

8.4 En l'espèce, le recourant a soulevé et motivé le grief selon lequel son droit fondamental à la protection de la bonne foi aurait été violé. Il faut donc déterminer si, conseillé par un avocat, il aurait dû comprendre à la seule lecture de la loi que le délai d'appel se détermine selon les règles du CPC, à l'exclusion de celles de l'ancienne LPC/GE.

A cet égard, l'art. 404 al. 1 CPC prévoit que la procédure cantonale s'appliquait encore en première instance, soit en l'occurrence la procédure accélérée; quant à l'art. 314 al. 1 CPC, il prévoit que «si la décision a été rendue en procédure sommaire, le délai pour l'introduction de l'appel et le dépôt de la réponse est de dix jours»; il ne précise pas s'il se réfère à la procédure effectivement appliquée ou à la procédure abstraitement applicable selon le CPC. Ainsi, force est de constater qu'un doute pouvait subsister quant à la durée du délai d'appel durant la période transitoire. Dans tous les cas, l'erreur du recourant ne peut pas être qualifiée de grossière. Sa confiance placée dans l'indication erronée du délai d'appel donnée par le juge de première instance doit être protégée et il ne doit subir aucun désavantage de ce fait. En outre, l'intimée ne peut pas être suivie lorsqu'elle prétend que le recourant aurait dû réagir dès la mise en demeure de sa part. En effet, à lui seul, le courrier du 3 mars 2011 de l'intimée ne permet pas de remettre en cause la bonne foi du recourant.

[1180] Extrait de l'arrêt de la 1^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral dans la cause X. AG contre Y. SA (recours en matière civile) 4A_648/2011 du 4 avril 2012

Art. 316 al. 2 CPC; Second échange d'écritures en appel et droit de réplique

Comme les faits et moyens de preuve nouveaux sont en principe proscrits en appel (art. 317 CPC), la doctrine estime qu'il se justifie de se montrer plutôt restrictif dans l'admission d'un second échange d'écritures. En procédure sommaire l'art. 253 CPC ne prévoit même pas en première instance la possibilité d'un second échange d'écritures. Réplique spontanée (en vertu du droit d'être entendu).

Art. 316 Abs. 2 ZPO; Zweiter Schriftenwechsel und Recht auf Replik

Da neue Tatsachenvorbringen und neue Beweismittel im Berufungsverfahren grundsätzlich unzulässig sind (Art. 317 ZPO), ist die Lehre bezüglich der Zulassung eines zweiten Schriftenwechsels zurückhaltend. Im summarischen Verfahren sieht Art. 253 ZPO nicht einmal im erstinstanzlichen Verfahren einen zweiten Schriftenwechsel vor. Spontane Replik (als Ausfluss des rechtlichen Gehörs).

Art. 316 cpv. 2 CPC; Secondo scambio di scritti in appello e diritto di replica

Siccome i nuovi fatti o mezzi di prova in appello sono di principio vietati (art. 317 CPC), la dottrina ritiene che sia giustificato mostrarsi piuttosto restrittivi nell'ammissione di un secondo scambio di scritture. In procedura sommaria l'art. 253 CPC non prevede neppure in prima istanza la possibilità di un secondo scambio di scritture. Replica spontanea (in virtù del diritto di essere sentiti).

2.1 Selon l'art. 316 al. 2 CPC, l'autorité d'appel «peut ordonner un deuxième échange d'écritures». Il ressort déjà de cette formulation qu'il ne suffit pas qu'une partie demande un deuxième échange d'écritures pour qu'elle y ait droit. La décision appartient à l'autorité d'appel. En indiquant qu'elle peut ordonner un second échange, le législateur a souligné que l'autorité dispose sur ce point d'une grande liberté de manœuvre (NICOLAS JEANDIN, in *Code de procédure civile commenté*, Bohnet et al. (éd.), 2011, n° 1 ad art. 316 CPC; KARL SPÜHLER, in *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2010, n° 1 ad art. 316 CPC; PETER VOLKART, in *Schweizerische Zivilprozessordnung – Kommentar*, Brunner/Gasser/Schwander (éd.), 2011 n°s 3 et 5 ad art. 316 CPC; LAURA JACQUEMOUD-ROSSARI, *Les voies de recours*, in *Le Code de procédure civile – Aspects choisis*, 2011 p. 125). Dès lors que le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation, le Tribunal fédéral ne doit pas substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité cantonale. Il ne revoit qu'avec réserve la décision d'équité prise en dernière instance et n'intervient que lorsque celle-ci s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, lorsqu'elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou à l'inverse, lorsqu'elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération. Il sanctionne en outre les décisions rendues en vertu du pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (ATF 136 III 278 consid. 2.2.1 p. 279 et les arrêts cités). Comme les faits et moyens de preuve nouveaux sont en principe proscrits en appel (art. 317 CPC), la doctrine estime qu'il se justifie de se montrer plutôt restrictif dans l'admission d'un second échange d'écritures (REETZ/HILBER, in *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (éd.), 2010 n°s 42 s. ad art. 316 CPC).

