moyens de preuve disponibles tout de suite, à savoir en premier lieu les titres, éventuellement les auditions des parties et les inspections (cf. notamment la limitation des moyens de preuve en cas de mainlevée définitive conformément à l'art. 81 LP). Même le domaine des mesures provisionnelles était déjà soumis jusqu'ici, en vertu du droit fédéral, à une limitation des preuves²¹⁷.

L'avant-projet reprend le droit en vigueur : les seuls moyens de preuve admissibles sont en règle générale les titres (**al. 1**). Même s'il est vrai que cette règle engendre une certaine aggravation par rapport à la limitation actuelle des moyens de preuve, elle n'en correspond pas moins à l'essence même de la procédure sommaire.

L'**alinéa 2** atténue quant à lui la sévérité imposée aux preuves : tous les autres moyens de preuve sont également admissibles en procédure sommaire à condition qu'ils ne retardent pas sensiblement la procédure ou que la cause ne puisse être renvoyée en procédure ordinaire. C'est notamment le cas de nombreuses causes relevant de la juridiction gracieuse : tous les moyens de preuve doivent y être admis, car le tribunal examine d'office les faits. Les décisions prises en procédure sommaire sur la base d'une pleine cognition des preuves lient ensuite le juge en procédure ordinaire²¹⁸.

Art. 265

Comme il est précisé plus haut (art. 262), le tribunal peut mener la procédure oralement ou par écrit, selon ce qui est le plus adapté au cas d'espèce (**al. 1**). Si le tribunal tient une audience, il peut l'aménager comme réplique et duplique ou ne l'utiliser que pour exercer son droit d'interpellation.

La notification de la décision rendue en procédure sommaire (**al. 2**) est très simple en comparaison avec la procédure ordinaire (art. 230 ss) : la décision doit toujours être notifiée par écrit et motivée. Une brève motivation - en conformité avec les principes constitutionnels - suffira ; elle se composera essentiellement de considérants standardisés et ne présentera et n'examinera que brièvement la particularité du cas.

Protection rapide

Art. 266

Presque la moitié des cantons connaissent la protection rapide²¹⁹. Cette procédure permet, dans les situations claires, de parvenir rapidement à un jugement au fond doté de l'autorité de la chose jugée. Elle est soumise à deux conditions (**al. 1**) :

- La cause doit être claire, c'est-à-dire que les faits doivent être incontestés et reconnus ou peuvent être immédiatement prouvés (**let. a**). Les expertises, les témoignages ainsi que les dépositions n'entrent donc généralement pas en considération comme moyens de preuve. Même en cas de débats oraux, le tribunal devrait se limiter en principe aux titres car, dans le doute, l'affaire doit être jugée en procédure ordinaire (art. 267, al. 2).

²¹⁷ Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 12, n. 158.

²¹⁸ Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 12, n. 169.

²¹⁹ Voir Fabienne Hohl, Réalisation, p. 297 ss.

- La situation juridique doit en outre être claire (**let. b**) : C'est le cas lorsque la conséquence juridique résulte clairement de la doctrine et de la jurisprudence²²⁰.

La protection rapide est une option offerte au demandeur. Il pourrait, au lieu de cela, choisir d'emblée la procédure ordinaire ou, selon le genre de prétention, la procédure simplifiée (art. 237)²²¹. Ce n'est que lorsque l'objet du litige n'est pas librement disponible que la protection rapide n'entre pas en ligne de compte (**al. 2**): seule la procédure ordinaire ou la procédure simplifiée sont alors possibles. L'expression « librement disponible » doit être interprétée de la même façon qu'en relation avec la convention d'arbitrage (art. 348).

Art. 267

L'**alinéa 1** met l'accent sur la rapidité de la procédure : contrairement à la procédure sommaire « ordinaire » (art. 263), le défendeur ne reçoit qu'un *bref* délai pour se prononcer (de 3 à 5 jours, au maximum 10). Il convient de noter que dans la protection rapide, comme d'une manière générale dans la procédure sommaire, il n'y pas de fêtes (art. 138), ce qui favorise également un déroulement rapide de la procédure.

Lorsque les conditions de la protection rapide ne sont pas réalisées (défaut de clarté, pas de libre disposition de l'objet litigieux, art. 266), le tribunal n'entre pas en matière sur la requête (**al. 2**), sans même - lorsque ces conditions font manifestement défaut - que la partie adverse ne se prononce au préalable (art. 262). Il n'y a alors pas de rejet de la demande avec autorité de chose jugée. Le demandeur demeure libre de faire valoir sa prétention en procédure ordinaire, où la procédure probatoire a lieu avec pleine cognition du tribunal. Par contre, il est exclu de renvoyer l'affaire d'office devant le tribunal ordinaire²²².

Lorsque la requête est admise, la décision au fond est dotée de l'autorité de la chose jugée (**al. 3**), bien qu'elle n'ait été rendue qu'à l'occasion d'une procédure sommaire. Cette disposition correspond à la doctrine et à la jurisprudence récentes et rompt avec le principe dépassé selon lequel une décision rendue en procédure sommaire ne peut être obligatoire que pour une procédure sommaire ultérieure, mais pas pour une procédure ordinaire²²³. Le rejet matériel de la requête est également pourvu de l'autorité de la chose jugée : il intervient lorsqu'il est manifeste que la prétention invoquée n'a pas lieu d'être (par ex. lorsque le défendeur peut produire la quittance d'un paiement). Le rejet de la requête doit toutefois être clairement distingué de la non-entrée en matière selon l'alinéa 2.

²²⁰ Guldener, p. 158, n. 15.

²²¹ Du fait que la procédure simplifiée est simple et rapide, la nécessité de recourir à la protection rapide y sera beaucoup moins grande.

²²² Frank/Sträuli/Messmer, § 226, n. 4 et 4a.

²²³ Frank/Sträuli/Messmer, § 212, n. 1. Voir également Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 12, n. 169.

Juridiction gracieuse

Remarque préalable

Dans la juridiction gracieuse (connue également sous le nom de « juridiction non contentieuse »), il manque la présence de deux parties opposées, soit ce qui caractérise habituellement les litiges de droit civil. En droit privé, ce type de juridiction est régulièrement utilisé dans les cas d'assistance juridique ou d'assistance dans la gestion des biens²²⁴. Malgré un flou notoire, cette notion est généralement reconnue et ne nécessite pas ici d'explications supplémentaires²²⁵.

Les affaires qui relèvent typiquement de la juridiction gracieuse sont par exemple la déclaration de disparition d'une personne, la déclaration de nullité de papiers-valeurs ainsi que la participation des autorités en cas de dévolution. D'autres affaires énumérées à l'article 260 s. peuvent être concernées par la juridiction gracieuse à condition qu'elles n'impliquent qu'une seule partie et ne soient pas contestées.

En soi, la réadoption d'actes juridiques privés en la forme authentique relève de la juridiction gracieuse. Elle ne figure toutefois pas dans l'avant-projet (puisqu'elle ne nécessite pas de procédure judiciaire), mais demeure du ressort du droit cantonal (art. 55 Titre final CC). Il en va de même de la tenue des registres publics : elle n'est pas traitée dans la PCS, mais demeure régie par d'autres textes du droit fédéral (registre foncier, registre du commerce, registre des droits de la propriété intellectuelle, etc.).

Les compétences à raison de la matière dans la juridiction gracieuse - et par conséquent aussi la procédure - sont réglementées très différemment selon les cantons : ce sont tantôt les tribunaux qui sont compétents, tantôt les autorités administratives. En conséquence, la procédure est déterminée dans certains cantons par le code de procédure cantonal et, dans d'autres, par une loi sur la procédure administrative. L'avant-projet apporte ici une simplification :

- aucun changement n'est apporté à la réglementation de la compétence à raison de la matière (cf. art. 1, al. 4, et 2, al. 2). Les cantons demeurent donc libres de choisir les tribunaux ou les autorités administratives (ce qui est précisé explicitement à l'art. 270).
- par contre, la procédure est uniformisée : qu'il s'agisse des tribunaux ou des autorités administratives, les actes de la juridiction gracieuse sont tous soumis à la procédure sommaire de la présente PCS, ce qui se répercute également sur les voies de droit (appel simplifié selon l'art. 299 ss).

Art. 268

La juridiction gracieuse est soumise à la maxime inquisitoire : la maxime des débats y est d'emblée exclue dès lors que, par essence, la procédure gracieuse n'est pas contradictoire et que, dans bien des cas, il est absolument impossible d'entendre les personnes concernées (par ex. une personne disparue). En conséquence, le tribunal ou l'autorité administrative ordonne d'office toutes les mesures nécessaires à l'établissement des faits.

²²⁴ Voir Habscheid, Zivilprozessrecht, n. 136.

²²⁵ Voir BSK-Claudia Spühler, art. 11 LFors, n. 2 avec de nombreux renvois; BK-Nicolas von Werdt, art. 11 LFors, n. 4 ss.

Art. 269

Les mesures ordonnées dans le cadre de la juridiction gracieuse sont attaquables par l'appel simplifié (art. 299 ss) ou peuvent faire l'objet d'une révision (art. 319). L'article 269 prévoit en outre - s'appuyant sur le droit de procédure cantonal (par ex. OW, SZ, ZH) - une possibilité de correction supplémentaire : une décision qui se révèle erronée peut être révoquée ou modifiée en dehors de toute procédure de recours formelle, à condition toutefois que la sécurité du droit l'y autorise et qu'aucune prescription légale ne s'y oppose.

Cette possibilité de correction, facilitée par rapport à la juridiction contentieuse, répond à un besoin pratique (par ex. simple correction d'une erreur dans une attestation de la qualité d'héritier). Elle se justifie en outre par le fait qu'ici, la « décision » n'est pas précédée d'une procédure opposant deux parties et possédant pleine force de chose jugée.

Art. 270

Comme mentionné plus haut, les cantons conservent la possibilité de conférer la compétence à raison de la matière à des autorités administratives (à moins que d'autres lois fédérales n'exigent un tribunal). La procédure sommaire est en effet également applicable devant une autorité administrative (**al. 1**).

Pour ce qui est des moyens de recours également, il n'est fait aucune différence entre la décision d'une autorité administrative et celle d'un tribunal (**al. 2**). Le droit cantonal est libre de désigner l'instance de recours.

Mise à ban

La réglementation prévue aux articles 271-274 de cette forme particulière de la protection de la possession qu'est la mise à ban (publication d'une interdiction sous peine d'amende) s'appuie sur les dispositions cantonales similaires de codes de procédure cantonaux (par ex. ZH) ou de lois d'introduction (par ex. BE).

Il convient de retenir pour l'essentiel :

- Sur le fond, l'interdiction peut concerner tout trouble concevable de la possession foncière (**art. 271**); elle peut être formulée de manière concrète (par ex. "Interdiction de stationner", "Football interdit ») ou abstraite (« Tout trouble... »).
- L'interdiction est temporaire ou de durée indéterminée (art. 271) et peut s'adresser à certaines personnes ou à tout le monde (**art. 272**). Une interdiction générale doit être publiée et affichée de manière bien visible sur l'immeuble (**al. 1**). Au cas où l'interdiction ne s'adresse qu'à certaines personnes, elle doit leur être notifiée comme une décision (**al. 2**; cf. art. 265) et n'a pas à être motivée. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire que l'interdiction soit publiée et affichée sur l'immeuble.
- Toute interdiction peut faire l'objet d'une opposition dans les vingt jours qui suivent sa publication ou sa notification (**art. 273**). Cette voie de droit est comparable à l'opposition au sens des articles 74 ss LP et ne doit donc pas être motivée. L'opposition rend l'interdiction immédiatement caduque et est communiquée au possesseur de l'immeuble.

Les personnes concernées par l'interdiction n'en sont donc pas réduites à attendre une procédure pénale introduite contre elles pour pouvoir prouver leur « droit préférable » ou à devoir introduire immédiatement une "action en contestation" pour éviter une dénonciation pénale.

- Pour contrer les effets de l'opposition (à savoir la caducité de l'interdiction), le possesseur de l'immeuble doit entamer une procédure judiciaire et intenter une action en confirmation de l'interdiction dans le délai d'un mois (« action en reconnaissance »; **art. 274, al. 1**). Pendant la durée de la procédure, il peut toutefois tenter d'interdire le trouble en demandant une mesure provisionnelle (art. 276).

Par ailleurs, si les personnes concernées n'ont pas fait opposition dans le délai prescrit, elles doivent - pour contrer ultérieurement l'interdiction - introduire une action en contestation qui n'est soumise à aucun délai et qui peut être intentée tant que dure l'interdiction. Elles peuvent également faire valoir leur droit préférable dans une procédure pénale.

- L'avant-projet (**art. 274, al. 2**) dispose que cette protection de la possession qui relève du droit pénal n'exclut pas la protection de droit civil (art. 928 ss CC).

Titre 3 Mesures provisionnelles et mémoire préventif

Chapitre 1 Mesures provisionnelles

Remarque préliminaire

L'expérience montre que le domaine d'application des mesures provisionnelles est aussi large que diversifié. Une réglementation légale concise et flexible s'impose donc pour que le tribunal, plus proche de la cause que le législateur, dispose d'une marge de manœuvre la plus large possible. Dans cette perspective, la commission d'experts s'abstient d'établir une liste exhaustive des mesures provisionnelles.

Art. 275

L'urgence est la condition fondamentale pour ordonner des mesures provisionnelles. Le demandeur doit rendre vraisemblable que, sans l'aide immédiate du juge, il est menacé d'un préjudice difficilement réparable (**al. 1**). Le préjudice redouté doit être objectivement probable, sans que l'on ne puisse totalement exclure une erreur d'appréciation²²⁶. C'est dans la probabilité objective de la menace d'un préjudice que réside la justification d'une mesure provisionnelle.

Par préjudice difficilement réparable, il faut entendre non seulement un dommage patrimonial imminent (par ex. risque d'insolvabilité du défendeur en cas de perte du procès²²⁷), mais aussi un dommage immatériel lorsqu'il apparaît difficilement répa-

²²⁶ ATF 103 II 287, 99 II 344.

²²⁷ ATF 94 I 11, cons. 8.

nable. Les dommages difficiles à prouver en font aussi partie, comme par exemple en cas d'imitation d'un procédé ou d'un produit commercialement protégé²²⁸.

La mesure à ordonner doit être nécessaire, ce qui signifie qu'elle doit apparaître comme étant appropriée d'un point de vue temporel et objectif. Elle doit également être proportionnée (cf. à ce propos l'art. 276).

Conformément à leur nature, les mesures provisionnelles sont ordonnées en procédure sommaire (**al. 2**).

En vertu de la maxime des débats, une mesure provisionnelle doit, pour que le juge puisse l'ordonner, être précédée d'une requête de la partie intéressée. Sous le régime de la maxime inquisitoire en revanche, le tribunal peut aussi ordonner d'office une mesure provisionnelle (**al. 3**).

Art. 276

Il convient de relever en premier lieu que les mesures de sûreté pour des créances litigieuses portant sur une somme d'argent resteront, comme jusqu'ici, soumises aux normes de la LP (séquestre, prise d'inventaire pour sauvegarder des droits de rétention, etc.). La réglementation de l'avant-projet concerne toutes les autres prétentions (par ex. prestations en nature ou de services, déclarations de volonté, etc.).

De façon générale, le tribunal doit à chaque fois ordonner les mesures adéquates. Il peut s'agir de mesures de réglementation, de sûreté ou obligeant à fournir une prestation²²⁹. Mais la mesure ordonnée doit être toujours proportionnée; en d'autres termes, elle ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour la protection provisoire de la prétention rendue vraisemblable²³⁰.

L'avant-projet précise le contenu des mesures possibles :

- Il peut s'agir d'une interdiction judiciaire (**let. a**). Exemples : interdiction d'aliéner l'objet du litige, interdiction de l'utilisation illicite d'une société inscrite au registre du commerce (ATF 63 II 399) ou interdiction d'exercer une activité concurrente.
- Le tribunal peut ordonner l'élimination immédiate de l'état illicite (**let. b**), par exemple par la saisie d'objets servant à des actes illicites, surtout dans le domaine de la protection de la propriété intellectuelle²³¹.
- Le tribunal peut intimer l'ordre à une autorité tenant un registre de prendre certaines mesures (**let. c**), par ex. d'annoter au registre foncier une restriction du droit d'aliéner.
- La **lettre d** donne enfin au tribunal la possibilité de prendre aussi d'autres mesures appropriées. La liste établie par l'avant-projet n'est donc pas exhaustive.

²²⁸ Frank/Sträuli/Messmer, § 110, n. 17; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, art. 326, n. 8b.

²²⁹ Voir à propos de ces notions Spühler/Vogel, Zivilprozessrecht, chap. 12, n. 192 ss.

²³⁰ ATF 94 I 8.

²³¹ ATF 56 II 318.

Art. 277

Dans le but d'une protection rapide, le tribunal doit pouvoir ordonner des mesures provisionnelles dès avant l'introduction de la véritable procédure au fond. Si la requête de mesure provisionnelle aboutit, le demandeur peut - l'expérience l'a montré - ne plus avoir intérêt à introduire la procédure principale puisqu'il a obtenu ce qu'il voulait. En revanche, l'obligation d'agir au principal - c'est-à-dire la clarification définitive de la situation juridique - est indissociable de l'institution de la mesure provisionnelle. Il est dès lors indispensable que le demandeur défende sa position dans la procédure ordinaire. Un délai doit donc lui être imparti pour le dépôt de la demande au principal, au cas où le procès au fond ne serait pas encore pendant au moment où la mesure provisionnelle est rendue (**al. 1**). La fixation de ce délai doit être liée à la menace de la caducité de la mesure provisionnelle parce que, sinon, il y aurait lieu de craindre que le demandeur ayant obtenu gain de cause ne renonce à intenter le procès au fond.

L'avant-projet établit une exception à l'obligation d'agir au principal (**al. 2**). Elle doit être mise en relation avec l'article 335 : le tribunal peut renoncer à impartir un délai si une mesure de confiscation a été ordonnée. Il s'agit pour l'essentiel de la saisie de biens "piratés" en violation des prescriptions du droit de la propriété intellectuelle et de la concurrence déloyale. Du fait que, dans de tels cas, la partie adverse du requérant est souvent inconnue ou que l'on peut s'attendre à ce qu'elle ne se présentera pas au procès, il est justifié, pour éviter des procédures dépourvues de sens, de dispenser la partie requérante de déposer sa demande. Cette exception se limite toutefois aux seuls domaines du droit de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence, tous les autres domaines étant soumis au principe qui veut que les mesures provisionnelles soient suivies d'une procédure au fond.

Art. 278

Si la mesure provisionnelle est de nature à causer un préjudice à la partie adverse, le tribunal peut obliger le requérant à fournir au préalable des sûretés (**al. 1**). La décision est laissée à l'appréciation du tribunal, qui peut aussi ultérieurement ordonner, diminuer ou augmenter une sûreté.

Le requérant répond du préjudice causé par une mesure injustifiée (**al. 2**). Il s'agit là d'une responsabilité causale atténuée. Si le requérant peut prouver qu'il a demandé la mesure provisionnelle de bonne foi, le tribunal peut réduire l'obligation de réparer ou l'en dispenser totalement. « De bonne foi » signifie que la mesure provisionnelle a été sollicitée pour des raisons qui la faisaient apparaître comme objectivement justifiée au moment où la requête a été déposée. La prétention en dommages-intérêts contre le requérant doit être mise en œuvre dans une procédure séparée. Une éventuelle obligation de réparer le dommage causé à des tiers est régie par le droit matériel.

La fourniture de sûretés sert à couvrir les dommages (**al. 3**). Elle ne peut donc être libérée qu'à partir du moment où il est établi que la partie lésée n'intentera pas d'action en dommages-intérêts.

Art. 279

Les mesures provisionnelles servent à la protection provisoire. Elles doivent donc pouvoir être adaptées en cas de changement des circonstances (**al. 1**). Elles

deviennent caduques de par la loi avec l'entrée en force de la décision sur le fond (**al. 2**). Elles peuvent être relayées par des mesures d'exécution (art. 228, al. 2)

Art. 280

En cas d'urgence particulière, le tribunal peut ordonner immédiatement toute mesure provisionnelle nécessaire, c'est-à-dire sans audition préalable de la partie adverse (**al. 1**). L'urgence requise existera notamment dans les cas où il y a «risque de collusion», notion jusqu'ici utilisée dans les dispositions du droit de la propriété intellectuelle. Pour qu'il puisse justifier une mesure superprovisionnelle, le risque de collusion doit toutefois être particulièrement prononcé.

En même temps qu'il ordonne la mesure superprovisionnelle, le tribunal impartit à la partie adverse un bref délai pour se prononcer (**al. 2**). L'avant-projet prévoit qu'il s'agit là d'un délai judiciaire, afin de prendre en compte les particularités du cas d'espèce. A l'échéance de ce délai, soit à un moment où il connaît aussi le point de vue de la partie adverse, le tribunal statue sur la mesure provisionnelle proprement dite, qui remplace alors la mesure superprovisionnelle.

La partie adverse n'a ainsi aucun moyen de recourir contre la mesure superprovisionnelle – en particulier aucune possibilité de faire opposition. Elle ne peut soulever des objections qu'au moment où le juge lui donne l'occasion de se prononcer. Seule la mesure provisionnelle « définitive » peut être attaquée par la voie de l'appel simplifié (art. 281).

Art. 281

Tant l'admission que le rejet d'une requête d'ordonnance de mesures provisionnelles peut avoir des répercussions décisives pour la partie concernée, qui doit donc avoir la possibilité d'attaquer la décision rendue. Si la décision émane d'une instance cantonale inférieure, elle peut être attaquée par voie de l'appel simplifié (**al. 1**). Par contre, si une instance cantonale supérieure ou une instance de recours a rendu la décision, seul est ouvert le recours au Tribunal fédéral, sauf pour les litiges relevant du droit commercial (art. 5, al. 3). Le recours n'a pas d'effet suspensif (art. 304, al. 3), conformément au besoin de protection immédiate. L'instance de recours peut néanmoins accorder l'effet suspensif.

