

digkeit (Abs. 1) und zufolge Klageeinleitung im unrichtigen Verfahren (Abs. 2), nicht aber Nichteintretensentscheide zufolge Fehlens anderer Prozessvoraussetzungen – wie hier die Ungültigkeit der Klagebewilligung – oder zufolge formeller Mängel der Eingabe (BGE 141 III 481 E. 3.2.4). Dieser Gedanke braucht indes vorliegend nicht vertieft weiterverfolgt zu werden, denn die Beschwerdeführer behaupten nicht, der angefochtene Entscheid führe für sie letztlich zu einem Rechtsverlust.

3.4 Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie in der Hauptsache abzuweisen ist.

NOTE

Frédéric Fitzi, *collaborateur scientifique à l'Université de Neuchâtel, avocat*
Yan Wojcik, *assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel, avocat (par ordre alphabétique)*

Les conséquences procédurales du défaut de tentative effective de conciliation

Trois défendeurs attraités devant le *Bezirksgericht* de Zurich (en tant que consorts simples) se sont prévalus de l'invalidité de l'autorisation de procéder, au motif que le conciliateur s'est contenté de demander aux parties de se présenter. L'échec de la conciliation a été constaté, au seul motif de l'absence de certaines parties à l'audience. L'*Obergericht* zurichois a par conséquent déclaré la demande irrecevable. Le Tribunal fédéral retient que l'absence de tentative effective de conciliation conduit à l'invalidité de l'autorisation de procéder.

Le préalable de conciliation obligatoire prévu par le législateur constitue une étape procédurale qui sert à désengorger les tribunaux, simplifier l'accès à la justice et clarifier d'éventuels malentendus en dissuadant les parties d'engager des procédures manifestement infondées ou de contester des prétentions manifestement fondées (Message CPC, FF 2006, 6935; OGer/ZH, LB210038, consid. V.3.2.3). Le but de la procédure de conciliation est de réunir les parties prenantes d'un conflit afin d'instaurer un vrai dialogue entre elles, et ce en vue de trouver une issue à l'amiable pour le litige (Message CPC, FF 2006, 6939; ATF 140 III 70, consid. 4.3). Les dispositions du CPC n'imposent néanmoins aucune obligation de collaborer activement à la conciliation; chaque partie peut d'emblée et péremptoirement rejeter toute forme de compromis (TF 4A_530/2021, consid. 3.3; 4A_500/2016, consid. 3.1). Selon le Tribunal fédéral, le demandeur a l'obligation de comparaître à l'audience de conciliation, quand bien même la partie adverse déclare au préalable qu'elle n'y participera pas. Il retient que ce n'est qu'au moment de l'audience de conciliation que l'autorité peut avoir la certitude que le défendeur fait défaut, étant donné qu'il ne peut pas être exclu qu'il y participe malgré tout (ATF 146 III 185, consid. 4.4.3).

Si, en cas de comparution personnelle et valable des parties à l'audience de conciliation, aucun effort de conciliation ne devait être entrepris, l'obligation de comparaître serait vidée de son sens (OGer/ZH, LB210038, consid. V.2.5). Nonobstant la grande liberté dont elle dispose dans l'agencement de la procédure (informelle) qu'elle conduit (KUKO ZPO-GLOOR/UMBRIKHT LUKAS, art. 201 N 2; BSK ZPO-INFANGER, art. 201 N 3), l'autorité de conciliation a le devoir de tenter effectivement une conciliation entre les parties (*Schlichtungsauftrag*), faute de quoi l'audience se réduirait à une simple formalité (OGer/ZH, LB210038, consid. V.2.5, V.3.2.1). C'est d'ailleurs ce que retient le message relatif au CPC: «[l']autorité de conciliation

agirait cependant avec trop de légèreté [...] si elle constatait l'échec de la transaction et délivrait l'autorisation de procéder de façon systématique. Il lui incombe bien au contraire – dans la mesure du possible – d'éclairer les parties sur la situation juridique et de les inciter à agir en conséquence» (Message CPC, FF 2006, 6938). Il est essentiel que chaque partie obtienne la possibilité de s'exprimer sur le fond de l'affaire (STAEHELIN, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 20 N 15). A défaut de pareille opportunité, l'autorisation de procéder n'est pas valable. Le Tribunal fédéral entend sanctionner de la même manière la participation d'un conciliateur partial qui rendrait illusoires les espoirs d'une conciliation (TF 4A_131/2013, consid. 2.2.2.1).

