

Le nouveau CPC en droit de la construction – quelques forages juridiques

Prof. Blaise Carron, *avocat spécialiste FSA Droit de la construction et de l'immobilier, Neuchâtel / Berne*

Peter Reetz, *avocat spécialiste FSA Droit de la construction et de l'immobilier, Küsnacht / Zürich*

- I. Remarques liminaires**
- II. Les procès de construction devant un tribunal de commerce**
 - A Les conditions générales
 - B Le cas particulier de l'art. 6 al. 3 CPC : la faculté du demandeur
 - C La compétence impérative pour des mesures provisionnelles
 - D Une illustration : l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs
- III. D'autres questions relatives à l'HLAE**
 - A La compétence territoriale
 - B La validation d'une inscription provisoire d'une HLAE
- IV. Le for en cas de consorité**
 - A L'aggravation de la situation du maître d'ouvrage
 - B Une illustration
- V. Le for au lieu d'exécution**
 - A Le contenu du for au lieu d'exécution
 - B Une illustration
- VI. L'appel en cause dans les affaires de construction**
 - A La notion
 - B La pertinence pratique
 - C Le for de l'appel en cause
 - D Les éléments justifiant un appel en cause
 - E Les limites de l'appel en cause
 - F L'exigence de l'identité de la compétence matérielle et du type de procédure applicable
 - G Les options de l'appelé en cause
- VII. La preuve à futur dans les procédures de droit de la construction**
 - A La base légale
 - B La mise en danger des preuves
 - C L'intérêt digne de protection
- VIII. La sauvegarde des délais de prescription dans les affaires commerciales**
 - A L'absence de procédure de conciliation pour les affaires commerciales : un problème ?
 - B La solution du problème
- IX. Un dernier point : un piège procédural**
 - A La contestation des décisions de l'assemblée des propriétaires par étages
 - B L'interprétation donnée par le Tribunal fédéral
 - C Une appréciation

I. Remarques liminaires

Cette contribution propose un aperçu de **quelques dispositions du nouveau Code de procédure civile suisse (CPC) pertinentes en droit de la construction**. Nous avons privilégié les problèmes typiques auxquels un praticien du droit de la construction pourrait être confronté. Ce travail traite quelques questions choisies, sans prétendre à l'exhaustivité.

II. Les procès de construction devant un tribunal de commerce

A Les conditions générales

Le CPC autorise *l'établissement, voire le maintien de tribunaux de commerce*. A ce jour, ceux-ci existent dans les cantons de Zurich, Argovie, St. Gall et Berne. Selon l'art. 6 al. 2 CPC, un *litige est considéré comme commercial* lorsque **trois conditions cumulatives** sont remplies: (a) l'activité commerciale d'une partie au moins est concernée (**affaire commerciale**); (b) le recours en matière civile au Tribunal fédéral peut être intenté contre la décision du tribunal de commerce (c.-à.-d. que la condition de l'art. 74 al. 1 LTF concernant la **valeur litigieuse minimale** de CHF 30'000, voire CHF 15'000 en matière de droit du travail et droit de bail à loyer doit être remplie); (c) les parties doivent être inscrites au **registre de commerce suisse ou dans un registre étranger équivalent**. Le tribunal de commerce n'est matériellement pas compétent si ces trois conditions font défaut. Le cas échéant, le demandeur a la possibilité d'ouvrir action devant un tribunal ordinaire ou – dans des cas particuliers – devant un autre tribunal spécial (p.ex. un tribunal du travail/des prud'hommes ou un tribunal des baux et loyers). Demeure réservé le cas prévu à l'art. 6 al. 3 CPC, traité immédiatement ci-dessous (cf. II.B).

B Le cas particulier de l'art. 6 al. 3 CPC : la faculté du demandeur

L'art. 6 al. 3 CPC autorise la partie demanderesse à *choisir* entre, d'une part, **le tribunal de commerce** et, d'autre part, **le tribunal ordinaire** (tribunal de district, tribunal d'instance, tribunal régional ou tribunal d'arrondissement). Cette faculté existe si *seul le défendeur (à l'inverse du demandeur) est inscrit au registre de commerce suisse ou dans un registre étranger similaire* et que les autres conditions générales (affaire commerciale et valeur litigieuse minimale) sont remplies (cf. II.A.).

Cette faculté permet notamment à une personne physique (p.ex. un propriétaire par étages faisant valoir la garantie pour les défauts découlant d'un contrat de vente) de procéder à une balance des intérêts : Veut-elle bénéficier des avantages offerts par une juridiction spéciale (tribunal de commerce composé d'experts commerciaux) et perdre une instance au niveau cantonal ? Ou préfère-t-elle ouvrir action devant le tribunal ordinaire et bénéficier ainsi de deux instances cantonales (art. 75 al. 2 LTF), en faisant fi des avantages offerts par une juridiction de commerce spécialisée, notamment de sa rapidité, puisque pas moins de 75% des affaires sont liquidées par le biais d'une transaction?

C La compétence impérative pour des mesures provisionnelles

Le tribunal de commerce est également (matériellement) compétent pour ordonner les **mesures provisionnelles requises avant litispendance** (art. 6 al. 5 CPC). Le CPC impose ainsi aux cantons une *règle impérative concernant la compétence matérielle*. On distingue cette situation de celle où des mesures provisionnelles sont requises pendant la litispendance : le tribunal du fond – en l'occurrence le tribunal de commerce – est alors de toute évidence compétent pour statuer.

Pour certains cantons, comme Zurich ou Berne, l'art. 6 al. 5 CPC constitue une *nouveauté procédurale*. Jusqu'à présent, une telle requête ressortissait au président du tribunal de

l'arrondissement concerné (cp. art. 327 al. 2 aCPC/BE) ou au juge unique du tribunal de district (cp. § 222 ch. 3 aCPC/ZH; une exception à cette règle était toutefois contenue au § 61 al. 2 aGVG/ZH).

D Une illustration : l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs

1. Remarques liminaires

Suite à cet aperçu général (cf. II.A-C), il convient d'illustrer quelques-unes des nombreuses questions pouvant se poser en rapport avec les procédures de droit de la construction menées devant des tribunaux de commerce, en prenant comme exemple l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (ci-après : HLAE).

Les **HLAE** font en principe toujours l'objet d'une **inscription provisoire** (vu l'obligation d'inscription effective dans le délai strict de l'art. 839 al. 2 CC). Cette inscription a lieu dans le cadre d'une procédure sommaire (art. 249 let. d ch. 11 CPC, qui renvoie à l'art. 961 al. 1 ch. 1 CC). A ce stade, le CPC fédéral ne contient pas (encore) d'éléments nouveaux par rapport à ses prédécesseurs cantonaux.

2. La compétence matérielle pour l'inscription provisoire d'une HLAE

a) Le tribunal de commerce

Dans la mesure où les conditions relatives à la compétence matérielle du tribunal de commerce sont remplies (affaire commerciale, valeur litigieuse minimale et inscription au registre pertinent, cf. art. 6 al. 2 CPC), l'art. 6 al. 5 CPC contient une **règle nouvelle** pour de nombreux cantons : d'après cette disposition, le tribunal de commerce est en effet compétent pour statuer sur des mesures provisionnelles même requises *avant* litispendance (cf. II.C ci-dessus).