Parce qu'une mesure provisionnelle doit intervenir sans délai, le tribunal qui l'ordonne a la possibilité soit de l'exécuter lui-même, soit de la faire exécuter immédiatement sans que la partie intéressée n'ait à présenter une requête d'exécution supplémentaire (**al. 2**).

Art. 282

La disposition s'aligne sur le droit actuel (cf. art. 79, al. 2 LBI), selon lequel l'autorité compétente peut refuser les mesures provisionnelles ou révoquer, en tout ou en partie, celles qu'elle aurait ordonnées si la partie adverse fournit au requérant une sûreté suffisante. Selon les opinions exprimées dans les milieux autorisés, cette solution doit être étendue à l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence, ce que la commission d'experts approuve.

Art. 283

La réglementation spéciale des mesures provisionnelles prises à l'encontre des médias à caractère périodique correspond au droit en vigueur (art. 28c, al. 3 CC) qui, pour sa part, est le résultat de longues délibérations parlementaires et consacre une solution relevant de la politique des médias, que la commission d'experts n'a pas voulu modifier.

Art. 284

Le droit des successions connaît diverses dispositions concernant les mesures de sûreté. Ces dispositions demeureront dans le code civil, étant donné que les mesures de sûreté qui y sont prévues présentent un lien étroit avec la succession. Vouloir les transposer dans la PCS n'apporterait aucun avantage pratique. Elles font donc l'objet d'une réserve dans l'avant-projet.

Chapitre 2 Mémoire préventif**Art. 285**

Le mémoire préventif est connu dans de nombreux Etats européens. Il a été admis en Suisse il y a quelques années, surtout dans les cantons qui connaissent le tribunal de commerce. Son importance ne cessant de croître, il se doit de faire l'objet d'une réglementation expresse dans un code de procédure civile moderne - dans l'intérêt de la sécurité du droit.

Le mémoire préventif est un moyen de défense prophylactique à l'encontre d'éventuelles mesures superprovisionnelles. Il permet à la personne qui craint que de telles mesures soient requises contre elle de soumettre son point de vue par anticipation au tribunal²³².

Le mémoire préventif joue avant tout un rôle dans les affaires relevant du droit de la propriété intellectuelle et du droit d'auteur. Par exemple, il permettra de prévenir une interdiction de vente redoutée par un fabricant de montres soupçonné de produire des contrefaçons. Si la demande d'interdiction de vente est effectivement déposée plus tard, le tribunal peut l'apprécier également à la lumière des arguments exposés par la partie adverse potentielle dans le mémoire préventif. En raison de son utilité pratique indéniable, le mémoire préventif doit, de l'avis de la commission d'experts, trouver place dans la PCS (**al. 1**).

Le mémoire préventif peut être utilisé contre toutes les mesures qui peuvent être ordonnées sans audition préalable, également contre celles qui ne sont pas régies par l'avant-projet. Il s'agit notamment du séquestre selon la LP ou de la procédure unilatérale d'exequatur selon la Convention de Lugano.

Parce qu'il n'est pas déposé dans une procédure en cours, mais avant une procédure dont on redoute la survenance, le mémoire préventif doit avoir un effet limité dans le temps, ce qui explique qu'il devient caduc six mois après son dépôt (**al. 2**). Le tribunal peut le renvoyer ou le détruire; il n'a pas besoin de le conserver.

²³² ATF 119 Ia 57 s.; Güngerich; Hess-Blumer.

Titre 4 Recours

Remarque préliminaire

L'avant-projet consacre six chapitres aux recours. Il prévoit tout d'abord quelques dispositions générales applicables à tous les recours prévus par la PCS avant de traiter plus spécialement des différents recours : l'appel, l'appel simplifié, le recours limité au droit, la révision, l'interprétation et la rectification.

Le système des recours est la garantie juridique d'un jugement le plus équitable possible²³³. Bien que ce but de protection juridique voudrait que l'on élargisse au maximum les possibilités de recours, les risques inhérents à un tel élargissement ne sauraient être sous-estimés (ralentissement et renchérissement de la justice). Pour ces raisons, de plus en plus de voies s'élèvent actuellement en faveur d'une limitation des possibilités de recours - dans le but de parvenir le plus vite possible à la paix juridique²³⁴. L'avant-projet emprunte à cet égard une voie médiane.

Contrairement à la nouvelle loi d'organisation judiciaire, l'avant-projet ne propose pas de recours unifié²³⁵. Néanmoins, les recours peuvent être fortement simplifiés et clairement définis dans leurs domaines d'application. L'avant-projet s'est inspiré à ce sujet de modèles cantonaux connus.

Pour l'essentiel, trois recours principaux sont prévus : l'appel, l'appel simplifié et le recours limité au droit. Le seul critère qui les différencie et les délimite est l'objet du recours. L'avant-projet ne fait pas de distinction légale entre les recours ordinaires (suspensifs) et les recours extraordinaires (non suspensifs)²³⁶. L'appel est en principe dirigé contre les décisions rendues en procédure ordinaire ou simplifiée, l'appel simplifié contre celles rendues en procédure sommaire. Le recours limité au droit n'est en principe que subsidiaire.

Chapitre 1 Dispositions générales

Art. 286

Quel que soit le recours, la procédure devant l'instance de recours est régie par les mêmes prescriptions qu'en première instance. S'il s'agit de l'appel, la procédure demeure donc une procédure ordinaire (ou simplifiée) et s'il s'agit de l'appel simplifié, une procédure sommaire. Il en va de même lorsque l'instance de recours doit rendre des mesures provisionnelles. Elle procède à cet effet conformément aux articles 275 ss.

L'instance d'appel procédera donc régulièrement à des débats oraux au cours desquels il administrera aussi des preuves. Les parties ont la possibilité de plaider (art. 223). Quant à l'instance d'appel simplifié, elle statuera en général sur pièces (art. 308).

²³³ Voir Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 13, n. 1 à 3.

²³⁴ Voir Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 13, n. 28.

²³⁵ Voir art. 68 ss LTF.

²³⁶ Spühler/Vock, Rechtsmittel, p. 4; Bühler/Edelmann/Killer, rem. prélim. au §§ 317-351, n. 1; Frank/Sträuli/Messmer, n. 1 avant § 251.

Les dispositions de procédure propres à chaque recours sont naturellement réservées, ce qui concerne par exemple et surtout les dispositions relatives aux nova, lesquels – à la différence de qui vaut en première instance – sont d’emblée admissibles dans une mesure limitée (art. 297, 306) ou totalement exclus (art. 317).

Art. 287

Les délais de recours ne commencent pas à courir au même moment pour toutes les décisions. Ce moment dépend de la procédure dans lesquelles les décisions sont rendues.

- Le délai de recours (appel) ne commence à courir contre les décisions rendues en procédure ordinaire ou simplifiée qu’après la notification de la décision écrite et motivée (**let. a**). C’est le plus souvent quelque temps après la notification du dispositif (cf. art. 232).
- En procédure sommaire (appel simplifié) par contre, le délai commence à courir le jour suivant la notification de la décision car, dans ce cas, la décision est toujours notifiée avec la motivation (**let. b** ; art. 265).
- Enfin, s’agissant des décisions d’instruction attaquables, le délai commence à courir également le jour qui suit leur notification (**let. c**). Par le terme ‘attaquables’, l’avant-projet entend souligner que les décisions d’instruction ne peuvent de loin pas toutes être attaquées (cf. art. 310).

Art. 288

L’instance de recours peut toujours demander à l’instance précédente de prendre position. C’est surtout le cas lorsque les actes présentent des imprécisions du point de vue formel ou matériel.

Il convient à cet égard de considérer le jugement de la Cour européenne des droits de l’homme du 28 juin 2001 en la cause F.R. contre la Confédération suisse : la prise de position de la juridiction inférieure doit être accessible à tous les participants à la procédure qui, en tous les cas, ont le droit de s’y prononcer, qu’elle contienne ou non des arguments nouveaux. Ce droit de se prononcer doit également être accordé lorsque l’instance de recours n’a qu’un pouvoir d’examen limité.

Art. 289

Cette disposition concerne essentiellement l’appel : l’instance de recours peut notifier le dispositif de sa décision en même temps que la motivation écrite, même si aucune partie ne le demande.

Chapitre 2 Appel

Art. 290

L’appel permet d’attaquer les décisions d’un tribunal (inférieur) de première instance qui ont été rendues en procédure ordinaire ou simplifiée (**al. 1, let. a et b**). Les décisions rendues en procédure sommaire sont par contre attaquables par la voie de

l'appel simplifié (art. 299 ss). Pour des raisons de clarté, trois cas particuliers sont expressément cités aux **lettres c à e** : ce sont des décisions issues de procédures particulières (ordinaires) touchant le droit de la famille (art. 243 ss, 253 ss), à savoir les jugements de divorce ainsi que les décisions concernant la constatation et la contestation de la filiation.

D'après la **phrase introductive**, l'objet de la contestation peut être une décision finale ou une décision incidente (cf. le commentaire relatif à l'art. 228 s.).

Dans les affaires patrimoniales, une valeur litigieuse minimale est en outre requise, comme le prescrivent en général les codes de procédure cantonaux²³⁷. L'**alinéa 2** reprend la réglementation de la LTF (voir art. 47)²³⁸ selon lequel la valeur litigieuse correspond à la *différence* entre le dernier état des conclusions et le dispositif du jugement de première instance. Cette différence doit être d'au moins 10 000 francs. Tant du point de vue du montant en francs que du changement de système qu'elle implique, la solution retenue constitue une augmentation sensible de la valeur litigieuse par rapport aux réglementations cantonales actuelles.

Cependant, les affaires patrimoniales dans lesquelles la valeur litigieuse est inférieure à cette limite demeurent attaquables par le recours limité au droit (art. 310, let. a) qui, comme l'appel, permet un réexamen complet de l'application du droit, mais qui est limité quant à la constatation des faits (cf. art. 311). L'avant-projet satisfait ainsi aux principes constitutionnels selon lesquels, pour les décisions d'importance fondamentale, l'accès au Tribunal fédéral doit être garanti indépendamment de la valeur litigieuse (art. 191 Cst.).

Art. 291

Cet article précise les motifs de l'appel. Dans le droit actuel, l'appel est le recours classique, ordinaire et complet permettant de revoir une procédure de première instance dans son ensemble²³⁹. L'appel retenu dans l'avant-projet a été conçu en tenant compte de ces principes traditionnels. Tant la violation du droit que la constatation inexacte des faits sont des motifs d'appel et peuvent donc être revues par l'instance supérieure cantonale. L'instance de recours compétente - à désigner par le droit cantonal (art. 1, al. 3) - possède à cet égard un libre pouvoir d'examen (libre cognition).

Il convient de souligner particulièrement le grief de la violation du droit (**let. a**). Cette notion recouvre les erreurs commises en première instance tant sur le plan du droit de procédure que du droit matériel, en particulier :

- les violations du présent code de procédure et de ses dispositions d'exécution,
- l'application erronée du droit privé fédéral (par ex. CC, CO, droit de la propriété intellectuelle, droit de la concurrence, droit international privé, etc.)

²³⁷ Voir par ex. Studer/Rüegg/Eiholzer, § 245; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, remarque précédant art. 137, 339 s.

²³⁸ FF 2001 4291.

²³⁹ Voir par ex. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, art. 333 ss; Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 13, n. 73. Seul le canton de Vaud exclut l'examen de l'appréciation des déclarations des témoins par l'instance cantonale supérieure (art. 252 PC/VD).

- l'application erronée du droit public fédéral (droit constitutionnel et administratif) dans la mesure où il est en relation avec une affaire civile (art. 1),
- la violation du droit cantonal (privé et public), soit en particulier de la constitution cantonale, des lois, des ordonnances et des concordats).

Peu importe donc que, dans une affaire civile, il y ait eu violation de normes au niveau de la constitution, des lois ou des ordonnances, qu'il s'agisse à cet égard de droit public ou privé ou que le droit cantonal ou fédéral ait été appliqué de manière erronée. La décision en question – pour autant qu'elle soit attaquable (art. 290) - est toujours susceptible d'appel. Du point de vue des griefs, l'appel est donc un « recours unifié », au même titre que l'appel simplifié (cf. art. 300).

L'instance de recours jouit également d'un plein pouvoir de cognition relativement à la constatation des faits (**let. b**).

Art. 292 à 293.1

La commission d'experts propose deux variantes concernant les *modalités du dépôt de l'appel*. Toutes deux ont en commun le fait que l'appel doit être déposé directement auprès de l'instance de recours (*iudex ad quem*). Celle-ci peut, sans que la partie adverse ait au préalable pris position, rendre une décision immédiate de non-entrée en matière ou rejeter l'appel si ce dernier est manifestement non recevable (absence des conditions de recevabilité de l'appel, art. 290) ou n'est pas motivé. La menace d'une telle « guillotine » existe aussi dans l'appel simplifié (art. 303) et dans le recours limité au droit (art. 314).

La **variante 1** est relativement rigoureuse :

- L'appel doit être interjeté dans les trente jours, par écrit et dûment motivé (mémoire complet; art. 292). Ce délai ne peut pas être prolongé (art. 137, al.1).
- La partie adverse reçoit un délai de même durée – qui ne peut pas non plus être prolongé - pour se prononcer (réponse, art. 293). La réponse doit également être remise sous forme de mémoire. La partie adverse peut en même temps interjeter l'appel joint (art. 296).

La **variante 2** est plus modérée pour les parties :

- En premier lieu, l'appel peut être interjeté uniquement par écrit (art. 292). Il suffit d'une simple déclaration de la partie, qui doit cependant contenir des conclusions. Une motivation n'est pas nécessaire, mais autorisée. Le délai fixé pour la déclaration d'appel ne peut être prolongé.
- Un délai supplémentaire de vingt jours est donné à l'appelant pour présenter sa motivation (art. 293, al. 1). Ce délai peut être prolongé de vingt jours supplémentaires en présence de justes motifs. Si le délai pour présenter la motivation n'est pas respecté, il n'est pas entré en matière sur l'appel.

Pour les parties, cette variante présente l'avantage qu'un délai beaucoup plus long peut être accordé pour motiver l'appel, ce qui est absolument justifié dans les procédures de grande importance. Dans les procédures concernant le droit de la famille (surtout dans les causes de divorce), les prolongations de délai ne sont accordées qu'avec réserve car en général, plus les procédures d'appel sont longues, plus elles sont complexes. La variante 2 a néanmoins un inconvénient : les conclusions doivent être formulées par écrit dans un délai de dix

jours (en même temps que la déclaration d'appel), ce qui est souvent difficile dans les procédures complexes.

- La partie adverse est déjà informée de la déclaration d'appel (art. 292, al. 3) en vue d'une éventuelle déclaration d'appel joint (art. 296). La réponse proprement dite n'intervient par contre que plus tard, à savoir après la notification de la motivation de l'appel (art. 293.1). Le délai de réponse de vingt jours peut également être prolongé, afin d'assurer l'égalité entre les parties à la procédure.

Art. 294

D'un point de vue dogmatique, l'appel est un recours ordinaire. Il a donc généralement un effet suspensif de par la loi : la déclaration de l'appel suspend l'entrée en force et l'exécutabilité de la décision attaquée, dans la mesure des conclusions.

L'instance de recours peut toutefois retirer l'effet suspensif, par exemple lorsque l'appel apparaît manifestement irrecevable, mal fondé ou encore dilatoire. Seuls quelques cantons prévoient actuellement cette possibilité²⁴⁰. La décision est donc immédiatement exécutable.

Art. 295

L'appelant doit motiver son appel (dans les délais) et justifier ses demandes. L'appel est rejeté si la motivation est insuffisante. Un défaut formel par exemple, auquel il pourrait être remédié ultérieurement (art. 123), ne constitue pas une motivation insuffisante. En l'absence de toute motivation, une décision de non-entrée en matière est même rendue (art. 293, al. 3).

Néanmoins, cette obligation de motiver n'a pas toujours la même force : elle est tempérée dans les causes où le tribunal doit établir les faits d'office (cf. liste de l'art. 240). Cela ne signifie pas pour autant que les parties n'ont qu'à simplement déposer des demandes : en vertu de leur devoir de collaborer, elles doivent tout de même motiver leur appel, mais les exigences requises ne sont pas les mêmes, tant au niveau de la forme que du contenu. Le tribunal peut également donner suite à des arguments qui n'avaient pas été mentionnés par les parties et inviter celles-ci à compléter leurs actes.

Art. 296

En interjetant l'appel joint, la partie adverse peut exercer une pression supplémentaire sur l'appelant : elle ne requiert pas seulement le rejet de l'appel (donc finalement la confirmation de la décision rendue en première instance), mais la modification de cette décision au détriment de l'appelant. L'appelant risque de s'en tirer encore plus mal que devant la première instance. Dans de nombreux cas, il retirera son appel (ce qui implique également la caducité de l'appel joint) de sorte que le cas est réglé et en reste au jugement rendu en première instance. L'appel joint permet donc de rationaliser la procédure.

En harmonie avec les modalités de l'appel (art. 292 s), la commission d'experts propose aussi deux variantes pour l'appel joint :

²⁴⁰ C'est par ex. le cas de FR, BS, TI, GE; cf. Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 13, n. 35.

Variante 1

- L'appel joint est interjeté et motivé en même temps que la réponse à l'appel principal (al. 1).
- Un délai approprié est imparti à l'appelant pour qu'il se prononce par écrit (al. 2).
- L'alinéa 3 établit la dépendance de l'appel joint par rapport à l'appel principal.

Cette variante est plus stricte que la suivante.

Variante 2

- La procédure se déroule ici - comme dans le cas du dépôt de l'appel - en deux étapes : l'appel joint ne doit être tout d'abord que déclaré (simple déclaration de la partie sans motivation ; al. 1).
- Il est ensuite motivé dans la réponse (al. 2).
- Comme dans la variante 1, l'appel joint dépend de l'appel principal (al. 3).

Art. 297

L'admissibilité des faits et moyens de preuve nouveaux en procédure d'appel est réglementée de manière très différente selon les codes de procédure cantonaux. Quatre cantons les excluent totalement, cinq autres les autorisent sans restriction. La plupart toutefois ont opté pour une solution intermédiaire, qui est également celle de l'avant-projet²⁴¹.

L'avant-projet autorise donc d'emblée de manière *restreinte* l'allégation de faits et moyens de preuve nouveaux devant l'instance d'appel (**al. 1**, lequel renvoie à la restriction posée par l'art. 215, al. 2). Sous l'angle des nova, la procédure d'appel entre pour ainsi dire en jeu là où la procédure de première instance s'est arrêtée. Du point du droit de procédure, il ne serait guère logique de réadmettre entièrement la possibilité d'alléguer des nova.

Il ne faut donc pas que les faits et moyens de preuve nouveaux aient pu être invoqués antérieurement en dépit de la diligence requise (par ex. parce qu'un document n'a été découvert qu'ultérieurement). Le second motif – à savoir la production en vertu du droit d'interpellation du juge - n'intervient que dans les causes soumises à la maxime inquisitoire. La partie adverse peut cependant toujours se prononcer sur les nova (art. 48, al. 1).

Un droit plus large d'alléguer faits et moyens de preuve nouveaux est posé par l'**alinéa 2** dans les procédures concernant les intérêts des enfants (art. 253 ss), car la maxime inquisitoire et la maxime d'office ont ici un impact plus grand (les faits ne sont pas seulement recherchés, mais pour ainsi dire "investigués"). En conséquence, les nova peuvent encore être invoqués sans restriction dans la motivation de l'appel et dans la réponse à l'appel principal. Ce n'est qu'après cet échange d'écritures qu'intervient la restriction générale selon l'alinéa 1.

²⁴¹ Pour plus de précisions, cf. Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 13, n. 76-79; Bürgi/Schläpfer/Hotz/Parolari, § 230; Bühler/Edelmann/Killer, § 321; Leuenberger/Uffer-Tobler, art. 227, al. 2.

Les nouvelles *requêtes* (modifications de la demande) ne nécessitent pas de réglementation expresse : elles ne sont possibles devant l'instance de recours que dans les conditions strictes posées à l'article 221, car la procédure de recours n'est pas une réédition complète de la procédure de première instance, mais uniquement sa continuation : la phase de l'allégation des faits en première instance, où les nova et les modifications de la demande étaient encore admissibles sans restriction, est terminée depuis longtemps.

Art. 298

A supposer qu'elle entre en matière sur le recours, l'instance de recours a en substance trois possibilités : confirmer la décision rendue en première instance (**let. a**), rendre une nouvelle décision (différente) (**let. b**) ou casser la décision et renvoyer la cause à la première instance (**let. c**).

L'appel peut donc avoir un effet réformatoire et cassatoire. Pour des raisons d'économie de procédure, le renvoi doit toutefois demeurer l'exception ; l'avant-projet ne le prévoit que dans deux situations : soit lorsqu'un élément essentiel de la demande ou de la demande reconventionnelle n'a pas été jugé (ce qui est rare), soit lorsque l'état de fait doit être complété sur des points essentiels. C'est notamment le cas lorsqu'il faut encore administrer divers moyens de preuve supplémentaires²⁴². L'instance de recours n'a pas pour mission d'établir les faits à la place du tribunal de première instance. La décision de renvoi annule le jugement rendu en première instance et enjoint à celle-ci de clarifier des questions supplémentaires et de rendre un nouveau jugement, qui pourra ensuite être à nouveau attaqué par la voie de l'appel.

Chapitre 3 L'appel simplifié

Remarque préliminaire

De nombreux cantons alémaniques connaissent déjà l'appel simplifié²⁴³. L'avant-projet poursuit donc une tradition bien implantée dans les codes de procédure cantonaux. Les griefs et les effets attachés au recours sont les mêmes que pour l'appel. Par contre, l'appel simplifié, comme son nom l'indique, se distingue de l'appel par une plus grande simplicité (d'où parfois sa dénomination de "petit appel") : il constitue en effet une procédure sommaire (art. 286), puisqu'il s'applique essentiellement aux décisions sommaires.

