

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LA CONSORITÉ EN PROCÉDURE CIVILE

THÈSE
présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques
pour obtenir le grade de docteur en droit
par
MARIE-FRANÇOISE SCHAAD

1993
IMPRIMERIE H. MESSEILLER SA, NEUCHÂTEL

Mademoiselle Marie-Françoise SCHAAD est autorisée à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée: «La consorité en procédure civile».
Elle assume seule la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 3 décembre 1992.

**Le doyen de la Faculté de droit
et des sciences économiques
Henri-Robert SCHÜPBACH**

« Rien n'est éternel dans l'histoire, même pas les principes du droit judiciaire. »

Raymond et Jacques Martin,
L'action collective, J.C.P. 1984
I 3162.

REMERCIEMENTS

Qu'il nous soit permis de remercier ici tous ceux qui par leurs encouragements et l'intérêt qu'ils ont porté à ce travail nous ont permis de le mener à son terme.

Notre reconnaissance va en premier lieu à Messieurs les Professeurs Henri-Robert Schüpbach, doyen de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Neuchâtel, et Jacques-Michel Grossen, directeurs de thèse, pour leurs précieux conseils, leur disponibilité et la bienveillance qu'ils n'ont cessé de nous témoigner durant l'élaboration de ce travail.

Nos remerciements s'adressent également:

- aux bibliothécaires de la Bibliothèque de droit de l'Université de Neuchâtel - en particulier à M^{me} Marianne Mathys -, de la Bibliothèque publique et universitaire de Neuchâtel, enfin de l'Institut suisse de droit comparé à Lausanne pour nous avoir toujours largement ouvert leurs rayons et pour leurs conseils compétents;
- à M^{me} Marie Wernli pour sa précieuse assistance technique;
- à M^r Christophe Schwarb qui a assumé la tâche ingrate de relire le manuscrit;
- enfin à nos proches et nos collègues assistants pour leur soutien affectueux ou amical.

Avertissements et Table des abréviations.....	17
Introduction.....	21
Première partie: La consorité.....	25
Chapitre 1. Les sources.....	27
§1. Le droit édicté.....	27
§2. La doctrine.....	32
§3. La jurisprudence.....	33
Chapitre 2. La définition de la consorité.....	35
Chapitre 3. Les types de consorité.....	39
§1. La consorité simple et la consorité nécessaire.....	39
§2. Autres formes de consorité.....	45
§3. La consorité éventuelle et la consorité alternative.....	47
§4. Terminologie.....	53
Chapitre 4. L'absence de but commun.....	65
§1. La consorité simple.....	65
§2. La consorité nécessaire.....	69
Chapitre 5. La nature juridique de la consorité.....	71
§1. Les consorts sont des parties principales.....	71
§2. La qualification juridique de la consorité.....	73
§3. Le litige à deux parties et la consorité.....	76
Chapitre 6. La consorité comparée à d'autres figures procédurales.....	83
§1. Le cumul objectif de demandes.....	83
§2. La demande reconventionnelle.....	85
§3. La jonction de causes.....	87
§4. L'intervention.....	89
§5. La dénonciation d'instance et l'appel en cause.....	94
§6. Les litiges à caractère collectif et les actions de groupe.....	99
§7. La consorité devant la justice pénale.....	103
Deuxième partie: La consorité simple.....	107
Titre I. Les conditions de la consorité simple.....	109
Chapitre 1. Les conditions de recevabilité et les conditions de la consorité.....	109
Chapitre 2. Les conditions de recevabilité.....	111
§1. Les prétentions doivent relever du même type de procédure.....	112
§2. Les prétentions doivent ressortir au même tribunal.....	116
§3. Les sanctions.....	117
Chapitre 3. Les conditions spécifiques de la consorité simple.....	119
§1. Vue générale.....	119
§2. Les conditions objectives.....	123
§3. Les conditions subjectives.....	137
§4. Les conditions relatives à la marche du procès et au prononcé du jugement.....	139
§5. Les conditions relatives au coût de la procédure.....	141
§6. Les sanctions.....	141

Titre II. La naissance de la consorité simple	151
Chapitre 1. Par demande commune	155
Chapitre 2. Par jonction de causes	159
§1. Le droit édicté	159
§2. Les conditions	161
§3. Les modalités	164
§4. Les effets	166
Chapitre 3. Par succession de parties	167
§1. Substitution procédurale sans transfert du droit invoqué	167
§2. Substitution procédurale avec transfert du droit invoqué	168
Chapitre 4. Par intervention	169
Chapitre 5. Par dénonciation d'instance et par appel en cause	171
Chapitre 6. Par entrée ou inclusion en procédure d'une nouvelle partie principale	173
Chapitre 7. Par tierce-reconvention	179
Titre III. Les effets de la consorité simple	185
Chapitre 1. La consorité simple et la marche du procès	185
§1. Le droit édicté	185
§2. Les conceptions	185
§3. La marche du procès pour le juge et l'adversaire des consorts	192
Chapitre 2. La représentation des consorts simples	193
§1. Le mandataire ad litem	193
§2. Le mandataire ad significationem	199
Chapitre 3. La conciliation	205
Chapitre 4. Les exceptions, les objections et les incidents	207
§1. En général	207
§2. L'exception d'incompétence	209
§3. L'exception tirée d'un vice de forme	211
§4. Les exceptions de chose jugée et de litispendance	213
§5. La compensation et la prescription	216
§6. Les objections	217
§7. Les incidents	218
Chapitre 5. La demande reconventionnelle et l'intervention	221
§1. La demande reconventionnelle	221
§2. L'intervention	222
Chapitre 6. Les allégations et la proposition des preuves	227
§1. Les allégations des consorts	227
§2. Les allégations de l'adversaire	232
§3. Allégations omises et faits nouveaux	232
§4. La proposition des preuves	233
Chapitre 7. Les conclusions	235
§1. Les conclusions des consorts	235
§2. Les conclusions de l'adversaire	237
§3. Les conclusions entre consorts	238
§4. La modification et l'interprétation des conclusions	241
Chapitre 8. La réforme	243

Chapitre 9. L'instruction.....	245
§1. Le témoignage.....	245
§2. L'interrogatoire.....	249
§3. L'aveu.....	253
§4. La preuve par titre et la preuve par experts.....	256
§5. L'appréciation des preuves.....	257
Chapitre 10. Le recours.....	261
§1. Le recours principal.....	261
§2. Le recours joint.....	273
§3. Les conditions formelles du recours.....	277
§4. La renonciation au droit de recourir et le retrait du recours.....	281
§5. Les effets de l'arrêt.....	282
§6. L'interprétation du jugement.....	283
Chapitre 11. Le défaut.....	287
§1. Le droit édicté.....	287
§2. Tous les consorts sont défaillants.....	287
§3. Un consort est défaillant.....	288
Chapitre 12. Le temps du procès.....	295
§1. Les délais.....	295
§2. La suspension du procès.....	297
§3. La péremption d'instance.....	300
Chapitre 13. L'exécution du jugement.....	305
Titre IV. La fin de la consorité simple.....	309
Chapitre 1. Résolutions non juridictionnelles du litige.....	309
§1. Le désistement.....	309
§2. L'acquiescement.....	313
§3. La transaction.....	314
Chapitre 2. Résolution juridictionnelle du litige.....	317
§1. Par l'entrée en force du jugement.....	317
§2. Par renonciation au recours et retrait du recours.....	320
Chapitre 3. Autres modes d'extinction.....	321
§1. La division de causes.....	321
§2. Autres modes d'extinction.....	326

Troisième partie: La consorité nécessaire.....	327
Titre I. Les conditions de la consorité nécessaire.....	329
Chapitre 1. Les conditions de recevabilité.....	329
Chapitre 2. Les conditions spécifiques de la consorité nécessaire.....	333
§1. Les critères de la consorité nécessaire.....	333
§2. Les exceptions à l'action concertée.....	343
§3. Les sanctions.....	350
Chapitre 3. Les cas de consorité nécessaire.....	357
§1. Droit de la famille.....	357
§2. Droit des successions.....	358
§3. Droits réels.....	361
§4. Droit des obligations.....	363
§5. Droit des poursuites: la cession selon l'article 260 LP.....	365
Titre II. La naissance de la consorité nécessaire.....	373
§1. Par demande commune.....	373
§2. Par jonction de causes.....	375
§3. Par succession de parties.....	376
§4. Par l'entrée en procédure d'une nouvelle partie principale.....	379
§5. Par mise en cause.....	379
§6. Par intervention.....	383
§7. Par demande reconventionnelle.....	384
§8. Par dénonciation d'instance ?.....	384
§9. Par convention de procédure ?.....	384
Titre III. Les effets de la consorité nécessaire.....	385
Chapitre 1. La consorité nécessaire et la marche du procès.....	385
§1. Le droit édicté.....	385
§2. La règle: L'action concertée.....	386
§3. Les exceptions.....	389
§4. La marche du procès pour le juge et l'adversaire des consorts.....	390
Chapitre 2. La représentation des consorts.....	393
§1. Le mandataire ad litem.....	393
§2. Le mandataire ad significationem.....	396
Chapitre 3. La conciliation.....	399
Chapitre 4. Les exceptions, les objections et les incidents.....	403
§1. En général.....	403
§2. L'exception de chose jugée.....	404
§3. L'exception de litispendance.....	405
§4. L'exception tirée d'un vice de forme.....	405
§5. La compensation.....	408
§6. Les objections.....	408
§7. Les incidents.....	409
Chapitre 5. La demande reconventionnelle et l'intervention.....	411
§1. La demande reconventionnelle.....	411
§2. L'intervention.....	412
Chapitre 6. Les allégations et la proposition des preuves.....	415
Chapitre 7. Les conclusions.....	419
Chapitre 8. La réforme.....	423

Chapitre 9. L'instruction.....	425
§1. Le témoignage.....	425
§2. L'interrogatoire.....	425
§3. L'aveu.....	427
§4. La preuve par titres et la preuve par expert.....	429
§5. L'appréciation des preuves.....	429
Chapitre 10. Le recours.....	431
§1. Le recours principal.....	431
§2. Le recours joint.....	437
§3. Les conditions formelles du recours.....	437
§4. La renonciation au droit de recourir et le retrait du recours.....	438
§5. Les effets de l'arrêt.....	440
§6. L'interprétation du jugement.....	440
Chapitre 11. Le défaut.....	443
§1. Le droit édicté.....	443
§2. Tous les consorts sont défaillants.....	444
§3. Un seul consort est défaillant.....	445
Chapitre 12. Le temps du procès.....	455
§1. Les délais.....	455
§2. La suspension du procès.....	456
§3. La péremption d'instance.....	459
Chapitre 13. L'exécution du jugement.....	461
Titre IV. La fin de la consorité nécessaire.....	463
Chapitre 1. Résolutions non juridictionnelles du litige.....	463
§1. Le désistement.....	463
§2. L'acquiescement.....	466
§3. La transaction.....	468
Chapitre 2. Résolution juridictionnelle du litige.....	471
§1. Par prononcé d'un jugement unique.....	471
§2. Par renonciation au recours et retrait du recours.....	472
Chapitre 3. Autres modes d'extinction.....	473

Quatrième partie: Les traits communs à la consorité simple et la consorité nécessaire.....	475
Titre I. La compétence territoriale	477
Chapitre 1. Vue générale.....	477
Chapitre 2. L'article 59 de la constitution fédérale et la consorité	479
§1. Introduction.....	479
§2. L'article 59 et la solidarité passive	479
§3. Les exceptions à l'article 59 cst.....	481
Chapitre 3. Les fors de droit fédéral	485
§1. De quelques fors de droit fédéral en matière de consorité simple	485
§2. De quelques fors de droit fédéral en matière de consorité nécessaire.....	486
Chapitre 4. La compétence intracantonale	489
§1. Le for de la consorité passive	489
§2. Mise en œuvre du for.....	490
§3. Conditions d'application	490
§4. Nature juridique	495
§5. Les solutions cantonales	496
Chapitre 5. La prorogation de for	501
§1. La prorogation expresse.....	501
§2. La prorogation tacite	505
§3. L'élection de domicile	506
Titre II. La compétence matérielle.....	509
Chapitre 1. Les règles fédérales sur la compétence matérielle et la consorité	509
Chapitre 2. Les règles cantonales sur la compétence matérielle et la consorité..	511
Chapitre 3. La valeur litigieuse.....	515
§1. La valeur litigieuse en fonction de chaque prétention	515
§2. La valeur litigieuse déterminée par addition	518
§3. L'attraction de compétence ratione valoris.....	530
§4. La modification de la valeur litigieuse.....	531
Chapitre 4. La prorogation de compétence matérielle.....	533
Titre III. Les frais et les dépens	535
Chapitre 1. L'assistance judiciaire et le droit à un avocat d'office.....	535
§1. L'assistance judiciaire.....	535
§2. La défense d'office	540
Chapitre 2. La cautio judicatum solvi	543
§1. Le droit édicté	543
§2. La caution à fournir par un consort.....	544
§3. La caution à fournir par l'adversaire	546
§4. L'ampleur des sûretés	546
§5. La sanction	547
Chapitre 3. Les frais et les dépens proprement dits.....	549
§1. L'avance de frais.....	549
§2. La répartition des frais et des dépens	550
§3. La fixation des frais et dépens et la distraction des dépens.....	564

Conclusions.....	571
Bibliographie.....	575
Index	593

AVERTISSEMENTS ET TABLES DES ABREVIATIONS

L'utilisation de la présente thèse sera facilitée par les précisions suivantes:

La thèse se réfère aux textes légaux en vigueur et aux projets actuellement en discussion dans la mesure où ils nous ont été communiqués. Les dispositions cantonales de procédure civile sont citées de la manière suivante: chaque canton est désigné par son abréviation habituelle (ZH, BE, LU...) suivie du numéro de l'article cité. Ce dernier est par défaut celui du code de procédure civile en vigueur (Ex. VD 51). La chronologie des cantons est celle de leur entrée dans la Confédération. Le signe cantonal non suivi d'un numéro dans les tableaux signifie que le canton n'a pas légiféré sur la question traitée.

Les décisions cantonales sont précédées de l'abréviation usuelle du canton dont elles émanent (Exemple: ZH ZR..., NE RJN..., TG RBOG..., GE SJ...). La page indiquée est toujours celle du début de l'arrêt. Les passages topiques sont désignés expressément s'il y a lieu. Les décisions citées en premier sont les plus récentes. Ce sont normalement des décisions publiées. Il en est fait mention lorsque tel n'est pas le cas.

La doctrine générale figure dans la bibliographie en fin de volume. Chaque nom d'auteur y figure suivi du titre de l'ouvrage et, s'il y a lieu, d'une indication entre parenthèses sur la manière de le citer. La référence complète d'auteurs cités dans certains chapitres mais non mentionnés dans la bibliographie générale est donnée dans les notes de ces chapitres.

Autant qu'il lui a été possible, l'auteur a tenu compte de l'état de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine au 31 décembre 1992. L'étude de la jurisprudence remonte à la première année de publication des revues consultées dans la mesure où elles lui ont été accessibles.

LEGISLATION

OJF	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16.12.1943 (RS 173.110)
PCF	Loi fédérale de procédure civile fédérale, 4.12.1947 (RS 273)
ZH	Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung), 13.6.1976 (RS 271)
BE	Code de procédure civile, 7.7.1918 (RS 271.1)
LU	Gesetz über die Gerichtsorganisation und die Zivilprozessordnung, 28.1.1913 (RS 260)
UR	Zivilprozessordnung, 29.2.1928/28.6.1963 (RS 9.2211)
SZ	Zivilprozessordnung, 25.10.1974 (RS 211)
OW	Verordnung über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung), 9.3.1973
NW	Verordnung über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung), 11.7.1970 (RS 262.1)
GL	Zivilprozessordnung, 2.5.1965 (RS III C/1)
ZG	Zivilprozessordnung, 3.10.1940 (RS 222.1)
FR	Code de procédure civile, 28.4.1953 (RS 270.1)
SO	Zivilprozessordnung, 11.9.1966 (RS 221.1)
BS	Zivilprozessordnung, 8.2.1875 (RS 222.100)
BL	Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung, 20.2.1905/21.9.1961 (RS 221)
SH	Zivilprozessordnung, 3.9.1951 (RS 352)
AR	Zivilprozessordnung, 27.4.1980 (RS 231.1)
AI	Gesetz über die Zivilprozessordnung, 24.4.1949 (RS 261)
SG	Zivilprozessgesetz, 20.12.1990 (RS 961.2)
GR	Zivilprozessordnung, 1.12.1985 (RS 320.000)
AG	Zivilrechtspflegegesetz (Zivilprozessordnung), 18.12.1984
TG	Gesetz über die Zivilrechtspflege (Zivilprozessordnung), 6.7.1988 (RS 271)
TI	Codice di procedura civile, 17.2.1971 (RS 84)
VD	Code de procédure civile, 14.12.1966 (RS 2.7)
VS	Code de procédure civile, 22.11.1919 (RS 251)
NE	Code de procédure civile, 30.9.1991 (RS 211.1)
GE	Loi de procédure civile, 10.4.1987 (RS E.2.3)
JU	Code de procédure civile, 9.11.1978 (RS 271.1)

ABREVIATIONS

a	ancien (placé avant la désignation d'un texte légal)
AB	Amtsbericht
ACJ	Arrêt Cour de la Cour de Justice (Genève)
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AG	Argovie
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AI	Appenzel Rhodes Intérieures
al.	alinéa
AnwBl	Anwaltsblatt
AR	Appenzel Rhodes Extérieures
art.	article
ATC	Recueil des jugements du Tribunal Cantonal de la République et Canton de Neuchâtel
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
AZPO	Code de procédure civile autrichien
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater
BE	Berne
BGC	Bulletin des délibérations du Grand Conseil
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BL	Bâle-Campagne
BOG	Bericht des Obergerichtes
BlschK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BS	Bâle-Ville
c.	considérant
càd	c'est-à-dire
CC	Code Civil
CCC	Recueil des arrêts rendus par la Cour de Cassation civile neuchâteloise
CCfr	Code civil français
càd	c'est-à-dire
cf.	conferre
ch.	chiffre
chron.	chronique
Civ.	Arrêt de la Cour de Cassation (France)
CO	Code des obligations
Com.	Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre commerciale (France)
comp.	comparez
contra	d'opinion contraire
CPC	Code de procédure civile
CPCF	Code de procédure civile français
CPCI	Code de procédure civile italien
Cst	Constitution
Dalloz	Recueil Dalloz
D.A.	Dalloz analytique
DB	Der Betrieb
DJPS	Droit judiciaire privé suisse
DJZ	Deutsche JuristenZeitung
Doctr.	doctrine
DöV	Die öffentliche Verwaltung
D.P.	Dalloz périodique
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
éd.	édition
EGV	Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz
Entsch.	Entscheidungen
ex.	exemple
Extraits	Extraits des principaux arrêts rendus par le Tribunal cantonal de Fribourg
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FF	Feuille Fédérale
FJJ	Fichier de jurisprudence du tribunal cantonal jurassien
FJS	Fiches juridiques suisses
FR	Fribourg

Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GB	Geschäftsbericht
GE	Genève
GL	Glatis
GR	Grisons
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts fondé par Gruchot
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVP	Gerichts- und Verwaltungspraxis
HGE	Handelsgerichtentscheid
HRR	Höchstgerichtliche Rechtsprechung
i.f.	in fine
DJb	Iherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
I. R.	Informations rapides
JA	Juristische Arbeitsblätter
J.C.P.	Jurisclesseur périodique (La Semaine Juridique)
JR	Juristische Rundschau
JT	Journal des Tribunaux
JU	Jura
JurBüro	Juristische Büro
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wöchenschrift
JZ	Juristenzeitung
KGE	Kantonsgeschäftsentscheid
Komm.	Kommentar
LCR	Loi sur la circulation routière du 19.12.1958 (RS 741.01)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
lit.	littérature
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11.4.1889 (RS 281.1)
LU	Lucerne
MCF	Message du Conseil Fédéral
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
n	nouveau (placé avant la désignation d'un texte légal)
NCPC	Nouveau Code de Procédure Civile (France)
n.	note
NE	Neuchâtel
no	numéro
notes prél.	notes préliminaires
nm	note marginale ou numéro marginal
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtssprechung-Report
NS	Nouvelle série
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NW	Nidwald
off.	officiel
OJF	Loi fédérale d'organisation judiciaire, 4.12.1947 (RS 173.110)
öJZ	österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
GLGZ	Die Rechtssprechung des Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
OW	Obwald
p	Projet (placé avant la désignation d'un texte légal)
PCF	Loi fédérale de procédure civile fédérale, 16.1.1943 (RS 273)
PKG	Praxis des Kantonsgerichtes
Pra	Praxis des Bundesgerichts
RB	Rechenschaftsbericht
RBOG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts
RDP	Rivista di diritto processuale
RDS	Revue de droit suisse
Rec.	Recueil
Rep.	Repertorio di giurisprudenza patria (TI Rep)
Repfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RJN	Revue de jurisprudence neuchâteloise
ROLF	Recueil officiel des lois fédérales
RPR	Rekurspraxis der Regierung des Kantons Graubünden
RS	Recueil systématique
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (= SJZ)

RTC	Rapport du Tribunal cantonal
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil
RTDcom.	Revue trimestrielle de droit commercial
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
S.	Recueil Sirey
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SG	Saint-Gall
SH	Schaffhouse
SJ	Semaine judiciaire
SO	Soleure
Soc.	Arrêt de la Cour de cassation (chambre sociale) (France)
SOG	Solothurnische Gerichtspraxis
ss	et suivant(es)
SZ	Schwyz
T.	Tome
TC	Tribunal Cantonal
TF	Tribunal fédéral
TG	Thurgovie
ThürBl	Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt
TI	Tessin
UR	Uri
VD	Vaud
VersR	Versicherungsrecht
VJS	Vieretjahresschrift der aargauische Rechtsprechung
vol.	volume
VS	Valais
WamR	Wameyers Jahrbuch der Entscheidungen
ZBGR	Revue du notariat et du registre foncier (RNRF)
ZG	Zoug
ZH	Zürich
ZK	Zürcher Kommentar
ZMR	Zeitschrift für Miet-und Raumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPR	Zivilprozessrecht
ZR	Blätter für zürcherische Rechtssprechung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

INTRODUCTION

Le procès civil est fondé sur l'initiative de la partie qui s'estime lésée dans ses droits (1). Celui qui veut faire sanctionner son droit et en poursuivre l'exécution doit soumettre sa prétention aux tribunaux pour qu'ils l'instruisent et la jugent.

L'instance peut être unilatérale. Elle peut ne pas opposer d'intérêts, ne comporter ni litige, ni adversaire. La procédure sera gracieuse (2). Le plus souvent cependant, elle constitue, dans le procès civil qui en est la forme, un affrontement entre celui qui l'a engagée et son adversaire. La procédure, contentieuse, mettra aux prises deux personnes aux intérêts opposés.