A cela s'ajoute que l'appel devait être instruit en l'espèce selon les règles de la procédure sommaire (art. 250 let. c ch. 8 CPC). Dans une telle procédure, l'art. 253 CPC ne prévoit même pas en première instance la possibilité d'un second échange d'écritures (ANGELO OLGIATI, *Il Codice di diritto processuale civile svizzero*, 2010, p. 230 s.). En raison de la nature d'une procédure sommaire qui implique que celle-ci soit en principe plus rapide, il se justifie de se montrer restrictif pour admettre un second échange d'écritures déjà en première instance (STEPHAN MAZAN, in *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2010, n° 15 ad art. 253 CPC). Un deuxième échange d'écritures en première instance dans une procédure sommaire devrait être plutôt exceptionnel (MARCO CHEVALIER, in *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (éd.), 2010, n° 11 ad art. 253 CPC). Dans le cas d'un appel en procédure sommaire, un deuxième échange d'écritures est pratiquement exclu (ALEXANDER BRUNNER, in *Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Paul Oberhammer (éd.), 2010 n°s 1 s. ad art. 316 CPC).

2.2 La recourante invoque également à ce sujet le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. S'agissant d'un grief constitutionnel, il ne peut être examiné que dans la mesure où il a été invoqué et motivé de manière précise (art. 106 al. 2 LTF).

La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., notamment le droit pour le justiciable de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique (ATF 137 I 279 consid. 2.3 p. 282; 135 II 286 consid. 5.1 p. 293; 135 V 465 consid. 4.3.2 p. 469). Lorsqu'un délai est fixé pour s'exprimer, celui-ci doit être approprié afin de permettre une défense efficace des droits (ATF 135 V 196 consid. 1.2 p. 198).

La recourante se plaint du fait que le délai d'appel fixé par la loi n'est que de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). Ce n'est pas parce qu'une affaire porte sur une valeur litigieuse considérable qu'elle est nécessairement complexe en fait et en droit. Déjà avant l'assemblée générale, la recourante savait quels étaient les éléments de fait et de droit qui étaient décisifs pour appuyer la demande de contrôle spécial qu'elle a formulée tout d'abord devant l'assemblée générale, puis devant le juge de première instance. La réponse donnée par la partie adverse en première instance lui permettait de circonscrire les points litigieux. La recourante ne démontre pas que le contenu du jugement de première instance aurait eu un effet déroutant pour elle. En conséquence, on ne voit pas que le délai légal aurait été insuffisant pour permettre à la recourante d'exposer à nouveau les motifs à l'appui de sa demande de contrôle spécial. Il faut souligner qu'elle a pu s'exprimer dans son acte d'appel sans aucune réserve.

A supposer qu'elle ait éprouvé le besoin de s'exprimer encore après avoir reçu la réponse de sa partie adverse, il lui était possible de le faire en envoyant immédiatement et spontanément ses observations, selon une jurisprudence bien connue (ATF 133 I 98 consid. 2.2. p. 99 s.; 130 II 42 consid. 3.3.3 et 3.3.4 p. 46 s.) régulièrement rappelée par la doctrine sur le sujet d'un second échange d'écritures (REETZ/HILBER, op. cit., n° 45 ad art. 316 CPC; INGRID JENT-SØRENSEN, in *Kurzkommentar*, Schweizerische Zivilprozessordnung, Paul Oberhammer (éd.), 2010, n° 7 ad art. 253 CPC).

La recourante a donc eu une occasion suffisante de s'exprimer et son droit d'être entendue, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., n'a pas été violé.