Art. 299

L'alinéa 1 décrit l'objet du recours :

- La loi - la PCS ou un autre texte législatif - peut tout d'abord prévoir les cas dans lesquels l'appel simplifié est possible (**let. a**).

²⁴² Voir Leuenberger/Uffer-Tobler, art. 227, al. 3.

²⁴³ Voir par ex. Leuenberger/Uffer-Tobler, art. 217 ss; Bürgi/Schläpfer/Hotz/Parolari, § 234; Studer/Rüegg/Eiholzer, § 258 ss.

Exemples: les décisions relatives aux avances de frais et aux sûretés (art. 92), à l'assistance judiciaire (art. 110), à la suspension de la procédure (art. 116), au renvoi pour cause de connexité (art. 117), à l'obligation de collaborer (art. 158), à la rémunération de l'expert (art. 177).

- Ensuite et c'est là le principal champ d'application de l'appel simplifié, toutes les décisions rendues en procédure sommaire sont attaquables par l'appel simplifié (**let. b**). En d'autres termes, l'appel simplifié est l'appel de la procédure sommaire.

Il y a des exceptions importantes à cette règle fondamentale, qui sont énumérées de manière exhaustive à l'**alinéa 2**. Il s'agit de décisions relevant de la LP rendues en procédure sommaire. Ces décisions ne sont pas attaquables par l'appel simplifié car, dans leur cas, il n'est pas nécessaire qu'une instance supérieure réexamine également la constatation des faits. Elles sont donc attaquables par le recours limité au droit qui - comme l'appel simplifié - permet un contrôle sans restriction de l'application du droit (art. 311), mais limite néanmoins le réexamen des faits au grief de l'arbitraire.

Le seul point ayant donné lieu à des discussions au sein de la commission d'experts est l'exception prévue à la **lettre c** (mainlevée) : du fait qu'une mainlevée définitive ne doit pas se traduire par des complications supplémentaires de la procédure et que la mainlevée provisoire ne fait pour l'essentiel que distribuer les rôles des parties en prévision d'un éventuel litige de droit matériel sur la créance faisant l'objet de la poursuite, le recours limité au droit est tout à fait suffisant comme recours. L'avant-projet reprend ici le droit de nombreux cantons²⁴⁴.

Toutes les autres décisions relevant de la LP rendues en procédure sommaire qui ne figurent pas à l'alinéa 2 sont attaquables par l'appel simplifié, conformément à la règle générale de l'alinéa 1 (let. b). Ce sont en particulier les cas dans lesquels la LP prévoit qu'une décision peut être «dférée» à l'autorité judiciaire supérieure, cette possibilité étant désormais l'appel simplifié (cf. annexe, ch. 16). Exemples : la décision d'ouverture de la faillite (art. 174 LP), la décision relative à la recevabilité de l'opposition dans la poursuite pour effets de change (art. 185 LP), la décision sur l'opposition à une ordonnance de séquestre (art. 278 LP), la décision portant sur une requête de sursis concordataire (art. 294 LP).

Art. 300

Les motifs de l'appel simplifié sont exactement les mêmes que pour l'appel (cf. art. 291). Il convient donc de se référer aux commentaires y relatifs. Le présent article correspond aux réglementations des cantons alémaniques qui connaissent déjà l'appel simplifié²⁴⁵.

Art. 301

L'appel simplifié porte une procédure sommaire devant l'instance supérieure; le principe de célérité de la procédure vaut donc tout particulièrement ici. Le délai de l'appel

²⁴⁴ C'est le cas à ZH; cf. Spühler/Vock, Rechtsmittel, p. 45; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, art. 314, n. 2a.

²⁴⁵ Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 13, n. 82.

simplifié est ainsi considérablement plus court que celui de l'appel : il n'est que de dix jours (**al. 1**) et peut - si une prescription légale le prévoit - être encore plus bref (par exemple dans les affaires relatives à la poursuite pour effets de change, cf. art. 185 LP).

L'appel simplifié doit être remis par écrit et dûment motivé à l'instance de recours (mémoire complet ; cf. la variante 1 de l'appel, art. 292 s.). En présence de justes motifs, le délai de motivation peut être prolongé de dix jours au maximum (**al. 2**), cette « soupape de sécurité » n'existant pas dans tous les cantons qui connaissent l'appel simplifié²⁴⁶. Cette possibilité de prolongation ne concerne cependant que la remise ultérieure de la motivation : l'appel simplifié lui-même doit être au moins « déclaré » dans le délai fixé à l'origine.

Art. 302

L'obligation de motiver pour l'appel simplifié est la même que pour l'appel (cf. les commentaires relatifs à l'art. 295), ce qui constitue une autre conséquence de sa dénomination de « petit appel ».

Art. 303

La procédure de recours - comme celle de première instance - ne prévoit qu'un simple échange d'écritures (**al. 1**; cf. ég. ci-dessus art. 262). Le tribunal peut néanmoins s'abstenir de requérir une réponse de la partie adverse si l'appel simplifié est manifestement irrecevable ou infondé (il en va de même de l'appel, art. 293 et 293.1).

Dans le but d'assurer l'égalité entre les parties à la procédure, le délai de réponse est aussi de dix jours et peut être aussi prolongé de dix jours au maximum pour de justes motifs (**al. 2**).

Art. 304

En tant que « petit appel », l'appel simplifié a lui aussi en principe un effet suspensif (**al. 1**) qui peut toutefois être supprimé ou limité, comme dans le cas de l'appel (**al. 2**).

Il y a cependant un certain nombre de décisions rendues en procédure sommaire qui ne s'accrochent pas d'un effet suspensif (**al. 3 et 4**) : ce sont les décisions portant sur des mesures provisionnelles (art. 281), les ordonnances du tribunal d'exécution (art. 336) ainsi que les décisions relatives au droit de réponse. L'instance de recours peut toutefois décider d'octroyer à titre exceptionnel l'effet suspensif en cas d'appel simplifié ayant pour objet les décisions précitées, exception faite de celles relatives au droit de réponse.

²⁴⁶ Par ex. dans le canton de LU, cf. Studer/Rüegg/Eiholzer, § 261 (selon ces auteurs, une prolongation par le juge est exclue).

Art. 305

Contrairement à certains codes de procédure cantonaux²⁴⁷, l'avant-projet exclut le recours joint dans le cas de l'appel simplifié : en effet, celui-ci aurait pour effet de retarder par trop la procédure sommaire.

Art. 306

Le droit d'invoquer des nova correspond à la réglementation de l'appel. Nous renvoyons donc aux commentaires à ce propos (art. 297).

Art. 307

Seules les parties au procès peuvent en principe interjeter appel, cette règle étant en principe aussi applicable à l'appel simplifié. Certaines décisions rendues en procédure sommaire peuvent toutefois toucher également des tiers directement dans leurs droits : en particulier les décisions concernant l'obligation de collaborer à la procédure (art. 158; par ex. revendication d'un titre ; recherches sur la personne) ainsi que les mesures d'exécution (art. 336). Dans ces cas expressément prévus par la loi, les tiers concernés ont donc également une possibilité de recourir²⁴⁸.

Art. 308

En règle générale, l'instance de recours statue - comme en première instance (art. 265) - sur pièces (dossier de l'instance inférieure et échange unique d'écritures). Toutefois elle peut aussi - selon sa libre appréciation - ordonner des débats oraux. Le droit de procédure cantonal actuel connaît déjà cette possibilité²⁴⁹.

Des débats oraux peuvent s'imposer lorsque des discussions en vue d'une transaction doivent être menées ou lorsque le juge exerce son droit d'interpellation.

Art. 309

L'instance de recours a les mêmes possibilités de décision que dans l'appel (art. 298) : l'appel simplifié, en tant que « petit appel », peut avoir un effet aussi bien réformatoire (ce qui est la règle) que cassatoire.

²⁴⁷ Spühler/Vock, Rechtsmittel, p. 50 s. pour le canton de Zurich; par contre, le canton de St-Gall l'exclut (Leuenberger/Uffer-Tobler, art. 221, al. 1 d).

²⁴⁸ Voir Bürgi/Schläpfer/Hotz/Parolari, § 236; Leuenberger/Uffer-Tobler, Remarques préliminaires à l'art. 217ss (selon ces auteurs, les tiers ne sont autorisés à recourir que dans des cas déterminés); Spühler/Vock, Rechtsmittel, p. 47 ainsi que les autres exemples cités.

²⁴⁹ Voir Spühler/Vock, Rechtsmittel, p. 92.

Chapitre 4 Le recours limité au droit

Remarque préliminaire

Le recours limité au droit est le troisième recours principal de l'avant-projet. Il se différencie toutefois nettement de l'appel et de l'appel simplifié à plusieurs égards :

- motifs différents,
- pas d'effet suspensif,
- irrecevabilité des conclusions, allégations de faits et preuves nouvelles,
- procédure purement écrite (l'instance compétente statue sur pièces),
- fonction essentiellement cassatoire.

Il présente donc des similitudes avec le pourvoi en nullité ou l'action en nullité prévus actuellement dans divers codes de procédure cantonaux (par ex. BE, ZH, SG).

Art. 310

Le recours limité au droit est en principe subsidiaire par rapport à l'appel et à l'appel simplifié (**al. 1 let. a**). Il n'est donc possible que lorsque la décision de première instance ne peut être attaquée ni par l'appel ni par l'appel simplifié.

Exemple :

- jugement au fond (rejet de l'action) ou jugement procédural (non-entrée en matière), alors que la valeur litigieuse est inférieure à 10 000 francs (art. 290, al. 2).

Selon le système des recours de l'avant-projet, l'instance de recours peut en principe revoir, du point de vue de la juste application du droit, toute décision de fond ou de procédure rendue en première instance. L'avant-projet respecte en ce sens les principes constitutionnels (cf. art. 191 Cst. ainsi que le commentaire relatif à l'art. 290).

Il y a néanmoins des cas où le recours limité au droit est un recours principal :

- en premier lieu contre les décisions d'instruction (**let. b**) : il s'agit des ordonnances du tribunal servant à l'organisation et à la poursuite de la procédure (par ex. l'admission de l'intervention selon l'art. 66, la simplification du procès selon l'art. 115, la déclaration d'urgence selon l'art. 118, la prolongation des délais selon l'art. 137, les ordonnances de preuve selon l'art. 218 s.).

Ces décisions d'instruction ne sont toutefois pas toujours attaquables par un recours limité de droit, mais uniquement lorsque le recourant pourrait subir un préjudice irréparable (de même l'art. 88, al. 1, let. a LTF²⁵⁰). Le préjudice ne doit pas être nécessairement de nature juridique, mais peut être de nature purement factuelle. Cette restriction contribue à la concentration de la procédure.

Certaines ordonnances d'instruction importantes sont soumises à une réglementation spéciale : elles sont attaquables par l'appel simplifié en vertu d'une prescription légale expresse. Tel est le cas de la décision de suspension de la

²⁵⁰ FF 2001 4304.

procédure (art. 116) ou du renvoi de la demande pour cause de connexité (art. 117). Un préjudice particulier ne doit pas être établi.

- Par ailleurs, le recours limité au droit est un recours principal dans tous les cas où la loi y renvoie expressément. C'est le cas du recours contre les décisions du tribunal de commerce (art. 5) ou du recours séparé contre les décisions de première instance sur les frais (art. 102).
- Enfin, le recours limité au droit est un recours principal dans les cas de recours pour déni de justice (cf. ci-dessous art. 311).

Art. 311

Pour ce qui est du premier des trois motifs de recours - la violation du droit (**let. a**) -, le recours limité au droit est identique à l'appel et à l'appel simplifié (voir le commentaire relatif à l'art. 291). Pour ce qui du contrôle du droit, le recours limité au droit représente donc un recours complet, contrairement aux pourvois en nullité que connaissent actuellement certains cantons.

Par contre, les possibilités de grief sont plus étroites quant à la constatation des faits (**let. b**) : de même que dans les pourvois en nullité cantonaux, seul l'arbitraire peut être invoqué à propos de la constatation des faits (c'est-à-dire une violation de l'art. 9 Cst.)

Enfin, l'avant-projet mentionne le retard injustifié comme troisième motif (**let. c**)²⁵¹. Le déni de justice entre également dans cette catégorie en tant que forme qualifiée du retard injustifié. Le déni de justice est le refus exprès ou tacite d'un tribunal d'effectuer un acte judiciaire qui lui incombe ; le retard injustifié dans l'accomplissement d'un acte judiciaire en constitue une forme atténuée. L'objet du recours peut donc aussi être un « acte inexistant ».

Il convient de souligner que le retard injustifié peut être non seulement un grief, mais en outre *un cas autonome de recours limité au droit*. Un recours limité au droit séparé pour déni de justice peut aussi être formé dans les procès où l'objet du litige est susceptible d'appel ou dans les affaires soumises à la procédure sommaire (appel simplifié).

Art. 312

Les modalités d'introduction du recours limité au droit sont les mêmes que celles de l'appel simplifié (**al. 1**). Le délai pour recourir est toutefois plus long : 20 jours. Pour cette raison, un délai supplémentaire ne peut être ultérieurement octroyé pour la motivation, ce qui constitue un renforcement des prescriptions par rapport au droit actuel²⁵².

En cas de retard injustifié, le recours limité de droit peut être interjeté en tout temps (**al. 2**). Une limitation de délai serait inpraticable, car les recours pour retard injustifié sont

²⁵¹ Le recours pour déni de justice et retard injustifié est par exemple déjà réglementé en détail dans le droit cantonal zurichois. Voir à ce propos Hauser/Schweri, p. 373 ss.

²⁵² Voir entre autres les PC/BE, SG et ZH, qui prévoient un délai de 30 jours pour les pourvois en nullité (Spühler/Vock, Rechtsmittel, p. 71; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, art. 361, al. 1; Leuenberger/Uffer-Tobler, art. 241, al. 1).

intentés en général à raison de l'inactivité des autorités (cf. égal. art. 17, al. 3 LP et 94, al. 7 LTF).

Art. 313

L'obligation de motiver est ici réglementée comme dans le cas de l'appel et de l'appel simplifié, ce qui implique un certain allègement par rapport au droit cantonal actuel qui, en cas de pourvoi en nullité, soumet l'obligation de motiver à des conditions plus strictes²⁵³. Cela justifie également le raccourcissement du délai de recours.

Art. 314

La réglementation de la réponse correspond à celles de l'appel (variante 1, art. 293) et de l'appel simplifié (art. 303). Il convient donc de se reporter aux commentaires à leur propos. Le délai de réponse (qui ne peut pas être prolongé) est de 20 jours.

Art. 315

Le recours joint est exclu, comme dans le cas de l'appel simplifié (art. 305) et des pourvois en nullité réglementés dans les codes cantonaux actuels²⁵⁴.

Art. 316

Contrairement à l'appel (art. 294) et à l'appel simplifié (art. 304), le recours limité au droit n'a en principe pas d'effet suspensif; en ce sens, il constitue un recours extraordinaire (**al. 1**).

Selon l'**alinéa 2** toutefois, l'instance de recours peut suspendre l'exécution de la décision attaquée²⁵⁵; si nécessaire, elle peut ordonner en même temps des mesures conservatoires (par ex. fourniture de sûreté par garantie bancaire). Le droit cantonal détermine qui accorde la suspension : l'instance de recours en tant qu'autorité collégiale, son président ou l'un de ses membres chargé de l'instruction (art. 2, al. 1).

Art. 317

La procédure de recours limité au droit se caractérise par l'exclusion des faits et moyens de preuve nouveaux, ce qui constitue une autre différence notable par rapport à l'appel et l'appel simplifié (cf. art. 297, 306). Cette règle se retrouve en principe dans les recours cantonaux comparables²⁵⁶.

Il s'agit d'une disposition restrictive qui tient compte de l'essence même du recours limité au droit : D'une part la constatation des faits ne peut être revue que sous l'angle de l'arbitraire, raison pour laquelle de nouvelles allégations de faits et de nouvelles offres de preuve n'ont pas leur place dans cette procédure. D'autre part, il ne s'agit pas

²⁵³ Spühler/Vock, Rechtsmittel, p. 72; Leuenberger/Uffer-Tobler, art. 239; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, art. 359.

²⁵⁴ Voir Spühler/Vock, Rechtsmittel, p. 7.

²⁵⁵ ZR 80 n° 67; Spühler/Vock, Rechtsmittel, 77 s.; sur le tout, cf. Wegmann, p. 281 ss.

²⁵⁶ Spühler/Vock, Rechtsmittel, p. 75.

de la continuation de la procédure de première instance, mais d'un simple réexamen de la décision attaquée. L'exclusion de nouveaux faits et de nouveaux moyens de preuve exclut par conséquent aussi une modification de la demande ; de nouveaux arguments juridiques sont par contre admissibles.

Art. 318

Après un échange d'écritures unique, l'instance de recours statue sur pièces (**al. 1**). Il n'y a pas de débats, ce qui n'exclut néanmoins pas les débats de conciliation (art. 113).

L'**alinéa 2** régit les possibilités de décision de l'instance de recours si le recours limité au droit est admis :

- en général, la décision attaquée est cassée et la cause renvoyée à l'instance précédente (**let. a**; effet cassatoire). Si un jugement condamnatore a déjà été exécuté, l'instance de recours peut, sur demande du défendeur, obliger le demandeur à restituer la chose ou la somme accordée²⁵⁷.
- mais si la cause est en état d'être jugée (par ex. si les faits sont établis), l'instance de recours peut rendre immédiatement la décision (**let. b**; effet réformatore). Ce cas est plutôt rare - par exemple lorsqu'une décision sur les frais est attaquée (art. 102).

L'admission d'un recours limité au droit pour retard injustifié est liée à des instructions concrètes destinées à l'instance précédente (**al. 3**).

Chapitre 5 Révision

Remarques préliminaires

Par tradition, la révision est un recours extraordinaire, non dévolutif, incomplet et réformatore. Elle n'est admise que contre des décisions entrées en force, quelle que soit la procédure dont elles sont issues. Elle a pour but d'établir la vérité sur le fond en corrigeant un jugement qui ne correspond pas à la situation factuelle ou juridique.

Tous les codes de procédure cantonaux connaissent la révision. Des différences existent toutefois quant aux motifs de révision : outre les deux motifs classiques (un acte punissable a influencé la décision, de nouveaux faits et moyens de preuve sont découverts bien que la partie concernée ait fait preuve de la diligence requise), d'autres motifs sont prévus dans quelques codes cantonaux de procédure civile: les éléments constitutifs de nullité (graves vices de procédure) et la nullité d'une transaction et d'un désistement au regard du droit civil²⁵⁸. La loi fédérale d'organisation judiciaire connaît également la révision pour des motifs de nullité (art. 136 OJ ou 107 s. LTF).

²⁵⁷ Spühler/Vock, Rechtsmittel, p. 79.

²⁵⁸ Voir à ce propos Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht, chap. 13, n. 96 ss; Bühler/Edelmann/Killer, § 344; Bürgi/Schlöpfer/Hotz/Parolari, § 246, al. 2b; Poudret/Haldy/Tappy, art. 476, n. 3.

L'avant-projet peut en principe se limiter à la révision classique : les motifs de nullité (par ex. vices de procédure) doivent être invoqués au moyen d'un recours principal (appel, appel simplifié ou recours limité au droit).

Art. 319

Le tribunal compétent à raison du lieu et de la matière pour la révision est toujours celui qui a statué en dernière instance (**première phrase**) ; c'est à lui que sera adressée la demande de révision. Celle-ci porte toujours sur des décisions entrées en force.

L'avant-projet cite exhaustivement trois motifs de révision, les deux motifs classiques (let. a et b) et un motif supplémentaire (let. c) :

- faits et moyens de preuve nouveaux (**let. a**) ; il doit s'agir à cet égard de *pseudonova*, à savoir de faits qui existaient déjà au moment où le jugement a été rendu. De tels faits ne peuvent toutefois être invoqués que si l'on ne peut reprocher au demandeur en révision d'avoir fait preuve, durant la procédure de première instance, de négligence au stade de l'administration des preuves ou de l'allégation des faits (en d'autres termes, il ne pouvait alors invoquer de tels faits bien qu'il ait fait preuve de la diligence requise). Une conduite négligente du procès ne doit pas être récompensée par l'admission d'une révision²⁵⁹. Il faut donc toujours se demander à quelles investigations aurait procédé une partie raisonnable placée dans les mêmes circonstances.
- influence *d'un crime ou d'un délit* sur la décision (**let. b**) : par exemple le faux témoignage, la fausse expertise, la fausse traduction, le faux dans les titres ou la corruption²⁶⁰. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu condamnation pénale de l'auteur ; le tribunal de révision peut aussi examiner à titre préjudiciel si les éléments constitutifs de l'infraction sont réalisés. Le crime ou le délit doit avoir été la cause de la décision erronée.
- le troisième motif de révision est *l'invalidité selon le droit civil* de déclarations qualifiées des parties (**let. c**) : acquiescement, désistement ou transaction judiciaire. Peuvent notamment entrer en ligne de compte au titre de motifs d'invalidité la lésion (art. 21 CO), l'erreur (art. 23 s.CO), le dol (art. 28 CO) ou la crainte fondée (art. 29 s. CO).

Art. 320

La demande de révision doit être présentée dans les trois mois qui suivent la découverte du motif de révision (délai relatif ; **al. 1**). « Découverte » signifie ici connaissance certaine²⁶¹. Ce délai correspond dans une large mesure au droit fédéral et cantonal actuel²⁶². Si une procédure pénale a eu lieu, le délai commence à courir à partir de la clôture de celle-ci (jugement ou non-lieu). En présence de plusieurs motifs de révision, chacun fait l'objet d'un délai propre²⁶³. Le délai de trois mois vaut également - il con-

²⁵⁹ Frank/Sträuli/Messmer, § 293, n. 7 ; en outre ATF 105 II 271.