Par conséquent, le **tribunal de commerce est compétent pour statuer sur l'inscription provisoire d'une HLAE**, sans plus laisser aux cantons la liberté de prévoir une réglementation divergente (cp. avec les aCPC des cantons de Berne et Zurich où un juge ordinaire unique restait compétent pendant la procédure sommaire, conformément à l'art. 327 al. 2 aCPC/BE et au § 222 ch. 3 aCPC/ZH). Cela signifie en pratique que les deux tribunaux de commerce en question devront dorénavant traiter un nombre élevé de demandes d'inscription provisoire d'HLAE.

b) Les conséquences de la violation de l'art. 6 al. 5 CPC

La **portée** de l'art. 6 al. 5 CPC ne doit pas être sous-estimée. Si le requérant d'une HLAE (souvent un entrepreneur ou un sous-traitant) requiert l'inscription provisoire auprès d'un **tribunal matériellement incompétent**, celui-ci doit déclarer la requête **irrecevable**, ce qui engendra le paiement de **frais de justice et des dépens**.

Lorsque la requête est déposée au dernier moment (comme cela est fréquemment le cas en pratique), il est possible que le **délai de trois mois de l'art. 839 al. 2 CC** (à la suite de la révision du droit réel immobilier entrant vraisemblablement en force dès le 1.1.2012, ce délai sera de quatre mois) soit **échu**. Le CPC ne prévoit en effet pas, comme c'était le cas dans certains cantons, le *maintien de la litispendance* par transfert automatique de l'affaire du tribunal matériellement incompétent au juge compétent, ou encore par la possibilité du requérant de désigner dans un certain délai le nouveau tribunal compétent auquel la requête doit être transmise (cf. § 112 al. 1 aCPC/ZH). Le CPC ne contient pas non plus une disposition prévoyant explicitement que, si une requête est écartée par le juge suite à un déclinaoire d'incompétence à raison de la matière, la litispendance est censée avoir commencé dès le dépôt de la première demande si le requérant réintroduit, dans un délai légal déterminé, une nouvelle demande auprès du juge compétent (cf. art. 163 al. 1 aCPC/BE).

Le droit du requérant, lorsqu'il a saisi un tribunal *matériellement incompétent*, de bénéficier du **délai supplémentaire de l'art. 63 CPC**, n'est pas clairement tranché. Cette disposition prévoit que, suite à une déclaration d'irrecevabilité pour incompétence, le demandeur bénéficie d'un délai supplémentaire d'un mois pour introduire son action devant le tribunal compétent et maintenir ainsi la litispendance. Une analyse systématique tend à indiquer que l'art. 63 CPC règle uniquement les questions de compétence territoriale (cf. art. 4 al. 1 CPC)¹. Le problème serait résolu si l'art. 63 CPC était également applicable (par analogie) aux demandes et requêtes déposées devant un tribunal matériellement incompétent. Vu que le CPC règle en principe uniquement la compétence territoriale et réserve aux cantons la liberté de déterminer la compétence matérielle (art. 4 al. 1 CPC)², il n'est pas possible d'affirmer avec certitude que les tribunaux vont appliquer l'art. 63 CPC par analogie en cas d'incompétence matérielle du juge originellement requis³.

c) L'art. 6 al. 5 CPC applicable aux HLAE ?

Malgré la lettre claire de l'art. 6 al. 5 CPC, on peut sérieusement se demander **si les tribunaux de commerce vont effectivement traiter les requêtes d'inscription provisoire d'HLAE**.

A première vue, il semble évident que l'inscription provisoire d'un tel droit de gage a **la nature d'une mesure provisionnelle**. En effet, les règles qui lui sont applicables sont semblables à celles régissant les mesures provisionnelles : l'art. 261 al. 1 CPC exige du requérant qu'il rende vraisemblable que a) une prétention dont il est titulaire est atteinte ou risque de l'être – on parle du pronostic au fond (*Hauptsachenprognose*) – et que b) l'atteinte est susceptible de lui causer un préjudice difficilement réparable – on parle du pronostic quant au préjudice (*Nachteilprognose*).

C'est toutefois dans la comparaison entre inscription provisoire et mesure provisionnelle que réside le « problème » ou – vu sous un angle différent – l'« échappatoire » qui pourrait fournir un argument aux **tribunaux de commerce pour se déclarer matériellement incompétents** dans ce type d'affaires. Un avis – que nous ne partageons pas – préconise en effet que l'art. 6 al. 5 CPC ne devrait s'appliquer qu'aux mesures provisionnelles au sens strict, c.-à.-d. à celles visées par la section 1 du chapitre 5 du CPC (art. 261 ss CPC). Un tel argument permettrait de ne pas considérer l'inscription provisoire d'une HLAE comme une mesure provisionnelle au sens de l'art. 6 al. 5 CPC, car elle est traitée dans une disposition spéciale (art. 249 let. d ch. 11 CPC) n'appartenant pas aux art. 261 ss CO.

La façon dont les tribunaux de commerce trancheront cette question est encore incertaine. Il serait dans tous les cas souhaitable que les **quatre tribunaux de commerce traitent cette question** (centrale pour le droit de la construction) **de façon uniforme**. Il serait en effet regrettable que cette question de droit fédéral fasse l'objet d'une solution autonome de chaque canton concerné. On ne peut d'ailleurs exclure que le Tribunal fédéral ait à se prononcer sur cette question, malgré le fait que la compétence matérielle relève en principe du droit cantonal (art. 4 al. 1 CPC): A notre avis, la question de la compétence matérielle pour prononcer des mesures provisionnelles requises avant litispendance devant le tribunal de commerce ainsi que

¹ D'après BSK ZPO-DOMINIK INFANGER, art. 63 N 1, N 6 et N 9, seules les demandes déposées devant le tribunal *territorialement* incompétent bénéficient du régime de l'art. 63 CPC, vu que l'art. 4 al. 1 CPC ne régit que la compétence territoriale.

² Lorsque, *exceptionnellement*, le CPC régit la compétence matérielle, il le fait *expressément* : cf. art. 4 al. 1 CPC, selon lequel le pouvoir revient aux cantons de réglementer la compétence matérielle, "*sauf disposition contraire de la loi [CPC]*"; les dispositions légales expresses concernant la compétence matérielle sont limitées et se trouvent notamment aux art. 85, 90, 224 et 227 CPC.

³ Dans le même sens, THOMAS SUTTER-SOMM/MARTIN HEDINGER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), N 43 ad Art. 31 ZPO; PRISCA SCHLEIFFER MARAIS, Stämpflis Handkommentar, ZPO, N 4 ad Art. 63; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 7.18.

la détermination des mesures provisionnelles exactement concernées relèvent de l'art. 6 al. 5 CPC, donc du droit fédéral.

d) La compétence du juge unique de commerce

A notre avis (et même en l'absence de disposition légale explicite), les cantons ont la faculté, en vertu de leur droit d'organiser la justice, de prévoir qu'un **tribunal de commerce siégeant à juge unique** est compétent pour prononcer des mesures provisionnelles dans le cadre des affaires commerciales (y compris pour l'inscription provisoire d'une HLAE). Le fait que l'art. 6 al. 5 CPC mentionne un tribunal de commerce ne signifie pas pour autant que cette compétence ne peut pas être attribuée à un juge unique.