En l'espèce, en se contentant de relever l'identité des parties présentes à l'audience, le conciliateur ne leur a pas donné la possibilité de se prononcer sur le fond. Aucune tentative effective de conciliation n'a donc eu lieu par devant l'autorité de conciliation. Quand bien même il ressort d'échanges antérieurs que les parties n'avaient pas l'intention de transiger, l'autorité de conciliation a l'obligation de provoquer ou faciliter la création d'un dialogue entre elles. L'arrêt ici commenté fait ainsi de la tentative effective de conciliation une condition de validité de l'autorisation de procéder, sans pour autant instituer une obligation à charge des parties de trouver une issue à l'amiable pour le litige.

L'absence de tentative effective de conciliation constitue un vice grave dans le déroulement de la procédure de conciliation (OGer/ZH, LB210038, consid. V.2.4; DIKE ZPO-PAHUD, art. 220 N 13). A l'instar de ce qui prévaut pour les autres vices similaires, cette absence est sanctionnée par l'invalidité de l'autorisation de procéder (PC CPC-COFT/CHABLOZ, art. 59 N 50). La validité de l'autorisation de procéder constitue une condition de recevabilité (ATF 140 III 70, consid. 5). L'examen des conditions de recevabilité est soumis à la maxime inquisitoire simple (TF 4A_165/2021, consid. 3.2.3). Les parties demeurent ainsi les premières concernées par l'établissement des faits et les offres de preuve (ATF 141 III 569, consid. 2.3.2). Le caractère confidentiel de la conciliation prévu aux art. 203 al. 3 et 205 al. 1 CPC est cependant propre à compliquer le rôle des parties et du tribunal à cet égard, ceux-ci ne pouvant pas se référer au contenu des discussions intervenues lors de l'audience de conciliation (cf. OGer/ZH, LB210038, consid. V.3.1, qui se réfère aux versions divergentes des parties quant au déroulement réel de l'audience de conciliation). Dans la mesure où seules les déclarations des parties relatives au fond de l'affaire sont exclues du procès-verbal, il est cependant tout à fait possible d'y relater le déroulement de la procédure (*Verfahrensprotokoll*) (cf. OGer/ZH, RU110028, consid. III.5). Selon le Tribunal fédéral, l'inscription au procès-verbal de l'exception d'incompétence ne compromet pas l'objectif de confidentialité et n'est pas contraire à l'art. 205 al. 1 CPC (ATF 146 III 265, consid. 5.5.3). Un auteur déduit de ces impératifs de confidentialité une potentielle impossibilité pour le tribunal de déterminer si seule l'exception d'incompétence est soulevée ou si une conciliation a effectivement été tentée (SCHRANK, *Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, thèse Bâle 2015, N 228). A notre sens, rien ne s'oppose à ce que l'autorité inscrive au procès-verbal qu'une conciliation a été tentée, ce d'autant plus que ce document doit indiquer les informations nécessaires à la délivrance de l'autorisation de procéder.

Un éventuel litige quant à l'effectivité de la conciliation s'articulera avant tout autour du procès-verbal de l'audience de conciliation, ce dernier constituant le principal moyen de

preuve sur ce point. Force est d'admettre que des difficultés surviendront inévitablement lorsque le contenu du procès-verbal ne correspond pas à la réalité. Il faut retenir qu'en règle générale les autorités tentent effectivement la conciliation, de telle sorte qu'il appartient au défendeur d'apporter la preuve de cette omission. Pour ce faire, il pourra également songer à l'audition du conciliateur à titre de témoin, dans le respect de la confidentialité des offres transactionnelles émises.