NOTE *François Bohnet, Droit de réplique et deuxième tour d'écritures*

Le code de procédure civile suisse est peu généreux en matière de deuxième tour d'écritures. Celui-ci n'est spécifiquement prévu qu'en procédure ordinaire, et encore, à l'appréciation du juge «lorsque les circonstances le justifient» (art. 225 CPC). Le code est très réservé sur ce point en procédure simplifiée puisqu'un (second?) échange d'écritures n'intervient sur décision du tribunal que si «les circonstances l'exigent» (art. 246 al. 2 CPC). Quant à la procédure sommaire, elle se limite en principe à une requête et une réponse écrite ou orale à l'audience (art. 253 CPC).

Au stade de l'appel, le Tribunal peut ordonner un second échange d'écritures (art. 316 al. 2 CPC), ce qui n'est pas prévu pour l'instance de recours. Assez naturellement, le Tribunal fédéral laisse un large pouvoir d'appréciation à l'instance d'appel dans sa décision d'accorder ou non un second tour d'écritures. Elle peut facilement le refuser lorsque l'affaire en cause était régie par la procédure sommaire en première instance, celle-ci ne connaissant elle-même pas de second tour en principe.

La cause semblait donc entendue. Mais c'était sans compter avec le droit de réplique déduit de l'art. 6 CEDH et appliqué désormais de manière uniforme par le Tribunal fédéral sur la

base de l'art. 29 al. 2 Cst.¹ En d'autres termes, les parties n'ont pas le droit d'obtenir du juge la fixation d'un délai pour le dépôt d'un deuxième acte, mais sont en droit de répliquer spontanément, dans un délai raisonnable, que l'on estime actuellement à dix jours. Il est probable que les cours cantonales reprendront prochainement la solution adoptée récemment par le Tribunal fédéral: celui-ci précise désormais le délai pendant lequel les parties peuvent, de leur propre chef, déposer des observations, précisant de la sorte jusqu'à quelle date il sursoit à statuer. Il ne s'agit cependant pas d'un délai fixé à une partie pour procéder à un acte, prolongeable s'il existe un motif suffisant (voir RSPC 2012, 91).

Cette règle s'applique à notre sens à l'ensemble des procédures organisées par le code: ordinaire, simplifiée, sommaire, d'appel et de recours. Les parties peuvent répliquer de manière spontanée et il est exclu de leur retourner leur acte, alors même qu'une prise de position serait par hypothèse encore possible à l'audience. Le principe de l'égalité des armes² s'y oppose.

XXIV. Schlussbestimmungen – Dispositions finales – Disposizioni finali

Übergangsrecht – Droit transitoire – Diritto transitorio

[1181] Extrait de l'arrêt de la I^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral dans la cause X. contre Y. AG (recours en matière civile) 4A_641/2011 du 27 janvier 2012

Art. 404 al. 1 CPC; L'ancien droit s'applique également en cas de renvoi de la cause à l'autorité dont la décision finale clôturant l'instance a été annulée par l'autorité de recours

Art. 404 Abs. 1 ZPO; Bei Aufhebung eines nach Art. 404 ZPO unter altem Verfahrensrecht ergangenen Entscheides nach Inkrafttreten der ZPO hat die Rückweisungsinstanz erneut nach altem Verfahrensrecht zu entscheiden

Art. 404 cpv. 1 CPC; Il vecchio diritto si applica ugualmente in caso di rinvio della causa all'autorità che ha adottato la decisione di chiusura dell'istanza, annullata dall'autorità di ricorso

2.2 Les procédures en cours à l'entrée en vigueur du Code de procédure civile fédéral sont régies par l'ancien droit de procédure cantonal jusqu'à la clôture de l'instance (art. 404 al. 1 CPC). La doctrine est divisée sur la question de savoir si l'ancien droit cantonal s'applique aussi en cas de renvoi de la cause à l'autorité

¹ ATF 133 I 100, JT 2008 I 368. Voir également TF 2C_688/2007 du 11.02.2008, RSPC 2008, 242; TF 4A_144/2008 du 20.08.2008, RSPC 2009, 56; TF 2C_160/2008 du 1.09.2008, RSPC 2009, 129; TF 4A_42/2009 du 1.05.2009, RSPC 2009, 400; TF 5A_370/2009 du 4.08.2009, RSPC 2010, 10.

² Comp., devant le Tribunal en procédure simplifiée, CPC-TAPPY, art. 245 N 5 et les réf.