Dans la procédure contentieuse, celui qui dépose la demande en justice attribue aux sujets du droit substantiel la qualité de partie au procès, classe comportant deux sous-espèces, celle de demandeur et de défendeur dont les rôles sont fixés par la position occupée lors de l'introduction de l'instance (3): le demandeur est celui qui a pris l'initiative de saisir un juge pour obtenir de lui qu'il reconnaisse le bien fondé de ses prétentions; le défendeur est celui dont la condamnation est requise et qui est personnellement et nommément désigné dans la demande (4). Les rapports matériels des parties et la répartition du fardeau de la preuve ne sont pas déterminants

- 1) Expressis verbis NE n°53: "Le juge ne peut être saisi que par la demande d'une partie". La justice civile se rend à l'instance des particuliers, mais aussi la demande de l'Etat représenté par le Ministère public: action en nullité de mariage ou en modification d'état civil, action en rétrocession d'un immeuble en application de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par les étrangers.
- 2) Il peut y avoir consorcié en procédure gracieuse: VD 488: "Sont applicables à la procédure non contentieuse les dispositions de la procédure contentieuse sur...e) les parties...". Des héritiers déposent par exemple une requête en déclaration d'absence ou requièrent l'annulation de papiers-values.
- 3) ATF 43 I 46, 56/JT 1918 I 182, 190-191: "Le rôle que jouent les parties...est une notion de pure procédure et, pour savoir qui doit être considéré comme demandeur, il faut rechercher, non pas la nature des prétentions formulées de part et d'autre, mais bien laquelle de ces prétentions a la première fait l'objet d'une action en justice...la qualité de demandeur ne pourra dépendre que de l'antériorité: sera demandeur celui qui le premier a agi comme tel...L'antériorité est expressément reconnue par les lois de procédure comme un principe général...cela soit directement... soit indirectement du fait que l'on permet d'opposer l'exception de litispendance à un procédé ultérieur indépendant de la partie adverse dans la même affaire...".
Les parties qui ont seules le droit d'introduire une instance ont seules le pouvoir de désigner la ou les personnes contre laquelle la demande est formée. Le juge ne peut prononcer une condamnation à l'encontre d'une personne qui n'a pas été citée par le demandeur ou à l'encontre d'une partie prise en une qualité différente de celle sous laquelle elle a été citée par son adversaire. La mise en cause d'office d'un tiers est une exception à cette règle. Dans certains cas, le juge peut inviter les parties à mettre en cause les intéressés dont la présence lui paraît nécessaire à la solution du litige en droit français (NCPC 332) et en droit italien (CPC 107). Il ne faut pas confondre la mise en cause d'office avec la mise en cause obligatoire et à peine d'irrecevabilité, à l'occasion d'une voie de recours, de toutes les personnes qui ont été parties à la décision attaquée. La mise en cause tend dans ce second cas à éviter que le jugement attaqué ne soit réformé ou rétracté qu'à l'égard de certaines personnes seulement. Elle s'applique à des personnes qui ont déjà été parties au jugement attaqué.
- 4) VD JT 1968 III 76: "Est radicalement nulle la condamnation d'une personne non partie au procès, du fait que cette personne n'est pas nommée dans l'acte d'ouverture d'action". Ne peut ainsi être condamné le membre d'une société alors que l'action est dirigée contre la seule société, JT 1952 III 30, JT 1943 III 32.
Une instance contentieuse ne saurait être dirigée contre une personne indéterminée ou contre un ensemble de personnes dont les membres ne seraient pas individuellement et spécifiquement désignés, par exemple contre la succession d'une personne décédée. La règle est destinée à sauvegarder les droits de la défense. Elle comporte certaines exceptions en droit des poursuites. Elle soulève des difficultés, car le demandeur, en cas de décès, ne connaît pas toujours avec précision l'identité des ayants cause du défendeur. Elle est difficilement applicable dans les litiges à caractère collectif.

pour cette question (5). Le demandeur à l'instance peut être défendeur à la preuve et inversement (6).

Toute instance contentieuse implique nécessairement l'existence d'un demandeur et d'un défendeur. Visant la forme la plus simple du procès civil, le principe de la dualité des parties (7) exige au moins deux personnes dans des rôles inverses au sujet d'une prétention émise par la première contre la seconde. La loi définit limitativement et de manière indirecte (8) les positions qu'elles doivent nécessairement occuper (9). Celui qui n'est pas demandeur est obligatoirement défendeur, car une partie ne peut s'actionner (10). Celui qui n'est ni demandeur, ni défendeur est nécessairement tiers (11). La dualité doit exister dès le début de la

5) Doivent être considérés comme défendeurs ceux que le demandeur met en cause et désigne comme tels, même s'ils ne sont pas parties au rapport de droit litigieux. GE SJ 1985 609.

6) Kummer BK ad 8 CC nm214ss. Habscheid DJPS 176.

7) BE Jolidon 63, Vogel 26 nm7: "Zweiparteienverfahren". Habscheid ZPR 7 nm17 et Stein/Jonas notes prélim. ad 50 nm17: "Zweiparteiensystem", Rosenberg/Schwab 217, Schilken 42 nm72: "Zweiparteienprinzip", Winte 1: "Zweiparteienstreit", Wolff 120: "Grundsatz des Zweiparteienverhältnisses".

8) Hans Ulrich Walder, Die Officialmaxime, Zurich 1973, 5 n. 2: "Dass es im Zivilprozess nur zwei Parteien gibt, wird in den Gesetzen nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber indirekt...aus den Bestimmungen über die Streitgenossenschaft...". Thomas/Putzo notes prélim. ad 50 I: "An einem Prozessrechtsverhältnis müssen zwei Parteien beteiligt sein; es können aber nicht mehr als zwei Parteien sein, so dass bei Streitgenossenschaft eine Mehrheit von Prozessrechtsverhältnissen besteht"; Zoller notes prélim. ad 50 nm1, Zimmermann ad 50 nm1. Schellhammer 534 nm1032: "Die Streitgenossen stehen immer nur zum Gegner, nie untereinander in der Parteistellung des Klägers zum Beklagten".

9) Staehelin 1: "begriffsnotwendig"; il y a ainsi un *numerus clausus* des parties, Habscheid DJPS 173, TI Ottaviani I et 55.

10) Hans Ulrich Walder, Die Officialmaxime, Zurich 1973, 5. Walder ZPR 6 nm11. Schilken 43 nm74: "Aus dem Zweiparteienprinzip folgt..., dass es sich um verschiedene Personen handeln muss, so dass Insichprozesse ausgeschlossen sind. Man kann nicht mit sich selbst prozessieren, und zwar auch nicht als gesetzlicher Vertreter oder Streitgenosse eines andern".

L'instance conserve parfois un caractère contentieux même lorsque les adversaires s'accordent. L'obstacle réside alors dans la loi et non dans l'attitude des parties: En droit suisse, le divorce, même amiable, est contentieux; la qualité pour agir appartient à un époux, la qualité pour défendre à l'autre conjoint (Bühler/Spühler BK notes prélim. ad 137ss CC nm33). A l'inverse, le litige peut perdre son caractère contentieux en raison même de l'accord des adversaires. Supprimant la contradiction, leur alliance imprime au litige un caractère unilatéral et lui confère un caractère gracieux qui ne permet plus de distinguer les rôles des plaideurs. En droit français, par exemple, le divorce est toujours judiciaire, mais a cessé d'être toujours contentieux. Il peut résulter dans certains cas d'un accord des parties et se fonder sur le consentement mutuel des époux qui peuvent demander le divorce par requête conjointe si le consentement est acquis d'emblée et concerne à la fois le problème de la rupture et celui de ses conséquences (CCFr 230 à 232 et 246, NCPC 1088 à 1105). Le litige peut enfin changer de nature en cours de procédure. Le consentement des époux intervenu en cours de procès leur permet, en droit français, de passer du divorce contentieux au divorce gracieux par requête conjointe (CCFr 246: Système de la passerelle). A côté du divorce contentieux et du divorce gracieux trouve place encore en droit français le divorce mixte en deux phases, dont la première est gracieuse et la seconde contentieuse (divorce demandé par l'un et accepté par l'autre). Le procès présente dans certaines circonstances une juxtaposition des qualités de demandeur et de défendeur. Sa nature particulière peut provoquer un cumul de qualités dans la même instance et par rapport au même droit substantiel. Il en est ainsi en matière de divorce (Bühler/Spühler BK ad 143 CC nm27) et de partage. Toute augmentation des droits de l'une des parties entraînant corrélativement une diminution des droits de l'autre, il est admis qu'elles sont tout à la fois et réciproquement demanderesse et défenderesse à l'instance. Le juge qui admet les conclusions du demandeur doit également admettre une partie des prétentions du défendeur, sans que ce dernier ait à les faire valoir par une demande reconventionnelle (Actio duplex, Doppelseitige Klage): ZH ZR 84 1985 161 no67, LU Entsch. 1962 130 no124, Martin Koenig, Die Widerklage im Eheprozess, Thèse Zurich 1977, 8.

procédure. Les sujets de l'instance doivent nécessairement exister au moment où l'action est intentée. Il y a "non-litige" si le plaideur n'a pas d'adversaire (12). La dualité doit durer jusqu'à la fin de la procédure, sinon le combat ne peut avoir lieu ou cessera faute de combattants (13).

La justice civile contentieuse ne se réduit pas toujours à la relation élémentaire d'un plaideur unique qui prétend à une créance contre un adversaire unique, même si dans la majorité de leurs règles les lois de procédure postulent qu'un procès civil divise deux parties dans des rôles inverses. La figure du litige à deux parties s'estompe, le procès civil devant souvent fonctionner dans des conditions différentes. Aussi le droit judiciaire permet-il implicitement ou expressément aux tribunaux de trancher des conflits plus complexes "dont le trait commun est de s'écarter de l'archétype du procès" (14).

Alors que *qualitativement*, il n'y a toujours que deux types de sujets dans le procès civil (15), *quantitativement* en revanche, il n'y a pas de limites au nombre de plaideurs dans un procès donné (16). La pluralité vise des situations concrètes les plus

Les parties peuvent également acquérir en cours de litige une qualité incidente: le défendeur principal devient demandeur reconventionnel ou demandeur à l'exception. Solus/Perrot T. III 16.

- 11) Les parties à l'instance sont les personnes qui ont pris l'initiative d'exercer l'action en justice ou qui ont été appelés à y défendre par opposition aux tiers qui demeurent étrangers au procès. La règle présente des exceptions. La notion de représentation en justice conduit parfois à étendre la qualité de parties à l'instance à des personnes qui sont réputées y avoir été représentées. La délimitation entre les parties et les tiers se trouve modifiée par des circonstances susceptibles de se produire en cours d'instance: le décès d'une partie peut entraîner la transmission de la qualité de partie à des tiers. A l'inverse, un plaideur peut rester à l'écart de l'instance tout en étant partie au jugement; le coindivis qui déclare par avance se soumettre au jugement à intervenir n'est pas un consort nécessaire.

- 12) Wolff 120.

- 13) Une partie décède dans un procès portant sur un droit intransmissible, le demandeur succède au défendeur.

- 14) Rapp 17, GE SJ 1944 411, 413-414: "L'article 4 LPC dispose que toute demande sera formée par un acte d'ajournement. Il ressort de cette règle générale qu'un tel acte ne peut contenir qu'une demande et ne doit s'adresser qu'à un seul défendeur. L'alinéa 2 statue sur l'exception et dit qu'il peut n'être formé qu'une seule demande par un seul acte d'ajournement lorsque les demandeurs agissent conjointement et ont un intérêt commun, ou que les défendeurs sont obligés conjointement...Il s'ensuit que chaque fois qu'il n'y aura qu'un seul acte d'ajournement pour une pluralité de demandeurs ou de défendeurs, le juge devra apprécier si les conditions qui autorisent cette forme exceptionnelle d'assignation sont réunies".

La consorité constitue pour de nombreux auteurs une exception au procès à deux parties: Maday 211, Matti Streitgenossenschaft 8, Ovari 1, Flepp 9, Baechli 163, Nater 19 et 77 pour la consorité nécessaire. Pour Geiger 2 en revanche, elle étend le principe de la dualité. La consorité simple formelle n'est encore aujourd'hui admise dans le canton de Schaffhouse que par exception et dans le but de diminuer notablement les frais. SH 86.

- 15) Domenig 4, Geiger 2, Staehelin 1, Walder ZPR 6 nm9: "Das Eigentümliche am Zivilprozess ist das Zweiparteiensystem. Natürlich können mehr als zwei Personen an einem Prozess beteiligt sein. Stets jedoch liegt eine Frontstellung vor, und der Richter hat zwischen zwei Seiten zu entscheiden. Jede Partei eines Zivilprozesses hat sich auf dieser beiden Seite zu stellen, sei es als notwendiger Streitgenosse (dann sind alle die auf jener Seite im Grunde genommen nur eine Partei) oder als einfacher Streitgenosse (dann liegen mehrere Prozesse einer jeden einzelnen Streitgenossen gegen den Rechtsgegner vor, also mehrere Zweiparteienverhältnisse)...", Schükun 42 nm73: "Als Konsequenz des Zweiparteienprinzips ist zu beachten, dass sich auch dann nur zwei Parteien gegenüberstehen, wenn auf einer oder jeder Parteilinie mehrere Personen - sog. Streitgenossen - beteiligt sind. Es bestehen jeweils eigene Prozessrechtsverhältnisse bei - fakultativer oder obligatorischer - Verbindung der mehreren Prozesse zu einheitlicher Verhandlung und Entscheidung, aber ohne weitere Polarisierung unter den Streitgenossen der jeweiligen Seite". Rosenberg/Schwab 218: "...Daher kann das mehreren Streitgenossen gegenüber ergangene Urteil nicht von dem einen gegen den anderen Streitgenossen angefochten werden", Wintle 1, Wiczeorek ed 59 AI, Thomas/Putzo notes préI. ad 50 f.

diverses. Le droit de procédure multiplie les possibilités, autorise des combinaisons et permet de nouvelles constructions. Le contentieux peut impliquer du côté actif ou passif une pluralité de personnes, mais une seule partie. Il n'est pas plural. Le contentieux plural peut diviser des plaideurs qui n'ont pas tous qualité de partie (17). Il peut réunir des plaideurs qui ont qualité de partie sans avoir celle de consorts (18). Il peut mettre aux prises des plaideurs qui ont qualité de consorts et corrélativement celle de partie. Il peut enfin regrouper contre le même défendeur un nombre important de plaideurs (19) qui ont, chacun pour sa part, des prétentions qui peuvent être relativement modestes (20).

C'est davantage à un aspect de la pluralité de parties - la consorité - qu'à l'existence même de cette pluralité que nous nous attacherons dans la présente étude, toutes les questions relatives à ce thème ne pouvant faire l'objet d'une étude détaillée. Nous examinerons toutefois les autres cas de pluralité pour les distinguer de la consorité et dans la mesure où ils peuvent avoir des incidences sur cette dernière.

Nous présenterons dans une première partie le siège de la matière et tenterons de définir la consorité, d'en décrire les types, d'en analyser la nature juridique et d'en expliquer les buts. Nous traiterons de la consorité simple, de ses conditions, de sa naissance, de ses effets et de sa fin dans une deuxième partie. Nous ferons le même exercice pour la consorité nécessaire dans une troisième partie. Une quatrième partie enfin est consacrée à l'étude de questions communes à la consorité simple et à la consorité nécessaire.

16) GR PKG 1989 66 no11, 73: "Auch ist es mehr oder weniger zufällig, aus wievielen Personen eine Streitgenossenschaft besteht...".

Habscheid DJPS 176, Schilken 372 nm660: "Der Umstand, dass die ZPO vom Zweiparteienprinzip ausgeht...bedeutet nicht, das als Kläger und Beklagter jeweils nur eine Person beteiligt sein kann".

De nombreux auteurs insistent sur la multiplication du nombre de personnes appelées à participer à l'instance: *Pierre Hébraud*, Pluralité de parties, Indivisibilité du contredit et de la procédure, RTDC 1963 155ss; *Roger Perrot*, Appel provoqué et indivisibilité en matière d'appel, Colloque d'Aix en Provence des 22-23 février 1963, 3, *Roger Perrot*, Les moyens judiciaires et parajudiciaires de la protection des consommateurs, Gaz. Pal. Docur. 1976 237ss; *René Savatier*, La surabondance des débiteurs de réparation autour de la victime d'accident et l'enchevêtrement de leurs dettes, Dalloz 1962, chron. 173ss. MM. Comu et Foyer consacrent deux pages à la consorité dans un paragraphe relatif aux "modalités tenant principalement au nombre de parties", Procédure civile, 398-399.

17) Intervention accessoire dans le système allemand.

18) Jonction de causes, appel en cause. VD JT 1962 III 27.

19) Selon une statistique fédérale américaine publiée en 1974 et citée par *Francis Caballero*, Plaidons par procureur. RTDC 1985 247ss. 263 n. 135, 3% des procès comportent chacun plus d'un million de plaideurs dans une seule procédure.

20) Action de groupe.

PREMIERE PARTIE
LA CONSORTITE

CHAPITRE 1. LES SOURCES

§1. Le droit édicté

En procédure fédérale, la consorité est réglée principalement dans un seul alinéa de la loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (PCF) qui régit les procès directs devant le Tribunal Fédéral (1). Le législateur la mentionne encore en relation avec le nombre de mémoires à déposer (2) et les frais du procès (3). La disposition topique figure dans le chapitre consacré à l'échange des écritures (4) et non dans celui qui traite des parties (5). Les travaux préparatoires ne nous expliquent pas cette systématique. Avare de propos, le Conseil Fédéral observe que les titres V à IX règlent "la marche de l'instance selon son cours naturel" (6).

La loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJF) mentionne la consorité en relation avec la valeur litigieuse, seuil de compétence du Tribunal fédéral comme instance de réforme (7), le nombre de mémoires à déposer (8), les frais judiciaires (9) et les dépens (10).

Ni l'OJF, ni la PCF ne distinguent la consorité simple de la consorité nécessaire (11).

Le projet d'unification de la procédure civile ne comporte qu'une règle de for (12). Les auteurs du rapport explicatif exposent qu'ils ont voulu laisser aux cantons, entre autres domaines, la question de la consorité (13).

Le droit matériel fédéral comporte des règles relatives à la consorité.

L'article 66/2, 2e phrase LCR permet par exemple au juge saisi de décider de la répartition entre les lésés de l'indemnité due par l'assurance. La disposition vise indirectement la consorité simple.

Le droit matériel vise également la consorité nécessaire expressément ou implicitement. Certaines dispositions du code civil prescrivent une action commune

- 1) PCF 24 al. 2. La note marginale indique qu'il est question de "cumul subjectif (consorts)". Comp. Habscheid DJPS 176; "La loi fédérale de procédure civile et quelques codes cantonaux se sont cependant inspirés du modèle français et demeurent muets quant à la consorité".
- 2) PCF 20/1.
- 3) PCF 69/2.
- 4) Titre cinquième: PCF 19 à 33.
- 5) Titre quatrième: PCF 14 à 18.
- 6) MCF du 14 mars 1947 à l'appui d'une nouvelle loi de procédure civile fédérale, FF 1947 I 1001ss, 1004.
- 7) OJF 47.
- 8) OJF 30/1.
- 9) OJF 156/7.
- 10) OJF 159/5.
- 11) Habscheid MPS 182: "Wenn demnach die BZPO nicht zwischen notwendiger und einfacher Streitgenossenschaft unterscheidet, so bedeutet dies nicht, dass Art. 24 BZPO keine Fälle kennt, in denen gemeinsam geklagt oder verklagt werden muss. Denn die notwendige Streitgenossenschaft... ist eine Konsequenz des materiellen Rechts".
- 12) Projet d'une loi fédérale sur l'harmonisation des procédures civiles cantonales avec le droit civil fédéral, présenté par Paul Schwartz, art. 6, RDS 88 1969 II 269ss, 270.
- 13) Projet Art. 1: "Sous réserve des dispositions de la présente loi et des autres lois fédérales, les cantons règlent la procédure à suivre dans les causes civiles devant les autorités cantonales".

des consorts ou une action conjointe du demandeur contre les défendeurs (CC 256/2 et 602/2 par exemple). D'autres lois fédérales, voire des conventions internationales, connaissent le même genre de prescription. L'entreprise de chemin de fer qui exerce un droit de recours doit former sa demande dans une seule instance contre tous les autres chemins de fer intéressés (14). La consorité nécessaire peut également découler implicitement du droit fédéral. Elle est incluse dans la notion de communauté de droit qui est un concept de droit fédéral (15). Elle découle selon la doctrine également des deux notions de droit fédéral que sont l'extension de la chose jugée et l'effet formateur du jugement (16). La consorité est alors nécessaire formelle.

La consorité nécessaire est parfois également prévue par le droit privé cantonal, qui, en se fondant sur une réserve au sens propre, peut lier à certaines communautés une propriété commune (17).

La consorité est réglée dans toutes les lois cantonales de procédure civile (18).

ZH 39-42	NW 40-42	BL 44-45	AG 50-55	GE 6
BE 36-39	GL 32-36	SH 83-86	TG 20-23	JU 35-38
LU 57-63	ZG 18-20	AR 111-112	TI 41-48	
UR 53-55	FR 86-90	AI 59-60	VD 74-77	
SZ 36-38	SO 37-40	SG 44-47	VS 37-40	
OW 36-38	BS 16-17	GR 28-29	NE 27-30	

Rares sont les codes qui lui consacrent des dispositions détaillées. La plupart se bornent à établir des principes généraux pour la marche du procès, auxquels il faut ajouter des dispositions sur le for, la valeur litigieuse et la répartition des frais et dépens.

Le législateur cantonal a, ici et là, été plus précis: des règles sont consacrées à la cautio judicatum solvi (19), à la conciliation (20), à la transaction (21), au désistement d'action (22), à l'acquiescement (23), au défaut (24) et au relief (25), à l'interrogatoire des consorts (26) et à leurs rapports internes (27).

Peter Schaad, Les grandes lignes d'un code de procédure civile suisse, Société suisse des Juristes, Unification de la procédure civile, Rapport du Comité, Bâle 1969, 137ss, 138: "Le projet d'une loi sur l'harmonisation des procédures civiles avec le droit civil fédéral (projet Schwartz) vise un but qui lui est propre...Devenu loi, il réduirait la compétence des cantons aux domaines de la procédure qu'il ne régit pas..."

- 14) Art. 57. Convention relative aux transports internationaux ferroviaires du 9.5.1980, RS 0.742.403.1, ROLF 1985 543.
- 15) Habscheid MPS 182.
- 16) Habscheid ZPR II 153 nm280.
- 17) Meier-Hayoz ad 652 CC nm41.
ZH Gesetz über die Förderung der Landwirtschaft, 2.9.1979, art. 108 (RS 910.1). ZR 69 1970 237 no94, ZR 53 1954 310 no143, ZR 19 1920 251 no126. ZBGR 1966 273 no59.
Hans Huber, Des Flurwegrecht des Kantons Zürich, Thèse Zurich 1943, 136ss.
- 18) Habscheid affirme le contraire de manière erronée. DJPS 176.
- 19) ZH 77, SZ 69, SG 277/2.
- 20) SO 117a.
- 21) SH 85.
- 22) GL 36.
- 23) GL 36.
- 24) ZH 39/2, BE 39/2, SZ 36/2, OW 37/2, AR 112/2, SG 45/1, AG 54/2, TI 45-46, VD 307, GE 83, JU 38/2.
- 25) OE 93.
- 26) LU 198, SG 121, GR 202/2, TI 273/2, VS 253/4.

Quatre cantons connaissent encore l'exception de consorité (28) appelée aussi exception de libération provisoire d'instance (29), qui, soulevée dans la réponse (30), permet d'exiger, en cas de consorité simple, la présence au procès de toutes les personnes intéressées par le rapport litigieux. La partie qui omet de l'opposer est parfois considérée comme un codébiteur solidaire (31). Cette antique exceptio plurium litisconsortium (32), issue du droit commun, est jugée obsolète et est contraire au droit fédéral (33).

Certains cas de consorité font l'objet de prescriptions spéciales. Ainsi, l'intervention principale (34).

Le législateur cantonal omet parfois, lors d'une révision totale, d'intégrer dans la nouvelle loi de procédure des questions ayant trait à la consorité et résolues par voie jurisprudentielle. Le règle fixant la valeur litigieuse en cas de consorité reste ainsi une règle prétorienne dans le canton des Grisons. Le mutisme du législateur doit s'entendre comme une inadvertance et non comme un silence qualifié.