3. La faculté de l'art. 6 al. 3 CPC supprimée par l'inscription provisoire d'une HLAE ?

Le CPC ne tranche pas définitivement la question suivante : est-ce que le demandeur a fait définitivement usage de la **faculté** prévue à l'art. 6 al. 3 CPC pour l'action au fond (choix entre d'une part le tribunal de district/d'instance/d'arrondissement/ régional et d'autre part le tribunal de commerce), dès qu'il a requis une inscription provisoire de l'HLAE devant un tribunal ordinaire ou, sur la base de l'art. 6 al. 5 CPC, devant un tribunal de commerce siégeant à juge unique⁴ ?

Étant donné qu'en vertu de l'art. 6 al. 3 CPC, un demandeur non inscrit dans un registre a la faculté de choisir, pour l'action au fond, s'il veut procéder devant un tribunal (ordinaire) de district/d'instance/d'arrondissement/régional ou devant le tribunal de commerce, il doit aussi pouvoir **bénéficier de cette faculté pour l'inscription provisoire de l'HLAE**.

Fort de ce constat, on peut se demander si le choix (obligatoirement) effectué lors de l'inscription provisoire lie ensuite le requérant lorsqu'il veut introduire l'action au fond. Autrement dit, est-ce qu'un requérant déposant une requête d'inscription provisoire auprès du juge unique d'un tribunal ordinaire peut encore ouvrir action au fond devant le tribunal de commerce ou, inversement, est-ce que celui qui a requis l'inscription provisoire du tribunal de commerce siégeant à juge unique peut se rendre ensuite devant un tribunal ordinaire ?

Pour répondre à cette question, il faut examiner s'il existe un **intérêt juridiquement protégé** du requérant/demandeur à pouvoir effectuer un tel choix postérieurement à l'inscription d'une HLAE. A notre avis, un tel intérêt **n'existe pas**. Les art. 5 al. 2 et 6 al. 5 CPC indiquent plutôt qu'un même tribunal doit traiter les mesures provisionnelles prononcées *avant* litispendance de l'action au fond. Cette conception repose sur des *motifs d'économie de procédure* et d'*unité de la jurisprudence*. En effet, le juge unique compétent pour statuer sur les mesures provisionnelles peut acquérir des connaissances préalables pendant cette phase de la procédure et faire ensuite partie du tribunal compétent au fond, voire en être le juge instructeur (cf. art. 226 CPC). Cette solution est source de synergies, permet des décisions plus rapides, ce qui est en principe dans l'intérêt des deux parties. L'intérêt du requérant de reconsidérer la situation, même après une mauvaise expérience avec le juge des mesures provisionnelles, et de pouvoir ouvrir action auprès d'un tribunal dont celui-ci ne fait pas partie, n'est pas prépondérant et, dans tous les cas, pas juridiquement protégé.

⁴ D'après la conception ici soutenue, lorsqu'une action au fond a déjà été ouverte devant le tribunal de commerce, l'inscription provisoire d'une HLAE ne peut être demandée qu'au tribunal de commerce siégeant à juge unique (et non plus auprès d'un tribunal de district/d'arrondissement/régional). Pour une motivation, cf. les développements qui suivent immédiatement.

III. D'autres questions relatives à l'HLAE

A La compétence territoriale

1. Remarques préalables

La compétence matérielle a déjà été traitée ci-dessus (cf. II.D.2). Les développements suivants concernent les questions relatives à la **compétence territoriale lors de l'inscription d'une HLAE**.

2. L'élection de for

Les parties peuvent conclure une **clause d'élection de for**. À noter que les parties sont totalement libres dans leur choix du tribunal compétent (art. 17 CPC). Tel n'était pas le cas avec la législation auparavant en vigueur (art. 9 al. 3 LFors), qui prévoyait que le tribunal choisi pouvait décliner sa compétence lorsque le litige présentait un lien territorial ou matériel insuffisant avec le for élu. Si les parties ont conclu une clause de prorogation de for, celle-ci lie en principe le tribunal. Pour ce qui concerne les inscriptions d'une HLAE, cela ne vaut que *si l'élection de for porte aussi sur l'inscription d'HLAE*. La portée de la clause de prorogation de for doit être examinée au cas par cas.

3. Le for de l'art. 37 de la Norme SIA-118

Dans ce contexte, la question du **for de l'art. 37 SIA-118** (c.-à-d. le domicile du défendeur) s'applique également aux HLAE, étant donné que la Norme SIA-118 ne traite ni explicitement ni tacitement de l'inscription de ce type d'hypothèque. A notre avis, l'art. 37 SIA-118 et la règle de for qu'il contient s'appliquent aussi aux *litiges relatifs à l'inscription d'HLAE*. En effet, l'inscription de ce droit de gage légal est une *prétention dérivée d'une prétention issue du contrat d'entreprise*. En outre, il apparaît improbable que des parties raisonnables dissocient d'une part le for pour les prétentions relatives au contrat d'entreprise, et d'autre part celui pour les prétentions en rapport avec l'inscription d'une HLAE. Dès lors, il est justifié d'appliquer à l'inscription d'une HLAE les normes valables pour le contrat d'entreprise, y compris le *for de l'art. 37 SIA-118*.

L'applicabilité de l'art. 37 SIA-118 aux inscriptions d'HLAE (lorsqu'une prorogation de for explicite selon l'art. 17 CPC fait défaut) a pour conséquence que *la norme légale dispositive de l'art. 29 al. 1 let. c CPC* – qui prévoit que le for se situe au lieu où l'immeuble en question est ou devrait être immatriculé au registre foncier – *ne trouve pas application si les parties ont intégré la Norme SIA-118 à leur contrat*. Autrement dit, l'art. 29 al. 1 let. c CPC et le for du lieu de situation de l'immeuble ne trouvent application que lorsque les parties n'ont ni conclu une élection de for au sens de l'art. 17 CPC (dans le document contractuel ou ailleurs), ni intégré la Norme SIA-118 à leur contrat.

4. Les particularités de l'inscription provisoire de l'HLAE

La question qui vient d'être traitée (III.A.3) se pose uniquement en rapport avec l'inscription définitive d'une HLAE, qui nécessite une action au fond.

Au contraire, **l'inscription provisoire de l'HLAE** (qui constitue à notre avis une mesure provisionnelle) peut, selon l'art. 13 CPC (for des mesures provisionnelles), **être requise non seulement auprès du tribunal compétent pour statuer sur l'action principale** (art. 13 let. a CPC), mais également **au tribunal du lieu où la mesure doit être exécutée** (art. 13 let. b CPC), c.-à-d. au **lieu de situation de la chose** (situation de l'immeuble). Étant donné que les fors de l'art. 13 CPC sont impératifs, l'inscription provisoire d'une HLAE peut donc toujours être demandée au lieu d'exécution ou au lieu de situation, *malgré l'existence d'une élection de for*.

Suite à l'inscription provisoire d'une HLAE, il faut déterminer où ouvrir **l'action principale** visant à obtenir l'inscription définitive de l'HLAE (cf. art. 263 CPC). Pour ce faire, il faut d'abord examiner s'il existe une élection de for selon l'art. 17 CPC (dans le document contractuel ou ailleurs) ou si les parties ont intégré la Norme SIA-118. Si une telle solution fait défaut, c'est alors le for dispositif de l'art. 29 al. 1 let. c CPC (for dispositif du lieu de situation de l'immeuble) qui est applicable.