Au vu de ce qui précède, l'obligation de l'autorité de conciliation de tenter d'établir un dialogue entre les parties se comprend comme le pendant de l'obligation des parties à comparaître à l'audience de conciliation (consid. 3.1.3). Or, c'est uniquement le demandeur qui subit les conséquences de la violation de son obligation par l'autorité. Le poids mis sur les épaules du demandeur est du reste une conséquence directe du fait que le législateur a réglé les effets du défaut de manière inégale pour les parties au procès à l'art. 206 CPC.

Il convient d'examiner dans quelle mesure et à quel moment le demandeur peut intervenir pour éviter pareille conséquence. L'arrêt commenté retient que les parties ne pouvaient plus formuler d'objection procédurale dès lors que l'autorité de conciliation a communiqué oralement sa décision de délivrer l'autorisation de procéder (consid. 3.2.2 s.). Jusqu'à cet arrêt, la doctrine retenait que la fin de la procédure de conciliation n'intervenait que par la délivrance de l'autorisation de procéder (BSK ZPO-INFANGER, art. 209 N 21; SCHRANK, *op. cit.*, N 577). En conséquence, au premier instant où le demandeur réalise que le déroulement vicié de la conciliation entraînera le prononcé d'une décision d'irrecevabilité par le tribunal de première instance, il ne peut plus rien entreprendre à ce premier stade de la procédure. En effet, une éventuelle dénonciation de ce manquement à l'autorité de surveillance – qui s'inscrit dans le cadre de l'organisation judiciaire et ressort du droit cantonal (cf. *in casu* § 82 GOG/ZH) – se comprend comme une institution de droit administratif et serait dépourvue d'effet procédural quant à la validité de l'autorisation de procéder (cf. STAHELIN/BACHOFNER, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 6 N 31 s.)

Après avoir entrepris tout ce qu'on pouvait attendre du demandeur pour obtenir l'autorisation de procéder, la demande a été déclarée irrecevable. La situation dans laquelle le demandeur se trouve interpelle. Pire encore, le Tribunal fédéral sous-entend que ce type d'irrecevabilité ne serait pas couvert par l'art. 63 CPC, avec comme possible conséquence la déchéance de ses droits. Le demandeur se trouve par conséquent dans un cul-de-sac et sa prétention n'a jamais fait l'objet d'un examen au fond, et pour seule cause, un manquement de l'autorité.

Manifestement conscient de ces enjeux pour le demandeur, le Tribunal fédéral rappelle une partie seulement de sa jurisprudence selon laquelle l'art. 63 CPC ne viserait que l'incompétence (locale et matérielle) et l'introduction de la demande selon une procédure erronée (ATF 141 III 481, consid. 3.2.4). Cette disposition ne serait donc pas applicable en cas de défaut d'autres conditions de recevabilité – dont ferait partie l'invalidité de l'autorisation de procéder – ou de vices de forme de l'acte initialement déposé (consid. 3.2.3).

Plusieurs auteurs soutiennent que l'art. 63 CPC trouve à s'appliquer en présence d'une décision d'irrecevabilité fondée sur l'incompétence fonctionnelle de l'autorité (CR CPC-BOHNET, art. 63 N 9; PC CPC-CHABLOZ, art. 63 N 5; DIKE ZPO-MÜLLER-CHEN, art. 63 N 6; KommZPO-SUT-

TER-SOMM/HEDINGER, art. 63 N 8; cf. également TF 4A_592/2013, consid. 3.2). Le Tribunal fédéral retient une acception large de la compétence fonctionnelle. Il considère qu'un jugement statuant sur la validité d'une autorisation de procéder – et donc sur la recevabilité de la demande – ressort à la compétence fonctionnelle (TF 4A_530/2021, consid. 1 et les références citées). Il en va de même selon lui de la régularité de la procédure de conciliation («es sei ein rechtsgültiges Schlichtungsverfahren durchgeführt worden») (TF 5A_121/2014, consid. 1.3, qui applique le même régime juridique qu'à celui d'une décision concernant la nécessité de procéder à une conciliation).