Le nouveau code de procédure civile neuchâtelois du 30 septembre 1991 reprend pour l'essentiel les dispositions du code du 7 avril 1925, mais y apporte quelques modifications. En ce qui concerne la consorité, le législateur a voulu maintenir "la réglementation existante, mais cherche à en simplifier la rédaction" (35). Le code de procédure civile neuchâtelois du 7 avril 1925 calque de son côté les dispositions sur la consorité sur le code de procédure civile de 1906 qui lui-même reproduit les principes consacrés par le code de 1878/1882 "sans y apporter de changements importants" (36). Le législateur d'alors avait maintenu le chapitre tel qu'il existait dans le projet de M. Jacottet de 1848 (37).

D'autres lois cantonales sont en cours de révision dans le sens d'une simplification et d'une modernisation (38).

La majorité des cantons place les dispositions consacrées à la consorité dans les règles sur les parties (39) ou celles qui y font directement suite (40). Depuis une révision de 1985, le législateur des Grisons place curieusement les règles sur le cumul

27) ZH 41, SZ 38, SG 48, GR 28/3, TG 21/3.

28) LU 59, ZG 18/2, BL 45, SH 84.

29) FR Extraits 1918-1922 220: "Exception de libération provisoire d'instance, fondée sur le fait que le demandeur n'a pas actionné tous les coobligés (art. 51 et 52 CPC). Conditions de cette exception: 1) plusieurs personnes obligées, 2) inexistence d'un rapport de solidarité".

30) LU 59.

31) LU 59/2.

32) Loi fédérale provisoire sur la procédure à suivre par devant le Tribunal Fédéral en matière civile du 22.11.1850, art. 8 (Rec. off. des lois et ordonnances de la Confédération Suisse, T. II, 1851, 73ss, 75), ZH a37/2, BE CPC 1847 a25-27, FR CPC 1849 a51-53.

33) LU Entsch. 1973 164 no141, Matti Streitgenossenschaft 22-23, Geiger 50, ZH Strülli/Messmer ad 39.

34) ZH 43, LU 73, SZ 39, NW 44, GL 38, ZG 22, SH 87, AR 52, BL 49/2, VS 41.

35) Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de code de procédure civile neuchâtelois du 11 mai 1988, 9.

36) Rapport du Conseil d'Etat à l'appui d'un projet de révision des trois premiers titres du Code de procédure civile, BGC vol. 70(1905) 3ss, 12: "Nous nous bornons à introduire une distinction pour la demande de division de cause".

37) Projet, art. 46 à 51. Rapport du Conseil d'Etat sur un projet de code de procédure civile, BGC vol. 35 1875 164ss, 166.

38) LU.

39) AR Ehrenzeller 78 ad 59 annexe 1: "Die Behandlung der Streitgenossenschaft gehört in die Parteienlehre".

40) SH.

subjectif dans une sous-section intitulée "Nebenparteien und Parteiwechsel", laissant à penser que les consorts sont des tierces-parties. Quelques cantons minoritaires placent la consorité dans celles qu'ils consacrent à l'action (41), à la demande en justice et à la connexité (42), aux principes généraux du procès (43). Les procédures bernoise et jurassienne tiennent à la fois compte des aspects matériel et formel de la consorité. Elles placent les dispositions réglant les conditions de la consorité et ses effets dans le chapitre relatif aux parties et ont prévu une disposition formelle sur l'introduction de la demande dans celui consacré à l'échange des mémoires (44).

Ces différences sont l'expression de préoccupations différentes (45), mais ne jouent aucun rôle (46). Le rattachement aux parties a sa source dans le droit commun (47). On le justifie pour des raisons pratiques - ce serait la solution la plus facile (48) - et logiques. Le rattachement à l'action et la demande a sa source dans l'idée que l'élément décisif de la consorité est la pluralité de prétentions (49).

Tous les cantons règlent la consorité simple. Les dispositions adoptées sont semblables, mais consacrent des différences importantes en pratique. Certains cantons ne reconnaissent pas toutes les formes de consorité simple (50).

En ce qui concerne la consorité nécessaire, on distingue en Suisse deux tendances. De nombreux textes traitent de la consorité matérielle et de la consorité formelle et seulement par extension de la consorité nécessaire considérée comme une sous-catégorie de la consorité matérielle (51). Ils placent la consorité nécessaire sur le même pied que la consorité simple (52).

Près de la moitié de cantons consacrent des dispositions distinctes aux consorités simple et nécessaire (53). Bien que cette dernière soit fondée sur le droit

-
- 41) AR.
 - 42) GE.
 - 43) AR.
 - 44) BE 159, JU 157: "Lorsque plusieurs personnes agissent en qualité de consorts, elles peuvent figurer dans la même demande comme demanderesse ou défenderesse".
 - 45) Matti Streitgenossenschaft 11: "Die systematische Einreihung der Streitgenossenschaft bietet wegen der verschiedenen Seiten ihrer Erscheinung gewisse Schwierigkeiten".
 - 46) Matti Streitgenossenschaft 12.
 - 47) Gysler 7, Ovari 7, Matti Streitgenossenschaft 11, geiger 7.
 - 48) Matti Streitgenossenschaft 12.
 - 49) Ovari 7.
 - 50) Les cantons de Bâle-Ville et du Tessin ne reconnaissent pas la consorité simple formelle. BS BJM 1961 189ss, Stahelin/Sutter 85, TI Rep. 1987 225-226, II CCA non publié du 21 mars 1986 G e litisconsorti c/W.
Dans le canton de Fribourg, la consorité simple formelle était sous l'ancien code de procédure civile connue de la pratique sous la forme de la jonction de causes (a280), cf. Deschenaux/Castella 66.
 - 51) BE, LU, UR, ZG, FR, BS, BL, SH, AI, VS, GE, JU.
TG RBOG 1971 58 no9, VS RVJ 1977 32, 38: "Les articles 37 à 39 englobent...les cas de consorité simple...L'article 37 et l'article 39 traitent simultanément des cas de consorité nécessaire...".
Matti Streitgenossenschaft 39, BE Leuch ad 36 ch. 2, UR Aschwanden 80, Nater 20: "...so haben materiellrechtliche Prinzipien eine prozessrechtliche Institution geschaffen, welche in den Zivilprozessordnungen selbst oft nicht ausdrücklich geregelt wird", AR Ehrenzeller 78 ad 59 annexe 2.
 - 52) Nater 19, Matti Streitgenossenschaft 39: "Die notwendige Streitgenossenschaft hat in der bernischen ZPO keine besondere Regelung erfahren. Dies erübrigte sich, weil die Verbindungsvoraussetzungen...keine andern sind als die in Art. 36 ZPO geordneten, und weil nach Art. 39 ZPO für alle Arten von Streitgenossenschaft grundsätzlich die gleichen prozessualen Wirkungen eintreten...", dans le même sens AG Keller/Pfisterer ad a24 ch. 3.
 - 53) ZH, SZ, OW, NW, GL, SO, AR, GR, AG, TG, TI, VD, NE.

matériel, il n'est pas inutile d'en régler l'existence et les effets dans une règle conforme au droit fédéral. Il faut approuver les législateurs cantonaux qui ont suivi cette démarche, étant entendu qu'ils n'ont plus ici leur liberté et ne peuvent pas réglementer cette consorité comme ils l'entendent, puisque le droit de fond a déjà pris position" (54).

Les cantons d'Argovie et du Tessin ont les normes les plus détaillées.

Les pays limitrophes à la Suisse ont tous adopté des dispositions sur la consorité. Nombre d'entre elles ont été reprises dans les codes cantonaux de procédure ou par la jurisprudence.

Après avoir été accueillie par l'allgemeines Landrecht prussien, la matière a trouvé place en Allemagne dans les articles 59 à 63 du code de procédure civile (Titre 2, partie II consacrée aux parties). Les articles 59, 60, 61 et 63 DZPO s'appliquent à tous les cas de consorité. L'article 62 ne concerne que la consorité nécessaire. Les articles 59 et 60 ont trait à l'admissibilité de la consorité simple, l'article 61 règle les rapports entre les consorts, l'article 63 les citations et les notifications. L'article 62 règle les conséquences de la consorité nécessaire. La teneur de ces règles est la même depuis 1877. De rares dispositions disséminées dans le code font une allusion implicite au cumul subjectif.

Le législateur français traite du sujet dans les "dispositions communes à toutes les juridictions" (55). Le droit français ignore la distinction entre consorité nécessaire et consorité simple. Le code de procédure civile français de 1806 réglait la consorité "non point de façon générale, mais d'une manière pragmatique à propos des principales questions où la pluralité de parties risquait de faire difficulté" (compétence territoriale et défaut notamment) (56). La jurisprudence avait comblé cette lacune de façon hésitante et, de son côté, la doctrine s'était efforcée de synthétiser les solutions acquises (57). A la lumière de cette jurisprudence et des travaux de la doctrine, le nouveau code de procédure civile a édicté, dans les articles 323 et 324, des principes généraux qui gouvernent la matière dans son ensemble, à l'exception d'un renvoi dans le dernier de ces textes à certaines dispositions particulières concernant des cas précis (58).

Les rédacteurs du code de procédure civile italien de 1942 ont repris dans les articles 102 et 103 la distinction entre le litisconsortium nécessaire et le litisconsortium facultatif (59). Les dispositions sur la consorité figurent dans le livre 1

Le nouveau code de procédure civile neuchâtelois du 30 septembre 1991 mentionne désormais expressément la consorité nécessaire, dans une disposition commune à la consorité simple. Le code de 1925 faisait tacitement allusion à ce type de consorité (a42).

54) Habscheid DJPS 178.

55) "La pluralité de parties". Livre premier, titre VIII, NCPC 323: "Lorsque la demande est formée par ou contre plusieurs cointéressés, chacun d'eux exerce et supporte pour ce qui le concerne les droits et les obligations des parties à l'instance", NCPC 324: "Les actes accomplis par un contre l'un des cointéressés ne profitent ni ne nuisent aux autres, sous réserve de ce qui est dit aux articles 474 et 475 (défaut), 529 (notification), 552, 553 (appel) et 615 (pourvoi en cassation)". *Les parenthèses sont une adjonction de notre plume.*

56) Solus/Perrot T. III 18.

57) Notamment Jean-Claude Groslière, L'indivisibilité en matière de voies de recours, Thèse Paris 1959; Jean-Pierre Moreau, Les limites au principe de la divisibilité de l'instance quant aux parties, Paris 1966.

58) Solus/Perrot T. III 18-19: "Ainsi apparaît l'amorce d'une véritable théorie générale du litisconsortium, auquel les doctrines étrangères ont consacré de très amples développements", Moreau 2: "Nous n'avons pas des matières à sujets multiples une conception aussi vaste que certains droits étrangers...".

59) CPCI 102: "Se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso processo. Se questo è promosso da alcune o contro alcune soltanto di esse, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio in un termine perentorio da lui stabilito" ("Si la décision ne peut être prononcée que vis-à-vis de plusieurs parties..., celles-ci doivent agir ou être citées dans le même procès. Si celui-ci est seulement formé par ou contre quelques-unes d'entre elles, le juge ordonne l'appel au procès

(60), dans le chapitre sur l'exercice de l'action (61) et non dans la section consacrée aux parties (62).

La matière fait enfin l'objet des articles 11 à 15 du CPC autrichien du 1er août 1895 (63), récemment modifiés (64).

§2. La doctrine

En doctrine suisse, la consorité ou certains de ses aspects ont été étudiés dans quelques thèses pour la plupart anciennes (65). Le sujet est généralement examiné dans le chapitre consacré aux parties dans les traités et manuels (66). M. Kummer place la matière dans la section consacrée aux aménagements particuliers de l'instance (67). M. Guldener lui réserve un chapitre. De rares auteurs maintiennent la systématique du droit commun (68). Les commentateurs reprennent la systématique du code dont ils exposent les règles (69). Certains aspects de la consorité sont étudiés très brièvement dans les nombreuses thèses de procédure qui ont paru dans notre pays.

La doctrine étrangère est abondante. La matière fait en Allemagne l'objet depuis plus de 100 ans de nombreuses monographies. La majorité des auteurs étudie la consorité nécessaire. K. Brückner a consacré une thèse volumineuse au seul problème du mode de procéder des consorts. Les auteurs abordent le sujet dans le chapitre consacré aux parties (70), à l'action (71), dans un chapitre spécial avec le

de la personne qu'il est nécessaire d'y faire entrer pour qu'il soit contradictoire, dans délai péremptoire fixé par lui".

CPCI 103: "Più parti possono agire o essere convenute nello stesso processo, quando tra le cause che si propongono esiste connessione per l'oggetto o per il titolo dal quale dipendono, oppure quando la decisione dipende, totalmente o parzialmente, dalla risoluzione di identiche questioni. Il giudice può disporre, nel corso della istruzione o nella decisione, la separazione delle cause, se vi è istanza di tutte le parti, ovvero quando la continuazione della loro riunione ritarderebbe o renderebbe più gravoso il processo, e può rimettere al giudice inferiore le cause di sua competenza" ("Plusieurs personnes peuvent être demandereses ou défenderesses dans le même procès quand, entre les litiges qu'elles invoquent existe une connexité par l'objet et par le titre dont ils dépendent ou quand la décision dépend totalement ou en partie de la solution de questions identiques", Trad. Y. Lobin, La pensée universitaire, Aix-en-Provence 1960).

60) Dispositions générales. Livre premier, Titre 4, art. 99 à 111.

61) Giovanni Fabbrini, "Litisconsorzio", enciclopedia del diritto, vol. XXIV, 1974, 811 n. 1: "Fermo che con i nuovi codici del 1942, la nostra legislazione si è allontanata dal modello francese, al quale era precedentemente ispirata, per avvicinarsi al modello della ZPO tedesca del 1877".

62) Chiovenda Principii 68: "...fenomeno di...pluralità di persone...che la nostra legge, a differenza delle più moderne, non regola a parte, ma solo in occasione dei singoli istituti processuali...".

63) AZPO, Partie I, §1, Titre II.

64) "Zivilverfahrensnovelle 1983".

65) Flepp, Geiger, Gysler, Ovari, Matti. Pour les détails, nous renvoyons le lecteur à la bibliographie.

66) Habscheid DJPS et ZPR, Walder, Vogel.

67) Chapitre X, "besondere Verfahrensgestaltung".

68) Matti ZPR 1044ss.

69) ZH Sträuli/Messmer, BE Leuch et Jolidon, AR Ehrenzeller, SG Lutz, AG Eichenberger, TG Böckli, VD Poudret/Wurzbürger/Haldy, GE Memoud et Bertossa.

70) Thomas/Putzo, Grunsky, Fasching ZPR, Rechberger/Simotta, Wolff.

71) Rosenberg 9e éd. 462ss.

cumul objectif, les interventions principale et accessoire ainsi que la dénonciation de litige (72) ou dans une section relative aux "déviation" du procès civil (73).

La doctrine française aborde la question sous l'angle de la divisibilité ou de l'indivisibilité de l'instance.

En Italie, G. Chiovenda, se réclamant de l'influence allemande, fut, en 1904, le premier auteur italien à consacrer une étude importante aux problèmes posés par la pluralité de parties à l'instance (74). La matière est par la suite devenue familière à la doctrine de ce pays. De fait, tous les traités de procédure civile comportent un important chapitre consacré au "litisconsorzio".

§3. La jurisprudence

La jurisprudence suisse, mais surtout étrangère, est une source importante pour l'étude de la consorité. Elle a, dans le silence des textes, admis des formes de consorité ignorées du législateur et créé des nouvelles formes de cumul subjectif. Elle est à l'origine de nouveaux modes de constitution de la consorité. Elle est la source de nombreux moyens régulateurs de l'instance lorsqu'il y a consorité nécessaire et que tous les consorts n'ont pas été impliqués dans le procès. Elle a tranché la question des frais et dépens lorsque les consorts ont tous obtenu gain de cause...Nous pourrions multiplier les exemples.

72) Rosenberg/Schwab, Arens/Lüke, Blomeyer, Zeiss.

73) Schellhammer, Lenz.

74) Chiovenda, Sul *litisconsorzio necessario* in Studi in onore di Vittorio Scialoja Prato 1904.

CHAPITRE 2. LA DEFINITION DE LA CONSORITE

Le législateur (1) ne définit pas la consorité, sinon indirectement en posant ses conditions (2). De manière générale la jurisprudence et les auteurs supposent la notion connue (3).

La consorité suppose la réunion d'éléments constitutifs précis qui ne sont pas mis en relief de manière identique par le législateur, la doctrine et la jurisprudence.

Elle est identifiée au fait d'agir en justice à plusieurs ou contre plusieurs (4). Elle est une faculté: elle réunit des personnes volontairement groupées. Elle est également une obligation, une association imposée: un plaideur peut être consort selon ce que décide son adversaire: l'alliance des codéfendeurs est involontaire. Il peut être consort selon ce que statue le juge: la consorité peut découler de la jonction des causes. Un plaideur doit être consort selon ce que décrète la loi: le droit de fond oblige dans certains cas les parties à agir ou être recherchées comme consorts (5).

La consorité suppose concrètement un procès (6), mais n'implique ni une procédure pendante (7), ni un combat. Elle n'est pas subordonnée à une contre-attaque de l'adversaire et ne dépend pas de son entrée en matière sur le fond, bien que

- 1) Les dispositions sont parfois récentes. Le code vaudois du 20 novembre 1911 ne traitait de la consorité qu'à propos de la division de causes et ne visait que la consorité passive (VD a262). Le législateur de 1966 a comblé cette lacune. BGC 1966 703: "Il est apparu nécessaire, conformément aux lois récentes, de préciser au préalable les conditions dans lesquelles plusieurs personnes peuvent agir ou être mises en cause conjointement (Cumul subjectif)".
- 2) VS RVJ 1976 261, 263: "...consorité...que les articles 11, 37ss et 85 CPC concernent, sans la définir autrement, mais dont la doctrine et la jurisprudence ont abondamment traité". Flepp 13: "Der Begriff der Streitgenossenschaft...entbehrt durchwegs einer genauen Definition in den schweizerischen Prozessrechten. Trotzdem ist unzweifelhaft, dass allen Gesetzen der Begriff der Streitgenossenschaft, wie er in der Doktrin entwickelt wurde, zu Grunde liegt". TI Ottaviani 56: "Il CPC, seguendo l'esempio del diritto italiano e di quasi tutti i codici di procedura svizzeri, si occupa del litisconsorzio limitandosi a definirne alcuni tipi, senza darne una definizione generale". Comp. Zöller ad 60 nm1: "§§ 59, 60 enthalten den Begriff der Streitgenossenschaft". MünK ad 59 nm3: "Der Begriff der Streitgenossenschaft ist in §§ 59, 60 zwar nicht legaldefiniert, aber inhaltlich beschrieben".
- 3) Cependant: Maday 210: "Die herrschende Auffassung ist weit davon entfernt...in dieser Hinsicht feststehende und klare Begriffsumschreibungen zur Verfügung zu stellen. Im Gegenteil, in Bezug auf das Wesen und die verschiedenen Arten der Streitgenossenschaft herrscht allgemeine Unklarheit". Comp. Jean Vincent, "Action". Encyclopédie Dalloz, no324: "On parle de litisconsorts lorsque des plaideurs se trouvent du même côté de la barre en qualité par ex. de cohéritiers, de copropriétaires ou de codébiteurs. On parle de colligants lorsque des plaideurs sont engagés dans un procès dont les sujets sont multiples, quelle que soit leur qualité processuelle, demandeurs ou défendeurs".
- 4) TI Rep. 1978 334, 335 et la doctrine unanime, par ex. Guldener ZPR 296.
- 5) Certains auteurs semblent n'identifier la consorité qu'à la seule consorité nécessaire. Philippe Mercier. Le jugement par défaut en procédure vaudoise, Thèse Lausanne 1974, 175 n. 45.
- 6) La doctrine unanime par ex. Guldener ZPR 296.
- 7) Geiger 4: "Die Streitgenossenschaft ist eine lediglich prozessuale Verbindung, die vor Beginn des Verfahrens nicht existiert". Baumbach/Lauterbach notes prélim. ad 59 2: "Die Streitgenossenschaft entsteht durch die Einleitung eines Verfahrens...". Contra: Matti Streitgenossenschaft 20, Flepp 72, Ovari 11 n. 31, JU Ceppi 50. Selon ces auteurs, la consorité n'intervient qu'au stade de l'échange des mémoires et non déjà en conciliation. Le juge conciliateur ne peut que rendre les parties attentives aux dispositions sur la consorité. Voir au surplus Deuxième partie, Titre III, Chapitre 3.

l'acception allemande de *Streitgenossenschaft* puisse le suggérer (8). Il suffit que les rôles aient été distribués.

La consorité ne suppose pas un litige de droit matériel pendant. Elle subsiste lorsque le procès ne porte plus que sur un problème procédural, par exemple sur les frais (9). Elle n'a pas d'incidence sur la nature juridique de l'action intentée, à l'inverse de l'action dont la nature peut avoir une incidence sur le type de consorité: il n'y a par exemple jamais consorité nécessaire passive lorsqu'un demandeur recherche des coindivis en paiement de dettes.

Perçue comme une exception au principe de la dualité des parties, la consorité suppose l'existence de plus d'un acteur actif ou passif dans le même rôle (10) de partie principale (11). Le législateur et la jurisprudence opposent parfois curieusement les deux termes. Ainsi en procédure thurgovienne où les demandeurs sont des consorts et les défendeurs des parties (12) et dans certains arrêts valaisans (13).

La consorité ne constitue pas une simple juxtaposition de litiges individuels. Elle implique que les parties principales actionnant ou recherchées conjointement aient la qualité de consorts. La seule existence d'une pluralité de parties - indépendamment de toute relation entre elles relevant de la consorité - ne suffit pas pour la mise en oeuvre des règles relatives à la consorité (14). Subordonnée à l'existence d'une relation de parité ou de similarité entre les parties, la consorité suppose la déduction en justice de droits propres mais semblables ou de droits

- 8) Becker 8: "Zum Begriff einer Streitgenossenschaft: gehört nicht, dass in Wirklichkeit gestritten wird...Der Prozessbegriff setzt nicht einen wirklichen Streit, sondern nur die Möglichkeit eines Streites voraus...". Contra: Wachenfeld 57.
- 9) JW 1914 155. Stein/Jones notes prël. ad 59 nm12, Baumbach/Lauterbach notes prël. ad 59 2B.
- 10) La doctrine unanime, par ex. Wolff 124: "Streitgenossen sind wenigstens zwei Parteien in gleicher Parteirolle".
Chiovenda *Principii* 68, 2074: "il nome però non significa oggi se non questa pluralità di persone nella stessa posizione; è non vuol dire che tra le stesse esista, propriamente parlando, un consorzio".
Trop restrictif Schönke 96: "Besteht eine Partei aus mehreren Personen, so heissen diese Streitgenossen".
- 11) BS/BL Stachelin/Sutter 85, Rechberger/Simotta 68 nm128: "... als Hauptparteien...".
Pour le législateur fédéral et cantonal, la consorité réunit plusieurs personnes dans la même procédure. Pour le législateur italien en revanche, elle réunit plusieurs parties (CPCJ 103, mais la traduction française parle de "personnes", trad. Y. Lobin). La nuance traduit le moment envisagé. Ces personnes ne deviennent parties que si elles ouvrent action. A un stade antérieur, elles ne le sont que virtuellement. Rodenù, *Il giudizio civile...*, préface p. XVIII: "Parti di che cosa? Del processo no, perché nel processo non c'è. Ergo parte (o soggetto di cui si ritiene che sia parte) legittima ad causam, parte dell'azione in senso sostanziale".
- 12) TG 21/1: "Mehrere Personen können...als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder als Beklagte belangt werden...".
- 13) VS RVJ 1975 55, 57 distingue la consorité vraie ou obligée et la jonction de causes qui n'est pas source de consorité en procédure valaisanne. L'arrêt se comprend dans cette optique.
Les membres d'une horie sont des parties quoiqu'en puisse suggérer la jurisprudence: VS RTC 1928 20: "Bien que l'article 38 CPC ne soit applicable qu'aux parties, il n'est pas admissible qu'en faisant appel à plusieurs avocats, les membres d'une horie puissent imposer à la partie adverse le paiement d'honoraires globaux dépassant le maximum prévu pour la valeur litigieuse. Ce serait un intolérable abus que la loi ne saurait protéger".
- 14) Il arrive parfois qu'une règle n'exigeant aucune affinité ou subordonnée à une affinité différente de celle exigée pour la consorité s'applique également à la consorité. L'article VD 307 s'applique par exemple aussi bien à la consorité qu'à d'autres hypothèses procédurales engendrant une pluralité de parties.
En droit français, la mise en oeuvre des règles relatives à la péremption d'instance n'est subordonnée ni à la divisibilité ou à l'indivisibilité de l'objet du litige, ni à l'existence d'un lien de droit substantiel quelconque entre les litisconsorts. La procédure française impose l'indivisibilité de l'instance dans un domaine où la relativité des actes de procédure fait règle. Il suffit que l'instance réunisse plusieurs défendeurs ou plus largement plusieurs parties pour que la règle soit applicable. Voir Deuxième partie, Titre III, Chapitre 12, §3.

communs sur la base de faits communs ou de faits analogues, d'un titre juridique commun ou de titres juridiques analogues (15).