²⁶⁰ Guldener, p. 530.

²⁶¹ Frank/Sträuli/Messmer, § 295, n. 1.

²⁶² Voir art. 141, al. 1, let. b OJ ; art. 369 PC/BE, § 295, al. 1 PC/ZH, art. 248 PC/SG, § 246, al. 2 PC/TG, art. 477, al. 1 PC/VD.

²⁶³ Voir Spühler/Vock, Rechtsmittel, p. 91 et les références citées.

vient de le souligner - pour le troisième motif de révision (invalidité selon le droit civil) : le délai d'un an prévu par le droit des obligations (cf. art. 31 CO) n'est pas applicable. Le délai de révision est un délai légal de péremption²⁶⁴.

L'alinéa 1 *in fine* pose un délai absolu pour la révision : dix ans à partir de l'entrée en force de la décision. Seule est réservée (**al. 2**) **l'influence** d'un crime ou d'un délit sur la décision (de même l'art. 141, al. 2, OJ ou l'art. 110, al. 2, LTF et partiellement aussi le droit cantonal en vigueur²⁶⁵).

Le fait que la demande de révision a été présentée dans le délai prescrit ne doit pas seulement être rendu vraisemblable, mais doit être prouvé par le demandeur en révision ; la partie adverse est admise à en apporter la contre-preuve.

Art. 321

En qualité de recours extraordinaire, la révision n'a fondamentalement pas d'effet suspensif (**al. 1**) : elle n'empêche donc pas l'exécution²⁶⁶.

Exceptionnellement toutefois, l'instance de révision peut accorder un effet suspensif (**al. 2**), ce qui est possible déjà à partir de la réception de la demande de révision. Elle doit tenir compte à ce propos des perspectives d'aboutissement de la révision ainsi que de la gravité du préjudice qui menace si l'effet suspensif est refusé²⁶⁷. En cas de nécessité, des mesures conservatoires doivent être prises pour protéger la partie adverse (comme pour le recours limité au droit, cf. commentaire relatif à l'art. 316).

Art. 322 et 323

La procédure de révision est soumise aux prescriptions générales régissant la procédure de décision (art. 210 ss). Une tentative de conciliation n'a toutefois pas à être effectuée, car la révision est introduite par remise directe au tribunal (cf. art. 319, première phrase).

Si la demande de révision est acceptée, la procédure se déroule en deux temps :

- Tout d'abord, il est statué sur la *demande de révision* (**art. 322**) : examen du motif de révision et du point de savoir si la demande de révision a été présentée dans les délais. La décision est attaquable par le recours limité au droit selon le présent code de procédure civile à condition que la révision ait lieu devant un tribunal de première instance. Par contre, si elle concerne une procédure devant une instance supérieure (par ex. une décision rendue en appel), seul le recours en matière civile devant le Tribunal fédéral entre en ligne de compte (art. 68 ss LTF).
- Si la demande de révision est acceptée, le tribunal annule sa décision antérieure, frais et dédommagements inclus, et répète - si nécessaire - le procès (**art.**

²⁶⁴ Voir Spühler/Vock, Rechtsmittel, p. 91.

²⁶⁵ Voir par ex. § 295, al. 2 PC/ZH; art. 333 ss et 339 PC/TI.

²⁶⁶ Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, art. 372, n. 1.

²⁶⁷ Voir ZR 97, n° 2.

323)²⁶⁸. Celui-ci retrouve donc l'état qui était le sien avant la décision finale en particulier réapparition de la litispendance).

Le tribunal rend ensuite une *nouvelle décision* en la cause dans les limites des demandes des parties; il statue également sur la répartition des frais de l'ancienne et de la nouvelle procédure. Cette décision est susceptible du même recours que la décision annulée (une décision de première instance, de l'appel, de l'appel simplifié ou du recours limité au droit; une décision d'instance supérieure, du recours en matière civile devant le Tribunal fédéral).

Si la *demande de révision est refusée*, l'ancienne décision est maintenue. Le demandeur en révision doit assumer les frais et dépens de la procédure de révision.

Chapitre 6 Interprétation et rectification

Art. 324

L'interprétation et la rectification ne sont pas des recours à proprement parler, car elles ne visent pas à modifier, mais uniquement à clarifier une décision. Elles constituent donc de simples voies de droit au sens général du terme²⁶⁹. De nombreux codes de procédure civile cantonaux connaissent déjà ces deux possibilités²⁷⁰.

La proposition de l'avant-projet s'appuie sur la LTF (cf. art. 115 LTF; voir ég. art. 145 OJ qui ne connaît que l'interprétation).

Les motifs d'interprétation et de rectification sont (**al. 1**) :

- un dispositif peu clair, contradictoire ou incomplet ;
- des contradictions entre le dispositif du jugement et les considérants (motivation du jugement).

Sont en principe soumises à interprétation et à rectification toutes les décisions concernant le fond et la procédure ainsi que les décisions d'instruction, et cela même si elles sont déjà entrées en force de chose jugée formelle et matérielle. A la seule condition néanmoins que la décision n'ait pas encore été exécutée. En effet, au-delà de ce stade, ces voies de droit n'ont plus aucun sens.

La contradiction et le manque de clarté de la décision doivent être dues à une formulation défectueuse, et non par exemple à une contradiction sur le contenu ou à une erreur de raisonnement du tribunal²⁷¹. De telles « erreurs matérielles » auraient dû être attaquées en temps utile par le biais des recours principaux.

L'interprétation et la rectification doivent être invoquées par la partie intéressée au moyen d'une demande. Seules les erreurs de rédaction et de calcul peuvent être rectifiées d'office (**al. 2**).

²⁶⁸ Frank/Sträuli/Messmer, § 298, n. 3; Poudret/Haldy/Tappy, art. 480.

²⁶⁹ Voir Hagger, p. 55 s.

²⁷⁰ C'est le cas de Zurich (§ 162 ss et § 166 GVG); par contre, Berne ne connaît que la rectification (cf. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, art. 402, al. 2, n. 4). Dans le canton de Vaud, seules les décisions finales sont susceptibles d'une interprétation (art. 482 PC/VD).

²⁷¹ Voir ZR 76, n° 77.

Le tribunal qui a rendu la décision est compétent en la matière. Si c'est un tribunal de première instance, la décision sur la demande d'interprétation et de rectification est soumise au recours limité au droit du présent code de procédure civile (**al. 3**). Par contre, la décision d'un tribunal d'instance supérieure ne serait attaquable que par le recours en matière civile devant le Tribunal fédéral (art. 68 ss LTF; cf. ég. ci-dessus à propos de la révision, art. 323).

La décision interprétée ou rectifiée est notifiée aux parties (**al. 4**) : Cette notification fait repartir le délai pour intenter le recours principal adéquat (appel, appel simplifié, recours limité au droit).

Titre 5 Exécution

Remarque préliminaire

Le droit d'exécution de l'avant-projet comprend deux parties :

- Le premier chapitre est consacré à l'exécution des décisions judiciaires (art. 325 ss). Il reprend le droit cantonal en vigueur, avec toutefois une simplification de la procédure.
- Le second chapitre introduit un nouvel élément (art. 337 ss) : l'exécution des titres authentiques. L'avant-projet adopte ici ce que la pratique appelait de ses vœux depuis longtemps déjà, à savoir l'élimination de la discrimination actuelle pesant sur les titres authentiques suisses par rapport aux titres étrangers.

Le droit d'exécution de l'avant-projet est applicable à l'exécution nationale et constitue en même temps le cadre de procédure pour la reconnaissance et la déclaration d'exécution des décisions étrangères conformément aux traités internationaux ou à la LDIP.

Chapitre 1 Exécution des décisions

Art. 325

L'avant-projet dispose que la LP demeure applicable à l'exécution des *décisions concernant une prestation en espèces* (**al. 1 et 2**). Les dispositions de ce chapitre valent donc en principe uniquement pour *l'exécution de prestations en nature*.

L'**alinéa 3** souligne la primauté des traités internationaux et de la LDIP. Le *Titre 5* (art. 325, al. 3) régit donc la *procédure de déclaration de force exécutoire selon la Convention de Lugano* (CLug)²⁷², avec les dérogations prescrites par cette convention internationale. Il s'agit essentiellement de la procédure concernant les jugements étrangers ne portant pas condamnation à payer une somme d'argent. Mais le Titre 5 peut aussi s'appliquer aux déclarations de force exécutoire des jugements étrangers portant condamnation à payer une somme d'argent : pour obtenir une décision d'exequatur hors d'une poursuite selon la LP, ainsi que pour l'ordonnance

²⁷² Art. 32, al. 1 "Suisse", let. b CLug.

d'un mesure conservatoire au sens de l'article 39, alinéa 2, CLug²⁷³. L'article 336 est applicable aux délais de recours prévus en cas de procédure d'exequatur selon la Convention de Lugano.

En outre, cette procédure d'exécution constituera le cadre des *décisions concernant le retour d'enfants selon la procédure de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, décisions dans lesquelles le temps joue généralement un rôle décisif. Cette solution permet d'associer directement et rapidement la décision de retour et les ordonnances d'exécution du retour en une seule procédure et de les confier à un seul juge. La coordination sur le fond de l'ordonnance de retour avec les nécessités propres à chaque cas d'espèce à propos de l'exécution est ainsi garantie.

Art. 326

Cette disposition apporte une simplification notable de l'exécution du jugement. L'**alinéa 1** établit que le tribunal qui a rendu la décision peut ordonner les mesures d'exécution nécessaires - et cela directement dans la décision sur le fond (cf. art. 228, al. 2) : il peut par exemple impartir un délai pour la restitution d'une chose avec mandat simultané à la police d'enlever la chose en cas de manquement. Le demandeur peut ensuite, à l'entrée en force du jugement, s'adresser directement à la police sans déposer une requête préalable au juge d'exequatur (*exécution directe*).

Par ailleurs, le jugement est exécutable partout en Suisse. Par exemple, si le jugement est rendu par un tribunal bernois mais que la chose à enlever se trouve dans le canton de Soleure, le demandeur peut s'adresser directement à la police soleuroise sans demander auparavant l'exequatur à un tribunal soleurois et sans devoir présenter une requête d'exécution. L'attestation judiciaire de force exécutoire de la décision suffit (art. 234, al. 2). Le territoire suisse dans son entier devient ainsi un espace d'exécution uniforme.

Si le tribunal qui juge l'affaire n'a pas ordonné de mesures d'exécution - et uniquement dans ce cas -, le demandeur doit présenter une requête particulière d'exécution (**al. 2**). La procédure usuelle d'exécution est de ce fait « subsidiaire ».

Art. 327 à 330

Ces articles décrivent le déroulement de la procédure usuelle d'exécution. L'avant-projet reprend le droit de procédure connu, qu'il soit issu des codes cantonaux de procédure ou du concordat y relatif²⁷⁴. Par tradition et par nature, il s'agit d'une procédure sommaire.

- L'avant-projet offre exhaustivement trois possibilités de compétences à raison du lieu (**art. 327**) : le domicile de la partie succombante ; le lieu où les mesures doivent être exécutées ; le lieu où la décision à exécuter a été rendue.
- Le requérant doit prouver que les conditions de l'exécution sont remplies : il supporte le fardeau de la preuve (**art. 328**).

²⁷³ "Procédure séparée de déclaration d'exécution" et décision séparée d'exequatur conformément à l'ATF 125 III 388 et au rapport explicatif de l'Office fédéral de la justice (FF 1991 IV 306 ss = PJA 1/1992, p. 94 ss).

²⁷⁴ Concordat sur l'exécution des jugements civils (RS 276).

- La partie succombante a le droit de se prononcer préalablement. Si nécessaire, le tribunal d'exécution peut toutefois ordonner des mesures conservatoires « sur-le-champ », c'est-à-dire sans entendre au préalable la partie adverse (**art. 329**) : par exemple dans le cadre d'une procédure indépendante d'exequatur selon la Convention de Lugano (cf. art. 39 CLug).

Il convient de noter tout particulièrement la liste des exceptions que la partie succombante peut soulever lorsqu'elle se prononce (**art. 330, al. 1**) :

- Elle a d'abord la possibilité de contester *l'exécutabilité* en tant que telle (**al. 2, let. a**) : elle peut ainsi objecter que la décision n'est pas encore entrée en force ou que l'instance de recours a accordé l'effet suspensif. Elle peut également invoquer l'absence de compétence du tribunal d'exécution.

Elle ne peut toutefois, en procédure d'exécution, faire grief d'une faute de procédure du tribunal qui a rendu la décision - il y a pour cela les moyens de recours principaux (appel, appel simplifié et recours limité au droit). Ainsi, il n'est en particulier pas admis à exciper de l'absence de compétence de ce tribunal, du défaut de représentation légale ou du défaut de citation en bonne et due forme. L'unification du droit de procédure rend superflus ces griefs en phase d'exécution (cf. par contre l'art. 6 du concordat cité). L'entrée en vigueur de la PCS rendra le concordat obsolète.

- Les *exceptions matérielles* également sont limitées (**let. b**) : la décision à exécuter ne peut être remise en question sur le fond. Seuls les faits et moyens de preuve *nouveaux* sont admis : par exemple le remboursement, le sursis de paiement ou la prescription intervenus depuis - comme en cas de mainlevée définitive selon la LP.

Art. 331

Le droit de procédure actuel est maintenu : une décision qui concerne une obligation conditionnelle ou résultant d'un contrat synallagmatique ne peut être exécutée que lorsque la condition est réalisée, et qu'il est possible de le prouver, ou que la contre-prestation a été régulièrement offerte (**al. 1**).

Si cette preuve peut être rapportée immédiatement, la constatation en question a lieu durant la procédure d'exécution même. Par contre, si le moyen de preuve n'est pas disponible, une procédure indépendante doit être menée devant le tribunal saisi de la cause (**al. 2**). Le genre de procédure est dans ce cas le même que celle dont est issue la décision à exécuter.

Art. 332

Cette disposition donne la liste (non exhaustive) des mesures possibles d'exécution (**al. 1**). Le tribunal d'exécution peut aussi associer plusieurs mesures, par exemple une obligation de s'abstenir à une menace de peine (let. a) et à une astreinte (let. c).

- Les mesures selon les **lettres a, d et e** (menace de peine, contrainte directe, mesure de substitution) sont connues de tous les codes de procédure ; elles ne nécessitent donc pas ici de commentaires particuliers.
- Par contre, il convient d'attirer particulièrement l'attention sur l'amende d'ordre quotidienne (**let. b**) et sur l'astreinte quotidienne (**let. c**). Ces mesures sont inspirées de *l'astreinte* du droit français. Ce sont des moyens très efficaces

permettant d'accélérer l'exécution. Pour ce qui est de l'astreinte, l'avant-projet ne prévoit pas de montant maximal, mais se contente de faire mention du principe de la proportionnalité (« astreinte appropriée »). Le dommage probable que peut encourir le requérant d'exécution par le retard quotidien sert de référence à cet égard. Les amendes d'ordre (à payer à l'Etat) et l'astreinte (versée directement à la partie « exécutante ») peuvent également être associées.

L'alinéa 2 établit - comme les articles 91 et 222 LP - un devoir de renseigner et de tolérer pour la partie succombante et pour les tiers (par ex. une banque). **L'alinéa 3** enfin dispose que l'assistance de la police peut être requise.

Art. 333

Cette disposition reprend le principe de procédure reconnu selon lequel le jugement entré en force remplace la déclaration de volonté du défendeur (**al. 1**), par exemple une réquisition d'inscription au registre foncier ou une déclaration de cession. Le tribunal qui a rendu la décision donne aux personnes chargées de tenir les registres les instructions nécessaires (**al. 2**). Ces instructions ne résultent pas d'une relation hiérarchique entre le tribunal et les autorités responsables des registres, mais doivent uniquement faciliter l'exécution de l'inscription au registre.

Art. 334

L'alinéa 1 établit deux règles :

- du point de vue matériel, que le demandeur peut demander des dommages-intérêts en plus ou à la place de la prestation due (cf. ég. art. 107 CO);
- du point de vue du droit d'exécution, que le demandeur - indépendamment d'une éventuelle faute de la partie adverse ou de la présence d'un dommage - peut demander que la prestation à exécuter en nature soit transformée en prestation pécuniaire. Le demandeur est ainsi libre de transformer toute prétention en créance pécuniaire et ensuite de la faire exécuter par la voie de la LP.

L'alinéa 2 permet de faciliter la procédure sur un autre point : si la preuve peut être immédiatement rapportée, le tribunal d'exécution peut déterminer le montant des dommages-intérêts ou de la prestation pécuniaire. Si tel n'est pas le cas, la question sera tranchée dans un procès civil.

Art. 335

Cette prestation reprend les éléments constitutifs de la confiscation relevant du droit de la propriété intellectuelle (art. 69 LBI, 63 LDA, 36 LDeS, 10 LTo, 57 LPM, 29 LDMI). Les dispositions concernées peuvent donc être abrogées ou modifiées (cf. annexe, ch. 7 ss).

Art. 336

L'appel simplifié est le moyen de recours permettant d'attaquer les ordonnances du tribunal d'exécution (**al. 1**). Il n'a néanmoins pas d'effet suspensif (art. 304, al. 3). Des tiers peuvent aussi être directement touchés par des mesures d'exécution (par

ex. en cas de perquisition ou de communication de renseignements); ils sont dès lors également habilités à interjeter l'appel simplifié.

L'**alinéa 2** concerne le cas particulier dans lequel un jugement étranger est déclaré exécutable selon la Convention de Lugano. L'exequatur du tribunal d'exécution suisse peut également être attaqué par la voie de l'appel simplifié, mais avec les délais plus longs de la Convention (cf. art. 36 CLug), et cela indépendamment de savoir si, dans la procédure d'exequatur, il faut examiner des exceptions découlant de la Convention ou du droit de procédure suisse.

Chapitre 2 Exécution de titres authentiques

Remarques préliminaires

Le titre authentique exécutoire peut être défini comme la déclaration de volonté d'une personne, établie en la forme authentique, de se soumettre à l'exécution directe pour une dette déterminée et reconnue²⁷⁵.

L'exécution directe signifie selon l'avant-projet :

- qu'en vertu de l'expédition exécutoire du titre, l'ayant droit peut déposer directement une requête d'exécution - donc sans intenter au préalable un procès et obtenir un jugement; le titre authentique remplace alors le procès civil et le jugement.
- qu'en cas de prestation pécuniaire, le créancier peut en outre sauter la procédure d'ouverture de la poursuite (commandement de payer et procédure consécutive) : si la réquisition d'exécution est admise, l'exécution commence directement par la continuation de la poursuite (saisie, commination de faillite).

Le titre authentique établi en procédure d'authentification devant notaire - procédure qui continue à être régie par le droit cantonal - sert de titre d'exécution. Le titre d'exécution est donc établi sur une base privée autonome, sans participation des tribunaux.

Le titre authentique exécutoire est très répandu dans l'espace juridique européen. L'Allemagne, la France, l'Ecosse, l'Italie, l'Autriche, l'Espagne, la Grèce, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas possèdent des bases légales à ce propos. Il est néanmoins structuré de manière très différente selon les pays, du point de vue tant matériel que formel et il n'existe pas de titre exécutoire uniforme (européen). Même la Convention de Lugano n'en donne pas de définition. C'est donc le droit national de chaque pays qui en détermine la forme, l'organisation et l'effet. La marge de manœuvre législative est très large : il s'agit d'un instrument souple qui peut être adapté en fonction de chaque système juridique.

Le titre exécutoire suisse tel qu'il est ici proposé présente un double avantage :

- D'une part, il permet d'éliminer la discrimination dont était victime le titre suisse par rapport aux titres des Etats étrangers qui ont adhéré à la Convention de Lugano : selon le droit en vigueur, il est en effet extrêmement incertain qu'un titre authentique suisse soit exécuté à l'étranger - en revanche, dans le sens

²⁷⁵ Notter, p. 84; Monique Jametti Greiner, Berner Notar 1993, p. 37; Witschi, p. 18.

inverse, la Suisse devrait exécuter un titre étranger comme un jugement (cf. art. 50 CLug).

- Le titre authentique exécutoire apporte des avantages considérables aussi dans les rapports de droit internes : il permet de simplifier les procédures et décharge les tribunaux.

Art. 337

Cette disposition traite du champ d'application des titres authentiques exécutoires : ceux-ci peuvent en principe avoir pour objet toutes sortes de prestations (**al. 1**) :

- les prestations pécuniaires uniques ou périodiques, par exemple les intérêts sur prêts ou les rentes,
- les prestations en nature, par exemple la livraison d'un bien meuble, les travaux de construction,
- la remise de déclarations de volonté, par exemple une réquisition d'inscription au registre foncier ou au registre du commerce,
- les obligations de tolérer ou de s'abstenir d'un acte (par ex. de certaines immisions).

Pour des raisons de protection sociale par contre, l'avant-projet prévoit d'importantes exceptions (**al. 2**) : certaines prestations qui doivent être examinées dans le cadre de la « procédure sociale » (procédure simplifiée selon l'art. 237) ne peuvent pas faire l'objet d'un titre authentique exécutoire (**let. a**) : en d'autres termes, ce dernier ne doit pas être utilisé pour saper le procès civil à caractère social. Le débiteur ne peut donc pas, pour les prestations concernées, se soumettre à l'exécution directe : une décision préalable du tribunal ou - s'il s'agit de prestations pécuniaires - l'exécution préalable d'une poursuite intégrale (commandement de payer avec procédure ultérieure, donc pas de saisie directe) est nécessaire. Cela permet d'éviter un « coup de main » procédural de la partie socialement la plus faible. Toutes les prestations découlant de contrats conclus avec des consommateurs font également partie de ces exceptions (**let. b**).

Art. 338

Tous les titres authentiques ne sont pas directement exécutoires. Des conditions spécifiques doivent être remplies.