5. Les fors de l'action principale et de l'inscription provisoire situés dans des cantons différents

Le demandeur a la possibilité de requérir **l'inscription provisoire de l'HLAE au lieu de situation de la chose (situation de l'immeuble)** selon l'art. 13 let. b CPC, alors même que le for de l'action principale se situe dans un autre canton (du fait d'une élection de for au sens de l'art. 17 CPC ou de l'application de l'art. 37 SIA-118). Cela découle de la nature impérative du for prévu à l'art. 13 let. b CPC.

Le for impératif de cette dernière disposition vaut également au cas où un **tribunal de commerce d'un autre canton est compétent** pour statuer sur l'action au fond selon l'art. 6 al. 5 CPC. En effet, l'art. 13 let. b CPC constitue une exception (*lex specialis*) à l'art. 6 al. 5 CPC, alors même que le tribunal de commerce serait compétent selon ce dernier article pour statuer sur les mesures provisionnelles requises avant litispendance. Autrement dit, l'art. 6 al. 5 CPC est uniquement applicable si la mesure provisionnelle est demandée dans le *canton* où siège le tribunal de commerce compétent pour statuer sur l'action principale. Par contre, l'art. 6 al. 5 CPC n'est pas applicable si le lieu d'exécution de la mesure provisionnelle (c.-à.-d. le lieu de situation de l'immeuble) se trouve dans un autre canton que celui du tribunal de commerce compétent pour connaître de l'action principale.

B La validation d'une inscription provisoire d'une HLAE

1. Le délai judiciaire pour introduire l'action

L'**art. 263 CPC** prévoit que, si l'action au fond n'est pas encore pendante (ce qui est en principe le cas pour les HLAE), le tribunal impartit au requérant un délai pour le **dépôt de la demande**. Le tribunal doit alors rappeler que, si la mesure provisionnelle n'a pas été validée au moyen de l'introduction de la demande principale à l'échéance du délai, l'inscription provisoire devient caduque.

2. La suppression de toute procédure de conciliation

Le fait que le tribunal fixe un délai pour valider l'inscription provisoire de l'HLAE (cf. III.B.2) n'est pas nouveau. La nouveauté pour certains cantons réside dans le fait que l'art. 198 let. h CPC prévoit que la **procédure de conciliation n'a pas lieu** lorsque le **tribunal ayant ordonné l'inscription provisoire fixe un délai de validation pour intenter l'action sur le fond**. Par conséquent, plus aucun canton ne pourra prévoir qu'une autorité de conciliation (juge de paix, médiateur, etc.) doit être saisie au début d'une procédure de validation de l'inscription provisoire d'une HLAE. Au contraire, il faudra s'adresser directement au tribunal ordinaire avant l'échéance du délai fixé par le tribunal des mesures provisionnelles.

3. Des exigences élevées pour le demandeur

Vu la nécessité d'introduire un *mémoire complet* (cf. art. 221 CPC) dans le délai fixé par le tribunal des mesures provisionnelles (délai qui peut néanmoins être prolongé en tant que délai judiciaire ; cf. art. 144 al. 2 CPC), le **demandeur doit procéder rapidement**. Sous le régime des CPC cantonaux, le demandeur pouvait parfois attendre plusieurs mois avant de devoir intenter l'action principale auprès du tribunal. En effet, il lui fallait tout d'abord saisir l'autorité de conciliation qui fixait d'abord une audience de conciliation et délivrait ensuite une autorisation de procéder qui contenait un nouveau délai pour ouvrir l'action principale.

4. La situation juridique en cas de sollicitation erronée de l'autorité de conciliation

La nouvelle réglementation exige de **redoubler d'attention**. A notre avis, celui qui saisit par erreur une autorité de conciliation ne valide pas l'inscription provisoire (du fait de l'incompétence fonctionnelle de l'autorité de conciliation conformément à l'art. 198 let. h CPC) si le canton compétent (cf. art. 4 al. 1 CPC) ne prévoit pas le transfert automatique du dossier à l'autorité fonctionnellement compétente ou le droit du demandeur d'en exiger le transfert dans un délai donné. En effet, vu le texte clair de l'art. 198 let. h CPC, l'art. 63 CPC ne devrait selon toute vraisemblance pas s'appliquer (par analogie) à cette situation.

IV . Le for en cas de consorité

A L'aggravation de la situation du maître d'ouvrage

Lorsqu'une action est intentée contre plusieurs consorts (c.-à-d. en cas de consorité passive), l'art. 15 al. 1 CPC prévoit que le **tribunal compétent à l'égard d'un défendeur l'est à l'égard de tous les autres**, à moins que sa compétence ne repose sur une élection de for (au sens de l'art. 17 CPC). L'art. 15 al. 1 CPC constitue une nouveauté : sous l'ancien droit (cf. ATF 129 III 80 c. 2.3, JdT 2003 I 636), l'attraction des consorts passifs se faisait même si la compétence du tribunal résultait d'une élection de for. Cette nouvelle règle aura de sérieuses conséquences en pratique, notamment pour les maîtres d'ouvrage et pour les entrepreneurs totaux ou généraux. Ceux-ci seront désavantagés lorsqu'ils voudront rechercher en même temps plusieurs intervenants sur un chantier.

B Une illustration

Nous allons illustrer nos propos à l'aide d'un **exemple** que nous reprendrons dans la suite de l'exposé : Un maître d'ouvrage est domicilié à Berne (BE), son architecte à Genève (GE), l'entrepreneur a son siège à Lausanne (VS), le sous-traitant à Fribourg (FR). L'ouvrage est construit à St-Blaise (NE).

Le maître d'ouvrage ouvre action à Berne à la fois contre l'entrepreneur et l'architecte, en se fondant sur une élection de for conclue uniquement avec l'entrepreneur. Que va décider le tribunal ?

En se fondant sur l'art. 15 al. 1 CPC, il va déclarer la demande contre l'architecte **irrecevable**, dans la mesure où sa compétence pour connaître de l'action contre l'entrepreneur repose sur une élection de for.

V. Le for au lieu d'exécution

A Le contenu du for au lieu d'exécution

Le **for au lieu d'exécution** constitue une nouveauté et revêt une importance pratique fondamentale. L'art. 31 CPC prévoit que le tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou celui du lieu où la **prestation caractéristique doit être exécutée** est compétent pour statuer sur les actions découlant d'un contrat. Il faut préciser deux éléments : (i) La prestation déterminante n'est pas celle faisant l'objet du litige, mais celle qui est caractéristique du contrat. (ii) Le lieu déterminant est celui où la prestation caractéristique *a été ou aurait dû être exécuté* d'après la loi ou le contrat (cf. art. 74 CO). En cas d'acceptation sans réserve d'un autre lieu d'exécution que celui convenu originellement entre les parties, il faut admettre, selon nous, une modification

contractuelle du lieu d'exécution qui entraîne également des conséquences sur la détermination du for correspondant⁵.