Le terme de consorts a parfois plusieurs sens. Dans de nombreux codes, le législateur précise que l'intervenant accessoire devient le consort de la partie à laquelle il se joint. En dépit de son texte, l'intervention n'enrichit pas l'instance d'une nouvelle partie principale (16). Le tiers n'est pas un consort, mais y est assimilé (17).

La consorité n'implique pas que le groupement procédural soit le résultat de la même demande (18). Elle n'est pas obligatoirement le fait du ou des demandeurs et peut être subséquente (19).

La consorité implique toujours une communauté procédurale, tout au moins pour la phase d'instruction du procès, mais pas obligatoirement une communauté de droit matériel. Elle n'est pas un corps moral même si la formulation adoptée par les tribunaux le laisse parfois supposer (20). Elle réunit des plaideurs qui font cause commune, mais n'implique pas obligatoirement une action concertée. Même la consorité nécessaire comporte, comme nous le verrons, l'existence d'éléments de la consorité simple. Simple, la consorité est une alliance procédurale dans un but d'économie de procédure et pour éviter des jugements contradictoires. Nécessaire, elle traduit procéduralement la situation matérielle. Une action concertée est exigée des consorts nécessaires matériels parce qu'ils n'ont que conjointement qualité pour agir ou pour défendre. La procédure doit s'achever par un jugement unique et exécutable pour toutes les parties aussi bien pour les consorts nécessaires matériels que pour les consorts nécessaires formels.

Les éléments de la consorité ayant été ainsi mis en lumière, nous ne saurions clore ce chapitre sans donner une définition: La consorité réunit activement ou passivement dans un même procès, dès l'origine ou en cours de procédure, plusieurs parties principales qui agissent ou sont recherchées en la même qualité. Simple, elle réunit facultativement plusieurs parties qui, se fondant sur un titre juridique commun, des titres analogues ou des faits totalement ou partiellement identiques font valoir ou

- 15) Comp. Wicczorek ad 59 A: "Der Begriff Streitgenossen passt insoweit nicht für mehrere unter sich (möglicherweise) gegeneinander im Streit stehende Parteien".
- 16) La procédure neuchâtelaise fait contraste. Le nouveau code vient d'introduire l'intervention en qualité de partie. NE n35ss.
- 17) VS RTC 1951 50 no 22: "Il est vrai que l'art. 46 CPC dispose que si l'intervention accessoire est admise, l'intervenant devient consort au procès de la partie à laquelle il se joint...ce terme de consort n'a pas la même portée que celui de l'article 37...".
- 18) Trop restrictifs: PCF 24/2, BS 16-17, AR 111/2: "Mehrere Personen können mit der gleichen Klage als Kläger auftreten oder als Beklagte belangt werden (Streitgenossen)...". GE 6: "La demande peut être formée par un seul acte lorsque les demandeurs agissent conjointement et ont un intérêt commun ou lorsque les défendeurs sont obligés conjointement". JU Ceppi 36, Fasching ZPR II 187 nm364.
Comp. SZ RSJ 5 1908 265 no406: "Zwischen der Geschwächten und ihrem Vater...besteht keine Streitgenossenschaft, da das Hauptrequisit derselben, die gleichzeitige und gemeinsame Anhängigmachung der Klage, fehlt".
Holzhammer Parteienhäufung 9: "Diese Definition kann nicht befriedigen. Sie verlegt das Gewicht vom gemeinsamen Verfahren auf die gemeinsame Klage und belastet somit den Begriff einseitig durch eine Entstehungsart".
- 19) AR Ehrenzeller 78 ad 59 annexe ch. 1: "Von sekundärer Bedeutung ist, dass die Klagen getrennt und getrennte Klagen vereinigt werden können". Wicczorek ad 59 Aa: "Wie die mehreren Parteien in das gemeinsame Prozessverhältnis gekommen sind, ist nicht entscheidend". Becker 7: "Es ist für den Begriff der Streitgenossenschaft ohne Bedeutung, ob die Prozessverhältnisse gleichzeitig oder nacheinander entstanden sind, und ob die Verbindung von vornherein bestand oder erst später geschaffen worden ist". Holzhammer Parteienhäufung 9.
- 20) GR PKG 1989 66 no11, 73: "Auch ist es mehr oder weniger zufällig, aus wievielen Personen eine Streitgenossenschaft besteht...", PKG 1969 40 no8, 41: "Hat das Gericht über das Bestehen einer Forderung, die namens einer Streitgenossenschaft geltend gemacht wird, zu entscheiden...und schützt es diese Forderung ganz oder teilweise, so ist jeder der

sont recherchées pour des droits communs ou des prétentions analogues par économie de procédure et pour éviter des jugements contradictoires; nécessaire, elle réunit obligatoirement plusieurs parties par nécessité matérielle imposée par leur qualité pour agir ou pour défendre commune ainsi que par l'unité et l'exécutabilité du jugement à l'égard de toutes.

Streitgenossen berechtigt, nach Massgabe von Art. 80 SchKG den Vollzug des Urteils auf den Gesamtbetrag oder nur auf seinen eigenen Teil zu verlangen".

CHAPITRE 3. LES TYPES DE CONSORITE

Il existe de nombreuses espèces de consorité. Se fondant sur le droit commun, certains droits cantonaux et certains auteurs opposent encore la consorité matérielle (1) découlant du droit de fond à la consorité formelle (2) relevant du droit de procédure et considèrent la consorité nécessaire comme une subdivision de la consorité matérielle (3). La classification est dépassée.

La différenciation essentielle est aujourd'hui celle opérée entre la consorité nécessaire et la consorité simple (4). Considérant que la consorité nécessaire est toujours une consorité matérielle, mais que la consorité matérielle n'est pas obligatoirement nécessaire, la doctrine actuelle maintient sous une autre forme la distinction entre les consorités matérielle et formelle en subdivisant la consorité nécessaire en consorité nécessaire matérielle et consorité nécessaire formelle et la consorité simple en consorité simple matérielle et consorité simple formelle. La démarcation est importante dans certaines phases du procès pour la consorité simple. Elle est contestée pour la consorité nécessaire (5).

Outre la consorité simple et la consorité nécessaire, on peut relever encore la consorité reconventionnelle, la consorité active et la consorité passive, la consorité mixte et la consorité multiple, la consorité originaire et la consorité subséquente, la consorité légale, enfin la consorité éventuelle et la consorité alternative. Certaines de ces formes sont prétoriennes. Les cantons ne les connaissent pas toutes.

§1. La consorité simple et la consorité nécessaire

1. La consorité simple

La consorité simple est caractérisée par la réunion en un seul procès, pour des motifs d'efficacité et d'économie de frais, de plusieurs demandes qui en soi pourraient être mises en oeuvre séparément par plusieurs ou contre plusieurs. Elle permet pour des motifs de pure opportunité (6) de réunir devant un même juge plusieurs

- 1) Echte Streitgenossenschaft, materielle Streitgenossenschaft.
- 2) Formelle Streitgenossenschaft, unechte Streitgenossenschaft.
- 3) Le droit commun distinguait le litige collectif (Streitgenossenschaft), incluant la consorité nécessaire, du cumul subjectif de demandes (subjektive Klagenhäufung). ATF 31 II 195/JT 1906 I 315, 318. Les tenants de cette distinction sont des auteurs pour la plupart relativement anciens ou les commentateurs de codes de procédure qui l'ont maintenue. Matti Streitgenossenschaft 33-34 et ZPR 1065, Kummer ZPR 153, ZH Striuli/Hauser notes préliminaires ad a37, BE Leuch ad 36 ch. 1, BE Jolidon 74, FR Deschenaux/Castella 65, AR Ehrenzeller 78 annexe ad 59, SG Lutz ad a102 ch. 1 et 2, AG Keller/Pfisterer ad a24 ch.3.
- 4) Geiger 12, Ovari 4, Guldener ZPR 296 n. 2: "Wenig ergiebig ist die Unterscheidung zwischen echter und unechter Streitgenossenschaft". Maday RSJ 42 1946 209ss, 236: "Statt der üblichen Gegenüberstellung von echter und unechter Streitgenossenschaft so grosses Gewicht beizulegen, wäre es viel wichtiger, den besonderen Charakter der notwendigen Streitgenossenschaft zu erkennen und auch entsprechend zu berücksichtigen. Die häufigen Unklarheiten und Verwechslungen sind nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass man die notwendige Streitgenossenschaft als blosser Abart der echten Streitgenossenschaft betrachtet", Habscheid ZPR II 151 nm278, Zimmermann ad 62 nm1: "Die Frage, ob eine Streitgenossenschaft eine einfache oder eine notwendige ist, ist nur relevant wenn es auf die Verschiedenheit der Wirkungen ankommt", Lindacher JuS 1986 379.
- 5) Certains tribunaux n'identifient la consorité formelle qu'à la consorité simple: GR PKG 1949 40 no8: "...sogenannte formelle oder einfache Streitgenossenschaft...". En procédure autrichienne, la consorité nécessaire matérielle est une subdivision de la consorité nécessaire formelle pour la doctrine dominante. Fasching ZPR II 188 nm364, Ballon 77, Wolff 125. Comp. Rechberger/Simotta 71 nm143: "...einheitliche Streitpartei...Sonderfall der materiellen Streitgenossenschaft...Jede einheitliche Streitpartei ist zwar auch eine materielle Streitgenossenschaft, nicht jede materielle Streitgenossenschaft hat aber die Wirkungen einer einheitlichen Streitpartei".
- 6) Siesse 384: "...juxtaposition de procès individuels réunis en vue d'un résultat pratique".

demandes, fondées sur un titre juridique commun, des faits semblables ou des titres juridiques analogues. Elle offre aux plaideurs la faculté de participer en commun à la même instance alors qu'aucune raison n'empêche qu'ils agissent ou défendent séparément (7). Elle se distingue de la consorité nécessaire par l'indépendance des consorts (8) dans leurs actes de disposition, par le fait que les consorts peuvent être réunis par des liens occasionnels (9), par la possibilité de prononcer des jugements distincts (10) et par le fait qu'elle peut être dissoute en tout temps (11).

On distingue la consorité simple matérielle de la consorité simple formelle. Les deux types de consorité peuvent coexister dans le même procès (12) et ont généralement les mêmes effets (13). Un consort simple matériel ne peut pas en principe être entendu comme témoin, à l'inverse du consort simple formel. Le juge peut disjoindre les causes pour opportunité en cas de consorité simple formelle, dans certains cantons seulement lorsqu'il y a consorité simple matérielle. Le for cantonal de la consorité passive ne concerne dans certains cantons que la consorité simple matérielle, dans d'autres également la consorité simple formelle.

A. La consorité simple matérielle

La consorité simple matérielle réunit des plaideurs dont les prétentions sont communes ou en connexité étroite et ont le même fondement en fait et en droit (14). Elle a sa source dans le droit de fond (15). Les consorts font par exemple valoir un droit commun ou des droits fondés sur un seul et même acte juridique (16) ou sont liés par la même obligation légale (17). Ils sont liés avant le début du procès déjà (18). La consorité simple matérielle implique une instruction commune et unique pour

La jonction peut être refusée si les causes ne peuvent être instruites et jugées sans difficultés.

- 7) TI Rep. 1985 334, Rep. 1978 334, 335. GE Bertossa ad 6 nm1.
- 8) VS RVJ 1976 261. Guldener ZPR 303.
- 9) TI Ottaviani 59.
- 10) TI Rep. 1985 334, 335.
Guldener ZPR 303, AG Eichenberger ad 51 nm1, Arens/Lüke 311 nm445: "Es besteht...keine Notwendigkeit einer einheitlichen Entscheidung". Rosenberg/Schwab 282, Baumbach/Lauterbach ad 61 2D, Lindacher JuS 1986 379, Zöllner ad 61 nm9, Zimmermann ad 62 nm4, Wintz 3, Fetsching ZPR 188 nm264: "Die Streitgenossenschaft ist eine gewöhnliche, wenn für oder gegen jeden einzelnen Streitgenossen ein eigenes selbständiges Sachurteil erwirkt werden kann" et Komm. II 176. Rechberger/Simotta 69 nm130: "Die einfache...Streitgenossenschaft...liegt vor, wenn über jede der subjektiv gehäuften Klagen ein eigenes (nicht notwendig gleichlautendes) Urteil ergehen könnte", Ballon 77.
- 11) Schlikken 373 nm662.
- 12) FR Extraits 1974 113, 114: "Si pour plusieurs chefs de la demande, les demandeurs forment une consorité matérielle, cette consorité n'est pas une consorité nécessaire et même pour certains chefs d'indemnité réclamés..., elle n'est qu'une consorité de procédure".
- 13) Maday 235, Matti Streitgenossenschaft 11, 28 et 50, Flepp 13 et 30, Ovari 6 et 38.
- 14) BS BJM 1961 189, 195. TI Rep. 1987 225-226.
BS Staehelin/Sutter 85, Maday 212, Vogel 132 nm61: "Von echter einfacher Streitgenossenschaft spricht man, wenn zwar jeder von mehreren Berechtigten selbständig klagen bzw. jeder von mehreren Verpflichteten allein eingeklagt werden kann, wenn aber wegen des engen Sachzusammenhangs die Gefahr widersprechender Urteile vermieden werden muss. In diesen Fällen müssen wenn Mehrere klagen oder eingeklagt werden, die Klagen vom gleichen Gericht im gleichen Verfahren entschieden werden".
- 15) Habscheid DJPS 179, Matti Streitgenossenschaft 33 et ZPR 1065, JU Ceppi 36: "C'est le droit civil qui détermine quand il y a consorité au sens de l'article 35 CPC d'où le nom de consorité matérielle".
- 16) Guldener ZPR 296 n. 2: "Die echte Streitgenossenschaft umfasst sowohl die notwendige als auch diejenigen Fälle der einfachen Streitgenossenschaft, in denen die verschiedenen Streitgenossen ein gemeinsames Recht geltend machen oder aus gemeinsamer Verpflichtung eingeklagt werden". Matti Streitgenossenschaft 36-37.

tous les consorts, mais n'exige pas - et c'est ce qui la distingue de la consorité nécessaire matérielle - que le sort de chacune des demandes soit obligatoirement le même, car les consorts ont des qualités pour agir ou pour défendre distinctes. Elle est incluse dans la consorité simple formelle (19).

La consorité simple matérielle peut être active. La mère et l'enfant forment une action en paternité (20).

Elle peut être passive. L'enfant actionne père et mère en paiement de son entretien (21). Le lésé actionne en dommages-intérêts plusieurs responsables du même acte illicite. Des codébiteurs solidaires sont recherchés en justice.

B. La consorité simple formelle

La consorité simple formelle est plus lâche que la précédente. Elle résulte d'une simple affinité entre rapports litigieux. Les plaideurs font valoir ou sont recherchés pour des prétentions parentes qui ont en fait et en droit un fondement distinct mais semblable. Les prétentions, fondées sur des titres juridiques analogues, soulèvent les mêmes questions (22). Les demandes n'ont aucun lien matériel entre elles. La procédure engagée ou soutenue en commun ne crée que des rapports juridiques procéduraux entre les plaideurs (23), qui restent étrangers les uns des autres, d'où le concept de consorité simple formelle (24).

La consorité simple formelle peut être active. Des travailleurs poursuivent leur ancien employeur en paiement d'arriérés de salaires (25). Des lésés actionnent l'auteur d'un même événement dommageable (26). Plusieurs créanciers agissent en contestation de revendication en saisie ou exercent l'action révocatoire (27). Plusieurs entreprises lésées actionnent l'auteur d'une publicité pour concurrence déloyale.

La consorité simple formelle peut être passive. La victime d'un accident actionne en dommages-intérêts plusieurs responsables en vertu de causes distinctes qui relèvent toutes de la responsabilité délictuelle: le lésé recherche l'auteur direct du dommage et l'employeur de l'auteur. Le propriétaire actionne en déguerpissement le locataire et le sous-locataire (28). Invoquant la même erreur essentielle, un acquéreur

-
- 17) FR Deschenaux/Castella 66.
18) LU Entsch. 1940 1067 no 833, 1069. Ovari 6, Maday 212 et 234, Matti Streitgenossenschaft 37, BE Leuch ad 37 ch. 2, Jolidon 76.
19) ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm1.
20) Habscheid DJPS 179. Vogel 132 nm61. Hegnauer ad 261 nm55 et nm57. ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm3 et les références citées.
21) Flepp 175. ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm3 et les références citées.
22) GR PGK 1969 40 no8. AG AGVE 1950 65 no13: "Der Klagegrund ist nicht identisch, sondern nur gleichartig, wie es dem Wesen der unechten Streitgenossenschaft entspricht". Guldener ZPR 296 n. 2: "Bei der unechten Streitgenossenschaft handelt es sich um Klagen mehrerer Streitgenossen oder gegen mehrere Streitgenossen aus gleichartigem Rechtsgrund". Matti ZPR 1065: "Bei der formellen Streitgenossenschaft sind die einzelnen Rechtsverhältnisse, die den vereinigten Klagen zugrunde liegen, unter sich zusammenhanglos".
23) Les consorts sont liés par leur coaction, BE Leuch ad 37 ch. 2.
24) LU Entsch. 1940 1067 no833, 1069. Ovari 6, Matti Streitgenossenschaft 44 et ZPR 1065, Habscheid DJPS 179, BE Leuch ad 37 ch. 2, BE Jolidon 77, FR Deschenaux/Castella 66, JU Ceppi 37.
25) VD JT 1983 III 71.
26) BE RJ 68 1932 540: Suite à une collision entre un camion et un train, le chauffeur blessé et le propriétaire du camion actionnent la compagnie de chemin de fer en réparation.
27) AR RBOG 1979-80 34 no5.
28) BE RJ 82 1946 525.

actionne plusieurs vendeurs d'immeubles en annulation de la vente et en restitution du prix (29).

Exclue dans certains cantons (30), la consorité simple formelle est admise par exception dans le canton de Schaffhouse (31). Le canton du Valais la fait dépendre d'une décision du juge (32).

II. La consorité nécessaire

Il y a consorité nécessaire lorsque les consorts sont liés par une relation matérielle exigeant un jugement *au fond* unique (33) à l'encontre ou au profit de tous. L'exigence d'un jugement unique pour tous les consorts peut découler du droit de fond ou du droit de procédure. Dans le premier cas, la consorité est nécessaire matérielle, dans le second elle est formelle (34).

A. La consorité nécessaire matérielle

La consorité nécessaire réunit des plaideurs qui n'ont qualité pour agir ou pour défendre qu'ensemble. Elle est donnée lorsque le droit matériel prescrit que plusieurs personnes ne sont qu'ensemble titulaires ou sujets passifs d'un droit de sorte qu'elles ne peuvent agir ou être actionnées qu'en commun (35). La conjonction exigée en droit

29) VS RVJ 1975 55.

30) BS BJM 1961 189, 195: "Die Basler ZPO kennt in den §§ 16 und 17 offensichtlich nur die Form der materiellen Streitgenossenschaft. Es handelt sich hier um eine bewusste Einschränkung, und es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass eine Lücke vorliegt, die auszufüllen ein dringendes Bedürfnis darstellt".
TI Rep 1987 225, 226: "La nozione del litisconsorzio facoltativo sancita dal nostro codice...all'art. 42...si riferisce unicamente a quella di litisconsorzio facoltativo proprio".
BS Staehelin/Sutter 85. TI Ottaviani 57 et les références citées.
Il en était ainsi sous l'ancien droit argovien. AG Keller/Pfisterer notes prél. ad a24ss.

31) SH 86/1: "Abgesehen von dem Falle einer echten Streitgenossenschaft, können nicht mehrere Personen in einem Verfahren...als Kläger auftreten oder als Beklagte belangt werden. Eine Ausnahme ist nur zulässig, wenn es sich um gleichartige Rechtsansprüche handelt, welche im wesentlichen auf die gleichen Tatsachen und Rechtsgründe gestützt werden, und wenn von einer derartigen Vereinigung keinerlei Nachteil, wohl aber eine erhebliche Kostenersparnis zu erwarten steht".
Le caractère exceptionnel de la consorité formelle a sa source en droit commun. Geiger 8, Matti Streitgenossenschaft 29. Comp. art. 43 LF provisoire sur la procédure à suivre par devant le Tribunal fédéral en matière civile du 22 novembre 1850 (Rec. Off. des lois et ordonnances de la Confédération suisse, vol. 2, 1851 73ss, 83): "Lorsque plusieurs personnes ne sont pas parties à un seul et même procès (art. 6), ces parties peuvent cependant, par exception et dans le but de diminuer les frais, se porter ensemble comme demandeurs ou défendeurs au procès, si leurs demandes ou les demandes adverses se fondent sur le même fait et que les motifs de droit sont les mêmes". La consorité est ici fonction de l'appréciation du juge alors que dans les autres cantons, les consorts peuvent prétendre à agir en consorité lorsque les conditions en sont remplies et le refus du juge peut constituer un déni de justice.

32) VS 40.

33) Maday 214. Habscheid DJPS 181. Ballon 78. L'exigence vaut pour certains auteurs tant pour la consorité nécessaire matérielle que pour la consorité nécessaire formelle. Zöller ad 62 nm30: "Sowohl bei prozessual, als auch bei materiell notwendiger Streitgenossenschaft ist nur die Sachentscheidung einheitlich". Rosenberg/Schwab 285, 291. Lindacher JuS 1986 379, Thomas/Putzo ad 62 ch. 1. Schellhammer 679 nm1 346, Schwab Mélanges Lenz 271. Lindacher Jus 1986 379. Pour Wintre 56 et 71, elle ne vaut que pour la consorité nécessaire formelle, car pour la consorité simple matérielle, elle n'est qu'une conséquence de la qualité pour agir ou pour défendre commune.
L'exigence ne concerne pas la recevabilité. Contra: GE Schmidt SJ 1981 561, 563

34) Becker 8: "Diese beiden Fälle sind streng voneinander zu scheiden". Stein/Jonas ad 62 nm1: "Die beiden Gruppen schliessen sich nicht aus; es sind Konkurrenzfälle möglich".

matériel se traduit en procédure. L'action doit être exercée par ou contre tous les consorts parce qu'ils n'ont pas individuellement le droit de disposition sur l'objet du litige (36). La demande intentée par ou contre quelques-uns des consorts est irrecevable faute de qualité. Les exceptions sont réservées: l'action individuelle est par exemple admise en cas d'urgence.

La consorité nécessaire matérielle peut être active. Elle est notamment donnée lorsque un groupe de personnes formant en vertu de la loi ou d'un contrat une communauté régie par les règles sur la propriété en main commune entendent faire valoir en justice une créance commune.

La consorité nécessaire matérielle peut être passive. Le père doit agir en désaveu contre la mère et l'enfant (37). Le demandeur en annulation d'un brevet appartenant à plusieurs doit actionner tous les titulaires (38).