- La prestation due doit être *suffisamment déterminée* dans le titre (**let. a**). Ainsi, une prestation en espèces doit soit figurer en chiffres dans le titre, soit pouvoir être calculée à partir des données figurant dans le titre sans qu'il puisse y avoir de doutes. S'il s'agit d'une créance d'intérêts, il faut que le titre indique la date à partir de laquelle l'intérêt court, ainsi que son taux, dans la mesure où il ne s'agit pas d'un intérêt moratoire légal. Le montant peut aussi être libellé en monnaie étrangère. La prestation peut également être conditionnelle ou limitée dans le temps. Condition et limite dans le temps doivent également ressortir clairement du titre.
- La prestation due doit être *exigible* (**let. a in fine**). Si le titre ne contient aucune indication concrète à ce propos, l'échéance immédiate est supposée (art. 75 CO).

- En outre, le débiteur doit avoir reconnu la prestation due (**let. b**) : le titre doit donc contenir une *reconnaissance de dette*.
- Il n'est pas nécessaire que l'acte générateur de l'obligation soit rédigé en la forme authentique ou soit reproduit intégralement dans l'exemplaire exécutoire du titre. Un titre exécutoire peut donc être expédié ultérieurement pour des prestations qui reposent sur un contrat dépourvu de forme ou sur un acte sous seing privé. Cela dit, la cause juridique de la prestation promise doit néanmoins être *mentionnée* dans le titre (**let. c**) : une promesse de dette abstraite ne suffit pas.
- Enfin, l'avant-projet exige que le débiteur déclare expressément reconnaître l'exécution directe ; cette déclaration doit également revêtir la forme authentique (**let. d**). A cette occasion, l'officier public doit remplir un devoir particulier d'information des parties : il avertit le débiteur des conséquences, à savoir de l'exécution directe.

La déclaration de reconnaissance doit être faite par l'obligé lui-même; celui-ci peut néanmoins se faire représenter (représentation légale ou contractuelle).

Exemples :

- Pour un prêt, la déclaration pourrait être libellée de la manière suivante :
X a comparu ce jour devant le notaire soussigné en demandant que la déclaration de volonté suivante soit assortie de la forme authentique :
Je reconnais devoir à Y le montant de 50 000 francs en vertu du prêt du Le prêt peut être dénoncé en tout temps moyennant un préavis de trois mois. J'accepte à concurrence d'un montant de 50 000 francs l'exécution directe au sens des articles 337 ss de la Procédure civile suisse.
- Pour un paiement périodique, la déclaration pourrait être ainsi libellée :
Je reconnais devoir à Y le montant de 50 000 francs en vertu du prêt du J'accepte, pour les acomptes d'un montant de 10 000 francs chacun, payables au 1^{er} janvier de chaque année - pour la première fois au 1^{er} janvier, l'exécution directe au sens des articles 337 ss de la Procédure civile suisse.
- Dans le cas de prestations conditionnelles résolutoires ou suspensives, l'obligé peut indiquer dans le titre à quelles conditions ou sur présentation de quels documents l'officier public peut délivrer l'expédition du titre exécutoire muni de la clause d'exécution. Il n'appartient pas à l'officier public, mais au tribunal d'exécution - dans une procédure sommaire - d'apprécier s'il y a échéance et si les conditions sont remplies. En outre, l'examen judiciaire *complet* est toujours réservé (art. 343).

Art. 339

Est considéré comme titre exécutoire *l'expédition exécutoire d'un titre authentique - en général déjà préexistant* - désigné expressément comme tel et établi spécialement à cet effet. L'expédition exécutoire se différencie du titre authentique « ordinaire » par le fait qu'elle est munie, par l'officier public, d'une *clause d'exécution* sur demande de l'ayant droit (**al. 1**). L'expédition exécutoire n'est en général délivrée qu'en *un seul* exemplaire, sauf pour les prestations par tranches ou les prestations périodiques, pour lesquelles chaque prestation échue doit faire l'objet d'une expédition exécutoire.

L'officier public qui a déjà rédigé le titre authentique « ordinaire » a la compétence matérielle pour consigner la clause d'exécution (car il lui incombe aussi un devoir de conservation). Si cet officier public n'est plus en fonction, son successeur désigné par le droit cantonal - en situation de notariat libre - se voit attribuer la compétence. Si le notariat est fonctionnarisé, la compétence n'est pas attribuée à une personne nominativement.

L'expédition exécutoire ne doit être délivrée qu'à l'ayant droit désigné dans le titre authentique (ou à son représentant). Elle n'est destinée qu'au créancier initial et ne peut donc pas être remise à un ayant cause (notamment pas aux héritiers ou à un cessionnaire, et cela même s'il s'agit d'une prestation issue d'un droit réel ou annoté au registre foncier).

L'officier public établit l'expédition exécutoire sans examiner si la prétention est fondée matériellement. Il ne remplit en effet aucune fonction judiciaire - pas plus qu'un office des poursuites. Il ne fermera toutefois pas complètement les yeux devant la situation juridique et l'état de fait concret : l'expédition authentique doit être refusée si les conditions de l'exécutabilité font manifestement défaut ou en présence d'autres motifs qui excluent manifestement l'exécution (**let. a et b**). Le devoir d'examen de l'officier public se limite donc à l'évidence :

- à la constatation de l'échéance sur la base du texte du titre authentique;
- à la présence de tous les documents requis dans le titre.

Mis à part ce contrôle très restreint, l'officier public n'a aucun pouvoir de cognition - ni concernant l'exécutabilité, ni quant au fondement. Un examen plus poussé est du ressort du tribunal d'exécution ou du juge civil ordinaire (art. 343).

L'officier public ne mène donc pas de procédure contradictoire. L'obligé n'a pas formellement la qualité de partie. Il n'est pas prié de se prononcer et il ne lui sera communiqué qu'une copie de l'expédition exécutoire à de simples fins d'information (**al. 2**). Il peut ensuite présenter ses objections devant le tribunal d'exécution.

L'avant-projet ne fournit au créancier aucun moyen de recours contre le refus de l'officier public d'établir une expédition exécutoire car ce refus n'est pas une décision judiciaire. Il pourrait éventuellement user du recours (cantonal) relevant du droit d'authentification. Cette possibilité mise à part, le créancier ne peut qu'agir en justice ou - s'il s'agit d'une prestation pécuniaire - intenter une poursuite. Le refus de la demande par l'officier public n'a donc en définitive qu'une conséquence : le créancier se voit refuser l'exécution facilitée.

Exemple d'une clause d'exécution :

L'officier public sous-signé X établit sur demande de Y la présente expédition du titre authentique établi le ... en vue de l'exécution de la prestation dûment décrite (le cas échéant: de la prestation décrite au chiffre ...).

Art. 340

L'expédition exécutoire du titre authentique remplace un jugement ; de ce fait, l'ayant droit peut présenter une requête d'exécution directement au tribunal d'exécution (**al. 1**).

La procédure judiciaire - une procédure sommaire (art. 327) – est la même que pour l'exécution d'un jugement (**al. 2**) :

- la même compétence à raison du lieu est applicable pour le tribunal d'exécution (art. 327);
- le créancier doit prouver que les conditions de l'exécutabilité sont remplies (art. 328);
- si nécessaires, des mesures conservatoires sont possibles (art. 329);
- le débiteur a le droit de se prononcer (art. 330);
- il faut constater que la condition est réalisée ou que la contre-prestation a été régulièrement offerte (art. 331).

La décision du tribunal d'exécution est soumise à l'appel simplifié (art. 336). Si le créancier est définitivement débouté, il peut faire valoir sa prétention par la voie du procès civil (art. 343).

Art. 341

Cette disposition règle la continuation de la procédure lorsque la requête d'exécution a été admise.

- S'il s'agit d'une *prestation pécuniaire*, la LP est applicable (**al. 1**), mais le créancier est dispensé de la réquisition de poursuite et de toute la procédure d'ouverture (commandement de payer, opposition et procédure ultérieure) : il passe directement à l'exécution et dépose une *réquisition de continuation*²⁷⁶.

La procédure devant l'officier public, puis devant le tribunal exécutoire remplace donc la poursuite - c'est là le grand avantage du titre authentique exécutoire, qui renforce l'efficacité de la procédure. Selon le débiteur, l'office des poursuites annoncera la saisie (**let. a**) ou notifiera la commination de faillite (**let. b**). Si la créance est garantie par gage, le créancier peut déposer immédiatement la réquisition de réalisation du gage (**let. c**).

Cette procédure raccourcie n'est néanmoins qu'une possibilité pour le créancier. Il est également libre d'opter pour la poursuite ordinaire.

- Par contre, l'exécution de prestations qui ne portent pas sur un paiement en argent (exécution en nature) est régie par la présente PCS (**al. 2**). Dans ce cas, le tribunal d'exécution ordonne les mesures d'exécution nécessaires.

Art. 342

Lorsque le titre authentique exécutoire concerne une déclaration de volonté, la décision entrée en force du tribunal d'exécution remplace la déclaration. La remise d'une réquisition d'inscription au registre foncier sera le cas d'application le plus courant. Le tribunal d'exécution donne donc aussi les instructions nécessaires (art. 333).

Art. 343

Le titre authentique exécutoire ne permet pas d'exclure l'appréciation du tribunal sur la cause juridique et sur la prestation (la procédure devant l'officier public et devant le tribunal d'exécution ne fondent pas de *res judicata*). La partie qui s'oblige garde ainsi

²⁷⁶ Un formulaire à cet effet est à l'étude (Conseil fédéral/Tribunal fédéral).

la possibilité d'introduire une « contre-action » : il peut s'agir d'une action en constatation négative (en cas d'exécution pécuniaire par ex. l'action selon l'art. 85a LP), ou d'une action en répétition de l'indu lorsque l'exécution n'a pas pu être évitée.

Partie 3 Arbitrage

Remarques préliminaires

1. Situation initiale

L'arbitrage national est actuellement régi par le Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 (CA), alors que l'arbitrage international pour sa part est soumis à la LDIP (Chap. 12, art. 176 à 194). Depuis l'adhésion du canton de Lucerne le 1^{er} janvier 1995, tous les cantons sont membres du concordat. Le concordat a longtemps fait la preuve de son efficacité en matière d'arbitrage tant au plan national qu'international et est reconnu au-delà des frontières de la Suisse. Il a contribué en ce sens à promouvoir la Suisse en tant que place d'arbitrage.

Avant l'entrée en vigueur de la LDIP, le concordat régissait en effet également l'arbitrage international sur son territoire d'application. Mais ensuite, lorsque la LDIP fut élaborée, le législateur fédéral saisit l'occasion ainsi donnée et créa pour l'arbitrage international une réglementation de droit fédéral caractérisée par la flexibilité et par un respect maximum de l'autonomie des parties²⁷⁷. L'unification du droit de procédure civile offre aujourd'hui la même possibilité pour l'arbitrage national.

Suite naturelle de l'évolution des besoins de l'arbitrage et des modifications des lois sur l'arbitrage à l'étranger, certaines normes du concordat ont fait l'objet de critiques au fil des ans²⁷⁸. Les points sur lesquels portent les critiques sont entre autres les suivants :

- exigence de la forme écrite (art. 6 CA);
- définition de l'arbitrabilité objective (art. 5 CA);
- absence de compétence du tribunal arbitral pour ordonner des mesures provisionnelles (art. 26 CA);
- renvoi subsidiaire à la PCF (art. 24, al. 2 CA);
- suspension de la procédure d'arbitrage lorsqu'une partie excipe de la compensation à propos de rapports de droit sur lesquelles la convention d'arbitrage ne porte pas (art. 29 CA);
- majorité des voix requise pour la sentence (art. 31, al. 2 CA);
- recours pour arbitraire (art. 36, let. f CA);
- double instance (art. 3, let. f CA et art. 84, al. 1, let. a et b OJ);
- dépôt et notification de la sentence par l'autorité judiciaire (art. 35 CA).

L'avant-projet tient compte de ces critiques pour autant qu'elles concernent l'arbitrage national et non les circonstances particulières de l'arbitrage international.

²⁷⁷ Voir à ce propos le message concernant la LDIP, FF 1983, p. 284.

²⁷⁸ Voir à ce propos entre autres BSK-Marc Blessing, Einleitung zum 12. Kapitel LDIP, n. 145 s. et "Einführung in die Schiedsgerichtsbarkeit", paru dans la revue "Schiedsgerichtsbarkeit" de l'Europa Institut Zurich, édit. Andreas Kellerhals, Zurich 1997, p. 74/75.

2. Sous-commission Arbitrage²⁷⁹

Le mandat donné à la sous-commission se limitait à l'élaboration d'un avant-projet sur l'arbitrage national, destiné à la commission d'experts. L'arbitrage international ne faisait pas partie de ce mandat d'examen. En effet, la commission plénière avait décidé à l'unanimité de n'intégrer à la procédure civile suisse que l'arbitrage *national*.

L'unité rédactionnelle de l'ensemble de la procédure civile n'a pas toujours permis de reprendre telles quelles les parties du concordat qui ne nécessitaient pas de modification. Les modifications rédactionnelles impliquant une modification du contenu sont indiquées ci-après dans les commentaires des articles. Les modifications rédactionnelles ne sont pas les mêmes dans les trois langues.

3. Les points fondamentaux de l'avant-projet

a) *Maintien du dualisme entre l'arbitrage international et l'arbitrage national*

Le 22 mai 2000, au cours de la discussion de principe tenue lors de sa première séance, la sous-commission a approuvé l'objectif de la commission d'experts de ne régler que l'arbitrage national. La sous-commission est d'avis qu'aucun motif ne requiert la modification des dispositions reconnues de la LDIP sur l'arbitrage international. Elle s'est donc prononcée pour le maintien du système double : l'arbitrage international demeure du ressort de la LDIP et l'arbitrage national par contre sera désormais régi par la loi suisse de procédure civile.

b) *Méthode de travail de la sous-commission*

Au cours de la même discussion de principe, la sous-commission a décidé à la majorité de ne pas prendre comme modèle la loi-type de la CNUDCI. D'une part, cette loi a essentiellement pour objet la procédure arbitrale internationale. De l'autre, le système du concordat suisse a fait ses preuves. Enfin, la pratique doit pouvoir continuer à s'appuyer sur la doctrine et la jurisprudence actuelles. La sous-commission décida donc de *fonder ses travaux sur le concordat* en vigueur ; la LDIP et la loi-type en revanche ont été mises à profit lorsque des compléments et des adaptations s'imposaient. Cette méthode répond aussi aux vœux de l'ASA.

c) *Rapport avec l'ensemble de la procédure civile suisse*

La partie consacrée à l'arbitrage a été délibérément dissociée du reste de la procédure civile. En principe, on ne saurait tirer des règles applicables aux tribunaux étatiques aucune conclusion pour la procédure d'arbitrage. Pour la même raison, on a en principe évité les renvois à d'autres dispositions de l'avant-projet : la Partie 3 de la future loi suisse de procédure civile doit être appliquée comme une loi indépendante et considérée comme formant un tout.

De fait, la partie consacrée à l'arbitrage contient quelques éléments figurant déjà dans les parties 1 et 2 (par ex. à l'art. 364, al. 4 et 5 et à l'art. 385). Les articles 381 et 387 ne constituent qu'en apparence des exceptions à ce principe, car ils ne

²⁷⁹ Pour sa composition, voir page 8.

concernent pas la procédure devant un tribunal arbitral, mais la procédure de recours devant un tribunal étatique. A l'inverse, l'arbitrage n'est mentionné qu'exceptionnellement dans la Partie 1 (cf. art. 1, 56 et 105, al. 2, let. c).

L'autonomie de la Partie 3 et la non-application subsidiaire des dispositions de procédure des tribunaux étatiques n'empêchent pas les parties et bien entendu les arbitres de s'inspirer du reste de la loi de procédure civile pour établir la procédure ou de déclarer quelques titres applicables (par ex. les dispositions sur la preuve). Comme dans le concordat déjà, dans la LDIP ainsi que dans bon nombre de modèles étrangers (en grande partie aussi dans la loi-type de la CNUDCI), la procédure arbitrale n'est pas réglementée en détail dans la nouvelle PCS : dans une large mesure, les parties et le tribunal arbitral peuvent en effet établir les règles du jeu. Dans le domaine de l'arbitrage national aussi, cette flexibilité attachée à l'organisation de la procédure est un instrument très important permettant de tenir compte des besoins des parties et des circonstances spécifiques à chaque cas. Pour cette raison, l'application subsidiaire des dispositions étatiques de procédure civile, très critiquée, n'a pas été reprise ici (cf. art. 24, al. 2 CA).

d) Relation avec le chapitre 12 de la LDIP

Les renvois de la LDIP au droit de procédure cantonal (concordat) sont remplacés par des renvois à la future loi fédérale de procédure suisse (cf. art. 179, al. 2 LDIP, ch. 17 de l'annexe à l'AP)²⁸⁰. Ainsi, les articles 351 ss et 360 s. de l'avant-projet seront également appliqués dans un contexte international.

e) Convention d'arbitrage

La convention d'arbitrage (convention entre les parties et les membres du tribunal d'arbitrage) ne fait pas l'objet du droit de procédure. C'est une convention de droit matériel. Pour cette raison, il convient d'apprécier selon le droit matériel applicable (en général le droit suisse) si elle doit être qualifiée de mandat ou uniquement être assimilée à un mandat. La responsabilité d'un arbitre pour exécution imparfaite de son mandat est également régie par le droit matériel²⁸¹.

Titre 1 Dispositions générales

Art. 344

Cette disposition est le pendant de l'article 176, alinéa 1 LDIP qui définit à l'aide de critères formels le champ d'application territoriale du chapitre 12 de la LDIP et de ce fait la notion d'*arbitrage international* (tribunal arbitral avec siège en Suisse, pas de

²⁸⁰ Voir Claude Raimond, Das Zusammenwirken von Kapitel XII des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht und dem kantonalen Recht, in: Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz (II), éd. Karl-Heinz Böckstiegel, Schriftenreihe Köln 19; Rüede/Hadenfeldt p. 99; BSK-Wolfgang Peter/Thomas Legler, art. 179 LDIP, n. 25.

²⁸¹ A propos de ces questions, voir entre autres Franz Hoffet, Rechtliche Beziehungen zwischen Schiedsrichtern und Parteien, Zurich, 1991 p. 300 ss.

domicile ou résidence en Suisse pour au moins l'une des parties au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage). De ce fait, le champ d'application territoriale de la Partie 3 de l'avant-projet est également défini par des critères purement formels, à savoir le siège du tribunal arbitral en Suisse et l'absence de procédure arbitrale internationale. Il n'y a pas de procédure arbitrale internationale lorsque toutes les parties ont leur domicile ou leur résidence habituelle en Suisse. Dans le cas de société, le siège est réputé domicile (par analogie avec l'art. 21 LDIP).

Contrairement à l'article 1, alinéa 3 CA, les dispositions impératives de ce titre ne sont pas énumérées. En effet, l'expérience a montré que l'énumération d'une longue série de dispositions impératives peut être une source d'erreurs. La nature impérative d'une disposition doit toujours être déterminée par interprétation. Pour les mêmes raisons, l'avant-projet s'abstient de désigner les dispositions non impératives par un renvoi à l'admissibilité d'une *convention divergente passée entre les parties*.

Art. 345

Les **alinéas 1 à 3** correspondent quant au contenu à l'article 2 CA ; ils ont néanmoins été adaptés du point de vue rédactionnel.

L'**alinéa 1** a été formulé en référence partielle à l'article 176, alinéa 3 LDIP. La notion d'« organe désigné » a été toutefois reprise de l'article 2 CA ; elle remplace donc la notion d'« institution d'arbitrage » utilisée à l'article 176, alinéa 3 LDIP. Cela pour la raison suivante : dans la pratique, en plus des institutions d'arbitrage, d'autres organes comme le président d'un tribunal cantonal, du Tribunal fédéral, d'une chambre de commerce - qui ne dispose pas de propre code d'arbitrage - , ou encore le président d'économiesuisse, sont chargés du choix du siège ou de la nomination des juges arbitraux.

L'**alinéa 4** concernant le lieu de rencontre du tribunal arbitral est nouveau et confirme une pratique depuis longtemps courante tant en matière d'arbitrage national que d'arbitrage international.

Art. 346

Cette disposition diverge de l'article 3 CA en ce sens qu'elle sépare délibérément l'instance étatique compétente pour les voies de recours et l'entraide en matière d'exécution (tribunal supérieur) de l'instance qui ne fait que prêter son concours à la procédure et l'affecte à un autre tribunal étatique. Cela permet d'éviter par exemple que le même tribunal doive juger en procédure de recours la décision d'un arbitre nommé par lui (**al. 1**). Ainsi, un canton peut déclarer compétent en tant que *tribunal suprême* son tribunal de cassation, sa cour suprême ou son tribunal cantonal.

Selon l'**alinéa 2**, il est possible que le tribunal suprême prête aussi son concours à la procédure, à la place des tribunaux inférieurs de district. Néanmoins, il faudrait alors confier cette tâche à une autre cour. Également selon l'article 6 CEDH, il suffit que la même cour ne soit pas compétente.

Les moyens de recours introduits devant le Tribunal fédéral contre les décisions cantonales sur les recours selon l'article 377 et sur les demandes de révision selon l'article 385 ne sont pas mentionnés dans cette disposition, car ils résultent de la LTF. Comme dans le concordat, les compétences des tribunaux étatiques cantonaux

sont réglementées de manière exhaustive à l'article 346²⁸². En outre, l'avant-projet réglemente aussi de manière exhaustive les voies de recours cantonales. De ce fait, les cantons ne peuvent plus introduire de moyens de recours supplémentaires dans les procédures d'arbitrage.