B Une illustration

Reprenons l'**exemple** ci-dessus (cf. IV.B). Demandons-nous premièrement où l'architecte peut ouvrir action pour exiger le paiement de ses honoraires, sachant que ses obligations contractuelles portent principalement sur la *direction de travaux* ?

L'architecte a deux possibilités : d'une part, au domicile du maître d'ouvrage/débiteur à Berne (art. 10 al. 1 let. a CPC) et, d'autre part, au tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers, site de Neuchâtel⁶, en tant que lieu d'exécution de la prestation caractéristique (art. 31 CPC).

Deuxièmement, y aurait-il une différence si la moitié des prestations de l'architecte consistait en des *obligations de planification* qu'il a effectuées depuis son bureau de Genève ?

Conformément à l'art. 31 CPC, il faut d'abord déterminer le lieu où la prestation caractéristique a été ou aurait dû être exécutée (recherche du lieu d'exécution). En l'espèce, *chacune des deux prestations de l'architecte* (prestation de planification à Genève et direction des travaux à St-Blaise) constitue une *prestation caractéristique*. Par conséquent, les fors de l'exécution (chacun pour la partie des honoraires exécutée au lieu en question) seraient à la fois Genève et le tribunal régional sis à Neuchâtel.

L'art. 15 al. 2 CPC prévoit une solution pour ce genre de situation : lorsque plusieurs prétentions présentant un lien de connexité peuvent être élevées contre un même défendeur, chaque tribunal compétent pour statuer sur l'une d'elles l'est pour l'ensemble. On parle de *cumul objectif d'actions*. Il est évident que les deux types de prestations fournies par l'architecte, qui ont été exécutées en faveur du même ouvrage, présentent un lien de connexité objectif au sens de l'art. 15 al. 2 CPC. Rien n'empêcherait toutefois l'architecte de procéder par l'ouverture d'actions partielles aux deux fors (dans le sens de l'art. 86 CPC), en vue d'obtenir le paiement des honoraires relatifs d'une part aux prestations de planification réalisées à Genève et à celles de direction des travaux effectuées à St-Blaise. L'architecte peut donc **ouvrir action pour la totalité de ses honoraires soit à Genève** (art. 31 et 15 al. 2 CPC), **soit devant le tribunal régional sis à Neuchâtel** (art. 31 et art. 15 al. 2 CPC), **soit encore à Berne** (art. 31 et art. 10 al. 1 let. a CPC).

VI. L'appel en cause dans les affaires de construction

A La notion

L'appel en cause, réglé aux art. 81 s. CPC, constitue une **institution nouvelle** pour de nombreux cantons romands (Berne, Jura, Fribourg, Neuchâtel) et suisse allemands. Elle devrait jouer un rôle pratique important en matière de construction. Un appel en cause a lieu lorsque l'appelant en cause (souvent la partie défenderesse) fait valoir devant le tribunal compétent pour l'action principale les prétentions qu'elle pense avoir contre l'appelé en cause en cas de perte du procès principal. L'appel en cause est un *renforcement de la dénonciation d'instance* (cf. art. 78 ss CPC), dans la mesure où il permet à l'appelant en cause de faire valoir ses prétentions contre l'appelé immédiatement auprès du tribunal saisi de la demande principale.

⁵ Du même avis, M. THOMAS SUTTER-SOMM/MARTIN HEDINGER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), N 43 ad Art. 31 ZPO, avec renvois; d'un autre avis, DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkomentar, N 3 ad Art. 31 ZPO.

⁶ Dans le futur, il s'agira du Tribunal d'instance, dont le siège n'est pas encore déterminé. Tant que la Loi spéciale prévue à l'art. 8 de la Loi neuchâteloise d'organisation judiciaire (OJN, RS/NE 161.1), relative au tribunal d'instance n'est pas entrée en vigueur, les juridictions neuchâteloises de première instances sont nommées tribunaux régionaux (art. 98a OJN).

Ce mécanisme permet d'utiliser les *connaissances acquises* ou pouvant être acquises *par le tribunal* durant l'action principale *au profit de la procédure de l'appel en cause*. La demande d'admission de l'appel en cause doit être introduite *au plus tard avec la réponse ou la réplique dans la procédure principale*, étant précisé que le tribunal doit expressément décider de l'admission ou non de la demande d'appel en cause (cf. art. 82 CPC).

B La pertinence pratique

En matière de construction, il est fréquent qu'une partie dénonce (hors procédure ou par le biais du tribunal) le litige à une autre partie. Les **effets de la dénonciation résultent du droit matériel** – à savoir de l'art. 193 CO modifié, qui renvoie à son tour au CPC.

Les cas de dénonciation survenaient et surviennent avant tout lors de procès opposant le maître d'ouvrage à l'entrepreneur (souvent un entrepreneur total ou général), lorsque l'entrepreneur dénonce le litige à son ou ses sous-traitants (ou alors à l'architecte ou à l'ingénieur en cas de contrat d'entreprise total général). En outre, des appels en cause ont lieu dans le cadre de procédures opposant un maître d'ouvrage à son architecte/ingénieur – lorsque l'architecte dénonce le litige à un entrepreneur contre lequel il pense pouvoir intenter une action récursoire. L'appel en cause soulève de nombreuses questions, dont les plus pertinentes sont traitées ci-dessous.

C Le for de l'appel en cause

1. La situation en cas d'élection de for pour l'action principale

Selon la teneur de l'art. 16 CPC, le **tribunal compétent pour statuer sur l'action principale** statue aussi sur l'appel en cause. On peut se demander si la solution est identique lorsque les parties ont fait élection de for. Autrement dit, est-ce que l'art. 15 al. 1 CPC, qui traite de la consorité simple, s'applique également en cas d'appel en cause selon l'art. 16 CPC ou a-t-on plutôt affaire à un silence qualifié de la loi? Pour y répondre, nous allons recourir à l'**exemple** développé ci-dessus (cf. V.B.):

Admettons que le *maître d'ouvrage domicilié à Berne ait ouvert action à Berne contre l'entrepreneur domicilié à Lausanne conformément à une clause d'élection de for*. L'entrepreneur dont le siège est à Lausanne peut-il appeler en cause à Berne son sous-traitant sis à Fribourg ?

La réponse est **oui**, car l'art. 16 CPC ne contient pas de règle analogue à l'art. 15 al. 1 *i.f.* CPC. Si le législateur avait voulu que le for élu ne s'applique pas à l'appel en cause, il aurait pu choisir la même formulation que l'art. 15 al. 1 CPC.

Par **conséquent**, l'appelé en cause peut devoir comparaître dans un lieu (for du procès principal) auquel il ne pouvait raisonnablement pas s'attendre, du fait qu'il ne connaît pas nécessairement la clause d'élection de for entre le demandeur principal et l'appelant en cause. Cette situation nous semble toutefois justifiée pour les motifs figurant ci-dessous.