B. La consorité nécessaire formelle

Il y a consorité nécessaire formelle lorsque le procès porte sur un rapport litigieux unique dont le jugement n'a pas nécessairement à être obtenu par toutes les personnes qu'il concerne (39). Une action conjointe n'est pas exigée (40), mais pour des raisons juridiques (41) le jugement doit être unique lorsque plusieurs décident d'agir (42). La consorité nécessaire formelle vise en d'autres termes les cas où plusieurs consorts peuvent agir ou être poursuivis en justice alors même que l'un d'eux

- 35) Habscheid DJPS 180, Ovari 6, Kummer 152, Müller 9: "Sinn der notwendigen Streitgenossenschaft im engeren Sinne ist es, alle an einem Recht oder Rechtsverhältnis beteiligten Personen von vornherein am Prozess zu beteiligen. Nur auf diese Weise kann auch allen gegenüber die Rechtslage einheitlich geklärt werden".
- 36) Ovari 60, BE Jolidon 77.
- 37) CC 256/2.
- 38) ZH ZR 76 1977 148 no59.
- 39) BGH 112 98, MDR 1989 1111, MDR 1967 819, GRUR 1984 812, GRUR 1980 795, Betriebsberater 1973 959, NJW 1972 1388, VersR 1974 64.
- 40) Edelmann 82, Habscheid DJPS 181, Habscheid ZPR II 157 nm287, Schmidt SJ 1981 561, Arens/Lüke 312 nm446, Fasching ZPR II 188 nm364, Biomeyer 631, Zimmermann ad 62 nm1 et nm4: "Keine notwendige Streitgenossenschaft liegt...vor, wenn unterschiedliche Entscheidungen gegenüber den Streitgenossen möglich sind, falls die Prozesse nicht gleichzeitig, sondern nacheinander geführt werden".
- 41) Celui qui agit seul ne peut être débouté pour défaut de qualité, Becker 8, Fuhr 1.
- 42) Holhammer ZPR II 84: "Wirkungsgebundene Streitgenossenschaft: Hier bedingt die einheitliche Urteilswirkung die Einheit der Partei. In gewissen Fällen hat jeder beteiligte Rechtsschutzwerber zunächst seinen eigenen Klageanspruch. Wenn aber mehrere zusammen klagen oder geklagt werden, so muss das Urteil einheitlich ausfallen, weil es auf alle Streitgenossen in derselben Weise wirkt. Das rechtfertigt die Bindung der Streitgenossen schon von der (fakultativen) Gemeinschaftsklage an. Es handelt sich nur um prozessrechtliche Gründe: a) Im Fall gesetzlicher Rechtskrafterstreckung darf es nicht zu widersprechenden Urteilen gegenüber den Streitgenossen kommen. Das hätte eine Rechtskraftkollision zur Folge: Wer aus seinem Verfahren als Sieger hervorginge, müsste dennoch die Niederlage seines Mitstreiters als eigene hinnehmen. Derselbe Feststellungsanspruch wäre ihm gegenüber zugleich bejaht und verneint. b) Die Gestaltungskraft der Rechtsgestaltungsurteile wirkt allgemein, daher auch gegenüber allen Streitgenossen. Zwar kann es hier nicht zur einer Rechtskraftkollision kommen, weil das die Gestaltungsklage abweisende Urteil bloss den Gestaltungsanspruch des Klägers verneint. Dennoch wäre es nicht sinnvoll, in einem Gemeinschaftsprozess die Gestaltung einerseits abzulehnen, andererseits zu vollziehen, da sie dann doch allseits eintritt".
- 42) BGH 93 354, GRUR 1984 812, GRUR 1980 795, MDR 1989 1111, VersR 1974 64, Betriebsberater 1973 959.
- Habscheid ZPR II 157 nm287, Baumbach/Lauterbach ad 62 1A: "Das notwendig Gemeinsame liegt...nicht in der Rechtsverfolgung, sondern in der prozessualen Feststellung in der Urteilswirkung". Winte 13, Brückner 43, Lent ZPR 221, Becker 8, Fuhr 3, Zöller ad 62 nm2, Lindacher JuS 1986 382.

a qualité pour obtenir une décision judiciaire au profit de tous (43). Elle se manifeste dans tous les cas où différentes personnes sont au même titre liées par l'autorité de la chose jugée (44) ou par l'effet constitutif du jugement (45) et suppose l'identité de l'objet litigieux (46).

Rare (47), elle peut être active ou passive (48). Des actionnaires forment une action en dissolution d'une société (49) ou une action en annulation d'une décision de l'assemblée générale (50).

La consorité nécessaire formelle relève selon la doctrine du droit fédéral de procédure et non du droit matériel (51), au motif que les notions de chose jugée et d'effet formateur sont des notions de droit fédéral. Le droit cantonal y fait rarement allusion. Le canton du Tessin a édicté une disposition (52). La consorité nécessaire formelle est envisagée par un raisonnement a contrario dans le canton d'Argovie: la loi cantonale exige des consorts une action concertée, mais leur concède un droit d'agir individuel lorsque le droit matériel les y autorise (53).

La dénomination de consorité nécessaire est impropre, lorsqu'un seul plaideur provoque la décision judiciaire. Elle est inadéquate, car elle implique nécessairement

43) Zimmermann ad 62 nm2.

44) Habscheid ZPR II 156 nm287 qui cite l'action en paternité (CC 261). Rosenberg/Schwab 285: "Rechtskräfterstreckung bei einem Nacheinander von Prozessen führt zur notwendigen Streitgenossenschaft bei einem Miteinander von Prozessen". Il y a deux catégories de consorité nécessaire formelle. Dans la première, il y a extension de la chose jugée quel que soit le résultat du procès: un plaideur peut obtenir un jugement au profit de tous qu'il ait eu gain de cause ou qu'il ait été débouté ("Allseitige, beiderseitige Rechtskräfterstreckung"). Dans la seconde, il n'y a extension de la chose jugée que lorsque le plaideur a obtenu gain de cause ("Einseitige Rechtskräfterstreckung"). L'exemple le plus classique est l'action en annulation d'une décision d'assemblée générale. Wintre 188s.

45) TI 41/2: "Il litisconsorzio è pure necessario nei casi in cui la sentenza avrà effetto costitutivo nei confronti di più persone". Habscheid DJPS 181 et ZPR II 156 nm287, Schmidt SJ 1981 561, Edelmann 82, TI Ottaviani 57, Arens/Lüke 312 nm446.

46) Lindacher JuS 1986 382. Schilken 377 nm673: "Die Wirkungen setzen zugleich eine Identität des prozessualen Anspruchs (Streitgegenstandes) voraus, ohne dass diese jedoch genügen würde". Stein/Jonas ad 62 nm5, Zimmermann ad 62 nm2.

47) Bien que les dispositions de la DZPO comportant consorité nécessaire formelle soient nombreuses. Schellhammer 681 nm1351 et 1352.

48) Rétablissement de l'état antérieur après l'annulation d'une vente pour violation de la LFAIE. TI Rep 1988 364: "L'azione deve essere proposta contro il venditore e l'acquirente che formano un litisconsorzio necessario di natura formale....Il venditore e l'acquirente del fondo, per il quale è stata dichiarata la nullità della compravendita, vengono convenuti nell'azione di ripristino quali litisconsorti necessari a sensi dell'art. 41/2 CPC dal momento che entrambi sono sottoposti, allo stesso modo, all'effetto costitutivo del giudizio. Trattasi quindi di un litisconsorzio necessario di natura formale in forza del quale ogni singolo litisconsorte può salvaguardare, in modo indipendente, i suoi diritti per esempio presentando appello. A maggior ragione, come nel caso di specie, quando il giudizio può contenere dispositivi che permettono, in virtù delle possibilità alternative offerte dalla legge per sanare una situazione illecita, contrasto e collisione tra gli interessi e gli intendimenti dell'uno o dell'altro dei litisconsorti formali. A quel convenuto che non ricorre deve essere poi necessariamente accordata la facoltà di presentare le proprie osservazioni all'appello per garantire compiutamente il suo diritto al contraddittorio".

49) TI Piccard 237.

50) CO 706. Habscheid DJPS 181 et ZPR II 157 nm287, Arens/Lüke 312 nm446. Pour Sträuli/Messner ad 40 nm3 qui renvoient à Bürgi ad 706 CO nm51 et 72, il s'agit d'un cas de consorité simple matérielle active.

51) Schmidt SJ 1981 564, Edelmann 82, Habscheid ZPR II 153 nm280. Contra Guldener ZPR 297 et Jolidon 81 pour qui ces cas de consorité sont en réalité imposés par le droit matériel. Pour Gysler 12, il y a en revanche consorité simple.

52) TI 41/2.

l'existence de plus d'un plaideur (54) et suppose l'existence d'une communauté procédurale forcée. Or, tel n'est pas le cas, car les autres intéressés n'ont pas à participer au procès. Libres de rester à l'écart de la procédure, ils ont qualité de tiers et non de consorts (55). L'élément de nécessité n'a ainsi trait qu'à la décision (56) et n'affecte pas la qualité pour agir. La pratique allemande reconnaît l'impropriété du vocable, mais persiste depuis près d'un siècle à le maintenir au motif qu'il est ancré dans la loi, qu'il est concis et devenu usuel et que son inadéquation ne porte plus à conséquence puisqu'elle est connue (57). Aussi, certains auteurs parlent-ils de consorité quasi-nécessaire pour la différencier de la consorité nécessaire matérielle (58). C'est pourquoi également la consorité nécessaire formelle est considérée comme une variante de la consorité simple (59). Lorsque plusieurs cointéressés se décident à agir, ils ont les mêmes pouvoirs de procédure que les consorts simples (60). Ils ne sont pas soumis au principe de l'action concertée, mais le jugement à intervenir ne peut être qu'unique à leur égard en raison de la chose jugée et de l'effet constitutif de la décision (61).

§2. Autres formes de consorité

On parle de *consorité active* quand plusieurs demandeurs sont parties au procès et de *consorité passive* quand plusieurs défendeurs sont assignés en justice (62). On retrouve en principe ces caractères dans toutes les consorités. Il y a des

- 53) AG 54/1.
- 54) Dans le même sens: Bettermann, ZJP 90 1977 121-122, Stein/Jonas ad 62 nm4, Baumbach/Lauterbach ad 62 1B, Behringer 39 n. 141: "Nachdem ein gemeinschaftliches Prozessieren der Genossen somit nicht zu fordern, aber auch nicht verwehrt ist, kann eine Streitgenossenschaft unter ihnen nur auf der Grundlage freiwilliger Teilnahme am Prozess eines von ihnen zustande kommen; diese Streitgenossenschaft ist daher im üblichen Sprachgebrauch nicht notwendig...", Winte 84, Lindacher Jus 1986 379.
- 55) Winte 15: "Die Rechtskraftstreckung erweitert den Kreis der von der Rechtskraft eines Urteils betroffenen Personen, ohne den Gegenstand der Rechtskraft zu verändern. Sie wird vollzogen zwischen einer der Parteien und einem am Prozess nicht beteiligten Dritten, die darum Rechtskraftgenossen genannt werden".
- 56) Ballon 79: "Wenn sich das Urteil kraft ausdrücklicher Vorschrift nicht nur auf die Parteien, sondern auch auf andere Personen erstreckt, muss es für oder gegen alle Streitgenossen einheitlich ausfallen. Denn bei divergierenden Entscheidungen würden sich diese ja jeweils auch auf den anderen Streitgenossen erstrecken und damit zu unlöslichen Widersprüchen führen; würde die Klage bezüglich eines Streitgenossen abgewiesen, bezüglich des anderen dieser aber stattgegeben, würde sich die abweisende Entscheidung auch immer auf den Streitgenossen, dem zugesprochen wurde erstrecken (und umgekehrt)..."
- 57) Becker 9 n. 1: "...der Name ist trotzdem beizubehalten, denn nachdem man die Unrichtigkeit dieser Bezeichnung erkannt hat, kann sie nicht mehr schaden. Sie ist aber kurz und in der Praxis nach dem Vorgange des Gesetzes eingebürgert", Fuhr 2: "Der Ausdruck notwendige Streitgenossenschaft ist heute fast durchwegs üblich, insbesondere in der Praxis; seine Anwendung ist daher zu empfehlen".
- 58) Litisconsorzio quasi-necessario. Redenti, Diritto processuale civile, 97 no87, 58.
- 59) Becker 9: "Die notwendige Streitgenossenschaft ist eine besondere Art der einfachen".
- 60) Winte 76: "§61 ZPO ist...im Grundsatz voll auf die notwendige Streitgenossenschaft aus prozessrechtlichen Gründen anzuwenden. Ist damit jeder Streitgenosse...in seinem Prozessverhalten grundsätzlich frei, so folgt daraus aber auch die rechtliche Zulässigkeit widersprechenden Verhaltens", Becker 9 et 11, Thomas/Putzo ad 62 ch. 1.
- 61) GE Schmidt SJ 1981 561, 564; Habscheid DJPS 182 et ZPR II 151 nm278, 156 nm287: "Charakteristisch ist...die Zulässigkeit der Einzelklage...Wenn demnach auch ein Aussonstehender durch ein solches Urteil gebunden wird, so muss das Urteil zur Sache gleich ausfallen, wenn er als Streitgenosse am Verfahren beteiligt ist...".
- 62) Ovari 1, Matti Streitgenossenschaft 10, Flepp 10, ZH Sträuli/Hauser 87, BE Jolidon 74, FR Deschenaux/Castella 65, SG Lutz ad a103, TI Ottaviani 58.
La consorité simple active est plus rare que la consorité simple passive. Schlosser 232 nm270.

exceptions. Lorsque l'action est condamnatoire et qu'elle porte sur les dettes des coindivis, il n'y a jamais consorité nécessaire matérielle passive (63).

Il y a *consorité reconventionnelle* (64) lorsque plusieurs défendeurs forment conjointement une demande reconventionnelle ou que plusieurs demandeurs principaux sont recherchés reconventionnellement. Les défendeurs peuvent être consorts nécessaires au principal et consorts simples dans la reconvention (65) ou consorts simples dans la reconvention et consorts nécessaires au principal.

Le même procès peut présenter une double consorité et comporter simultanément une consorité active et une consorité passive (66). Il y a *consorité mixte*. Des cohéritiers actionnent par exemple d'autres cohéritiers. Des accidentés actionnent les responsables de l'accident. Plusieurs personnes en actionnent plusieurs autres en paiement (67). La consorité mixte peut réunir une consorité active simple et une consorité passive nécessaire, ainsi lorsque les grands-parents actionnent en désaveu l'enfant et sa mère, suite au décès du père.

La *consorité multiple* groupe les mêmes consorités ou des consorités différentes en la même procédure. Elle peut réunir activement des consorts simples et des consorts nécessaires (68); Plusieurs blessés et parmi eux les cohéritiers d'une personne tuée dans un accident actionnent le responsable. Lorsqu'elle groupe passivement des consorts simples et des consorts nécessaires (69), elle est, semble-t-il, subordonnée aux conditions de la consorité simple (70). Elle peut réunir activement plusieurs groupes de consorts nécessaires (71); Les cohéritiers de deux actionnaires demandent l'annulation d'une décision d'assemblée générale (72). La consorité

- 63) La doctrine unanime par ex. TI Ottaviani 58 et 68, Piccard 237, MünK ad 59 nm5: "Die Unterscheidung zwischen aktiver Streitgenossenschaft...und passiver Streitgenossenschaft...hat über die Beschreibung der Parteiseite hinaus keinen inhaltlichen, systembildenden Wert".
- 64) J. F. Th. Hasskerl, Die Zulässigkeit der Widerklage nach geltendem Zivilprozessrecht, Thèse Rostock 1914, 95: "Widerklagenstreitgenossenschaft".
- 65) BE RJB 87 1951 348: Dans l'action tendant à l'attribution d'un domaine agricole, les codéfendeurs sont des consorts nécessaires, mais les codemandeurs sont des consorts simples. Les codéfendeurs, consorts nécessaires au principal, sont consorts simples dans la reconvention.
- 66) - *litisconsorizio misto* (Chiovenda Principii 68).
BS BJM 1961 280; 74 demandeurs contre 5 défendeurs. TG RBOG 1942 49 no6: "Eine subjektive Klagenhäufung ist auch möglich, wenn bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des §29 mehrere Personen einander mit entgegengesetzten Parteilagen gegenüber stehen". VD JT 1969 III 56: 6 demandeurs contre 3 défendeurs.
Geiger 6, BE Jolidon 74, TI Ottaviani 58, Flepp 30 admet la consorité mixte pour la consorité matérielle, mais l'exclut pour la consorité formelle: "Der begleitende Gedanke ist der, dass sich nicht verschiedene, in keinen rechtlichen Beziehungen zueinander stehende Personen, die gegen verschiedene andere Personen gleichartige Ansprüche haben, verbinden sollen".
- 67) VD JT 1945 III 12, JT 1938 III 116.
- 68) Stein/Jonas ad 62 nm3, Zimmermann ad 62 nm1: "Die Streitgenossenschaft kann im selben Rechtsstreit zwischen einzelnen Parteien eine notwendige sein, zwischen andere eine einfache; bei mehreren Ansprüchen (DZPO 260) kann ebenfalls für den einen Anspruch eine notwendige, für den anderen eine einfache Streitgenossenschaft vorliegen", Thomas/Putzo ad 62 ch. 1.
- 69) ZH ZR 75 1976 102 no31: Un plaideur forme une double action en nullité de deux brevets, le premier appartenant à une seule personne, le second appartenant indivisément à plusieurs personnes. FR Extraits 1952 131, 136: Des cohéritiers sont actionnés simultanément en partage (consorité nécessaire) et en rapport (consorité simple).
- 70) ZH ZR 75 1976 102 no31.
- 71) Henri-Robert Schüpbach, Le recours en cassation, Thèse Neuchâtel 1961, 203: "La pluralité d'individus - consorts nécessaires - peut toucher l'unité de l'objet litigieux: dans le cas d'un

multiple vise également les cas où les consorts ont une qualité différente suivant la matière litigieuse: Les défendeurs peuvent être dans le même procès des consorts nécessaires pour une réclamation et des consorts simples pour une autre: les copropriétaires recherchés pour un droit de passage sont des consorts nécessaires sur ce point, mais sont des consorts simples pour l'indemnité à verser pour ce motif (73). Les consorts nécessaires au fond sont toujours des consorts simples en ce qui concerne les frais (74).

La *consortité originaire* prend naissance au dépôt de la demande ou de l'exploit de citation en conciliation (75). La *consortité subséquente* se forme au cours du procès, par jonction de causes, par appel en cause, par succession de parties, par inclusion d'un tiers dans la procédure (Parteibeitritt, Parteierweiterung), par tierce-reconvention (Drittwiderklage), par intervention ou dénonciation de litige.

La *consortité légale* (76), connue du droit autrichien (77), réunit dans un même procès plusieurs demandeurs ou plusieurs défendeurs sans que les conditions de la consortité aient à être remplies. Les consorts légaux sont des consorts matériels (78). Les plaideurs actionnés par un intervenant principal sont des consorts légaux (79).

§3. La consortité éventuelle et la consortité alternative

La consortité éventuelle et la consortité alternative ont été développées par la doctrine et la jurisprudence. Toutes deux font partie de la consortité simple. Il y a consortité éventuelle et consortité alternative lorsqu'un demandeur veut s'en prendre à plus d'une personne pour la même prétention ou quand plusieurs créanciers veulent rechercher le même adversaire pour la même dette. Dans la consortité éventuelle, les parties présentent simultanément plusieurs réclamations et fixent l'ordre dans lequel le juge doit statuer, l'accent étant mis sur l'une des actions. Dans la consortité alternative, elles laissent au tribunal le soin de choisir laquelle allouer. Dans les deux cas, les réclamations ne peuvent être simultanément déclarées bien fondées.

1. La consortité éventuelle

Dans la consortité éventuelle, le juge, lié par l'ordre fixé, doit statuer sur la demande principale avant la demande subsidiaire et ne peut trancher la seconde que s'il a préalablement rejeté la première. La demande subsidiaire est sans objet dans le cas contraire.

groupe de consorts nécessaires joints en consorts volontaires pour introduire ou défendre plusieurs actions unies par des rapports de fait par exemple. On s'écarte alors du schéma traditionnel".

72) TI Rep. 1976 229. Wolfhart Bürgi ZK ad 690 nm2.

73) AG AGVE 1974 25 no5. Thomas/Putzo ad 62 ch. 1.

74) AG AGVE 1974 25 no5.

75) Pour Groslière 37, elle existe déjà avant le procès.

76) Gesetzliche Streitgenossenschaft, Fasching ZPR II 188 nm365, Rechberger/Simotta 71 nm135, Wolff 125.

77) AZPO 12 et 16, JN 93/2.

78) Fasching ZPR II 188 nm365: "Die gesetzlichen Streitgenossen sind wie materielle Streitgenossen (oder kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung als einheitliche Streitpartei) zu behandeln". Fasching Komm. II 180: "Es ist nicht weiter zu prüfen, ob ausser dem konkreten gesetzlichen Tatbestand der Sondernorm auch noch die Voraussetzungen des §11...vorliegen...als einheitliche Streitpartei können die gesetzlichen Streitgenossen nur dann behandelt werden, wenn dies das Gesetz ausdrücklich...anordnet...Im Zweifel ist die gesetzliche Streitgenossenschaft nur eine einfache Streitgenossenschaft (wenn auch eine materielle)", Rechberger/Simotta 71 nm135, Wolff 125.

79) Fasching ZPR II 188 nm365, 201 nm392.

La consorité éventuelle peut être active ou passive (cas le plus fréquent) (80). Il y a consorité éventuelle active lorsque, leur qualité de créancier étant incertaine (81), deux demandeurs s'en prennent au même défendeur, le premier à titre principal, le second à titre subsidiaire. Le second demandeur ne requiert l'admission de sa réclamation que si celle du premier est rejetée (82). Il y a consorité éventuelle passive lorsque le même demandeur actionne simultanément deux défendeurs dont la qualité de débiteur est incertaine (83), le premier à titre principal et le second à titre subsidiaire (84).

L'admissibilité de la consorité éventuelle est controversée. Le législateur est laconique. Celui de Bâle-Ville prohibe la consorité conditionnelle passive, mais ne fait pas allusion à la consorité éventuelle active (85). Les auteurs sont partagés. La jurisprudence admet le procédé de manière générale (86).