Cette disposition ne mentionne pas la compétence alternative qu'ont les tribunaux étatiques d'ordonner des mesures provisionnelles et leur exécution, compétence prévue à l'article 364. Ces deux activités sont en effet soumises aux règles générales sur la compétence à raison du lieu pour les mesures provisionnelles. Si celles-ci sont réalisées en Suisse, la compétence à raison du lieu est soumise à l'article 11, alors que la compétence à raison de la matière demeure régie par le droit cantonal (cf. art. 2). Pour les procédures arbitrales, le *lieu où la compétence pour connaître de l'action principale est donnée* tel que le prévoit l'article 11, lettre a est le siège du tribunal arbitral déjà constitué ou à constituer.

Titre 2 Convention d'arbitrage

Art. 347

L'**alinéa 1** est un résumé de l'article 4 CA. La notion de « convention d'arbitrage » est conforme à la terminologie utilisée à l'article 178 LDIP et correspond sur le fond à la notion utilisée à l'article 4, alinéa 1 CA de « convention d'arbitrage » (*dans cet article, en allemand « Schiedsabrede », alors que le présent article 347 utilise l'expression « Schiedsvereinbarung »*). Elle englobe donc à la fois le compromis, conclu sur des litiges existants, et la clause compromissoire, qui se rapporte à des litiges futurs. L'avant-projet ne reprend pas la différenciation du concordat car elle n'est pas pertinente du point de vue de la procédure et que la notion de « convention d'arbitrage » telle qu'elle figure à l'article 178 LDIP a fait ses preuves.

L'admissibilité d'une convention d'arbitrage se rapportant à des litiges futurs est liée aux limites du droit matériel (par ex. l'art. 27 CC). Comme l'actuel article 343, alinéa 1 CO, l'article 31 de l'avant-projet ne constitue pas une telle disposition, car il a uniquement pour objet la renonciation aux fors légaux et non pas l'arbitrabilité (cf. à ce propos les commentaires relatifs à l'art. 348 in fine).

Il n'est pas nécessaire que la loi mentionne expressément que les litiges peuvent être de nature contractuelle et extracontractuelle. En cas de litiges arbitrables, il va de soi que la convention d'arbitrage peut aussi concerner des prétentions extracontractuelles²⁸³.

L'**alinéa 2** correspond à la première partie de la phrase de l'article 178, alinéa 3 LDIP, alors que le contenu de la seconde partie de la phrase figure déjà dans l'alinéa 1.

L'on a renoncé à prévoir un alinéa correspondant à l'article 178, alinéa 2 LDIP sur le droit applicable à la convention d'arbitrage. De ce fait, pour ce qui est de l'arbitrage national, la validité d'une convention d'arbitrage doit être uniquement appréciée

²⁸² Voir l'art. 3 CA en rel. avec l'art.45 CA, et Jolidon, p. 99.

²⁸³ Voir entre autres BSK-Werner Wenger, art. 178 LDIP, n. 33.

selon le droit suisse même si le rapport de droit litigieux est soumis au droit étranger - ce sera rarement le cas.

Art. 348

Le contenu de cette disposition correspond à la première partie de la phrase constituant l'article 5 CA sur *l'objet de l'arbitrage* : selon cet article, l'arbitrage peut porter sur tout droit *qui relève de la libre disposition des parties*. L'article 177, alinéa 1 LDIP, selon lequel seules les causes de *nature patrimoniale* peuvent faire l'objet d'un arbitrage, n'a donc pas été repris²⁸⁴. Au terme de longues discussions, la commission d'experts a également laissé de côté la variante associant les deux solutions, à savoir que *toutes les prétentions de nature patrimoniale et toutes les prétentions de nature non patrimoniale relevant de la libre disposition des parties peuvent faire l'objet d'un arbitrage*.

La question de savoir si et dans quelle mesure un droit est *disponible* s'apprécie à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence sur la base du droit matériel. Dans les cas d'arbitrage national, il s'agit généralement du droit suisse.

La notion de « libre disposition » du droit va d'une part plus loin que le terme de « cause de nature patrimoniale » car elle englobe aussi les litiges qui ne sont pas de nature patrimoniale (exemples : exclusion d'un membre d'une association culturelle, prétentions de nature non patrimoniale découlant d'une violation des droits de la personnalité). Par ailleurs, elle est restrictive en ce sens qu'il faut dans chaque cas vérifier la disponibilité du droit. Cette vérification n'est pas nécessaire dans l'arbitrage international²⁸⁵.

L'avant-projet n'a pas repris la seconde moitié de la phrase constituant l'article 5 CA, selon laquelle l'arbitrage est exclu si un *tribunal étatique est exclusivement compétent en vertu d'une disposition impérative de la loi*. Ce libellé est en partie redondant, en partie incompréhensible et, par le passé, n'a semé que la confusion. Il convient par exemple de souligner qu'il faut différencier la question de l'arbitrabilité de celle de savoir si une disposition relative au for est impérative au sens de l'article 2 LFors ou de l'article 7²⁸⁶. L'exclusion de l'arbitrabilité peut ressortir directement de la loi ou découler de l'interprétation²⁸⁷.

²⁸⁴ « Les droits qui possèdent une valeur pécuniaire ou d'utilisation, sont en général cessibles et transmissibles par succession et répondent des dettes d'une personne, ainsi que les droits qui en soi n'ont pas de valeur pécuniaire ou d'utilisation, ne sont pas transmissibles et ne répondent pas des dettes, mais qui sont étroitement liés à un rapport juridique de nature patrimoniale, comme le droit de l'actionnaire d'attaquer une décision de l'assemblée générale ou de l'employé à l'établissement d'un certificat de travail » (BSK-Robert Briner, art. 177 LDIP, n. 10 avec un renvoi à l'ATF 108 II 77, cons. 1a.)

²⁸⁵ Voir ATF 118 II 356, 358.

²⁸⁶ Voir BK-Dominik Gasser, art. 1 GestG, n. 43 et 44; ZHK-Felix Dasser, art. 1 GestG, n. 1 et BSK-Claudia Meyer, art. 1 GestG, n. 20; BSK-Dominik Infanger, art. 2 GestG, n. 27 défend une opinion en partie divergente.

²⁸⁷ Voir Rüede/Hadenfeldt, p. 53.

Art. 349

L'**alinéa 1** constitue une reformulation abrégée, donc également applicable aux moyens modernes de communication (par ex. le courrier électronique), de l'article 178, alinéa 1 LDIP. La forme de la convention d'arbitrage n'est donc plus soumise - comme la nécessité d'être passée sous forme écrite figurant à l'article 6 CA - aux exigences formelles des articles 13 ss CO.

La formulation choisie est également compatible avec l'article 2, chiffre 2 de la convention de New York selon laquelle tout Etat cocontractant doit reconnaître les conventions d'arbitrage dans la mesure où *le contrat ou le compromis est signé par les parties ou contenu dans un échange de lettres ou de télégrammes*.

L'**alinéa 2** est nouveau et confirme la pratique actuelle.

L'article 6, alinéa 2 CA sur les clauses compromissoires contenues dans des statuts ou dans un règlement n'a pas été repris. Il n'y a pas non plus de disposition sur les clauses compromissoires testamentaires. Les principes applicables sont donc les principes généraux sur la forme des conventions d'arbitrage - comme pour les clauses de for statutaires ou testamentaires²⁸⁸.

Art. 350

L'**alinéa 1** correspond pour l'essentiel à l'article 8 CA, mais dispose que la question de la constitution régulière du tribunal arbitral est également une question de compétence, ce qui est contesté sous le régime du concordat²⁸⁹. Comme le prescrivent les articles 8 s. CA, la décision sur la compétence doit se faire par une décision incidente ou finale. Cette formulation n'oblige pas un tribunal arbitral à toujours statuer sur la compétence par une décision incidente s'il s'estime compétent ; il peut, si cela lui semble judicieux, l'intégrer dans la décision sur le fond²⁹⁰. La formulation divergente de l'alinéa 3 de l'article 186 LDIP n'a donc pas de portée matérielle.

L'**alinéa 2** correspond à l'article 8, alinéa 2 CA et, quant au contenu, également à l'article 186, alinéa 2 LDIP. L'article 9 CA n'a pas été repris car il ressort déjà de l'article 377 qu'une décision incidente approuvant la compétence du tribunal arbitral est attaquantable par la voie du recours²⁹¹.

Titre 3 Constitution du tribunal arbitral

Selon la terminologie utilisée dans l'avant-projet, le tribunal arbitral est *constitué* et les membres du tribunal sont *nommés*.

²⁸⁸ Voir par ex. BSK-Werner Wenger, art. 178 LDIP, n. 58 à 63 et Markus Wirth, Gerichtsstandsvereinbarungen gemäss GestG - umstrittene Fragen, in: Symposien zum schweizerischen Recht, Zum Gerichtsstand in Zivilsachen, Zurich 2002, p. 48.

²⁸⁹ Voir Rüede/Hadenfeldt, p. 254.

²⁹⁰ Voir Jolidon p. 189/190.

²⁹¹ Voir ATF 120 II 155.

Art. 351

L'**alinéa 1** est une nouvelle formulation abrégée des articles 10 et 11, alinéa 1 CA. Il permettra comme jusqu'ici la constitution d'un tribunal arbitral composé d'un nombre pair de membres. Certes, le cas se présente rarement, mais il est prévu par exemple pour les litiges de petite importance à l'article 51, alinéa 2 du nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce italienne pour la Suisse.

L'**alinéa 2** s'inspire de la Section 15 de l'*Arbitration Acts* anglais et constitue une règle de présomption qui entend garantir qu'un tribunal arbitral ne soit constitué avec un nombre pair de membres que si cela correspond à la volonté effective des parties²⁹². Par contre, la disposition de l'article 11, alinéa 4 CA n'a pas été reprise : si un tribunal arbitral a un nombre pair de membres, il appartient au tribunal ou aux parties de trouver une solution en cas d'égalité des voix.

Art. 352

L'**alinéa 1** correspond à l'article 179, alinéa 1 LDIP avec de légères modifications.

L'**alinéa 2** est une version remaniée de l'article 11, alinéa 3 CA. En allemand, la notion couramment utilisée de « Obmann » (président du tribunal) a été abandonnée car elle ne possède pas de forme grammaticale féminine. L'**alinéa 3** correspond à l'article 11, alinéa 2 CA et prévoit que lorsqu'un arbitre est désigné par sa fonction, c'est le titulaire de la fonction au moment de l'acceptation du mandat qui est nommé.

Art. 353

L'**alinéa 1** est une nouvelle formulation de l'état de fait réglé à l'article 12 CA. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral²⁹³, « l'omission » des *autres organes* y figure ainsi que les délais à respecter.

L'**alinéa 2** est nouveau et a pour but d'éviter la problématique de l'arrêt Dutco²⁹⁴. Il est formulé de manière potestative (« peut nommer ») afin de permettre au tribunal étatique de trouver une solution adaptée au cas d'espèce : le tribunal peut par exemple refuser de nommer tous les arbitres si plusieurs demandeurs et plusieurs défendeurs ont nommé un arbitre ensemble ou le nomment durant la procédure de constitution et qu'aucun motif valable ne s'oppose à cette procédure.

L'**alinéa 3** correspond à l'article 179, alinéa 3 LDIP.

Art. 354

La disposition de l'**alinéa 1** est nouvelle. Elle correspond à l'usage national et international et s'appuie sur la formulation de l'article 12 de la loi-type. Par exemple, dans les procédures CCI, tous les arbitres doivent signer un formulaire approprié. D'un point de vue dogmatique, cette disposition ne serait pas absolument nécessaire, car

²⁹² Voir ég. ATF 121 I 84, cons. 2.

²⁹³ Voir ATF 110 Ia 59, cons. 3.

²⁹⁴ Voir entre autres Marc Blessing, Brief Review of International Developments, n. 136 ss in Stephen V. Berti (éd.), *International Arbitration in Switzerland*, Bâle 2000.

d'après la doctrine, le mandat d'arbitre est considéré presque unanimement comme un rapport de mandat relevant du droit privé et de ce fait, les arbitres sont tenus de révéler les conflits d'intérêts potentiels, ne serait-ce qu'en vertu de l'article 398, alinéa 2 CO (*responsabilité pour bonne et fidèle exécution du mandat*)

Afin de protéger le secret professionnel des avocats ainsi que d'autres obligations de garder le secret, le devoir de révéler est limité à la *présence* de faits : les *faits mêmes*, pertinents quant au secret, *ne* doivent donc *pas* être révélés.

Les **alinéas 2 et 3** correspondent à l'article 14 CA, dont une partie à l'alinéa 3 (« pour la contestation qui leur est soumise ») a été supprimée. La pratique décidera si les arbitres seront tenus de demeurer en fonction en cas d'élargissement considérable du litige. En outre, l'alinéa 3 précise que personne ne peut être obligé d'accepter un mandat comme arbitre.

Art. 355

Le contenu de l'**alinéa 1** correspond à celui de l'article 15, alinéa 1 CA.

Le contenu de l'**alinéa 2** correspond à celui de l'article 15, alinéa 2 CA et dispose que le devoir de révéler vaut également pour les secrétaires des tribunaux arbitraux.

Art. 356

Cette disposition correspond, avec quelques remaniements rédactionnels, à l'article 16, alinéas 1 et 2 CA. La limitation de la durée de la mission (**al. 1**) - à moins que les parties ne conviennent autre chose - signifie que le tribunal arbitral doit rendre sa sentence dans le délai fixé et la notifier aux parties²⁹⁵. Cela résulte également de l'article 361, alinéa 4.

S'il s'agit de tribunaux arbitraux institutionnels dont la durée de mission est limitée, la prolongation - à condition qu'elle soit prévue par le règlement arbitral - est du ressort de l'institution arbitrale (cf. par ex. art. 24, al. 2 du Règlement CCI). La réglementation (en soi évidente) de l'article 16, alinéa 3 CA est reprise à l'article 363, alinéa 4.

Sans qu'il soit nécessaire de le préciser, l'**alinéa 2** est aussi applicable aux nominations de remplacement (art. 361) et aux renvois (art. 382 et art. 388). Il n'est donc pas nécessaire de reprendre l'article 43, alinéa 4 CA.

Titre 4 Récusation, révocation et remplacement des arbitres

Art. 357

Cette disposition correspond à l'article 180, alinéas 1 et 2 LDIP, l'**alinéa 1** ayant été légèrement remanié du point de vue rédactionnel.

²⁹⁵ Voir Jolidon, p. 246 s.

Art. 358

Cette disposition correspond - abstraction faite d'une modification rédactionnelle à l'alinéa 3 - à l'article 19 CA. Elle est importante surtout pour les tribunaux arbitraux dans lesquels une association ou, en cas de clauses compromissaires statutaires, une société exerce une influence inadmissible sur la constitution du tribunal arbitral²⁹⁶. Le terme utilisé dans le concordat de « désignation de ses membres » a été remplacé par « nomination de ses membres » pour les raisons terminologiques mentionnées ci-dessus à propos de l'article 351, bien qu'il s'agisse dans cette disposition de la récusation de l'ensemble du tribunal arbitral²⁹⁷.

Art. 359

Le contenu des **alinéas 1 à 3** correspond pour l'essentiel au contenu des articles 20 et 21 CA. Ils disposent que la demande doit être adressée en premier lieu à l'organe désigné par les parties.

L'**alinéa 4** est nouveau et correspond à la position de la doctrine récente²⁹⁸.

L'**alinéa 5** est nouveau et s'appuie sur l'article 180, alinéa 3 LDIP. Il est applicable en cas de décision de récusation concernant aussi bien l'organe désigné par les parties que les organes désignés par les tribunaux étatiques et exclut un moyen de recours indépendant - même devant le Tribunal fédéral²⁹⁹. Le concordat n'est pas clair à ce propos³⁰⁰.

Art. 360

L'**alinéa 1** est une version légèrement remaniée du point de vue rédactionnel de l'article 22, alinéa 1 CA.

L'**alinéa 2** rassemble en une seule disposition la révocation selon l'article 22, alinéa 2 CA et le recours pour retard injustifié selon l'article 17 CA. Il renferme en conséquence une référence aux délais à respecter (« en temps utile »).

Le recours contre la décision de révocation (**al. 3**) est soumis à la même règle que la décision sur la récusation (art. 359, al. 5).

Art. 361

L'**alinéa 1** correspond - à l'exception de modifications de nature rédactionnelle et d'une adaptation terminologique (suppression de « désignation ») - à l'article 23, alinéa 1 CA. Il précise en outre que les parties peuvent prévoir autre chose pour la nomination d'un arbitre de remplacement - également au préalable, dans la convention d'arbitrage.

²⁹⁶ Voir z.B. ATF 97 I 488 ss et 76 I 87 ss ainsi que Lalive/Poudret/Reymond, p. 112.

²⁹⁷ Voir Jolidon, p. 281; Rüede/Hadenfeldt, p. 172.

²⁹⁸ Voir Rüede/Hadenfeldt, p. 182.

²⁹⁹ ATF 122 I 370.

³⁰⁰ Voir par ex. Poudret in SJK 464a, p. 9.

L'**alinéa 2** correspond à l'article 23, alinéa 2 CA, exception faite de quelques modifications de nature rédactionnelle. Toutefois, il ne requiert pas un (nouvel) examen sommaire permettant de vérifier qu'il existe une convention d'arbitrage car cet examen n'est prévu que pour la *première nomination* (art. 353, al. 3, art. 179, al. 3 LDIP).

L'**alinéa 3** diverge de l'article 23, alinéa 3 CA. Désormais, le pouvoir de décider si les actes de procédure conservent leur validité ne revient plus au tribunal étatique, mais au tribunal arbitral reconstitué. En effet, le tribunal étatique n'est pas en mesure de connaître véritablement l'objet du procès pour pouvoir rendre une décision adéquate. L'avant-projet tient donc compte des critiques émises à l'encontre des règles juridiques actuelles.

L'**alinéa 4** correspond - à l'exception de quelques modifications de nature rédactionnelle - à l'article 23, alinéa 4 CA.

Titre 5 Déroulement de la procédure arbitrale

Art. 362

L'**alinéa 1** correspond à l'article 181 LDIP, à une innovation près : la litispendance peut également être déclenchée par l'introduction de la procédure de conciliation préalable convenue entre les parties (les autres notifications, purement rédactionnelles, ne concernent que le texte allemand).

Dans le texte français, l'expression « soumet ses conclusions » remplace le verbe « saisit » de l'article 181 LDIP et quelques modifications rédactionnelles sans portée matérielle ont été apportées.

Malgré l'identité des notions, la litispendance n'a pas les mêmes effets en procédure arbitrale que dans la procédure civile devant les tribunaux étatiques. Ainsi, elle ne fonde pas une compétence en matière de demande reconventionnelle et n'a pas de conséquences en cas de désistement d'action.

L'**alinéa 2** précise la relation entre un tribunal étatique et un tribunal arbitral lorsque tous deux sont saisis du même litige entre les mêmes parties. Le dernier tribunal saisi (qu'il s'agisse du tribunal étatique ou du tribunal arbitral) suspend la procédure jusqu'à ce que le premier tribunal saisi statue sur sa compétence. Si le premier tribunal saisi est le tribunal étatique, l'article 56 s'applique (cf. ég. art. 7 LDIP) : il doit décliner sa compétence sauf en présence d'un état de fait prévu aux lettres a à c.

L'**alinéa 3** contient la même réglementation que l'article 208, alinéa 2 pour la procédure devant les tribunaux étatiques.

Art. 363

L'**alinéa 1** correspond à l'article 182, alinéa 1 LDIP, mis à part quelques adaptations de nature rédactionnelle et l'introduction des lettres a à c.

L'**alinéa 2** correspond du point de vue du contenu à l'article 182, alinéa 2 LDIP. L'abandon de la seconde partie de la phrase n'a pas de portée matérielle - de même

que le remplacement de « au besoin » (art. 182, al. 2 LDIP) par la formulation similaire « autant que cela est nécessaire »

L'**alinéa 3** est nouveau et confirme l'admissibilité de la délégation, fréquente dans la pratique, de certaines questions de procédure au président du tribunal arbitral.

L'**alinéa 4** correspond du point de vue du contenu à l'article 182, alinéa 3 LDIP, avec quelques modifications de nature rédactionnelle.

Le contenu de l'**alinéa 5** correspond à celui de l'article 25, lettre d CA. Cet alinéa garantit également la représentation par des juristes malgré la suppression de l'article 7 CA.

L'**alinéa 6** correspond à la jurisprudence du Tribunal fédéral³⁰¹.

Art. 364

Cette nouvelle disposition tient compte des revendications de la doctrine et remplace le très controversé article 26 CA, lequel réserve exclusivement au juge étatique l'ordonnance de mesures provisionnelles. Les mesures utiles à la conservation des moyens de preuve entrent également dans la catégorie des mesures provisionnelles au sens de la présente disposition - comme au sens de l'article 183 LDIP. La présente disposition s'appuie sur l'article 183 LDIP, tout en allant plus loin du point de vue du contenu de la réglementation.

En conformité avec la doctrine et la pratique actuelles relatives à l'article 183 LDIP, l'**alinéa 1** dispose qu'en plus du tribunal arbitral, le tribunal étatique a aussi la compétence d'ordonner des mesures provisionnelles. Le défendeur ne peut donc pas échapper à la compétence du tribunal étatique en excipant de la clause compromissoire. Le demandeur de la mesure a donc la possibilité de choisir l'instance qui lui semble plus appropriée.

Eu égard au second point controversé de l'article 183, l'alinéa 2 LDIP, l'**alinéa 2** dispose que le tribunal étatique étranger ou suisse dont le concours est requis n'ordonne pas ses propres mesures provisionnelles, mais prend uniquement les mesures nécessaires (telles *les mesures qui s'imposent* selon l'art. 281, al. 2) à l'exécution des mesures ordonnées par le tribunal arbitral. Dans ce cas, le tribunal étatique n'est pas tenu d'examiner à nouveau les conditions requises pour l'ordonnance de mesures provisionnelles³⁰². Le tribunal étatique applique son propre droit. Il peut ainsi reformuler les mesures provisionnelles ordonnées par le tribunal arbitral - si nécessaire - en conformité avec son propre usage local ou - si elles sont en contradiction avec son propre droit - les modifier. Ce dernier cas se présente surtout lorsque les mesures sont exécutées à l'étranger. En outre, le tribunal étatique peut - contrairement au tribunal arbitral³⁰³ - menacer d'une peine pour insoumission en vertu de l'article 292 CP.