Au vu de ce qui précède, le considérant 3.2.3 de l'arrêt commenté interroge, ce d'autant plus qu'il ignore les enseignements de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_400/2019, consid. 5.7.2, qui admet l'applicabilité de l'art. 63 CPC à l'invalidité de l'autorisation de procéder en raison de l'incompétence locale de l'autorité de conciliation. Si un demandeur peut se prévaloir de l'art. 63 CPC après avoir introduit une requête de conciliation devant une autorité incompétente, il devrait *a fortiori* pouvoir s'en prévaloir s'il l'introduit auprès de la bonne autorité, mais que cette dernière lui délivre une autorisation de procéder boiteuse en ne conduisant pas une audience de conciliation *lege artis*. La consécration judiciaire du droit matériel ne saurait dépendre entièrement du comportement d'un tiers sur lequel le titulaire du droit ne peut avoir d'emprise. C'est précisément pour éviter de tels résultats choquants que l'art. 63 CPC a trouvé son ancrage dans le code.

Il ressort d'un arrêt ultérieur de l'*Obergericht* zurichois concernant la même affaire, que le demandeur, soucieux de ne pas perdre ses droits, a redéposé l'acte idoine dans sa teneur originale devant la même autorité de conciliation, en requérant la poursuite de la procédure sous le même numéro de référence. L'autorité de conciliation a suspendu la procédure selon l'art. 126 al. 1 CPC, celle-ci dépendant du sort du recours interjeté devant le Tribunal fédéral concernant l'invalidité de l'autorisation de procéder (cf. OGer/ZH, RU220019, consid. 4.3). Dite invalidité ayant désormais été confirmée par les juges de Mon-Repos dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral sera vraisemblablement amené à se prononcer sur la question de l'applicabilité de l'art. 63 CPC à une irrecevabilité subséquente à une autorisation de procéder invalide en raison d'un manquement de l'autorité de conciliation. Y répondre par la négative impliquerait de graves lacunes dans notre système judiciaire, ce qui ouvrirait sans doute la voie à des actions en responsabilité contre l'Etat.

En passant, nous revenons sur l'avis du Tribunal fédéral selon lequel la décision de rendre une autorisation de procéder clôt dite procédure. Selon JEANDIN, la décision de délivrer une autorisation de procéder constitue une «autre décision» au sens de l'art. 319 CPC (CR CPC-JEANDIN, art. 319 N 15). Elle serait donc susceptible de recours. Néanmoins, la jurisprudence du Tribunal fédéral retient que l'autorisation de procéder ne peut pas être examinée par une instance de recours, puisqu'elle constitue une condition de recevabilité qui doit être examinée par le tribunal saisi de la demande (ATF 140 III 227, consid. 3.1). Un recours contre la décision précitée de l'autorité de conciliation reviendrait à permettre l'examen de la validité de l'autorisation de procéder. Au vu de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, l'on peut douter qu'une telle voie de droit existe. Limitée par l'existence d'un intérêt suffisant du seul demandeur, cette voie de recours aurait toutefois le mérite de concrétiser l'économie de procédure.

En définitive, quand bien même l'étape procédurale de conciliation se veut informelle et adaptée aux profanes, le Tribunal fédéral rappelle que son déroulement doit répondre à un standard minimal de qualité, à défaut duquel l'autorisation de procéder n'est pas valable. Cette solution s'impose, si l'on veut éviter de transformer l'audience de conciliation en simple formalité. Cela implique donc nécessairement de laisser aux parties présentes la possibilité de prendre la parole, et ce, quand bien même elles auraient d'ores et déjà fait comprendre ne rien vouloir entendre. Dans le cas d'espèce, les parties auraient semble-t-il pu gommer un malentendu qui aurait permis au demandeur de modifier la hauteur de ses prétentions, si elles avaient eu l'occasion de s'exprimer sur le fond (cf. OGer/ZH, LB210038, consid. V.3.2.3). Le plaideur avisé veillera à ce qu'il figure bien au procès-verbal que la conciliation a effectivement été tentée. Ce sont six mots qui éviteront bien des écueils procéduraux. Il demeure à la libre appréciation des autorités de conciliation d'ajouter une formule topique standardisée en vue d'éviter tout oubli. Faute de tentative effective de conciliation, l'art. 63 CPC constituerait l'ultime remède à disposition du demandeur.

CA/CH 971