-
- 80) Vogel 132 nm61a n'envisage que la forme passive.
- 81) Rosenberg/Schwab 386, Blomeyer 627 qui citent l'exemple suivant: A actionne principalement et B subsidiairement le même défendeur C en paiement. A et B n'entendent voir examinée la demande subsidiaire de B que si la cession de créance à A s'avère nulle. L'exemple est peu concluant et la construction de la consorité trop compliquée, car le problème peut être résolu en consignat en justice le montant litigieux.
- 82) Pour des exemples:
ZH ZR 55 1956 17 no8.
LU RJB 88 1952 271: "1. Der Beklagte sei gerichtlich zu verhalten, der Erstklägerin, eventuell dem Zweitkläger, das notwendige Brennholz zur Verfügung zu stellen. 2. Der Beklagte habe als Ersatz...der Erstklägerin, eventuell dem Zweitkläger Fr. 1518 nebst Zins...zu bezahlen".
Hypothèse rejetée à TG RBOG 1932 49 no9.
- 83) A actionne principalement B et subsidiairement C en paiement de la même somme au cas où la reprise de la dette par B serait déclarée nulle. Ovan 11 n. 32. On peut faire à cet exemple le même reproche que pour la consorité active, Blomeyer 627.
A actionne principalement B en responsabilité et subsidiairement C au cas où la responsabilité de B serait nulle.
- 84) Pour des exemples:
Action en paternité contre plusieurs pères présumés. ATF 101 Ia 34, Hegnauer BK ad 261 nm70.
ZH ZR 32 1933 46 no26: "1. Es sei der Beklagte 1 zu verpflichten, an die Kläger Fr. 4950.- nebst Zins...zu bezahlen. 2. Eventuell sei der Beklagte 2 zu verpflichten, den Klägern die sämtlichen durch Arresturkunde...verarrestierten Gegenstände unbeschwert herauszugeben". On ignorait en l'espèce qui de B ou de C était propriétaire des meubles litigieux. Suivant la réponse donnée à cette question, l'action contre l'un était bien fondée, l'autre nécessairement mal fondée.
LU Entsch. 1949 575 no672: "Der Kläger belangte den Erstbeklagten, eventuell die Zweitbeklagte auf Rückerstattung eines Darlehens", Entsch. 1943 164 no183: "Das Klagebegehren geht dahin, dass der Erstbeklagte, eventuell der Zweitbeklagte Fr. 1000.- zu bezahlen habe...", RJB 79 1943 480: "der Kläger verlangt die Verurteilung von A, eventuell von B, zur Bezahlung von Fr. 1300.-".
- 85) BS 37 ch. 1: "Die eventuelle Belangung eines Dritten für den Fall der Abweisung der Klage gegen den Erstbeklagten ist, abgesehen von der Streitverkündung, unzulässig", cf. Guldener ZPR 303 n. 34: "Damit will offenbar nur gesagt sein, dass es nicht möglich ist, eine Klage nur bedingt anhängig zu machen für den Fall, dass die Klage gegen einen anderen Beklagten nicht durchdringt...Nicht einzusehen wäre, weshalb es nicht zulässig sein sollte, mehrere Streitgenossen unbedingt einzuklagen, aber die Gutheissung der Klage gegen dem einen Streitgenossen nur für den Fall zu beantragen, dass sie gegen einen anderen Streitgenossen abgewiesen wird".
- 86) ZH ZR 55 1956 17 no8: "Eine eventuelle oder bedingte aktive Streitgenossenschaft (subjektive Klagenhäufung) in dem Sinne, dass die Gutheissung der Klage des einen Streitgenossen nur bei Erfolglosigkeit der Klage des anderen beantragt wird, ist zulässig", ZR 32 1933 46 no26.
LU Entsch. 1949 575 no672, RJB 88 1952 271 (consorité éventuelle passive). Jurisprudence contraire: Entsch. 1943 164 no183 et RJB 79 1943 480.
TG RBOG 1971 60 no10 (consorité éventuelle passive). Jurisprudence contraire: RBOG 1932 49 no9 (consorité éventuelle active).

La consorité éventuelle fait l'objet de deux approches. La première, celle des opposants à la consorité éventuelle (87), subordonne la litispendance de la réclamation subsidiaire à une condition suspensive (théorie de la litispendance différée). La seconde prévoit la litispendance immédiate de la demande subsidiaire (théorie de la litispendance immédiate). Elle a pour partisans ceux de la consorité conditionnelle (88) qui la préconisent par économie de procédure et dans le but d'éviter des jugements contradictoires et y voient un avantage pour l'adversaire des consorts (89).

Dans la théorie de la litispendance différée (90), la litispendance de la réclamation subsidiaire (91), à l'état d'une simple possibilité à l'ouverture du procès, est reportée dans le temps, car elle est subordonnée au déboutement de l'action principale (92). L'existence de cet élément conditionnel et incertain est pour les adversaires de la consorité éventuelle le principal motif de son rejet (93), car elle fait dépendre la création du rapport d'instance subsidiaire d'une circonstance extérieure au procès - même s'il s'agit d'une procédure conjointe -. Pour ses opposants, la construction de la consorité éventuelle doit être rejetée au motif que le droit judiciaire

NE ATC VIII 487, 490 (consorité éventuelle passive): "Rien n'empêche que certains d'entre eux ne soient actionnés qu'à titre subsidiaire".
RG 51 243.

- 87) JW 1936 1254. RGZ 58 248, 249. MDR 1973 742. NJW 1958 833.
Matti Streitgenossenschaft 35 n.2. BE Leuch ad 36 ch. 1 et 157 ch. 1. SG Lutz ad a103 ch. 3. AG Eichenberger Beiträge 37. Keller/Pfisterer ad a24 ch. 11. Habscheid note ad NJW 1958 833. Habscheid Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit 1956 254. Schellhammer 563 nml107. Schilken 80-81 nml139. Hans Jürgen Kion, Eventualverhältnisse im Zivilprozess, Berlin-Munich 1971, 82ss. Baumbach/Lauterbach ad 59 ch. 1. Thomas/Putzo ad 61 ch. 1d. Zöller ad 59-60 nml10. Stein/Jonas notes préf. ad 59 nml3. Schönke 97. Blomeyer 627. Fasching Komm. II 178. Matti Streitgenossenschaft 47 et 64 et Wiczeorek ad 59 Alla2 et ad 260 AllB rejettent la consorité éventuelle mais admettent la consorité alternative.
- 88) Ovari 14. Geiger 15. Guldener ZPR 302 et 303 n.34. ZH Sträuli/Messmer ad 40 nml4. Sträuli/Hauser ad a38 ch. 1. Après avoir déclaré le procédé inadmissible (Beiträge 37), AG Eichenberger ad 50 nml2 laisse désormais la question ouverte, mais pour la consorité passive seulement.
Rosenberg/Schwab 385: "Mit dieser Konstruktion bestehen...keine Bedenken". *Gottfried Baumgärtel*, Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess, 1957, 130ss. *Lang*, Die Zulässigkeit bedingter Parteihandlungen im Zivilprozess, Thèse Munich 1954, 67. *Ebbecke ZPR* 47 208. *Petschek, Mélanges R. Schmidt* 1932, 244 n. 5.
- 89) ZH ZR 55 1956 17 nml8: "...Dafür sprechen vor allem Gründe der Prozessökonomie. Auch eine Benachteiligung des Prozessgegners entsteht durch die Zulässigkeit der eventuellen subjektiven Klagenhäufung nicht". LU Entsch. 1949 575 nml672: "...Für die Zulässigkeit einer solchen Eventualklage spricht namentlich die praktische Erwägung, dass die beiden zusammengehörenden Streitsachen in einem Verfahren erledigt werden können...weder der Erst- noch die Zweitbeklagte ist in den Beweisrechten irgendwie verkürzt worden". TG RBOG 1971 60 nml10.
Contra NJW 1958 833, 834: "...diese Folgerungen...zeigen gleichzeitig, dass eine solche Klagenhäufung weder prozesswirtschaftlich noch billiger ist". BE Leuch ad 36 ch. 1. Rosenberg/Schwab 386.
- 90) Ou litispendance rétroactive.
- 91) Qui n'a pas encore d'objet NJW 1958 833; RGZ 58 248, 249.
- 92) NJW 1958 834.
Ovari 11 n. 33: "Eine aufschiebend bedingte Klageerhebung liegt also nicht vor".
- 93) Schönke 160: "Es muss sofort Klarheit darüber geschaffen werden, ob durch die Klage ein Prozessverhältnis begründet wird oder nicht". Schellhammer 563 nml107: "Die subjektive Klagenhäufung oder Streitgenossenschaft verträgt keinerlei Bedingungen. Unzulässig ist eine Klage gegen A, hilfsweise gegen B...Kein einziges Prozessrechtsverhältnis darf von einer Bedingung abhängen. Die Streitgenossenschaft begründet mehrere Prozessrechtsverhältnisse, deren jedes bedingungsfeindlich ist. Ob jemand Kläger oder Beklagter ist, muss von Anfang an unbedingt feststehen". et 677 nml1343.
Pour Habscheid NJW 1958 833, la condition est un critère de droit matériel qui ne saurait de ce fait-même s'appliquer à la procédure.

prohibe les actes conditionnels (94). Elle doit être écartée d'autre part, car l'existence de la condition, cachant les véritables plaideurs, viole les dispositions exigeant la désignation précise des parties (95), introduit des incertitudes dans la procédure et empêche le juge de se prononcer sur la base d'éléments stables. Elle doit être prohibée enfin, car elle gêne les parties. La consorité éventuelle active empêche le défendeur de savoir avec certitude qui entend s'en prendre à lui, l'entrave dans sa défense et fait obstacle aux exceptions qu'il entendait soulever contre le demandeur subsidiaire. La consorité éventuelle passive contraint le défendeur subsidiaire à se défendre avant que l'action intentée contre lui ne le soit à titre définitif, et ce, cas échéant à un for qui n'est pas le sien (96). Le défendeur subsidiaire, engagé "à l'essai" dans un procès (97), se trouve dans une position plus précaire que s'il avait été actionné dans un procès séparé et est soumis à plus d'exigences que le défendeur unique dans un procès à deux parties (98).

Dans la théorie de la litispendance immédiate, la consorité éventuelle s'apparente au cumul objectif subsidiaire d'actions (99). Créant litispendance pour les deux actions (100), la demande conjointe est à l'origine de deux rapports d'instance

- 94) BE RJB 94 1958 293: "Les dispositions de la procédure civile bernoise ne permettent pas qu'une partie soit actionnée à titre éventuel". RJB 73 1937 575: "Des conclusions éventuelles retenues contre un défendeur consort contre lequel aucune conclusion principale n'est prise ne sont pas recevables... La procédure bernoise ne connaît pas d'autres conclusions éventuelles que celles qui peuvent être retenues contre un défendeur bien déterminé, pour le cas où des conclusions principales, nécessairement prises en premier lieu contre ce même défendeur, viendraient à être rejetées. Dans ce cas, l'accomplissement de l'événement incertain qu'est le rejet des conclusions principales a pour effet, non pas l'entrée dans la procédure d'un nouveau défendeur, mais simplement la prise en considération de nouvelles conclusions. Des conclusions soumises à d'autres conclusions ne sont pas recevables. En particulier, il ne peut en être retenu éventuellement contre un défendeur consort".
LU RJB 79 1943 480/Entsch. 1943 164 no183: "Die Klage... ist bedingt erhoben worden, was vor allem durch die Formulierung im Klageschluss 'eventuell der Zweitbeklagte' zum Ausdruck kommt... das kann logischerweise nur heissen: der Zweitbeklagte ist ins Recht gefasst, bzw. zur Bezahlung der einen Klagesumme von Fr. 1000.- zu verurteilen..., wenn die primär und unbedingt gegen den Erstbeklagten erhobene Forderungsklage abgewiesen wird... Bedingt ist also die Klageerhebung gegen den Zweitbeklagten, nicht der Klageanspruch". Revirement de jurisprudence à Entsch. 1949 675 no672.
AG VJS 1922 no34. VJS 1911 92. VJS 1909 126 no55.
TG RBOG 1932 49 no9.
NJW 1972 2302. NJW 1958 833 (consorité passive): "es kann zwar ein bedingter Anspruch zum Gegenstand einer Klage gemacht werden, nicht aber eine Klage selbst prozessualisch nur bedingt erhoben werden... Eine solche Klage entbehrt für die Zeit ihrer Erhebung des Gegenstandes und eines Klageverlanges. Sie will noch keine Verurteilung des verklagten Teiles und ist nicht geeignet einem Rechtsstreit zur Grundlage zu dienen". RGZ 58 258 (consorité active), RGZ 52 1124, 1128.
- 95) LU Entsch. 1943 164 no183/RJB 79 1943 480: "Nun ist es ein allgemeiner Grundsatz des Prozessrechtes, dass eine bloss bedingte Klagestellung unzulässig ist, da sie sich mit dem Gebot der Schaffung eines klaren und bestimmten Prozessrechtsverhältnisses nicht vereinbaren lässt... Dieser Grundsatz gilt... auch im Falle der subjektiven Klagenhäufung, dh für die Klage gegen eine passive Streitgenossenschaft. So wenig die Einzelklage bedingte Klagestellung zulässig ist, ebenso wenig geht es an, dass einer von mehreren Beklagten (Streitgenossen) nur bedingungsweise in Anspruch genommen wird". RGZ 144 72.
- 96) BE Leuch ad 36 ch. 1.
- 97) Stein/Jones notes préf. ad 59 nm3: "Ein derartiger 'Prozess auf Probe' ist diesem Streitgenossen nicht zuzumuten".
- 98) Contra: Rosenberg/Schwab 386.
- 99) Un demandeur unique formule simultanément des conclusions principales et subsidiaires contre le même défendeur. Rosenberg/Schwab 386. Le parallèle est erroné. Dans le cumul objectif, la demande est celle d'un plaideur et comprend des conclusions principales et subsidiaires. Le demandeur laisse au juge le soin de lui allouer les premières ou les secondes pour autant qu'elles soient fondées. Les unes excluent les autres. La demande est inconditionnelle, mais certaines des prétentions qu'elle inclut sont conditionnelles. Le lien d'instance est inconditionnel. Dans la consorité éventuelle en revanche, une demande unique est susceptible de créer plusieurs liens d'instance dont l'un, conditionnel et non

qui n'ont pas la même durée de vie suivant que l'on envisage l'échec ou la victoire de l'action principale. Le rejet de l'action principale oblige le juge à statuer sur la demande subsidiaire dont l'examen n'est que différé. Le juge peut la trancher avant qu'il y ait autorité de la chose jugée pour la demande principale (101) et doit y consacrer un point du dispositif. Les deux rapports d'instance meurent simultanément. L'admission de l'action principale éteint rétroactivement le rapport d'instance subsidiaire qui était subordonné à une condition résolutoire (102). La demande subsidiaire, jugée inexistante, peut être renouvelée (103), mais le consort subsidiaire est néanmoins considéré comme ayant succombé pour la répartition des frais et dépens (104).

La consorité éventuelle crée à notre avis litispendance pour les deux demandes (105), ce qui écarte l'obstacle constitué par la condition, mais exige le paiement d'un prix: les plaideurs prennent le risque qu'une des demandes soit mal fondée. La sécurité du droit exige qu'en cas d'accueil de la demande principale il soit statué également sur le sort de la demande subsidiaire pour garantir l'autorité de la chose jugée pour les deux actions. L'issue du procès subsidiaire doit en d'autres termes être scellée par un acte du juge ou du plaideur lui-même (106). Le juge constate que la demande subsidiaire est sans objet ou la déclare mal fondée (107). Le plaideur subsidiaire se désiste de l'action. Ce dernier doit être considéré dans les deux cas comme ayant succombé (108). La destinée de l'action subsidiaire peut également être fixée implicitement. La conclusion par laquelle le plaideur subsidiaire n'exige un examen du mérite de son action que dans l'hypothèse où la demande principale est rejetée peut s'analyser en effet comme un retrait de la demande subsidiaire au cas où la demande principale serait déclarée bien fondée. Elle suppose que la volonté du plaideur soit reconnaissable (109).

Estimant que la consorité conditionnelle crée une situation dont on ne peut mesurer la portée (110), qu'elle constitue une construction juridique sans intérêt (111), surtout sans intérêt pratique (112), compliquée et peu conforme à l'économie de

reconnaissable, n'a pas d'existence juridique, mais une existence de fait. Le juge ne peut statuer sur le sort de la demande subsidiaire. Le "défendeur assigné" n'est pas protégé contre le renouvellement de la demande dans un procès distinct.

- 100) ZH ZR 55 1956 17 no8: "Die Eventualklage der Klägerin Nr. 2 ist ...mit ihrer Einleitung rechtshängig geworden...".
Ovari 11: "Der Eventualananspruch ist sofort und bedingungslos Gegenstand der Verhandlung und rechtshängig".
- 101) Ovari 12. Il n'y a en fait pas de cumul.
- 102) LU Entsch. 1949 575-576 no672.
Ovari 12: "Der Eventualananspruch ist als durch die Anerkennung des Hauptanspruchs auflösend bedingt anzusehen". Guldener ZPR 214 n.3. Rosenberg/Schwab 385-386.
- 103) Rosenberg/Schwab 386: "Wird die Klage gegen A zugesprochen, so kommt es nicht zu einem Urteil gegen B".
- 104) ZH ZR 55 1956 17-18 no8.
Stein/Jonas notes préI. ad 59 nm3: "Hinsichtlich der Kosten ist er also unbedingt Partei".
- 105) Dans le même sens pour la consorité active: ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm4.
- 106) Guldener ZPR 214 n. 3: "Es kann keine Klage anhängig gemacht werden, ohne dass über sie durch Gerichtsurteil oder Parteierklärung (Rückzug, Anerkennung) entschieden werden müsste".
- 107) Vogel 132 nm61a.
- 108) ZH ZR 55 1956 17 no8.
- 109) ZH ZR 55 1956 17-18 no8: "Da die Klägerin 2 einen materiellen Entscheid... nur für den Fall der Abweisung des Begehrens des Klägers 1 beantragt hat, rechtfertigt es sich, hierin einen Rückzug ihres Eventualbegehrens für den Fall der Gutheissung des Begehrens des Klägers 1 zu erblicken".

procédure, les adversaires de la consorité éventuelle entendent résoudre la situation juridique par la dénonciation de litige (113), par l'intervention (114) ou la prise de conclusions contre le colitigant (115). Nous avons pour notre part notre préférence pour la consorité alternative.

II. La consorité alternative

La consorité alternative réunit en procédure deux consorts dont l'un perdra le procès. Elle est formée sans condition et sans degré dans les actions, mais avec la certitude d'échouer pour partie (116). Elle est le plus souvent passive (117). Active, elle encourt les mêmes reproches que la consorité éventuelle (118). Elle ne fait l'objet d'aucune disposition légale. Le législateur vaudois a laissé la question à la jurisprudence qui la tranche par le jeu de l'appel en cause (119). La doctrine estime que les règles sur la consorité simple formelle devraient la permettre dans la plupart des cas (120). Le Tribunal fédéral (121) et la jurisprudence zurichoise l'admettent sans

-
- 110) Habscheid note ad NJW 1958 833: "Mir scheint..., dass eine eventuelle subjektive Klagenhäufung zu einer unübersichtliche Lage führen kann".
 - 111) Blomeyer 628, Habscheid note ad NJW 1958 833: "Auf alle Fälle sind diese prozessualen Situationen unerfreulich".
 - 112) NJW 1958 833-834, Blomeyer 628.
Contrs LU Ents. 1949 575 no672, 576, Rosenberg/Schwab 386.
 - 113) Ovari 14, Habscheid note ad NJW 1958 533: "...Der richtige Weg führt... über eine Streitverkündung", BS Habermühl Compl. §16 n.5. Blomeyer 628.
 - 114) Ovari 14.
 - 115) Ovari 14.
 - 116) ATF 113 Ia 104/JT 1988 185, 86 c.2: Action en paiement contre deux défendeurs.
ZH ZR 56 1957 76 no49: "Im vorliegenden Falle wurde gegen die beiden Beklagten der gleiche Gewährleistungsanspruch (Garantie nach OR 197ff) auf Grund desselben Sachverhaltes (Kauf) geltend gemacht, in der Meinung, dass je nach Beantwortung der Frage, wer als Verkäufer anzusehen sei, entweder der eine oder der andere zu leisten habe. Auf derartige alternativ erhobene Ansprüche finden die Bestimmungen über die sog. unechte Streitgenossenschaft Anwendung", ZR 32 1933 46 no26: "eine subjektive Klagenhäufung ist...nicht nur bei kumulativ, sondern auch bei alternativ erhobenen Ansprüchen denkbar...".
Matti Streitgenossenschaft 47, Vogel 132 nm61a, ZH Sträuli/Hauser ad a38 ch. 1.
 - 117) Vogel 132 nm61a n'envisage que la forme passive.
 - 118) Comp. UR 65/1: "Wird eine Sache oder Forderung von zwei oder mehreren sich gegenseitig ausschliessenden Klägern gegen den nämlichen Beklagten eingeklagt, so kann der Beklagte sich von der Einlassung befreien, wenn er die Sache oder den Betrag der Forderung zugunsten der streitenden Kläger gerichtlich hinterlegt und ihnen hievon Kenntnis geben lässt".
 - 119) VD BGC 1966 705: "Le projet ne tranche pas la question de l'admissibilité de la mise en cause de plusieurs défendeurs contre lesquels sont prises des conclusions alternatives. Ainsi une réclamation en exécution d'une vente immobilière s'achoppe à un moyen fondé sur la nullité pour vice de forme de l'acte. Le demandeur qui, dans l'hypothèse où ce moyen serait reçu, aurait une prétention contre le notaire qui a reçu l'acte, peut-il agir simultanément contre le cocontractant et l'officier public ? Actuellement, cela est possible par le jeu de l'appel en cause. Il appartiendra à la jurisprudence de décider, selon le cas, si la mise en cause immédiate des deux défendeurs peut être admise...".
 - 120) VD Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 74, Matti Streitgenossenschaft 47, 64 et Wieczorek ad 59 Alla2 rejettent la consorité éventuelle, mais admettent la consorité alternative. Vogel 132 nm61a est favorable aux deux formes de consorité.

restriction (122). La jurisprudence thurgovienne rejette la consorité alternative active (123). La jurisprudence fribourgeoise rejette les conclusions alternatives (124).

La consorité alternative réunit au plan procédural des actions indépendantes qui auraient pu être introduites séparément et qui seront tranchées dans un seul jugement. Portant sur la même prétention, ces actions sont "indissolublement liées" au plan matériel dès qu'elles font l'objet d'une même procédure (125). Le recours d'une des parties reporte pour ce motif la cause entière devant l'instance de recours qui doit vérifier d'office l'étendue de l'effet dévolutif. Le procès se poursuit en seconde instance entre toutes les parties, même celle qui n'a pas recouru (126) et l'arrêt déploie des effets envers tous les plaideurs. Le juge qui choisit entre les termes de la demande ne modifie pas l'objet du litige. Il doit affecter un point du dispositif à chacune des actions. L'admission de l'une d'elles rend l'autre sans objet. Le consort dont la cause a été rayée du rôle pour ce motif est considéré comme ayant succombé et supporte une partie des frais. Il ne peut être contraint qu'au remboursement des frais de la partie adverse et ne peut être condamné à payer des frais à son partenaire lorsque l'adversaire a perdu le procès contre eux, car c'est à l'adversaire des consorts de supporter le risque d'une action conjointe (127).

§4. Terminologie

Le législateur a laissé dans de nombreux cantons à la doctrine le soin de qualifier les diverses espèces de consorité. Les auteurs ont effectué cet exercice avec plus ou moins de rigueur. On recense une multiplicité de désignations pour le même type de consorité. Le phénomène est particulièrement sensible en doctrine allemande qui est une fréquente source de référence pour le praticien suisse. La désignation adoptée par un auteur peut couvrir une réalité différente chez un autre et la délimitation des catégories de consorité est souvent incertaine. Il est donc souhaitable de s'en tenir aux types principaux et d'éviter une classification trop précise (128).

Guldener et Blomeyer rejettent la consorité alternative. Guldener 214 : "Dagegen gibt es keine alternative Klagenhäufung. Da der Kläger ein bestimmtes Rechtsbegehren zu stellen hat, kann er nicht mehrere Klagen erheben in der Meinung, dass es dem Gericht überlassen werde, nach seinem Gutdünken die eine oder andere Klage zu schützen". Blomeyer 247: "Bei der alternativen Klagenhäufung gibt der Kläger dem Gericht anheim, über einen von mehreren Streitgegenständen nach eigener Wahl zu entscheiden...Eine solche Klagenhäufung ist unzulässig, weil der Streitgegenstand von der Wahl des Gerichts abhängt und deshalb vom Kläger nicht genügend bestimmt wird". Thomas/Putzo ad 61 ch.1. Schilken 81 nm139 rejette la consorité alternative, mais l'admet en présence d'une obligation alternative au sens de l'article 264 BGB.

121) ATF 113 Ia 104/JT 1988 I 85, ATF 83 II 79, 84.

122) ZH ZR 56 1957 76 no49, ZR 32 1933 46 no26. ZH Siräuli/Messmer ad 40 nm4.