Comme l'article 183, alinéa 3 LDIP, l'**alinéa 3** donne au tribunal arbitral la compétence de requérir la fourniture de sûretés appropriées (cf. ég. art. 278, al. 1 sur la procédure devant le tribunal étatique).

³⁰¹ Voir entre autres ATF 119 II 388.

³⁰² A propos d'éventuelles exceptions, voir par ex. BSK, art. 183 LDIP, n. 18.

³⁰³ Voir Lucius Huber, die Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz - Perspektiven und Herausforderungen, in: RDS, vol. 121 II, p. 137, n. 229.

Les **alinéas 4 et 5** concernant la responsabilité du requérant et la libération des sûretés sont nouveaux et correspondent, du point de vue du contenu, à l'article 278, alinéas 2 et 3 sur les prétentions en dommages-intérêts pour mesures provisionnelles injustifiées émanant de tribunaux étatiques. Le tribunal arbitral n'est compétent pour juger des prétentions en dommages-intérêts émises à l'encontre du requérant que si elles sont invoquées durant la procédure arbitrale en cours. Si tel n'est pas le cas, c'est le tribunal étatique qui est compétent à cet égard, à moins qu'une interprétation de la convention arbitrale permette de dire qu'un tribunal arbitral est également compétent pour ces prétentions. La notion de « tribunal » utilisée dans la seconde phrase de l'alinéa 4 signifie à la fois tribunal arbitral et tribunal étatique.

La réglementation de la compétence à raison du lieu du tribunal étatique a été abandonnée car l'article 11 est à cet égard suffisant (cf. les commentaires à l'art. 346 in fine).

L'avant-projet - comme la LDIP - ne réglemente pas les mesures superprovisionnelles, c'est-à-dire les procédures dites *ex parte*. Mais elles sont également admises en procédure arbitrale. Pour ce qui est du droit d'être entendu (ultérieurement), le tribunal arbitral peut s'inspirer de l'article 280, alinéa 2, applicable aux tribunaux étatiques.

Art. 365

L'**alinéa 1** correspond à la fois à l'article 27, alinéa 1 CA et à l'article 184, alinéa 1 LDIP.

L'**alinéa 2** va plus loin que l'article 27, alinéa 2 CA, s'appuie sur l'article 184, alinéa 2 LDIP et inclut en même temps l'article 185 LDIP. La précision figurant à l'article 184, alinéa 2 LDIP et à l'article 27, alinéa 2 CA, selon laquelle le tribunal étatique doit appliquer *son propre droit* n'a pas été reprise ici - cela va de soi (contrairement à l'art. 364 al. 2, où elle figure à des fins de clarté). Dans la version allemande, le terme de « Beweismassnahme » a été remplacé par la notion de « Beweisabnahme », déjà utilisée à l'article 149. En français, la notion d'« administration des preuves » a été conservée.

L'**alinéa 3** est nouveau et dispose que les membres du tribunal arbitral aussi peuvent, mais ne doivent pas participer à l'administration des preuves et à d'autres actes judiciaires.

Art. 366

Les **alinéas 1 et 2** sont nouveaux. Ils permettent - à certaines conditions - la consorciété active et passive, simple et nécessaire ainsi que le cumul objectif d'actions. La possibilité d'une procédure rassemblant plusieurs parties accroît l'efficacité de la juridiction arbitrale.

L'**alinéa 3** reprend le contenu de l'article 28 CA.

Art. 367

A l'**alinéa 1**, l'avant-projet s'inspire des règlements d'arbitrage de diverses chambres de commerce³⁰⁴. La solution choisie se justifie par le fait que l'exception de compensation est une exception de droit matériel portant sur l'extinction de la dette, qui doit être examinée par le tribunal arbitral indépendamment de la question de savoir si la créance en vertu de laquelle l'exception de compensation est soulevée tombe également sous le coup de la convention d'arbitrage. La réglementation proposée est axée sur les besoins de la pratique. Elle met fin au débat sur le fait de savoir si la procédure arbitrale doit être suspendue jusqu'à la décision, par la juridiction compétente, sur la créance à compenser, comme le prévoit obligatoirement l'article 29 CA. Un objet de critique majeur du concordat est ainsi éliminé.

Les parties qui entendent exclure entièrement ou partiellement la possibilité de compensation dans un contrat comportant une clause compromissoire (par ex. pour les créances découlant d'autres contrats) doivent donc convenir d'une renonciation à la compensation de droit matériel. La compétence pour décider de la validité et de la portée de la renonciation demeure du ressort du tribunal arbitral.

L'**alinéa 2** dispose que la reconvention nécessite une convention d'arbitrage concordante. Selon le libellé de cet alinéa, la reconvention est également admise lorsque la prétention invoquée est couverte par une *autre* convention d'arbitrage entre les parties. La connexité n'est pas requise (cf. par contre art. 80, al. 1, let. a).

Art. 368

La première phrase de l'**alinéa 1** correspond à l'article 30, alinéa 1 CA, alors que la seconde phrase dispose que le tribunal arbitral doit tenir compte des conventions des parties - par exemple les règlements d'honoraires des règlements d'arbitrage convenus par les parties.

La première phrase de l'**alinéa 2** correspond à l'article 30, alinéa 2 CA. La seconde phrase par contre diverge du concordat : la partie qui n'est pas défaillante a le droit soit d'introduire une nouvelle procédure arbitrale, soit de traduire la partie adverse devant le tribunal étatique. Grâce à cette nouveauté, la partie qui ne s'acquitte pas de l'avance de frais qui lui incombe ne pourra ainsi plus provoquer la caducité de la convention d'arbitrage.

L'estimant inadmissible, la commission d'experts s'est délibérément abstenue de prévoir une disposition sur la garantie des dépens (*cautio iudicatum solvi*) dans le domaine de l'arbitrage national.

Enfin, l'article 105, alinéa 2, lettre c établit que l'assistance judiciaire gratuite n'est pas accordée en procédure devant les tribunaux arbitraux.

³⁰⁴ Voir art. 12, al. 1 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce tessinoise, art. 29, al. 1 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce bâloise et art. 29, al. 1 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce zurichoise.

Titre 6 Sentence

Art. 369

Cette disposition est reformulée à partir d'éléments contenus dans l'article 31, alinéa 3 CA ainsi que dans l'article 187 LDIP. Le renvoi au droit qu'un tribunal étatique suisse appliquerait a pour effet de rendre également applicables les normes de conflits de la LDIP. Selon celles-ci, les clauses d'élection de droit doivent être respectées par les tribunaux arbitraux internes dans la mesure où la LDIP ne prévoit pas d'exceptions.

Dans le texte allemand, l'expression « Rechtsregeln » a été reprise de la version française de l'article 187 LDIP (« règles de droit »), établissant ainsi qu'un tribunal arbitral - dans la mesure où les conditions requises sont remplies - peut également appliquer des règles de droit non étatiques et des principes généraux de droit tels que les Unidroit Principes ou les European Principles³⁰⁵. Il va de soi que ce cas se présentera assez rarement dans l'arbitrage national.

Art. 370

L'**alinéa 1** correspond - avec quelques modifications rédactionnelles - à l'article 31, alinéa 1 CA.

L'**alinéa 2** est nouveau et revêt une importance majeure dans la pratique lorsqu'un arbitre ne se montre pas coopératif. Si le président refuse de participer et si les autres arbitres ne s'accordent pas, le tribunal arbitral doit être reconstitué.

Sur le fond, les **alinéas 3 et 4** correspondent pour l'essentiel à l'article 189, alinéa 2 LDIP et donnent au président le droit de rendre la sentence indépendamment de l'opinion des autres arbitres, s'il n'y a pas de majorité des voix (par ex. si chaque juge préconise une autre solution). Cette disposition qui correspond à l'article 189, alinéa 2 LDIP est la réponse aux critiques dont a fait l'objet l'article 31, alinéa 2 CA. L'article 31, alinéa 4 CA n'a pas été repris car l'obligation de ne pas statuer *ultra petita* découle déjà du motif de recours de l'article 378, lettre c.

Art. 371

Sur certains points, cette disposition est formulée différemment par rapport à l'article 32 CA et à l'article 188 LDIP, mais n'entend rien changer à la pratique suivie à ce jour sur la base de ces articles³⁰⁶. Cela ressort également du titre qui contient désormais aussi la notion de « sentences incidentes ». Ainsi, des questions préjudicielles (par ex. rejet de l'exception de prescription ou approbation de la responsabilité de principe d'une partie) peuvent être également tranchées dans une sentence incidente³⁰⁷.

³⁰⁵ Voir BSK-Pierre A. Karrer, art. 187 LDIP, n. 60-72.

³⁰⁶ Voir Rüede/Hadenfeldt, p. 286 ss.

³⁰⁷ BSK-Markus Wirth, art. 188 LDIP, n. 7 et 18.

Art. 372

L'**alinéa 1** correspond pour l'essentiel à l'article 33, alinéa 1 CA.

Contrairement à l'article 127, lettre h, la sentence arbitrale ne doit pas contenir d'indication des voies de recours - par égard aux tribunaux non professionnels et à la pratique suivie jusqu'à ce jour. L'article 372 n'a pour objet que le contenu minimal d'une sentence arbitrale. Il serait de ce fait admissible d'intégrer à la sentence une opinion minoritaire (« *dissenting opinion* »).

L'**alinéa 2** s'écarte de l'article 33, alinéa 2, phrase 1 CA en ce sens qu'il couvre aussi les cas dans lesquels la sentence arbitrale n'est signée par les arbitres ni le jour indiqué, ni au siège de l'arbitrage : il est exclu de faire valoir un vice de procédure à ce propos.

L'**alinéa 3** correspond à l'article 33, alinéa 2, phrase 2 CA, tout en étant plus précis. La sentence arbitrale doit être signée par les membres du tribunal arbitral, l'absence de signature étant admise non seulement pour une minorité qui refuse la sentence, mais désormais aussi pour une minorité qui est empêchée de signer.

Art. 373

Tout comme l'article 34 CA, dont le contenu est similaire, cette disposition établit qu'en cas de transaction, et si les parties ne conviennent pas d'autre chose, le tribunal rend une sentence constatant l'accord des parties³⁰⁸. A cet effet, le tribunal arbitral incorpore dans le dispositif de la sentence arbitrale la partie de la transaction réglant le litige ou oblige les parties à exécuter la transaction. La requête désormais nécessaire conformément à l'article 373 veut simplement dire que les deux parties doivent informer le tribunal arbitral de l'accord. Les formulations « erledigen die Parteien » et « les parties mettent fin au litige » signifient que le règlement du litige par désistement ou acquiescement vaut également comme accord. Pour cette raison, il faut également constater dans une sentence la présence d'un acquiescement ou d'un désistement - comme le concordat le requiert déjà³⁰⁹.

Lorsque au lieu d'une sentence arbitrale, il faut rendre seulement une ordonnance de radiation de l'affaire du rôle³¹⁰, les parties doivent le constater dans le texte de la transaction ou présenter au tribunal arbitral des requêtes le précisant. Dans ce cas, la procédure doit être radiée comme *étant réglée par transaction*. Si le genre de règlement du procès ne ressort pas de la décision y relative, la question de savoir s'il s'agit d'une sentence arbitrale au contenu convenu ou d'une ordonnance de radiation doit être tranchée par le juge d'exécution. Ces deux formes de décision se différencient par le fait qu'une simple ordonnance de radiation ne peut pas être exécutée. Ce point revêt une importance particulière au cas où la transaction prévoirait l'exécution de prestations futures³¹¹.

³⁰⁸ Voir Nater-Bass, p. 427 ss, notam. p. 429.

³⁰⁹ Voir Rüede/Hadenfeldt, p. 272.

³¹⁰ Il convient néanmoins de noter que selon la terminologie de la présente loi, le terme de « décision finale » ne recouvre plus que les notions de décision au fond et de décision de procédure à rendre en cas de non-entrée en matière et que la différence faite dans certains cantons entre jugement, décision et ordonnance n'a pas été reprise ici (cf. à ce propos la terminologie employée à l'article 228 et le commentaire y relatif).

³¹¹ Voir Nater-Bass, p. 431.

Art. 374

L'**alinéa 1** est nouveau et remplace la notification prévue à l'article 35, alinéas 1 à 4 CA par les autorités de dépôt. Cet alinéa permet d'éliminer une critique dont le concordat faisait l'objet.

Les alinéas 2 et 3 correspondent quant au contenu à l'article 193, alinéas 1 et 2 LDIP, l'**alinéa 2** précisant qu'il s'agit d'une prescription potestative et que, de ce fait, pour être exécutable à l'intérieur des frontières suisses, il n'est pas nécessaire que la sentence arbitrale soit déposée. Cette précision permet également de ne pas reprendre l'article 193, alinéa 3 LDIP.

L'**alinéa 3** remplace tout en la simplifiant la prescription de l'article 44 CA. En cas de recours ou de révision, le tribunal étatique compétent est chargé de suspendre l'exécution (art. 381 en relation avec 316, art. 387 en relation avec 321). Etant donné que, conformément à l'article 346, alinéa 1, le même tribunal étatique est compétent pour cette procédure de recours et pour l'attestation du caractère exécutoire, il n'y a pas de risque de décisions contradictoires.

Art. 375

Cette disposition est nouvelle. Elle étoffe la formulation très concise de l'article 190, alinéa 1 LDIP en ce sens qu'elle distingue le caractère exécutable et l'entrée en force de chose jugée. Dans les deux cas néanmoins, la sentence arbitrale est mise sur un pied d'égalité avec la décision d'un tribunal étatique. La notion de « communication » que l'on retrouve dans cet article a été reprise de l'article 190, alinéa 1 LDIP. Il est ainsi prévu qu'une communication orale suffit pour établir l'entrée en force de chose jugée et l'exécutabilité.

Art. 376

Cette disposition est nouvelle. La rectification, l'interprétation de la sentence et la sentence additionnelle étant des voies de droit et non des moyens de recours à proprement parler, elles ont été insérées dans le titre sur l'arbitrage et non dans celui consacré aux moyens de recours. Cette disposition s'appuie sur l'article 33 de la loi-type et diverge intentionnellement de la réglementation applicable aux procédures devant un tribunal étatique (cf. art. 324). Le concordat n'autorise l'interprétation et la sentence additionnelle que dans le cadre d'un recours en nullité selon l'article 36, lettre h CA, et non pas en tant que voies de droit³¹². Selon l'avant-projet, il est par exemple possible de s'adresser directement au tribunal arbitral pour lui demander une motivation omise.

L'**alinéa 1** reprend les motifs mentionnés à l'article 33 de la loi-type et inclut donc aussi - contrairement à l'article 324 - la possibilité de sentences additionnelles. La notion d'« erreur rédactionnelle » figurant à la lettre a englobe également les *fautes d'orthographe et d'impression ou autres erreurs similaires* mentionnées dans la loi-type.

³¹² Voir par ex. ATF 110 Ia 123.

L'**alinéa 2** fixe le début du délai de 30 jours de manière plus flexible que l'article 14 de la loi-type afin de permettre cette voie de droit également après l'expiration du délai de recours selon l'article 380.

L'**alinéa 3** est nouveau et établit que les voies de droit ne suspendent pas les éventuels délais de recours. Il garantit en outre qu'une partie lésée par la rectification, l'interprétation ou la sentence additionnelle puisse à nouveau recourir ou demander une révision sur ce point (mais pas sur les autres points) de la sentence³¹³.

L'article 34, alinéa 4 de la loi-type concernant la rectification *ex officio* par le tribunal arbitral n'a pas été repris. Néanmoins, cela n'empêche pas un tribunal arbitral de dénoncer une erreur manifeste aux parties et de leur laisser le soin de déposer en temps voulu une requête au sens de l'alinéa 1. L'article 34, alinéa 5 de la même loi-type concernant la forme des décisions de rectification, d'interprétation ou d'addition n'a également pas été repris. La pratique doit donc prendre les mesures adéquates dans le cas d'espèce. En cas d'erreur rédactionnelle minime comme la confusion des désignations des parties (*demanderesse* à la place de *défenderesse*), une lettre du tribunal arbitral ou de son président suffit.

Titre 7 Recours contre la sentence

Remarques préliminaires

Comme le chapitre 7 du concordat, le Titre 7 de l'avant-projet est consacré au recours contre les sentences arbitrales. Le titre en lui-même souligne déjà que les décisions et ordonnances préparatoires du tribunal arbitral ne peuvent être attaquées en tant que telles, mais peuvent tout au plus faire l'objet d'un recours contre la décision finale. Les moyens de recours contre les décisions des tribunaux étatiques ne font pas l'objet de ce titre (art. 346).

Étant donné les critiques pesant actuellement sur le contrôle des recours à deux niveaux prévu par le concordat, la commission d'experts a examiné l'éventualité du recours direct au Tribunal fédéral (sur le modèle de l'article 190 LDIP pour l'arbitrage international). La commission a néanmoins écarté cette solution car elle irait à l'encontre d'un objectif majeur de la réforme de la justice, à savoir décharger le Tribunal fédéral. Quoi qu'il en soit, le recours direct ne devrait pas être intégré à la loi de procédure civile, mais à la future loi sur le Tribunal fédéral. La commission d'experts est donc d'avis que la LTF - outre son renvoi aux articles 190 à 192 LDIP (cf. art. 71 BGG) - devra également renvoyer à la liste de l'article 378. Elle devra donc être adaptée en conséquence.

³¹³ Voir à ce propos dans un contexte similaire Poudret, art. 57 OJ, n. 4.3 et ATF 125 III 526, cons. 1b.

Chapitre 1 Recours en nullité

Art. 377

Dans la version allemande, l'avant-projet ne connaissant pas la notion de « Nichtigkeitsbeschwerde » (cf. art. 36 CA), ce nouveau moyen de droit est tout simplement appelé « Beschwerde » (en français: « recours limité au droit »). La disposition définit les sentences attaquables (cf. à ce propos également les commentaires relatifs à l'art. 346).

Art. 378

Aux **lettres a à d**, l'avant-projet énumère les motifs de recours, qui sont d'ailleurs les mêmes que dans l'arbitrage international (cf. art. 190, al. 2 let. a à d LDIP) - à l'exception d'une modification, à la lettre a, due aux nécessités de la technique législative. En substance, ces motifs de recours correspondent aussi aux motifs de recours prévus par le concordat (cf. art. 36, let. a à e CA).

La **lettre e** maintient le recours pour cause d'arbitraire (cf. art. 36, let. f CA), qui ne faisait pas l'unanimité au sein de la commission d'experts. L'avant-projet précise que ce motif de recours ne peut être invoqué que si la sentence est *arbitraire quant à son résultat*. Il est ainsi souligné - conformément à la pratique actuelle - que l'examen sous l'angle de l'arbitraire doit toujours avoir lieu dans la perspective des résultats, donc que l'instance de recours n'est pas une autorité d'appel³¹⁴. Le recourant doit faire valoir que la sentence est manifestement indéfendable quant à son résultat pour l'un des motifs mentionnés, c'est-à-dire indéfendable sur la base de motifs pertinents.

La **lettre f** correspond à l'article 36, lettre i CA. Elle est complétée par l'indication que ce motif de recours vaut également pour les dépenses manifestement excessives. Cette disposition ne s'applique toutefois pas aux dépens accordés aux parties: ceux-ci peuvent être contestés, comme c'est le cas actuellement, par le recours pour arbitraire.

Les motifs de recours suivants n'ont pas été expressément repris: l'expiration du délai imparti au tribunal arbitral pour remplir sa mission, l'inobservation des prescriptions sur le contenu de la sentence et le caractère incompréhensible ou contradictoire du dispositif de la sentence (art. 36, let. g et h CA). Au terme de sa durée de mission, le tribunal arbitral ne peut plus rendre de décision exécutable. Le non-respect des prescriptions sur le contenu de la sentence peut être corrigé sur la base de l'article 376.

Art. 379

Le contenu de cette disposition correspond à l'article 37, alinéa 2 CA.

³¹⁴ Voir ATF 112 Ia 172 et Rüede/Hadenfeldt, p. 345, ainsi que Poudret in SJK 464c, p. 4.

Art. 380

Cette disposition diverge de l'article 37, alinéa 1 CA. D'une part, elle dispose que le recours limité au droit doit être remis à l'instance de recours par écrit et motivé, et d'autre part, elle fixe le délai de recours à 20 jours - tout comme en cas de recours contre un jugement rendu par un tribunal étatique.

Art. 381

En déclarant applicables les dispositions de procédure du recours limité au droit, cette disposition renvoie à l'autre partie de la Procédure civile suisse (art. 313 à 317 sur l'obligation de motiver, la réponse, l'exclusion du recours joint, l'effet suspensif et l'irrecevabilité des conclusions, des allégations de faits et des preuves nouvelles). Outre l'article 387, le présent article est la seule règle de renvoi à la procédure devant les tribunaux étatiques. L'article 316 concernant l'effet suspensif remplace l'article 38 CA et autorise l'autorité de recours à accorder l'effet suspensif; le cas échéant, en ordonnant des mesures conservatoires ou en exigeant la fourniture de sûretés.

Art. 382

Cette disposition correspond à l'article 39 CA, avec quelques simplifications d'ordre rédactionnel. Dans les cas où le défaut à l'origine du recours peut être simplement éliminé par rectification ou complément, l'instance de recours peut renoncer à une annulation selon l'article 383. Elle a donc aussi la possibilité, dans le cadre des motifs de recours invoqués, de demander une rectification, une interprétation ou une sentence additionnelle, si les parties n'ont pas déjà déposé une demande dans ce sens en temps voulu (art. 376).