2. La situation en cas d'élection de for entre les parties potentielles de l'appel en cause

Dans un projet complexe de construction, celui qui veut être certain de ne pas être attiré vers un for imprévu (par exemple par le biais d'un appel en cause) **peut se protéger en concluant avec son partenaire contractuel une clause d'élection de for au sens de l'art. 17 CPC**. Si, dans notre exemple (cf. V.B), le sous-traitant sis à Fribourg élit un for avec l'entrepreneur ayant son siège à Lausanne, celui-ci ne pourrait ouvrir action qu'au for prorogé (et nulle part ailleurs, cf. art. 17 al. 1, deuxième phrase CPC). Par conséquent, une **clause d'élection de for entre les parties potentielles d'un appel en cause** (en l'occurrence entre l'entrepreneur et le sous-traitant) **ne peut pas être mise en échec par un éventuel appel en cause de l'entrepreneur à**

un autre for que celui prorogé. Cette clause lie impérativement les parties, un appel en cause à un for différent n'est pas possible et entraînerait une décision d'irrecevabilité.

D Les éléments justifiant un appel en cause

Il existe plusieurs facteurs pour déterminer la pertinence d'un appel en cause. Il faut considérer la situation du point de vue de **l'appelant en cause potentiel** (il s'agit normalement du défendeur à l'action principale, c.-à-d. de l'entrepreneur dans notre exemple) et évaluer ses **chances effectives de succès dans le procès principal** :

Si le **demandeur principal risque de se faire débouter de ses conclusions**, l'appel en cause n'est en principe pas judicieux et il faut n'y recourir qu'avec prudence. En effet, l'appel en cause dépend effectivement du résultat de l'action principale. Cela signifie que celui-là devient sans objet si celle-ci est rejetée. Dans ce cas de figure, *l'appelant en cause* (généralement le défendeur dans l'action principale) *devra indemniser l'appelé en cause*⁷. Au demeurant, les relations économiques entre un appelant en cause et un appelé en cause potentiels sont souvent telles qu'elles ne devraient pas être mis inutilement en danger par une telle démarche, en particulier lorsqu'il y a de bonnes chances que la demande principale soit rejetée.

Inversement, **l'appel en cause** – qui, s'il est admis, offre à l'appelant en cause un titre de mainlevée définitive contre l'appelé en cause – **est justifié lorsque l'appelant en cause est d'avis qu'il va succomber dans l'action principale, mais qu'il dispose d'un droit d'action récursoire contre l'appelé en cause**, notamment lorsque les rapports contractuels sont similaires entre les parties principales et les parties à l'appel en cause, et qu'il pourra faire valoir ses prétentions récursoires avec un certain succès, par exemple parce que les questions traitées dans les deux procédures sont les mêmes. Dans une telle situation, le tribunal qui admettrait la demande principale pourrait être « amené » dans les faits (sinon d'un point de vue juridique) à donner également raison à l'appelant en cause.

E Les limites de l'appel en cause

On peut se demander si l'appelant en cause peut se fonder sur l'art. 15 al. 2 CPC concernant le cumul objectif d'actions et **faire valoir d'autres prétentions connexes** à la prétention récursoire qui constitue l'objet principal de son appel en cause.

En reprenant notre **exemple** (cf. V.B.), cela reviendrait à se demander si l'entrepreneur défendeur auquel le maître d'ouvrage demande la réfection de l'ouvrage et qui appelle en cause le sous-traitant à cet effet, peut aussi exiger de ce dernier le remboursement d'une rémunération

⁷ Opinion partiellement divergente de DANIEL SCHWANDER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), N 36 ad Art. 82 ZPO, qui expose que les frais liés à l'appel en cause rejeté devraient être mis à charge du demandeur à l'action principale, à condition que le dénonçant (généralement le défendeur à l'action principale) ait intenté l'appel en cause de bonne foi (avec référence à l'art. 107 al. 1 let. e et let. b CPC). Cette argumentation est correcte dans la mesure où (i) le demandeur de l'action principale va devoir effectivement supporter les frais de tribunal relatifs à la procédure d'appel en cause (ii) et que, *dans le cadre de la relation interne entre demandeur et défendeur de la procédure principale* (mais uniquement dans cette relation !), le demandeur (de la procédure principale) est responsable vis-à-vis du défendeur (de la procédure principale) d'une éventuelle indemnité que celui-ci pourrait être tenu de verser à l'appelé en cause. A notre avis, il n'est pas correct de n'accorder à l'appelé en cause une prétention pour les dépens uniquement envers le demandeur principal, étant donné que ces deux parties ne sont pas en relation contractuelle et que l'appelé en cause n'a pas été attiré au procès par le demandeur principal. Afin de sauvegarder d'une manière adéquate les intérêts de l'appelé en cause, il faut lui *accorder un titre de mainlevée définitive (relatif à sa créance pour les dépens) contre l'appelant en cause (c.-à-d. en principe contre le défendeur dans la procédure principale)*. En accord avec l'argument de DANIEL SCHWANDER cité ci-dessus, il faut admettre que l'appelant en cause (et défendeur à l'action principale) dispose d'une prétention récursoire contre le demandeur principal pour l'indemnité de dépens qu'il doit payer à l'appelé en cause.

(p.ex. payée sous la forme d'acomptes trop élevés) dans le cadre de l'appel en cause. A notre avis, **l'appelant en cause ne bénéficie pas d'un tel droit**⁸.

A l'inverse, **l'appelé en cause ne peut pas non plus introduire une demande reconventionnelle contre l'appelant en cause** devant le tribunal compétent pour la demande principale⁹. Ainsi, le sous-traitant appelé en cause par l'entrepreneur se verrait refuser le droit de lui demander reconventionnellement le paiement du solde de sa rémunération.

Si l'on venait à autoriser le cumul d'actions objectif par l'appelant en cause et la demande reconventionnelle par l'appelé en cause, le principe de l'accessoriété de l'appel en cause par rapport à l'action principale et celui exigeant le maintien d'une certaine simplicité de la procédure seraient mis à mal. Une telle conséquence ne peut avoir été voulue par législateur fédéral, qui a introduit l'appel en cause tout en lui fixant certaines limites.

F L'exigence de l'identité de la compétence matérielle et du type de procédure applicable

L'appel en cause pose encore deux autres problèmes récurrents dans les affaires de construction. Premièrement, est-ce qu'un appel en cause est **admissible alors qu'il relèverait d'un autre tribunal à raison de la matière** (p.ex. un tribunal de district) que l'action principale (p.ex. un tribunal de commerce) ? Deuxièmement, est-ce qu'un appel en cause est **admissible si une procédure simplifiée lui est applicable alors que l'action principale relève de la procédure ordinaire** ? A notre avis, il faut y **répondre par la négative** dans les deux cas.

Il s'agit certes d'une limitation de l'appel en cause. Même si cela ne ressort pas (plus) directement de la loi¹⁰, des raisons objectives plaident en faveur d'une telle limitation. Il n'est d'abord pas acceptable que l'appelé en cause puisse être attiré devant un tribunal matériellement incompétent pour son affaire et qu'il perde, le cas échéant, un degré de juridiction. En outre, il serait incohérent d'appliquer deux types de procédure distincts dans un même procès.

G Les options de l'appelé en cause

L'art. 81 al. 2 CPC **interdit un deuxième appel en cause**, c.-à-d. un appel en cause émanant de l'appelé en cause et adressé à un tiers. Dans notre exemple (cf. V.B.), le sous-traitant fribourgeois de l'entrepreneur lausannois ne pourrait pas appeler en cause un sous-sous-traitant. L'art. 81 al. 2 CPC limite également la portée de l'appel en cause afin d'éviter des désavantages incongrus aux parties principales au procès.