123) TG RBOG 1932 49 no9: "Auf eine Klage, in der mehrere Personen alternativ als Kläger genannt werden, kann nicht eingetreten werden. Zu den wesentlichen Erfordernissen einer Klage gehört eine eindeutige Bezeichnung der klagenden Partei; der Beklagte hat Anspruch darauf zu wissen, von wem er belangt wird...Eine alternative Bezeichnung von zwei Klägern - wobei dem Gericht überlassen wird, welcher von beiden zu schützen sei, und aus welchem Rechtsgrund - widerspricht dem Erfordernis der klaren Parteibezeichnung. Auf eine so formulierte Klage kann nicht eingetreten werden".

124) FR Extraits 1978 82.

125) ATF 83 II 79, 84.

126) ATF 83 II 79, 85.

127) ATF 113 Ia 104/JT 1988 I 85, 88.

128) Dans le même sens Kraft 82.

La consorité est un *litisconsortium* (129). Le terme de *consortage* parfois employé (130), est aujourd'hui abandonné. Celui de consorité équivaldrait à celui de *demandes multiples* (131). L'expression est impropre, car des demandes multiples n'impliquent pas unité de procès. Elle risque également de prêter à confusion en donnant à croire que la pluralité n'existe que du côté des demandeurs, alors qu'elle peut aussi bien exister du côté des défendeurs. On parle également de *cumul subjectif de demandes* ou d'actions (132). L'expression est fréquemment utilisée pour le différencier du cumul objectif (133). La dénomination de *consorité* (134), traduite parfois par celle de *communauté procédurale* (135) a aujourd'hui acquis droit de cité.

En langue allemande, la diversité est tout aussi grande. La doctrine laisse apparaître les termes de *Klagenverbindung* (136), *Parteienmehrheit*, *Parteihäufung* (137); ce sont cependant les locutions de *subjektive Klagenkumulation* (138),

- 129) Guldener ZPR 296, ZH Sträuli/Hauser 86, NW Stöckli 74, BS/BL Staehelin/Sutter 85, JU Ceppi 36, Blomeyer 626, Rosenberg/Schwab 279, Comu/Foyer 401. Redenti, il giudizio civile con pluralità di parti, 2 nol, rejette le vocable "litisconsorzio" et préfère la formule plus large de pluralité des parties. Il y aurait à lire Moreau 253 n. 13 une différence entre le terme de *litisconsorts* et celui de *litisconsortium*.
- 130) BE RJB 87 1951 348.
BE Jolidon 74: "...terme...de consortage, malheureusement répandu en procédure bernoise, bien qu'il ne figure pas dans le code...". Voyame RDS 80 1961 II 67ss, 128, JU Ceppi 36.
- 131) L'expression est usitée par la doctrine française. (Solus/Perrot T. II 490) qui parle également de procès à parties multiples (Comu/Foyer 399).
- 132) BE Jolidon 74, JU Ceppi 36.
- 133) L'un n'est pas le complet pendant de l'autre, mais les deux peuvent coïncider. Blomeyer éd. 1963, 611: "Der gemeinrechtliche Ausdruck 'subjektive Klagenhäufung' kennzeichnet keinen ausschliesslichen Gegensatz zur 'objektiven Klagenhäufung'; beide können zusammentreffen. Auch ist der Ausdruck ungenau, als regelmässig nicht die Klagen, sondern die Anträge gehäuft sind".
Seuls la PCF et cinq cantons connaissent encore le terme de cumul subjectif d'actions: LU, ZG, AI, SG et TG. Le droit de procédure fédéral mentionne l'expression dans la note marginale. Lucerne distingue la consorité (57) du cumul subjectif (60, note marginale) et objectif (61) d'actions. Zoug oppose la consorité vraie (18) au cumul subjectif d'actions (19, note marginale). Appenzell Rhodes-Intérieures met expressément le cumul subjectif d'actions sur le même pied que la consorité. Les deux termes figurent dans la note marginale du même article (59). Thurgovie maintient l'appellation de cumul subjectif qu'il oppose désormais à la consorité nécessaire, depuis une révision récente. SG n74 oppose le cumul subjectif à la consorité simple dans la disposition sur la valeur litigieuse.
La distinction n'a de nos jours plus l'importance qu'elle avait sous le droit commun. Les deux termes se confondent aujourd'hui et désignent deux cas d'application de la consorité. cf. Geiger 3, Matti Streitgenossenschaft 10, Gysler 7, Flepp 12, Övari 3 et 22 et surtout Planck, Die Mehrheit der Rechtstreitigkeiten im Prozessrecht, Göttingen 1844, 385ss. Le premier vise l'aspect formel de la notion (pluralité de parties dans le même rôle), le second son aspect matériel (pluralité de prétentions formées par ces parties). En droit commun, seul la première conception était admise, la seconde l'a été par exception. La procédure schaffhouseoise reflète encore cette conception.
La jurisprudence oppose encore les deux notions: TG RBOG 1971 60 no11, 61: "...Auch die subjektive Klagenhäufung ist eine Form der Streitgenossenschaft", TG RBOG 1988 124 no25: "Davon ausgehend, dass sowohl bei Streitgenossenschaft als auch bloss subjektiver Klagenhäufung die Streitwerte der Ansprüche zusammenzurechnen sind, ...".
- 134) On trouve parfois celle de *litisconsorité*. Georges Brosset, "Connexité", FJS no 603, 1981, 2.
- 135) Thilo JT 1928 I 214ss, Siesse 357, 384.
- 136) Thomas/Putzo notes prélim., ad 59 I.
- 137) Baumbach/Lauterbach notes prélim., ad 589 ck. 1. Expression courante en droit autrichien: Holzhammer ZPR II 80, Wolff 124, Fasching ZPR II 522 nm) 116, Roth 211.
- 138) AG Keller/Pfisterer notes prélim., ad a24.

subjektive Klagenhäufung (139) et surtout de *Streitgenossenschaft* (140) qui sont le plus fréquemment usitées.

En langue italienne, on découvre les dénominations de *pluralità di parti in giudizio*, *litisconsorzio*, *consorzio* (141), *comunanza della lite* (142), *cumulo soggettivo* (143).

En ce qui concerne les membres de la communauté procédurale, les appellations de *parties jointes* (144), *consorts*, *litisconsorts* (145) sont courantes (146). Le terme est ancien. Il a sa source en droit romain (147). Il a été repris en droit commun, puis dans nos lois actuelles. Le législateur le passe parfois sous silence. Ainsi en droit italien (148).

Les divers types de cumul subjectif ont également donné lieu à un nombre impressionnant de dénominations. Pour les catégories principales, nous avons dénombré au moins une dizaine d'appellations et pour l'une d'entre elles jusqu'à 17 dénominations différentes ainsi que le montrent les tableaux faisant suite à ce chapitre.

139) Habscheid ZPR II 151 nm278, Maday 211, Muti *Streitgenossenschaft* 10, ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm1, Sträuli/Häuser 86, AG Eichenberger Beiträge 37, BS/BL Staehelin/Sutter 85, SG Lutz ad a103, Rosenberg/Schwab 279, Baumbach/Lauterbach notes prël. ad 59 ch. 1, Zimmermann ad 59-60 nm1, Thomas/Putzo notes prël. ad 59 I, Gottwald JA 1982 64, Winte 1, Fasching ZPR II 187 nm364 et Komm. II 176, Rechberger/Simoua 68 nm128.

Le terme est souvent utilisé pour désigner la forme de constitution de la consorité la plus fréquente, la consorité par demande commune à plusieurs ou contre plusieurs. Par ex. Holzhammer ZPR II 80.

140) Traduit parfois par "société". ATF 33 II 342/IT 1909 I 123: "Même en cas de cession à plusieurs créanciers, chacun d'eux possède un droit d'action absolument indépendant qu'il peut exercer sans qu'une société ait été formée en vue de soutenir le litige..."

141) ATF 109 II 140, TI Rep. 1987 225, Rep. 1985 334, *Crisanto Mandrioli*, Corso di diritto processuale civile, 5e éd. Turin 1985, 276 no74.

142) Mandrioli 276 no54.

143) *Federico Carpi/Vittorio Colesanti/Michele Taruffo*, Commentario breve al codice di procedura civile, 3e éd. Padoue 1992.

144) Maday 211.

145) Cornu/Foyer 398.

146) Streitgenossen, LU 57: "Mithafte".

147) Cod. de consortibus eiusdem litis, 3, 40. Cf. Chiovenda Principii 1980 68.

148) Chiovenda Principii 1980 68: "il nome di litisconsorzio...non si trova nel nostro codice, ma è rimasto nella nostra dottrina a designare il fenomeno di questa pluralità di persone..."

Consortie simple	- consortie facultative - consortie volontaire - consortie libre - jonction de causes au sens subjectif - communauté procédurale ordinaire - consortie procédurale - litisconsortium facultatif - einfache Streitgenossenschaft - gewöhnliche Streitgenossenschaft - freiwillige Streitgenossenschaft - unabhängige Streitgenossenschaft - selbständige Streitgenossenschaft - gewillkürte Streitgenossenschaft - fakultative Streitgenossenschaft - gelegentliche Klagenverbindung - litisconsorzio facoltativo - litisconsorzio procedurale - litisconsorzio semplice	Habscheid DJPS 178, GE Bertossa ad 6 nm1 Habscheid DJPS 178 Stesse 384 GE Bertossa ad 6 nm1 Groslière 85 BS/BL Staehelin/Sutter 87, Ballon 77, Fasching Komm. II 176 Gysler 2, Ovari 6, AG Eichenberger Beiträge 37, Thomas/Putzo notes préj. ad §59, Fasching Komm. II 176, Fasching ZPR 188 nm164, Rechberger/Simotta 69 nm130, Ballon 77 ATF 107 Ia 251, Gysler 2, Ovari 6 BS/BL Staehelin/Sutter 87, Bettermann ZPR 90 (1977) 122 Gysler 2 Thomas/Putzo notes préj. ad §59, Bettermann ZPR 90 (1977) 122, Rechberger/Simotta 69 nm130, Holzhammer ZPR II 80, Ballon 77 SZ Kälän 133 Bettermann ZPR 90 (1977) 122 Rosenberg/Schwab 257 TI Rep. 1985 334, Ottaviani 58, Fabbrini §11, Mandriotti 285 TI Rep. 1978 337
Consortie simple matérielle	- consortie simple matérielle - eigentliche Streitgenossenschaft - echte Streitgenossenschaft - echte nicht notwendige Streitgenossenschaft - echte einfache Streitgenossenschaft	Habscheid DJPS 179 Fasching Komm. II 176 et ZPR 188 nm366, Rechberger/Simotta 69 nm131, Wolff 124 Guldener ZPR 296, Baechli 163, Matti Streitgenossenschaft 44, Geiger 12, Kummer ZPR 153, BE Leuch ad 37 ch. 2, SG Lutz ad a103, Fasching Komm. II 176, Fasching ZPR 188 nm66 Rechberger/Simotta 69 nm131, Wolff 124 ZH Sträuli/Hauser 87 ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm1

<i>Consortie simple matérielle (suite)</i>	-materielle Streitgenossenschaft -besondere Streitgenossenschaft -abhängige Streitgenossenschaft -nicht notwendige Streitgenossenschaft -nicht notwendige materielle Streitgenossenschaft -positive Streitgenossenschaft -gebundene Streitgenossenschaft -litisconsorzio facultativo sostanziale -litisconsorzio facultativo proprio	Matti Streitgenossenschaft 44, Kummer 153, BE Leuch ad 37 ch. 2, Fasching Komm. II 76, Fasching ZPR 188 nm366 Rechberger/Simotta 69 nm131, Ballon 77, Wolff 124 Gysler 2 Gysler 2 SG Lutz ad a103 ch. 1 AR Ehrenzeller ad 59 annexe 4 Ovari 6 Wieczorek jugé peu heureux par Ovari 7 TI Onaviani 73 TI Rep. 1987 225
<i>Consortie simple formelle</i>	-consortie simple formelle -consortie de procédure -consortie procédurale -consortie formelle -uneigentliche Streitgenossenschaft -unechte Streitgenossenschaft -unechte einfache Streitgenossenschaft -formelle Streitgenossenschaft -negative Streitgenossenschaft	Habscheid DIPS 179, BE Jolidon 77 BE Jolidon 77, FR Deschenaux/Castella 65 JU Ceppi 36, GE Bertossa ad 6 nm1, ad 177 nm1 JU Ceppi 36 Wieczorek ad 60, Fasching Komm. II 176, Wolff 125. Rechberger/Simotta 69 nm132, Fasching ZPR 188 nm366 Guldener ZPR 296, Maday 214, Baechi 163, Matti Streitgenossenschaft 44, Geiger 12, ZH Sträuli/Hauser 87, BE Leuch ad 37 ch. 2 SG Lutz ad a103 ch. 2, Wieczorek ad 60, Fasching ZPR 188 nm366 Fasching Komm. II 176, Wolff 125, Rechberger/ Simotta 69 nm132 ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm1 Maday 214, Matti Streitgenossenschaft 44, BE Leuch ad 37 ch. 2. AR Ehrenzeller ad 59 annexe 2, Fasching Komm. II 176, Fasching ZPR 188 nm366, Wolff 125, Rechberger/Simotta 69 nm132, Ballon 78 Ovari 6

Consortie simple formelle (suite) - freie Streitgenossenschaft - subjektive Klagenhäufung - äusserliche Streitgenossenschaft - zufällig parallel laufende Ansprüche - singulare Streitgenossenschaft - prozessrechtliche Streitgenossenschaft - litisconsorzio facoltativo formale - litisconsorzio facoltativo improprio	Wicczorek ad 60 jugé peu heureux par Ovari 7 Baechtli 163, TG Böckli Wolff 125 AR Ehrenzeller ad 59 annexe 2 Bettermann 90 (1977) 122 Habscheid ZPR II 151 nm278 Carpi-Colesanti-Taruffo
Consortie nécessaire - consortage obligatoire - consortage nécessaire - consortage litigieux nécessaire - conjunction nécessaire - consortage obligatoire - consorcié obligée - consorcié parfaite - consortage parfait - communauté procédurale forcée - litisconsorcié nécessaire - <i>peu clair</i>: solidarité nécessaire - notwendige Streitgenossenschaft - Zwangsstreitgenossenschaft - echte Streitgenossenschaft - qualifizierte Streitgenossenschaft - gebundene Streitgenossenschaft - obligatorische Streitgenossenschaft - unselbständige Streitgenossenschaft - abhängige Streitgenossenschaft - litisconsorzio necessario	BE 87 1951 348 JU Ceppi 36 ATF 86 II 451/JT 1961 I 467 P.Tercier. Le nouveau droit de la personnalité 185 nm1379 JU Ceppi 36 VS RVJ 1975 56 ATF 82 II 1/JT 1956 I 322 Weiss Berufung 90 Thilo JT 1928 I 214ss, Slesse 384 Brosset FJS no603, "Connexité", 2 Bertosa ad 6 nm2 Ballon 78, Zöllner ad 62 nm1 FR Extraits 1956 131, SG Lutz ad 103 ch. 1, Stolz 121 ATF 82 II 1/JT 1956 I 322 Thomas/Putzo notes prélim. ad 59 Holzharner ZPR 83, Ballon 78 Bettermann ZPR 90 (1977) 122 Bettermann ZPR 90 (1977) 122 Gysler 2, Bettermann ZPR 90 (1977) 123 TI Ottaviani 58, Fabbri 811, Mandrioli 277

<i>Consortie nécessaire matérielle</i>	- consortie nécessaire matérielle - consorzié au sens propre - notwendige Streitgenossenschaft - notwendige materielle Streitgenossenschaft - notwendige Streitgenossenschaft im engeren Sinn - echte notwendige Streitgenossenschaft - eigentlich notwendige Streitgenossenschaft - Zwangsstreitgenossenschaft - konkret notwendige Streitgenossenschaft - besondere notwendige Streitgenossenschaft - zwingende notwendige Streitgenossenschaft - unbedingte Streitgenossenschaft - tatsächlich notwendige Streitgenossenschaft - materiell rechtlich notwendige Streitgenossenschaft - notwendige Streitgenossenschaft aus materiell-rechtlichen Gründen - wegen gemeinschaftlicher Klage oder gemeinsamer Prozessführung Streitgenossenschaft - anspruchsgeliebene Streitgenossenschaft - anspruchsgeliebene einheitliche Streitpartei - litisconsorzio sostanziale	Habscheid DJPS 178, Schmidt SJ 1981 564, Fr Deschenaux/ Castella 67 Habscheid DJPS 178 Lent ZPR 221, Fasching Komm. II 176 ZH Sträuli/Messmer ad 39 Stein/Jonas ad 62 nm14, Müller 9 ZH Sträuli/Hauser, Zöller ad 62 nm1 (appellation jugée meilleure mais peu heureuse par Bettermann ZPR 90 (1977) 122), SG Lutz ad a103 ch. 1 Habscheid ZPR II 151 nm278, Edelmann 80, Behringer 42-43, Habscheid MPS 183, Zöller ad 62 nm11, Stein/Jonas ad 62 nm14 SG Lutz ad a103 ch. 1 Behringer 39 n. 41 Behringer 42-43 Behringer 42-43 Behringer 39 n. 41 Stettner 16, "Wenig glücklich" selon Bettermann ZPR 90 (1977) 123 Scheilhammer 684, Zeiss 259 Rosenberg/Schwab 274, Lindacher JuS 1986 381 Zöller ad 62 nm1, Seite 12 Thomas/Putzo ad 62 Id. 2,3 Holzhammer ZPR II 83, Ballon 79 Fasching ZPR 191 nm374 TI Ottaviani 56, Carpi/Taruffo/Colesanti

- consonitè nécessaire formelle
- besondere Streitgenossenschaft
- Streitgenossenschaft aus prozess-
rechtlichen Gründen
- Streitgenossenschaft aus prozes-
sualen Gründen
- abstrakt notwendige Streit-
genossenschaft
- bedingte Streitgenossenschaft
- unzertrennliche Streitgenossen-
schaft
- uneigentliche notwendige Streit-
genossenschaft
- unechte notwendige Streitgenossen-
schaft
- zufällige notwendige Streitgenos-
senschaft
- willkürliche notwendige Streit-
genossenschaft
- fakultativ notwendige Streitgenos-
senschaft
- wegen einheitlicher Sachentschei-
dung notwendige Streitgenossen-
schaft
- unzertrennliche Streitgenossenschaft
- einheitliche Streitgenossenschaft
- einheitliche Streitpartei
- gebundene Streitpartei
- wirkungsgebundene Streitgenos-
senschaft

Habscheid DUPS 180, Schmidt SJ 1981 564
Hassold, Arens/Lüke 312nm446, Zöllner ad 62 nm1, Lent ZPR 221
Rosenberg/Schwab 274
Lindacher JuS 1986 381, Zöllner ad 62 nm1, Zimmermann ad 62 nm2
Behringer 39 n. 41
Behringer 39 n. 41
Fasching Komm. II 76, Wolff 125
BB 1973 959, Habscheid ZPR II 151 nm278, Habscheid MPS 183
Edelmann 82, Behringer 42-43, Schlosser 234 nm272
formulation jugée peu heureuse par Bettermann ZPR 90 (1977) 123
BB 1973 959, Behringer 42-43, Zöllner ad 62 nm1, Schlosser 234 nm272
Behringer 42-43
Stettner 16 "contradictio in adjecto" selon Bettermann ZPR 90 (1977) 123
Thomas/Putzo ad 62 Id, 2, 3
Fasching ZPR 188 nm364, Wolff 125
Wolff 125
Fasching ZPR 188 nm364, Rechberger/Simotta 70 nm134
Rechberger/Simotta 70 nm134
Holzhammer ZPR II 84, Ballon 79, Fasching ZPR 191 nm375 :
"nicht ganz zutreffend"

<i>Consortie nécessaire formelle (suite)</i>	- prozessrechtlich notwendige Streitgenossenschaft - solidarische Streitgenossenschaft - litisconsorzio necessario improprio - litisconsorzio necessario processuale	Schelthammer 681, Grunsky 129, Hassold 53ss Bettermann ZJP 90 (1977) 122 TI Ottaviani 56, Carpi-Taruffo-Colesanti
Consortie active	- consorts actifs - aktive Streitgenossenschaft - aktive subjective Klagenhäufung - aktive subjektive Klagenkumulation - Klagegenossen - litisconsorzio attivo - litisconsorzio di attori - consorzio attivo	Doctrine dominante par ex. Habscheid ZPR II 151 nm278, Ovari 1, BS/BL Stachelin/Sutter 85, Baumbach/Lauterbach notes prél. ad 59 ch. 1 AG Keller/Pfisterer ad a24 ch. 6, Ballon 77 AG Keller/Pfisterer ad a24 ch. 6 Baumbach/Lauterbach notes prél. ad 59 ch. 1, Schilken 372 nm660 TI Rep. 1985 336, TI Ottaviani 58, Chiovenda Principii 68 TI Rep. 1983 103 TI Rep. 1985 334
Consortie passive	- consorts défensive - consorts à la défense - consorts de défense - passive Streitgenossenschaft - passive subjective Klagenhäufung - passive subjektive Klagenkumulation - Verteidigungslitisconsortium - Verteidigungsgenossen - litisconsorzio passivo	Savary 66 FR Extraits 1951 130 Doctrine dominante par ex. Habscheid ZPR II 151 nm278, Ovari 1, BS/BL Stachelin/Sutter 85, Baumbach/Lauterbach notes prél. ad 59 ch. 1 AG Keller/Pfisterer ad a24 ch. 6 AG Keller/Pfisterer notes prél. ad a24 Baumbach/Lauterbach notes prél. ad 59 ch. 1, Schilken 372 nm660 TI Rep. 1985 334, Ottaviani 58, Chiovenda Principii 68

Consortité originaire	- cumul subjectif initial - ursprüngliche Streitgenossenschaft - anfängliche Streitgenossenschaft - litisconsorzio originario - litisconsorzio iniziale	Rapp 17 Habscheid MPS 177, Wolff 125, Fasching ZPR 188 nm367, Lindacher JuS 1986 379, Zimmermann ad 59-60 nml Fasching ZPR 188 nm366 TI Ottaviani 57 Fabbrini 811
Consortité subséquente	- litisconsortium successif - nachträgliche Streitgenossenschaft - litisconsorzio successivo	Groslière 85 Habscheid MPS 177, Fasching ZPR 188 nm366, Wolff 125, Lindacher JuS 1986 379, Zimmermann ad 59-60 nml TI Ottaviani 57, Fabbrini 812
Consortité éventuelle	- cumul subjectif subsidiaire d'actions - cumul subjectif éventuel d'actions - cumul subjectif conditionnel d'actions - concours d'actions subsidiaires - éventuelle subjective Klagenhäufung - bedingte subjektive Klagenhäufung - eventuelle Streitgenossenschaft - bedingte Streitgenossenschaft - Eventualstreitgenossenschaft	ATF 113 Ia 104/JT 1988 I 85 TG RBOG 1971 60 no10, Vogel 132 nm61a, Guldener ZPR 302 Ovari 11, Blomeyer 627 Stein/Jonas, notes prélim. ad 59 nm3 ZH Sträubli/Messmer ad 40 nm4 Fasching Komm. II 178
Consortité alternative	- concours d'actions subjectif - Streitgenossenschaft aus alternativer Berechtigung oder Verpflichtung - alternative Streitgenossenschaft	ATF 113 Ia 104/JT 1988 I 85 Rosenberg/Schwab 280 Vogel 132 nm61a, Rosenberg/Schwab 280, Fasching ZPR 1156 nm2389
Consortité reconventionnelle	- Widerklagenstreitgenossenschaft	J. F. Th. Hasskerl, Die Zulässigkeit der Widerklage nach geltendem Zivilprozessrecht, these Rostock 1914, 85
Consortité légale	- gesetzliche Streitgenossenschaft	Fasching Komm. II 76, Fasching ZPR 188 nm365, Rechberger/Simotta 71 nm135, Wolff 125

CHAPITRE 4. L'ABSENCE DE BUT COMMUN

La consorité simple et la consorité nécessaire ne poursuivent pas les mêmes objectifs. La première entend rationaliser et perfectionner la protection juridique (1). La seconde veut éviter qu'un coindivis ne dispose judiciairement des droits communs (2).

