

fürher sein Schlichtungsbegehren hinsichtlich der Abberufung der Verwalterin formell zurückgezogen. Vielmehr ist er nach Ausstellung der Klagebewilligung innerhalb der Prosequierfrist nach Art. 209 Abs. 3 ZPO (zum Fristenstillstand während der Gerichtsferien: BGE 138 III 615 E. 2) direkt an das für die Abberufung örtlich, sachlich und funktionell zuständige Gericht gelangt. Der Beschwerdeführer hat also nicht von der Klagebewilligung Gebrauch gemacht, da er wohl einem von ihm antizipierten Nichteintretensentscheid des Gerichts zuvorkommen wollte. Unter diesen Umständen käme Art. 63 ZPO tatsächlich ins Spiel. Indes hat der Beschwerdeführer weder seiner Klage vom 18. Januar 2022 noch derjenigen vom 17. Januar 2022 sein Schlichtungsgesuch vom 10. Juli 2021 beigelegt, sondern ausschliesslich die Klagebewilligung (siehe oben, E. 2.2.1). Mangels Einreichung des Originals (bzw. einer Kopie) der ursprünglichen Eingabe steht eine Rückdatierung der Rechtshängigkeit des (reformatatorischen) Abberufungsbegehrens ausser Frage.

2.3. Bei diesem Ergebnis nicht zu behandeln bleiben der vom Beschwerdeführer eventualiter vertretene Standpunkt, wonach der reformatatorisch gestellte Antrag auf Abberufung der Verwalterin zumindest eine zulässige Klageänderung im Sinn von Art. 227 Abs. 1 ZPO darstelle, und die damit verbundene Frage, ab welchem Zeitpunkt der neue bzw. geänderte Antrag als rechtshängig gemacht gelten würde (zu den diesbezüglich teilweise unterschiedlichen Lehrmeinungen vgl. INFANGER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 11 zu Art. 62 ZPO; MÜLLER-CHEN, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 11 zu Art. 62 ZPO; Müller-Chen, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 27 zu Art. 62 ZPO).

NOTE

François Bohnet

Le respect d'un délai de déchéance en cas de saisine de l'autorité de conciliation alors que le préalable de conciliation est exclu

En principe, une conciliation préalable précède la procédure de fond (art. 197 CPC). Tel n'est cependant pas le cas en matière de procédure sommaire (art. 198 lit. a CPC) ou, par exemple, lorsque le juge a fixé un délai pour agir au fond (art. 198 lit. h CPC). Comment faut-il traiter l'hypothèse d'une saisine injustifiée, par exemple comme dans le cas d'espèce, où, lorsque l'assemblée refuse de révoquer l'administrateur, le copropriétaire doit saisir le tribunal dans un mois par une requête en procédure sommaire (art. 712r al. 2 CC), donc sans préalable de conciliation? Lorsque la procédure sommaire s'applique, une requête de conciliation constitue un acte formé dans la mauvaise procédure et adressé à une autorité incompétente. Selon le Tribunal fédéral, lorsque le demandeur saisit l'autorité de conciliation en lieu et place du tribunal compétent, celle-ci *peut*, en cas d'incompétence manifeste, se déclarer incompétente (ATF 146 III 47 consid. 2, RSPC 2020 311, avec note; ATF 146 III 265 consid. 4, RSPC 2020 148). Dans un tel cas, le demandeur disposera du délai d'un mois pour déposer la requête devant le tribunal compétent afin de faire perdurer la litispendance (art. 63 al. 1 CPC). Comme le prononcé d'incompétence n'est qu'une faculté de l'autorité d'après la jurisprudence de Tribunal fédéral, celle-ci conserve la possi-

bilité de délivrer une autorisation de procéder. Celle-ci n'est cependant pas valable si la partie adverse conteste la compétence ou fait défaut (ATF 146 III 265 consid. 5.5.3, RSPC 2020 148: «En revanche, lorsque le défendeur fait défaut dans la procédure de conciliation ou conteste, dans le cadre de celle-ci, la compétence à raison du lieu de l'autorité de conciliation, il peut se plaindre du caractère vicié de l'autorisation de procéder lors du procès au fond et exiger que la procédure de conciliation soit répétée»). Lorsque la conciliation n'est pas prévue par la loi, l'autorisation de procéder est quoi qu'il en soit privée d'effet même si la partie ne conteste pas la compétence à l'audience, puisque la procédure débute directement par le dépôt de la demande ou de la requête en justice. Il n'empêche que le dépôt de la requête de conciliation fixe la litispendance (art. 62 al. 1 CPC) et que le demandeur en bénéficie. L'arrêt 5A_234/2023 du 18 août 2023 envisage l'hypothèse du dépôt spontané de la demande à la suite de la conciliation tentée par erreur. Dans ce cas, si la requête est redéposée à l'identique conformément à la jurisprudence (ATF 145 III 428 consid. 3.2; ATF 141 III 481 consid. 3.2.4), le Tribunal fédéral semble prêt à admettre l'application par analogie de l'art. 63 CPC. Cette hypothèse, qui pose déjà des difficultés (qui pensera à redéposer spontanément l'acte identique avant même d'avoir obtenu un prononcé du juge du fond?), n'est cependant pas celle qui est la plus probable. En effet, en cas de délivrance de l'autorisation de procéder, le demandeur s'en prévaut en principe et déposera sa demande dans le délai légal. Si la partie demanderesse souhaite que la litispendance parte au dépôt de l'acte de conciliation (en particulier si un délai de déchéance est tombé entre temps), le juge devrait dans ce cas déclarer la demande au fond irrecevable pour cause de litispendance au sens de l'art. 59 al. 2 lit. d CPC (la première requête de conciliation ayant fixé la litispendance [art. 62 al. 1 CPC], mais devant une autorité incompétente). Dès l'entrée en force de ce prononcé, le demandeur devra alors retirer (rapidement, pour une question de bonne foi) sa requête de conciliation, le retrait faisant partir le délai d'un mois pour déposer cet acte devant le tribunal compétent (art. 63 al. 1 CPC; comp. en cas en de prononcé d'irrecevabilité du juge en raison d'une autorisation de procéder nulle faute de compétence matérielle ou locale de l'autorité de conciliation alors que la conciliation s'impose, CR CPC-BOHNET, art. 63 N 10). Cette approche assure la protection des intérêts du demandeur lorsque l'autorité de conciliation a fait le choix de ne pas se déclarer incompétente, car dans le cas d'un prononcé d'irrecevabilité par l'autorité de conciliation, nul doute que l'art. 63 CPC trouve à s'appliquer.