Dans notre exemple, le sous-traitant n'est toutefois pas dépourvu de moyens d'agir. Il pourrait premièrement **dénoncer l'instance** (cf. art. 78 ss CPC) au sous-sous-traitant en dehors de toute procédure ou par l'intermédiaire du tribunal compétent pour l'action principale et l'appel en cause, sans toutefois pouvoir appeler formellement en cause le sous-sous-traitant. Le sous-traitant pourrait deuxièmement **ouvrir une nouvelle action** contre le sous-sous-traitant, en demandant, par le biais d'une requête procédurale au tribunal saisi en second, de renvoyer la cause au premier tribunal, déjà compétent pour l'action principale et de l'appel en cause (art. 127 al. 1 CPC). Les juges de l'action principale et de l'appel en cause risquent toutefois de faire usage de leur pouvoir discrétionnaire (cf. art. 127 al. 1 *i.f.* CPC) et de refuser un tel renvoi.

⁸ Du même avis, DANIEL SCHWANDER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), N 18 ad Art. 81 ZPO.

⁹ DANIEL SCHWANDER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), N 18 ad Art. 81 ZPO.

¹⁰ Plus exactement: DANIEL SCHWANDER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), N 26 ss ad Art. 81 ZPO.

VII. La preuve à futur dans les procédures de droit de la construction

A La base légale

Désormais, l'art. 158 CPC règle de manière uniforme en Suisse la **preuve à futur**. Selon cette disposition, le tribunal peut **administrer les preuves en tout temps** et applique à cette fin *les règles sur les mesures provisionnelles* et donc la *procédure sommaire* (cf. art. 158 al. 2 et art. 248 let. d CPC), si l'une des deux conditions alternatives suivantes est remplie : premièrement, lorsque la *loi confère un droit d'en faire la demande* (art. 158 al. 1 let. a CPC) ; deuxièmement, et c'est le cas le plus fréquent en pratique, lorsque le *requérant rend vraisemblable une mise en danger des preuves ou un intérêt digne de protection* (art. 158 al. 1 let. b CPC).

B La mise en danger des preuves

Avant le nouveau CPC, la **majorité des cantons prévoyait déjà** la possibilité d'administrer une preuve à futur si le requérant rendait vraisemblable que leur administration était mise en danger. Au contraire des autres mesures provisionnelles, il n'était toutefois pas nécessaire de rendre vraisemblable le bien-fondé matériel de la requête ou l'existence d'un dommage difficilement réparable.

Le CPC ne modifie pas cette règle : cela ressort de l'art. 158 al. 1 let. b CPC. Le renvoi de l'art. 158 al. 2 CPC aux dispositions sur les mesures provisionnelles n'y change rien. Il est donc nécessaire (et suffisant) d'établir une mise en danger des preuves.

C L'intérêt digne de protection

L'introduction de la preuve à futur dès qu'un **intérêt digne de protection** est *rendu vraisemblable* représente une nouveauté pour plusieurs cantons. Un tel intérêt existe notamment lorsqu'un *pronostic concernant les chances de succès du procès ne pourrait être fait qu'à la suite de l'administration d'une preuve*¹¹.

La **pratique** devra définir si l'exigence de l'intérêt digne de protection sera interprétée extensivement ou, comme nous le préconisons, de façon restrictive. Dans ce contexte, il faut mentionner les points suivants :

(i) Il faudrait **éviter** à tout prix que l'art. 158 al. 1 let. b CPC permette en Suisse des « *fishing expeditions* », une institution étrangère au système continental européen. L'intérêt digne de protection ne doit en effet pas être admis à la légère. (ii) Il est vrai qu'un **éventuel procès ultérieur** peut constituer un intérêt digne de protection, notamment pour les litiges de construction où une expertise *judiciaire* réalisée avant procès permet de mieux apprécier les chances d'obtenir gain de cause que ne le fait une expertise privée. De même, l'audition judiciaire de témoins avant l'ouverture du procès est plus adéquate que celle menée par les avocats, laquelle reste d'ailleurs soumise à des conditions très strictes sur la base des règles suisses de déontologie¹².

A notre avis, la partie requérant une preuve à futur doit *rendre vraisemblable* (cf. art. 158 al. 1 let. b CPC) que le problème sur lequel porte la preuve à futur **n'est pas voué à l'échec**. Il faut en outre exiger que le demandeur *rende vraisemblable* (cf. art. 158 al. 1 let. b CPC) que les **perspectives de succès concernant les autres éléments du procès** (c.-à-d. ceux qui ne sont pas concernés par la preuve à futur) **demeurent intacts**, c'est-à-dire soient supérieures à 50%. *L'avantage* d'interpréter ainsi l'art. 158 al. 1 let. b CPC est que l'intérêt motivé et rendu vraisemblable (qui est dès lors digne de protection) *permet au tribunal d'administrer tout de*

¹¹ Cp. Message CPC, FF 2006 p. 6925, qui parle de l'*évaluation des chances d'obtenir gain de cause*.

¹² Cf. l'art. 7 al. 1 du Code suisse de déontologie de la Fédération Suisse des Avocats.

même des preuves avant procès, sans qu'il soit nécessaire que ces preuves soient mises en danger. Cette possibilité est en accord avec la volonté du législateur (cf. note de bas de page 7). Inversement, ce mécanisme correcteur permet de se prémunir contre des « *fishing expeditions* » initiées sans fondement et qui seraient en profond désaccord avec le système juridique suisse et celui des codes cantonaux en vigueur avant l'introduction du CPC fédéral.

VIII. La sauvegarde des délais de prescription dans les affaires commerciales

A L'absence de procédure de conciliation pour les affaires commerciales : un problème ?

L'art. 198 let. f CPC prévoit que la **procédure de conciliation n'a pas lieu dans les litiges qui sont de la compétence d'une instance cantonale unique en vertu des art. 5 et 6 CPC**. Il s'agit notamment des affaires relevant de la **compétence matérielle du tribunal de commerce**. Si, premièrement, un *délai de prescription est sur le point d'expirer* (cf. p.ex. l'art. 371 al. 2 CO, qui prévoit que l'action du maître en raison des défauts d'une construction immobilière se prescrit contre l'entrepreneur, de même que contre l'architecte ou l'ingénieur qui a collaboré à l'exécution de l'ouvrage, par cinq ans à compter de la réception), si, deuxièmement, il n'y a *pas eu de déclaration de renonciation à invoquer la prescription émise par la partie (potentiellement) défenderesse* et si, troisièmement, le *tribunal de commerce est compétent* pour connaître de l'affaire, le demandeur peut devoir ouvrir directement action auprès du tribunal de commerce en question afin d'interrompre la prescription. Cela sera le cas lorsque l'introduction d'**une poursuite ne peut pas valablement interrompre la prescription** (cf. l'art. 135 ch. 2 CO) : on pense à l'absence d'un **for de poursuite en Suisse** ou, plus fréquemment en matière de construction, à une **prétention litigieuse ne pouvant pas être exécutée par les voies de la poursuite**, par exemple la créance en réfection des défauts de l'ouvrage (arrêt du TF 4C.258/2001 du 5 septembre 2002, c. 4.1.2).