Art. 383

L'**alinéa 1** correspond à l'article 40, alinéa 1 CA, à l'exception d'une adaptation terminologique.

L'**alinéa 2** correspond à la première phrase de l'article 40, alinéa 4 CA. Il précise néanmoins que le tribunal arbitral doit statuer sur la base des considérants de l'arrêt de renvoi émanant de l'instance de recours.

L'**alinéa 3** correspond à l'article 40, alinéa 2 CA.

Le contenu de l'**alinéa 4** correspond à l'article 40, alinéa 3 CA, mais est formulé de manière potestative. Il incombe donc à l'instance de recours de décider si elle fixe elle-même les dépenses du tribunal arbitral ou si elle en laisse le soin au tribunal arbitral - en fonction des considérants (par ex. si les données sur le travail fourni manquent).

Art. 384

La renonciation au recours devant le Tribunal fédéral requiert - comme selon l'article 192, alinéa 1 LDIP - une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou dans un accord écrit ultérieur. Les parties doivent *exprimer clairement leur volonté de*

*renonciation en se référant au moyen de recours et en y renonçant*³¹⁵. Les formulations telles que « sans appel » et « final and binding » ne sont donc pas suffisantes, tout comme les renvois aux dispositions de procédure qui - comme l'article 28(6) du Règlement CCI - déclarent les sentences définitives ou contraignantes.

Chapitre 2 Révision

Art. 385

Les motifs de révision correspondent à ceux de la procédure devant un tribunal étatique (cf. art. 319). La révision d'une sentence peut donc - chose nouvelle - être également demandée si l'acquiescement à la demande, le désistement d'action ou la transaction judiciaire n'est pas valable selon le droit civil. Selon le libellé de l'article 385, cela suppose toutefois qu'il soit mis un terme au procès par une sentence et non par une simple ordonnance de radiation (cf. également les commentaires relatifs à l'art. 373).

Art. 386

Le délai absolu pour demander la révision d'une sentence arbitrale diffère du délai à respecter en cas de décision d'un tribunal étatique (art. 320). Il n'est que de cinq ans parce que les tribunaux arbitraux ont la plus grande difficulté à continuer à fonctionner avec la même composition au-delà de ce terme. Le délai absolu vaut également en cas d'influence de crimes ou de délits sur la sentence. Le délai absolu applicable selon l'article 42 CA est donc conservé. Le délai relatif par contre est désormais de trois mois.

Art. 387

Du fait du renvoi à l'article 321, l'effet suspensif est soumis aux mêmes règles qu'en cas de révision d'une procédure étatique.

Art. 388

Le contenu de l'**alinéa 1** correspond à l'article 43, alinéa 1 CA.

L'**alinéa 2** correspond à l'article 43, l'alinéa 2 CA, mais établit que désormais, la nomination de remplacement ne doit pas être obligatoirement effectuée par un tribunal étatique - comme le suggérait le texte du concordat - mais selon la règle de l'article 361, qui respecte l'autonomie des parties. Le cas où tous les membres du tribunal arbitral doivent être remplacés est de ce fait également couvert, raison pour laquelle une reprise de l'article 43, alinéa 3 CA ne s'impose pas.

³¹⁵ ATF 116 II 640.

Dispositions transitoires

Remarques préliminaires

Les dispositions transitoires correspondent à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au droit transitoire de la LDIP ainsi qu'aux propositions de la doctrine³¹⁶.

Art. 394

L'**alinéa 1** établit que la validité des conventions d'arbitrage est déterminée par le droit le plus favorable.

L'**alinéa 2** prévoit que l'ancien droit est applicable aux procédures d'arbitrage initiées avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. Les parties peuvent néanmoins convenir d'appliquer celui-ci.

L'**alinéa 3** établit enfin que les procédures accessoires étatiques en cours (par ex. les procédures de nomination ou de récusation, les procédures de participation selon l'art. 365) restent soumises au droit ancien. Par contre, le nouveau droit s'applique par exemple aux procédures de récusation introduites contre un arbitre après son entrée en vigueur, même si la procédure arbitrale était pendante au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit.

Les voies de droit contre les sentences font l'objet d'une réglementation spéciale. Le droit applicable est déterminé par la date de notification de la sentence, et non par exemple par la date où la voie de droit est introduite. Si la notification a été effectuée avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, l'ancien droit est applicable. Dans le cas contraire, c'est le nouveau.

Adaptations de la LDIP (annexe ch. 17)

Art. 109 al. 2 et 129 al. 3

Les articles 109, alinéa 2, et 129, alinéa 3 LDIP prévoient, en matière de propriété intellectuelle et en matière délictuelle, la possibilité d'ouvrir action contre plusieurs défendeurs devant un seul tribunal, lorsqu'un for est donné en Suisse pour chacune des actions. Avec l'abrogation de ces alinéas, et à la lumière de l'article 1 alinéa 2, on crée, en matière internationale, un for général de la consorité lorsque la compétence internationale de la Suisse est donnée pour chacune des actions (selon la LDIP ou une convention internationale). Dans un tel cas, l'article 13, alinéa 1 de l'avant-projet est applicable. Il en va de même des articles 13, alinéa 2 et 117, lorsque toutes les actions peuvent être ouvertes en Suisse.

Art. 176, al. 2

Le choix laissé aux parties par cette disposition (« opting ») n'a joué aucun rôle dans la pratique. Cet alinéa peut donc être abrogé.

³¹⁶ Voir 115 II 97 et 115 II 290; BSK-Monique Jametti Greiner/Thomas Geiser n. 64 ss rel. à l'art. 196 LDIP.

Art. 179, al. 2

Le renvoi au droit cantonal est remplacé par un renvoi à la loi fédérale de procédure civile.

Art. 191, al. 2

La possibilité de permettre au tribunal cantonal, en lieu et place du Tribunal fédéral, de statuer au siège du tribunal arbitral sur des recours selon l'article 190 LDIP a rarement été utilisée dans la pratique³¹⁷. Cette disposition peut donc être supprimée.

³¹⁷ Quant à une exception extrêmement rare, cf. ATF 116 II 728, où une clause contractuelle a été interprétée dans ce sens par le tribunal cantonal (SZIER 2000, p. 613).

Liste des abréviations

AP	Avant-projet
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral (Recueil officiel)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Commentaire bernois
BSK	Commentaire bâlois
Bull. off. CN	Bulletin officiel du Conseil national
Bull. stén. CN	Bulletin sténographique de l'Assemblée fédérale (Conseil national)
CA	Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969; RS 279
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210
CCI	Chambre de commerce internationale, Paris
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950; RS 0.101
CLug	Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano); RS 0.275.11
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le développement du commerce international
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations); RS 220
cons.	considérant
Cst.	Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse; RS 101
DFJP	Département fédéral de justice et police
DZPO	Deutsche Zivilprozessordnung du 30 janvier 1977
éd.	éditeur
édit.	édition
FF	Feuille fédérale
FSA	Fédération suisse des avocats
GVG/ZH	Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich du 13 juin 1976
LBFA	Loi fédérale du 4 octobre 1985 sur le bail à ferme agricole; RS 221.213.2
LBI	Loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention (loi sur les brevets); RS 232.14

LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance ; RS 221.229.1
LCart	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels); RS 251
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale; RS 241
LDA	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (loi sur le droit d'auteur); RS 231.1
LDes	Loi fédérale du 5 octobre 2001 sur la protection des designs (loi sur les designs) ; RS 232.12
LDFR	Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural; RS 221.412.11
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé ; RS 291
LEG	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité); RS 151.1
let.	lettre
LFors	Loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (loi sur les fors) ; RS 272
LFus	Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion); message : FF 2000 3995 ss; projet : FF 2000 4184 ss
LI	Loi d'introduction
LLCA	Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (loi sur les avocats) ; RS 935.61
Loi sur la participation	Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises; RS 822.14
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite; RS 281.1
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données ; RS 235.1
LPM	Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (loi sur la protection des marques); RS 232.11
LPOV	Loi fédérale du 20 mars 1975 sur la protection des obtentions végétales; RS 232.16
LRCN	Loi du 18 mars 1983 sur la responsabilité civile en matière nucléaire ; RS 732.44
LSE	Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services; RS 823.11

LTF	Loi fédérale du 28 février 2001 sur le Tribunal fédéral (Loi sur le Tribunal fédéral); message : FF 2001 4000 ss; projet : FF 2001 4281 ss
LTO	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur la protection des topographies de produits semi-conducteurs (loi sur les topographies); RS 231.2
mp	Mietrechtspraxis, Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht
n.	note, numéro
notamm.	notamment
OJ	Loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire (Organisation judiciaire); RS 173.110
PC/AG	Zivilprozessordnung des Kantons Aargau du 18 décembre 1984
PC/BE	Code de procédure civile du canton de Berne du 7 juillet 1918
PC/BS	Zivilprozessordnung des Kantons Basel-Stadt du 8 février 1875
PC/FR	Code de procédure civile du canton de Fribourg du 28 avril 1953
PC/GE	Code de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987
PC/GR	Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden du 1 ^{er} décembre 1985
PC/LU	Gesetz über die Zivilprozessordnung des Kantons Luzern du 27 juin 1994
PC/SG	Zivilprozessgesetz des Kantons St. Gallen du 20 décembre 1990
PC/TH	Gesetz über die Zivilrechtspflege des Kantons Thurgau du 6 juillet 1988
PC/UR	Zivilprozessordnung des Kantons Uri du 23 mars 1994
PC/VD	Code de procédure civile du canton de Vaud du 14 décembre 1966
PC/VS	Code de procédure civile du canton du Valais du 24 März 1988
PC/ZH	Gesetz über den Zivilprozess des Kantons Zürich du 13 juin 1976
PCF	Loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale; RS 273
PJA	Pratique juridique actuelle
RDS	Revue de droit suisse
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier

RO	Recueil officiel
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
s.	et suivante (page, note, etc.)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SPR	Schweizerisches Privatrecht (<i>TDP; Traité de droit privé suisse</i>)
ss	et suivantes (pages, notes, etc.)
vol.	volume
ZHK	Commentaire zurichois
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Bibliographie

Les ouvrages mentionnés ci-après ne sont cités que par le nom de l'auteur, accompagné si nécessaire un mot-clé. Le Commentaire bernois (BK), le Commentaire bâlois (BSK) ainsi que le Commentaire zurichois (ZHK) sont cités avec le nom du collaborateur, la mention des articles de loi et de l'abréviation de celle-ci (par ex. BK-Fabio Soldati, art. 8 GestG, n. 7).

- | | |
|-------------------------------|--|
| Amonn/Gasser | Kurt Amonn/Dominik Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6 ^e édit., Berne 1997 |
| Bertossa/Gaillard/Guyet | Bernard Bertossa/Louis Gaillard/Jacques Guyet, Commentaire de la loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987, Genève 1989- |
| Brönnimann | Jürgen Brönnimann, Verfassungsrechtliche Probleme des einfachen und raschen Verfahrens, RDS 1989, p. 351 ss |
| Bühler, Prozessarmut | Alfred Bühler, Die Prozessarmut, in: Schöbi (éd.), voir ce nom |
| Bühler/Edelmann/Killer | Alfred Bühler/Andreas Edelmann/Albert Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2 ^e édit., Aarau/Francfort s. I. M./Salzbourg 1998 |
| Bürgi/Schläpfer/Hotz/Parolari | Hermann Bürgi/Kaspar Schläpfer/Matthias Hotz/Carlo Parolari, Handbuch zur Thurgauer Zivilprozessordnung, Zurich 2000 |
| Cocchi/Trezzini | Bruno Cocchi/Francesco Trezzini, Codice di Procedura Civile ticinese, 2 ^e édit., Lugano 2000 |
| Dahlmanns | Gerhard Dahlmanns, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte, 3 ^e vol./ 2 ^e partie, Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht, Helmut Coing (éd.), Munich 1982 |
| Deschenaux, SPR II | Henri Deschenaux, Der Einleitungstitel, in: Schweizerisches Privatrecht, vol. II, p. 1 ss, Bâle et Stuttgart 1967 |
| Deschenaux/Castella | Henri Deschenaux/Jean Castella, La nouvelle procédure civile fribourgeoise, Fribourg 1960 |
| Donzallaz | Yves Donzallaz, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, Berne 2001 |
| Ehrenzeller | Max Ehrenzeller, Zivilprozessordnung des Kantons Appenzell A. Rh., Herisau 1988 |

Eichenberger	Kurt Eichenberger, Zivilrechtspflege des Kantons Aargau, Aarau/Francfort s. l. M./Salzburg 1987
Frank/Sträuli/Messmer	Richard Frank/Hans Sträuli/Georg Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3 ^e édit., Zurich 1997, et volume complémentaire, Zurich 2000
Fux	Roland Fux, Die Walliser Zivilprozessordnung, Loèche 1988
Gmür	Roland Gmür, Kündigungsschutz - Prozessuales rund um den "Entscheid" der Schlichtungsbehörde, mp 1990, p. 125 ss
Guldener	Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3 ^e édit., Zurich 1979
Güngerich	Andreas Güngerich, Die Schutzschrift im schweizerischen Zivilprozessrecht unter besonderer Berücksichtigung der Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Berne 2000
Habscheid, éd.	Walther Habscheid (éd.), Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlungen auf andere Rechtsordnungen, Bielefeld 1991
Habscheid, Zivilprozess	Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2 ^e édit., Bâle 1990
Hagger	Walter Hagger, Die Erläuterung im schweizerischen Zivilprozessrecht unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zurich, thèse, Zurich 1982
Hangartner	Yvo Hangartner (éd.), Das st. gallische Zivilprozessgesetz, St-Gall 1991
Hauser/Schweri	Robert Hauser/Erhard Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zurich 2002
Hess-Blumer	Andri Hess-Blumer, Die Schutzschrift nach eidgenössischem und zürcherischem Recht, Zurich 2001
Hohl, Procédure civile I	Fabienne Hohl, Procédure civile, Tome I, Introduction et théorie générale, Berne 2001
Hohl, Réalisation	Fabienne Hohl, La réalisation du droit et les procédures rapides, Fribourg 1994
Huber	Eugen Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, 4 volumes, Bâle 1886-1893
Keller/Stampfli	Walter Keller/Raoul Stampfli, Zivilprozessordnung des Kantons Solothurn mit Praxis des Obergerichts, Berne 1999

- Kellerhals/v. Werdt/Güngerich Franz Kellerhals/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich (éd.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Berne 2001
- Kummer Max Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4^e édit., Berne 1984
- Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi Georg Leuch/Omar Marbach/Franz Kellerhals/Martin Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5^e édit., Berne 2000
- Leuenberger, Streiterledigung Christoph Leuenberger, Streiterledigung zwischen Vergleich und Urteil: Modell eines einfachen und raschen Verfahrens, in: Festschrift für Oskar Vogel, Fribourg 1991
- Leuenberger, Gerichtsstände Vereinheitlichte Gerichtsstände - Unterschiede bei der Rechtshängigkeit, in: Karl Spühler (éd.), Aktuelle Probleme des nationalen und internationalen Zivilprozessrechts, Europa Institut Zurich, vol. 31, Zurich 2000, p. 25 ss
- Leuenberger/Pfister-Liechti Christoph Leuenberger/Renate Pfister-Liechti, Das Gerichtsstandsgesetz/La loi sur les fors, Publications de la Fondation pour la formation continue des juges suisses, vol. 2, Berne 2001
- Leuenberger/Uffer-Tobler Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Berne 1999
- Meier Isaak Meier, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zurich 1983
- Mermoud Jean-René H. Mermoud, Loi de procédure civile genevoise annotée, Genève 1988
- Müller/Wirth Thomas Müller/Markus Wirth (éd.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zurich 2001
- Nay Giusep Nay, Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Graubünden, Coire 1986
- Notter Andreas B. Notter, Vollstreckbare öffentliche Urkunden, RNRF 74, p. 84 ss
- Poudret Jean-François Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. II (art. 41-74), Berne 1990, vol. V (art. 136-171), Berne 1992
- Poudret/Sandoz-Monod Jean-François Poudret/Suzette Sandoz-Monod, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Berne 1990-1992

- Poudret/Wurzburger/Haldy Jean-François Poudret/Alain Wurzburger/
Jacques Haldy, Procédure civile vaudoise, 2^e
édit., Lausanne 1996
- Poudret/Haldy/Tappy Jean-François Poudret/Jacques Haldy/Denis
Tappy, Procédure civile vaudoise, 3^e édit., Lau-
sanne 2002
- Reusser Ruth Reusser, Die Stellung der Kinder im neuen
Scheidungsrecht, in: Heinz Hausheer (éd.), Vom
alten zum neuen Scheidungsrecht, Berne 1999,
p. 9 ss
- Riemer Hans Michael Riemer, Grundriss des Vormund-
schaftsrecht, 2^e édit., Berne 1997
- Rohner Christoph Rohner, Klageänderung, PJA 2001, p.
7 ss
- Schöbi (éd.) Fragebogen/Questionnaire, in: Christian Schöbi
(éd.), Gerichtskosten, Parteikosten, Prozess-
kaution, unentgeltliche Prozessführung, Publi-
cations de la Fondation pour la formation con-
tinue des juges suisses, vol. 3, Berne 2001
- Schüpbach Henri-Robert Schüpbach, Traité de procédure
civile, Zurich 1995
- Schurter/Fritzsche, vol. I Emil Schurter/Hans Fritzsche, Das Zivilprozess-
recht des Bundes, Zurich 1924
- Schurter/Fritzsche, vol. II/1 Emil Schurter/Hans Fritzsche, Die geschicht-
lichen Grundlagen der kantonalen Rechte, Zurich
1931
- Schurter/Fritzsche, vol. II/2 Emil Schurter/Hans Fritzsche, Letzte Wandlun-
gen und heutiger Stand der kantonalen Rechte,
Zurich 1933
- Schweighauser Jonas Schweighauser, Praxiskommentar Schei-
dungsrecht, éd. Ingeborg Schwenzer, Bâle/ Ge-
nève/Munich 2000
- Spühler/Reetz, Kautionen Karl Spühler/Peter Reetz, Voraussetzungen und
Höhe von Kautionen, in: Schöbi (éd.), voir ce
nom
- Spühler/Reetz/Vock/Graham Karl Spühler/Peter Reetz/Dominik Vock/Barbara
Graham-Siegenthaler, Neuerungen im Zivilpro-
zess, Zurich 2000
- Spühler/Tenchio/Infanger Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger
(éd.), Kommentar zum Schweizerischen
Zivilprozessrecht, Bundesgesetz über den
Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG), Bâle 2001
- Spühler/Vock, GestG Karl Spühler/Dominik Vock, Gerichtsstands-
gesetz, Gesetzeausgabe mit Anmerkungen,
Zurich 2000

- Spühler/Vock, Rechtsmittel Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zurich und im Bund, Zurich 1999
- Staehelin Adrian Staehelin, Die bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften über konsumentenrechtliche Streitigkeiten - ein Überblick, in: Isaak Meier et al. (éd.), Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zurich 1994, p. 125 ss
- Staehelin/Sutter Adrian Staehelin/Thomas Sutter, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zurich 1992
- Stein Friedrich Stein, in: Der Zivilprozess, Rechtslehre, Rechtsvergleichung, Gesetzesreform. Die Reform des Zivilprozesses, Mannheim/Berlin/Leipzig 1992
- Sterchi Martin Sterchi, Gerichts- und Parteikosten im Zivilprozess, in: Schöbi (éd.), v. à ce nom
- Storme Marcel Storme, Im Westen viel Neues - Justizreform in Belgien, Zeitschrift für Zivilprozess International, 1999, p. 117 ss
- Studer/Rüegg/Eiholzer Urs W. Studer/Victor Rüegg/Heiner Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Lucerne 1994
- Stürner Rolf Stürner, in: Habscheid (éd.), Das Deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen - von Deutschland aus gesehen, Bielefeld 1991, p. 3 ss
- Sutter, Parteianhörung Thomas Sutter, Parteianhörung und Parteivernehmung am Ende des 20. Jahrhunderts aus schweizerischer Sicht, ZZP 2000 p. 327 ss
- Sutter, Überlegungen Thomas Sutter, Konzeptionelle Überlegungen für eine schweizerische Zivilprozessordnung, in: Helvetisches Zivilprozessrecht, Symposium zum 75. Geburtstag von Walther J. Habscheid, Bibliothek zur ZSR, Beiheft 31, Bâle/Genève/Munich 1999, p. 32 ss
- Sutter, Weg zur Rechtseinheit Thomas Sutter, Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zurich 1998
- Sutter/Freiburghaus Thomas Sutter/Dieter Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zurich 1999
- Vogel, Säumnis Oskar Vogel, Kein Rechtsverlust mehr durch prozessuale Säumnis, recht 1993, p. 182 ss

- Vogel/Spühler, Zivilprozessrecht Oskar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7^e édit. mise à jour, Berne 2001
- Walder Hans Ulrich Walder, Zivilprozessrecht, 4^e édit., Zurich 1996
- Walter Gerhard Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 2^e édit., Berne/Stuttgart/Vienne 1997
- Wegmann Paul Wegmann, Gedanken zur Bedeutung der aufschiebenden Wirkung in Zivilsachen, in: Festschrift von Castelberg, Zurich 1997
- Weibel/Rutz Heinrich Weibel/Magdalena Rutz, Gerichtspraxis zur basellandschaftlichen Zivilprozessordnung, 4^e édit., Liestal 1986
- Witschi Christian Witschi, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde nach Art. 50 Lugano-Übereinkommen in der Schweiz, thèse, Berne 2000
- Würzburger Alain Würzburger, De la constitutionnalité des émoluments judiciaires en matière civile, in: Hommage à Jean-François Poudret, Lausanne 1999
- Zürcher Johann Jakob Zürcher, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zurich, Einstweiliger und definitiver Rechtsschutz für immaterialgüter- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche im summarischen Verfahren, Zürich 1998