B La solution du problème

1. Une solution possible

Si le délai de prescription est sur le point d'expirer alors que le mémoire de demande n'a pas encore été rédigé, *la demande en justice devrait être retirée immédiatement à la suite de son dépôt, dans tous les cas avant que le tribunal ait notifié la demande au défendeur*, afin d'éviter que le retrait ne vaille désistement d'action (cf. art. 65 CPC) et n'entraîne l'autorité de la chose jugée. Si le demandeur ne procède pas de cette manière, il risque de supporter les conséquences d'une demande insuffisamment élaborée et les risques procéduraux qui y sont associés.

2. D'autres solutions : un miroir aux alouettes ?

A notre avis, **les autres « solutions » envisageables sont insatisfaisantes** pour les raisons suivantes :

Premièrement, il ne semble pas judicieux de porter le litige **devant une autorité de conciliation** (du même canton) afin de s'adresser à un *tribunal matériellement incompétent du même canton* et d'espérer l'application de l'art. 63 CPC (octroi d'un délai supplémentaire d'un mois). En effet, il n'est pas certain que l'art. 63 CPC soit applicable en cas d'incompétence *matérielle*, vu que le CPC ne règle que la compétence territoriale et que l'art. 4 al. 1 CPC réserve la compétence des cantons pour la compétence matérielle (cf. II.D.2.b ci-dessus). En outre, on ne peut totalement écarter le fait qu'un tel comportement pourrait constituer un *abus de droit*. Le fait de saisir l'autorité de conciliation pourrait donc ne pas interrompre la prescription.

Deuxièmement, les mêmes réserves que ci-dessus s'imposent si le **demandeur introduit sa requête auprès d'une autorité de conciliation d'un autre canton** (en particulier un canton sans tribunal de commerce) dans le but d'introduire par la suite l'action devant un *tribunal*

incompétent au plan territorial de ce même canton. Cette situation constituerait alors indiscutablement un cas d'application de l'art. 63 CPC. Toutefois, la question de l'abus de droit se poserait à nouveau, vu que le for d'ouverture de l'action est en principe facilement déterminable.

Troisièmement, on pourrait envisager la **cession de la créance à une personne non inscrite au registre du commerce avant d'introduire l'action**. Dans ce cas de figure, le cessionnaire pourrait éventuellement invoquer l'art. 6 al. 3 CPC et porter le litige préalablement devant une autorité de conciliation (afin de gagner du temps) et ensuite auprès d'un tribunal ordinaire (et non un tribunal de commerce). Cette façon de procéder est en principe admissible. *Si toutefois l'unique but de la cession est d'éviter la compétence du tribunal de commerce (et l'absence de tentative de conciliation préalable)* et qu'aucune autre explication économique raisonnable ne justifie cette cession (en particulier lorsque le cessionnaire est une personne physique n'ayant aucun lien avec l'affaire), la *question de l'abus de droit* se posera à nouveau. Une telle approche n'est donc pas recommandable.

IX. Un dernier point : un piège procédural

A La contestation des décisions de l'assemblée des propriétaires par étages

Pour ce qui est de l'assemblée des copropriétaires et des comités correspondants, le droit de la propriété par étages renvoie aux règles applicables aux organes de l'association et à la contestation de ses décisions (art. 712m al. 2 CC). Cela signifie concrètement que les **décisions des assemblées auxquelles un copropriétaire n'a pas adhéré et qui violent des dispositions légales ou statutaires (en l'occurrence le règlement des propriétaires par étages) peuvent et doivent être attaquées en justice dans le mois à compter du jour où il en a eu connaissance** (art. 75 CC). Les développements suivants concernent le délai contenu dans cette disposition.

B L'interprétation donnée par le Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral s'est prononcé sur cette question dans l'ATF 135 III 489, JdT 2010 I 181. Il a jugé que le délai légal mensuel de l'art. 75 CC est **péremptoire**. Ce délai de péremption peut être en principe sauvegardé par une tentative de conciliation si le demandeur porte ensuite effectivement le litige devant le tribunal compétent.

Cet arrêt contient une autre affirmation importante : les juges fédéraux affirment qu'il ressort clairement de l'art. 209 al. 4 CPC que, dans les cas où **le délai de péremption légal et judiciaire** (délai pour ouvrir action) **est plus court** que le délai ordinaire de trois mois (art. 209 al. 3 CPC), *l'autorisation de procéder doit être adressée avec la demande* (cf. art. 221 CPC) *au tribunal compétent dans les limites de ce délai plus court*. En d'autres termes, dans un cas d'application des art. 75 CC et 712m al. 2 CC, le **délai mensuel vaut** non seulement pour la requête en conciliation, mais également **pour le dépôt de l'autorisation de procéder et de la demande au fond auprès du tribunal compétent**.

C Une appréciation

Deux délais doivent donc être respectés, faute de quoi le demandeur perd son droit d'agir. Le deuxième délai (à savoir celui concernant le dépôt de l'autorisation de procéder accompagnée de la demande au fond auprès du tribunal compétent) se trouve dissimulé dans l'art. 209 CPC. Ceci résulte du fait que la réserve des « autres délais d'action légaux et judiciaires » (on entend par là les délais de péremption, cf. les deux prochains paragraphes à ce sujet) ne figure pas à la fin de l'art. 209 al. 3 CPC, mais à la deuxième phrase de l'art. 209 al. 4 CPC, ce qui n'est systématiquement pas heureux. En effet, l'art. 209 al. 4 CPC règle en principe uniquement les délais concernant les litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux et aux baux à ferme agricoles. Cette disposition prévoit un délai de trente jours

qui correspond à celui qui figurait déjà à l'art. 274f al. 1 aCO. Etant donné que la réserve concernant les délais particuliers a fait l'objet d'une intégration inopportune du point de vue systématique (elle figure à l'al. 4 au lieu de l'al. 3), elle n'est donc que difficilement reconnaissable.

Le fait que **le sens de l'art. 209 al. 4, deuxième phrase CPC n'est pas facilement déterminable** résulte en outre de sa formulation peu limpide : « Les autres délais d'action légaux ou judiciaires prévus dans les dispositions spéciales sont réservés. ». En comparaison, l'art. 153 al. 4 aCPC/BE était plus précis : « Dans les litiges qui ont pour objet des prétentions liées à un délai de péremption inférieur à six mois, le délai pour le dépôt du mémoire de demande est réduit à la durée du délai de péremption. ». Au contraire de la disposition bernoise, l'art. 209 al. 4, deuxième phrase CPC ne mentionne pas explicitement la diminution du délai pour ouvrir action. La disposition fédérale n'indique pas non plus que le raccourcissement du délai découle uniquement d'un délai de péremption contenu dans une autre loi (p.ex. le CC). Ce raccourcissement vaut à la fois pour le dépôt de la requête de conciliation et pour celui de l'ouverture de l'action principale suite à la délivrance de l'autorisation de procéder.

Autrement dit, les « **délais d'action** » réservés par l'art. 209 al. 4, deuxième phrase CPC **sont en fait des délais de péremption**, qui doivent être respectés à deux reprises : premièrement, lors du dépôt de la requête auprès de l'autorité de conciliation, et deuxièmement, lors du dépôt de la demande devant le tribunal compétent. Une formulation plus claire de l'art. 209 al. 4 CPC aurait été souhaitable.