§1. La consorité simple

La consorité simple tend à l'économie de procédure (3) et à éviter des jugements contradictoires (4). Il est difficile d'isoler l'impératif dominant dans ce double objectif, souvent implicite dans les textes légaux et passé sous silence par une partie de la doctrine qui le suppose connu.

Considéré comme un principe d'interprétation des lois de procédure (5), le principe d'économie de procédure n'y est pas toujours ancré comme tel (6). Fondement essentiel du droit judiciaire privé, il a pour but d'assumer la meilleure application du droit de fond dont il est l'auxiliaire (7) et occupe une position inférieure parmi les objectifs du procès civil (8). Il n'est pas toujours aisé d'en donner une définition (9). On le tient souvent pour un principe indéterminé, voire même un slogan juridique ou une devise procédurale (10). On voit cependant bien l'idée:

- 1) *Joseph Voyame*, Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, RDS 80 1961 II 67ss, 127: "Pour rationaliser et perfectionner la protection juridique, le législateur peut...autoriser...plusieurs personnes à former une seule demande et permettre qu'une action soit dirigée contre plusieurs défendeurs". Lindacher JuS 1986 379: "Verfahrensrationalität".
- 2) Winté 59.
- 3) La doctrine dominante, notamment *Marc Philipp Stern*, Prozessökonomie und Prozessbeschleunigung als Ziele der zürcherischen Zivilrechtspflegegesetze, Thèse Zurich 1989, 112-113, Flepp 13, Marti Streitgenossenschaft 8 et ZPR 1065, Ovari 3, Geiger 17, Gysler 5, Maday 211.
- 4) FR Extraits 1918-1922 201, 204: "...simplifier le procès. Tel est bien le but recherché par le législateur, à côté de l'avantage d'éviter des jugements contradictoires, lorsqu'en édictant les articles 14 (for de la consorité passive) et 51 (conditions de la consorité), il a conféré à la partie instantée, dans le cas d'une consorité des défendeurs, domiciliés à des fors différents, le choix du domicile du défendeur de l'un d'eux". Pour Habscheid DJPS 178 et GE Bertossa ad 6 nm1, la consorité permet également d'assurer une bonne administration de la justice. Dans le même sens: ACJ 78/1980 non publié du 6 mars 1980 Althaus c/Wild Frères & Cie SA, 10. Pour Domenig 29, ce double but suppose implicitement l'existence de conditions de jonction.
- 5) *Oscar Vogel*, Prozess-ökonomie ? BJM 1988 1ss, 10: "Richtig verstanden, ist die Prozessökonomie nicht eine Rechtsregel...auch nicht eine Prozessmaxime, sondern ein Handlungsgebot an alle mit dem Prozessrecht oder mit prozessualen Handlungen Befassten: Das Gebot nämlich, prozessökonomisch zu handeln", 15: "Der Begriff der Prozessökonomie ist kein prozessrechtlicher, sondern tatsächlich ein wirtschaftlicher".
- 6) Stern 2: "Die Prozessökonomie ist ein von der Lehre entwickelter Begriff, welcher unter diesem Ausdruck keinen Eingang in die Gesetzestexte gefunden hat".
- 7) Rapp 47: Il met "l'accent sur la réalisation la plus simple et la plus rapide possible du droit matériel".
- 8) *Christoph von Mettenheim*, Der Grundsatz der Prozessökonomie im Zivilprozess, Berlin 1970, 13: "...die Funktion der Prozessökonomie ist der Systematik des Zivilprozessrechts eine dienende...die Prozessökonomie ist den Aufgaben des Prozesses untergeordnet und hat nur dafür zu sorgen, dass zu ihrer Erfüllung die sparsamsten Mittel eingesetzt werden. Das Problem der Prozessökonomie liegt deshalb in der Frage, wo gespart werden kann...das heisst wann Verfahrensbeschleunigung und Entlastung der Gerichte mit den Aufgaben des Prozesses vereinbar sind".
- 9) Rapp 47.
- 10) Vogel BJM 1988 8: "...Zauberformel...".

l'économie de procédure vise à assurer un fonctionnement organisé et rapide de la justice. Elle sous-tend l'activité des parties et du juge. Celui-ci a le devoir d'éviter des démarches et des moyens de procédure superflus entraînant des longueurs et frais inutiles (11). Celles-là s'abstiendront de traîner à dessein la procédure en longueur.

De multiples dispositions s'en inspirent. La jurisprudence y recourt fréquemment pour appuyer (12) ou refuser une solution (13) au point que certains auteurs se méfient de l'argumentation tirée de ce principe et la considèrent comme un oreiller de paresse (14). De fait, l'économie de procédure interdit au juge et aux parties de s'écarter de la loi, même si elle commande des mesures opportunes ou justifie une renonciation à certaines mesures d'instruction (15). Elle n'autorise pas le juge à admettre la consorité simple sans en examiner les conditions de jonction. Le cas se produit parfois (16).

La consorité simple n'est qu'un des moyens de rationaliser la procédure, d'accélérer le procès et d'alléger les tribunaux. Elle réduit le nombre des instances et évite un surcroît de travail: les faits ne sont allégués et prouvés qu'à une seule reprise,

- 11) VS RVJ 1975 55, 56: "Ce n'est plus...uniquement l'importance d'un litige pour les parties qui est déterminante, mais aussi et surtout la mise à contribution des services de l'avocat. Si, par rapport à la partie, c'est chaque fois une valeur litigieuse différente, par rapport au tribunal et à l'avocat, il s'agit d'un seul mémoire, d'une seule instruction et d'un seul jugement. La Prozessökonomie, qui doit présider à la jonction des causes, ne remplirait pas son rôle, si, économisant les moyens, elle n'économisait pas aussi les frais. Cette économie de frais serait bien illusoire, si elle ne concernait que quelques émoluments, débours ou indemnités. Elle doit, dans l'intérêt bien compris d'une saine administration de la justice s'étendre à tous les frais de justice, y compris les honoraires de l'avocat".
- 12) ATF 111 II 270/JT 1986 I 67 (Jonction de recours en réforme), ATF 110 Ib 397, 401: "Etant donné l'identité des questions soulevées, il y a lieu, par souci d'économie de procédure, et pour éviter le risque de jugements contradictoires sur le même objet, d'entrer en matière sur l'ensemble des recours en application - extensive - du principe de l'attraction de compétence" (procédure administrative).
GR PKG 1989 75 no12: Admission par économie de procédure de l'intervention principale en l'absence de base légale.
VD JT 1976 III 96 lit. c: "...avantages d'économie de procédure que comporte la jonction des causes devant le premier juge saisi...".
- 13) Le principe d'économie ne permet pas au juge de trancher les rapports internes des consorts dans le canton du Tessin: TI Rep. 1961 89.
- 14) Vogel BJM 1988 7: "...Dieser diffuse und unbestimmte, aber gut klingende Begriff nebelt die vom Gesetz her unzulässige Argumentationsweise so ein, dass die Unzulässigkeit nicht in die Augen fällt...". 8: "Diese Beispiele zeigen, dass der Begriff der Prozessökonomie meist unpassend oder gar falsch verwendet wird...". 9: "Mangels genügender Hinwendung zum Prozessrecht und seinen Begriffen und Instituten, mangels ausreichender Kenntnis also, aber auch mangels Denkdzipline und schliesslich mangels Zeit wird einfach der ersbeste Begriff genommen, der einem einfällt und der in seiner Verschommenheit alle Folgerungen abzudecken scheint, die völlig richtig sind, dies aber aus anderen, nämlich prozessrechtlichen Gründen". Hans Putzo, NJW 1965 1019: "...Mit der Prozessökonomie...lässt sich freilich jedes Ergebnis begründen, das dem Gericht Arbeit erspart". Karl Heinz Schwab, NJW 1959 1824: "Bei der Verwendung derart unbestimmter, ja schlagwortartiger Begriffe wie die des Begriffes der Prozessökonomie ist grösste Vorsicht am Platze".
- 15) BS BJM 1964 200: "Aus prozessökonomischen Gründen darf nicht auf eine Expertise verzichtet werden". NE RJN 21 188: La partie intéressée peut, mais le juge ne peut renoncer à une preuve ordonnée, même si l'économie de procédure le requiert.
- 16) Ainsi, dans l'ATF 111 II 270/JT 1986 I 67 (Jonction de recours en réforme), Vogel BJM 1988 4: "Die 'Gründe der Prozessökonomie', die das Bundesgericht für seinen Vereinigungsentscheid anführt, sind...in Wirklichkeit eine Blankettformel, die es ihm - prozessökonomisch! - erspart, die Sachgründe im einzelnen aufzuspüren und darzulegen...". 8: "Diese Gründe haben mit wirtschaftlicher Prozessführung nichts zu tun, wohl aber mit zweckmässiger Anwendung prozessrechtlicher Institute, (hier Vereinigung...von Klagen)".

une expertise n'est effectuée et des témoins entendus qu'une seule fois (17): il n'y a qu'un seul dossier, il n'y a formellement qu'un seul jugement: le magistrat est dispensé de rédiger des décisions qui ne seraient que des répétitions. La faculté des parties de vider leur querelle en une seule fois devant un seul tribunal (18) diminue le coût de la justice (19).

La consorité simple tend à obtenir une décision rapide. Son existence ne doit toutefois pas altérer la qualité du prononcé (20). Les consorts sont en droit d'attendre un jugement de qualité (21), exact du point de vue des faits et du droit et "qui reflète autant que possible la justice matérielle" (22). Ils peuvent exiger à cette fin que la promptitude de l'instruction cède le pas devant sa sûreté (23), mais doivent consentir également à des sacrifices. Le consort simple matériel par exemple ne peut être entendu comme témoin de son partenaire. L'intérêt à une décision juste exige également que le juge respecte le principe de l'égalité des armes (24) non seulement entre les parties adverses, mais aussi entre les demandeurs ou les défendeurs et leur reconnaisse, dans la mesure où leur situation de procédure est identique, les mêmes pouvoirs de procédure. Il y aurait en effet inégalité de traitement s'il accordait à un consort plus de droits qu'à son colitigant.

Les exigences d'une instruction sûre et d'une procédure prompte sont parfois contradictoires. La réunion de plusieurs litiges ralentit en effet le cours de la justice et augmente le nombre de questions à résoudre (25). Aussi le respect de ces deux impératifs peut-il dans certains cas exclure ou mettre fin à la consorité (26). L'économie de procédure commande une interprétation extensive de ses conditions d'admission (27). Elle interdit toutefois au juge de les tolérer trop largement, car la consorité peut non seulement entraver sérieusement la rapidité, mais aussi compromettre la sûreté de la procédure (28). Le législateur qui autorise le juge à

- 17) TG RBOG 1971 60 no11. TI Rep. 1978 335, 336: "Dal lato pratico il litisconsorzio, oltre a semplificare la procedura evitando procedimenti separati, garantisce uniformità nell'applicazione del diritto e nella valutazione delle prove". Geiger 12, Göttsch JA 1982 64-65, Stein/Jonas ad 61 nm10, Holzhammer Pärchenhäufung 116: "Es soll nicht mehrfach geschehen, was einfach geschehen kann".
- 18) TG RBOG 1971 60 no11: "Der Beklagte hat den Vorteil, sich nicht auf mehrere Prozesse einlassen zu müssen...". VS RVJ 1978 63, Geiger 48.
- 19) Il est des dispositions dans la consorité qui ne visent qu'à empêcher la multiplication des frais. Le législateur prescrit aux parties ayant le même intérêt de constituer un seul avocat.
- 20) Von Mettenheim 27: "... über ein gewisses Mass hinaus kann das Verfahren nicht abgekürzt werden, ohne dass die Qualität der Entscheidungen darunter leidet", 171: "Entscheidend ist allein, dass das Verfahren möglichst schnell und mit möglichst geringem Aufwand zu einem möglichst richtigen Ergebnis geführt wird".
- 21) Geiger 16: "ein Optimum an Gerechtigkeit", BE Jolidon 4.
- 22) BE Jolidon 93.
- 23) Depuis une révision récente, le code de procédure vaudois consacre ce principe (VD 1/3). L'ancienne disposition (a3) plaçait la sûreté de l'instruction, sa promptitude et son économie sur le même pied. La disposition ne "confère pas un moyen de nullité particulier, mais constitue une règle essentielle de la procédure dont la violation peut, dans certains cas, entraîner la nullité du jugement en application de l'article 444 ch. 3. CPC si la réforme ne peut apporter de correction suffisante". Poudret/Wurzbacher/Haldy ad art. 1 al. 3.
- 24) A ne pas confondre avec celui du droit d'être entendu qui découle également de l'article 4 Cst. Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 1 al. 3.
- 25) Von Mettenheim 26: "Es kann auch im Sinne der Prozessökonomie liegen, ein einzelnes Verfahren zu verlängern, wenn dadurch der Prozess in seiner Gesamtheit rationalisiert wird".
- 26) Rapp 47.
- 27) GR PKG 1945 88 no33: "Nach konstanter Praxis des Kantonsgerichts verfolgen... die Art. 40 und 41 ZPO (aZPO 1908) in erster Linie einen praktischen, prozessualen Zweck. Sie sind dahin auszulegen, dass die Gerichte Rechtsstreitigkeiten, welche ihnen zwecks gemeinsamer Erledigung in einem einzigen Verfahren zur Beurteilung vorgelegt werden, zu

disjoindre les causes lorsque des circonstances objectives résultant ou pouvant résulter de l'instruction commune exigent la rupture de l'unité du procès (29) doit à plus forte raison lui permettre, sans toutefois se rendre coupable de déni de justice ou d'arbitraire, de refuser d'emblée la constitution de la consorité lors même que toutes ses conditions, même interprétées extensivement, en sont réalisées.

La consorité simple a pour deuxième but d'harmoniser l'instruction, l'application du droit et l'appréciation des preuves (30). Elle tend à la sécurité du droit et écarte le risque de prononcés différents, voire contradictoires lorsque les demandes sont fondées sur les mêmes faits (31). Elle est préconisée pour éviter "la coexistence

solcher auch dann entgegennehmen sollen, wenn die Zulässigkeit der Streitgenossenschaft nicht allem und jedem Zweifel entrückt erscheint". Lindacher JuS 1986 379.

- 28) Stem 3: "Die möglichst rasche Erledigung eines einzelnen Verfahrens braucht...nicht zwangsläufig prozessökonomisch zu sein. Sie kann vielmehr...prozessunökonomisch sein, wenn dadurch eine Vervielfältigung von Prozessen zu erwarten ist...". Rapp 48, Domenig 32: "Die Prozessökonomie gebietet die Zusammenlegung, soweit sich das Verfahren nicht demassen kompliziert, dass weder rasch noch billig entschieden werden kann. Die Prozessökonomie allein aber reicht nicht aus, um die einfache Streitgenossenschaft zwingend...vorzuschreiben".
- 29) Holzhammer ZPR II 80: "Die Parteienhäufung ist immer eine Zweckhäufung: Durch das gemeinschaftliche Verfahren sollen Zeit, Arbeit und Kosten gespart werden. Lässt sich dieses Ziel nicht erreichen, so ist das gemeinschaftliche Verfahren als unzweckmässig in mehrere selbständige Verfahren zu trennen".
Voir également Deuxième partie, Titre IV, Chapitre 3, §1.
- 30) GR PKG 1969 40 no8: Die Bedeutung der einfachen Streitgenossenschaft "liegt nicht nur darin, dass das Führen verschiedener Prozesse überflüssig gemacht wird, sondern garantiert auch gleiche Rechtsanwendung und Beweiswürdigung gegenüber allen Streitgenossen", VS RVJ 1978 63, 65: "Sie verbürgt zudem und vor allem, dass die Rechtsanwendung und Beweiswürdigung allen Streitgenossen gegenüber im gleichen Sinne erfolgt, soweit im Verhältnis zu den einzelnen Genossen die gleichen Tatsachen in Betracht fallen", RVJ 1967 436.
Geiger 17: "Die Verbindung mehrerer Prozesse bietet am ehesten Gewähr dafür, dass Gleiches gleich, Gleichartiges gleichartig gewürdigt wird". Brückner 1: es "soll übereinstimmende Beurteilung gemeinsamer oder gleichartiger Streitpunkte ermöglicht werden".
L'harmonisation de l'instruction n'empêche toutefois pas le juge de débouter un consort et d'accueillir la demande de l'autre, Geiger 17.
- 31) AR RBOG 1950-51 28 no 3, 30, TG RBOG 1971 60 no11, TI Rep. 1978 334, 335: "Con la congiunzione si eviterebbero due istruttorie distinte escludendo pure il rischio di due giudizi diversi".
La doctrine dominante, notamment Flepp 14 et 30: "Einheitliche Beurteilung bezieht sich jedoch nicht auf die Erzielung eines gleichen Urteilsinhaltes", Matti Streitgenossenschaft 8, Ovar 3, Gysler 5, Geiger 48, Kraft 15: "Durch die Prozessvereinigung kann...der Erforschung des wahren Sachverhalts gedient werden, da durch die Beteiligung mehrerer Parteien am gleichen Verfahren die streitigen Fragen von mehrerer Seiten beleuchtet werden". Winte 3: "Die Entscheidung...muss insoweit einheitlich sein, als die Beweisaufnahme über gemeinsame Tatsachen, dh solche, die für die Prozesse aller oder mehrerer Streitgenossen gleichermaßen erheblich sind, einheitlich ist und demzufolge auch die Beweiswürdigung...nur ein Ergebnis haben kann". MünK ad 59 nm1: "...zur Gewährung erhöhter Rechtssicherheit...".
Pour certains auteurs, l'unité de jugement confère aux plaideurs un droit à la jonction dans les cas de consorité simple matérielle, ainsi Rapp 165, Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 76: "...Lorsqu'il y a connexité parfaite (VD 74b: les demandes découlent de la même cause ou du même fait dommageable), il y a...à notre avis l'obligation de les joindre pour éviter des jugements contradictoires...Lorsqu'il y a connexité imparfaite (VD 74c: les demandes dérivent de causes connexes)...des jugements contradictoires ne sont pas à craindre...", AR Ehrenzeller annexe 78 ad 59: "Um diesen Zweck zu erreichen, haben die Streitgenossen gemeinsam zu klagen oder sind gemeinsam ins Recht zu fassen".

de solutions opposées" (32), mais n'est pas subordonnée à des difficultés d'exécution des jugements (33).

§2. La consorité nécessaire

La consorité nécessaire a pour but d'empêcher un coindivis de disposer judiciairement du droit commun au détriment des autres et n'est jamais exigée par économie de procédure (34). Elle ne tend que subsidiairement à l'unité de chose jugée, qui est une conséquence de la qualité pour agir ou pour défendre commune des consorts et non l'objectif-même de la consorité nécessaire (35). Cette conception n'est partagée que par une partie restreinte de la doctrine. Pour la doctrine majoritaire en effet, la consorité nécessaire est dominée par l'impératif de reconstituer l'unité litigieuse et d'éviter une paralysie dans la phase d'exécution du jugement (36). Elle ne

Pour Domenig 33, le droit à la jonction ne se justifie que s'il y a maxime d'office: "In einem weiteren Sinne... gebieten die Rechtssicherheit und das Ansehen der staatlichen Autorität, dass gleiche Sachverhalte gleich beurteilt werden... Diesen Grundsatz könnte man ohne weiteres zur Begründung des Verbots jeglicher getrennten Verhandlung über Streitgegenstände, die in einfacher Streitgenossenschaft zusammengefasst werden können, heranziehen. Die einfache Streitgenossenschaft würde damit obligatorisch. Allein, dies wäre nur denkbar, wenn der Zivilprozess von der Offizialmaxime beherrscht würde. Wenn es nämlich am Richter liegt, alle Umstände und den ganzen Sachverhalt von sich aus abzuklären, dann dürfen keineswegs ungleiche Entscheidungen über gleiche oder blosses connexe Sachverhalte ergehen. Indessen herrscht im Zivilprozess die Parteimaxime vor. Den Parteien liegt es ob, alles darzutun, was ihrer Ansicht nach die erhobenen Rechtsbehauptungen zu stützen vermag. Unterlässt eine der Parteien die nötige Sorgfalt und Umsicht, dann ist es ihr anzurechnen, wenn sie ein ungünstiges Urteil erlangt".

32) Louis Boyer, Les effets des jugements à l'égard des tiers, RTDC 1951 163ss, 201.

33) TI Ottaviani 56.

34) Winte 57: "Aus Gründen der Prozessökonomie lässt sich...kein Argument für die Einheitlichkeit der Entscheidung gewinnen, weil der Schutz vor unnötiger Mehrbelastung der Gerichte oder doppelter Inanspruchnahme des Prozessgegners bereits durch den Zwang zu gemeinsamer Klage bzw. Verklagung erreicht wird".

35) Winte 59 et 72: "Wenn der einzelne Gemeinschaftler nach materiellem Recht allein nicht zur Verfügung über das streitige Recht oder Rechtsverhältnis befugt ist, so müssen, da die Prozessführung über das Urteil im Ergebnis der Verfügung über das gemeinsame Recht gleichkommt, seine prozessualen Handlungsbefugnisse im gemeinsamen Prozess beschränkt werden. Die prozessuale Dispositionsbefugnis muss der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis angepasst werden. Allein die Verhinderung zur notwendigen Streitgenossenschaft bietet dafür das geeignete Mittel. An dem Erfordernis der notwendigen Streitgenossenschaft für die Fälle der gemeinsamen Prozessführungsbefugnis kann daher nicht gezweifelt werden. Auf die Einheitlichkeit der Entscheidung kann es dagegen bei dieser Fallgruppe nicht ankommen. Dementsprechend kann auch der Zweck...nicht in der Sicherung der einheitlichen Entscheidung gesehen werden. Wird es im Regelfalle wegen der sich aus der notwendigen Streitgenossenschaft ergebenden Beschränkungen der prozessualen Handlungsbefugnisse zwar zu einer einheitlichen Entscheidung kommen, eine Notwendigkeit hierfür besteht jedenfalls nicht. Der Zweck der notwendigen Streitgenossenschaft aus materiellrechtlichen Gründen besteht allein darin, zu verhindern, dass einzelne Streitgenossen durch den Prozess Verfügungen zu Lasten der übrigen vornehmen". Dans le même sens: Geiger 119, Gysler 116: "Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft infolge gemeinsamer Verwaltung und Verfügung will nicht nur widersprechende Urteile ausschalten, sondern sie bezweckt - den Ausschluss jeder - auch eine Urteil verhindern - Handlung des Einzelnen, die dem Erfolg nach eine Verfügung über gemeinsame Rechte darstellt". Lent JHJB 90 98: "Denn da die Streitgenossenschaft immer die Voraussetzung für eine einheitliche Entscheidung ist, so sichert das Gesetz durch den Zwang zur gemeinschaftlichen Klage, dass es stets zu dieser Voraussetzung kommt". Baumbach/Lauterbach ad 62 1B.

36) Vogel 130 nm47: "Mehrere Personen müssen als Kläger gemeinsam auftreten oder als Beklagte gemeinsam belangt werden, wenn das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann". Rosenberg/Schwab 285: "Die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung ist...für alle Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft typisch". Fuhr 2: "Die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung ist das besondere Kennzeichen der notwendigen Streitgenossenschaft", Seite 15.

peut dans ce but donner lieu qu'à un seul acte juridictionnel à l'égard de toutes les personnes concernées qu'elle contraint, en raison de l'unité substantielle du litige (37), à participer à la procédure. Leur imposant l'unité de chose jugée, elle interdit le prononcé de décisions partielles, contradictoires et non susceptibles d'exécution (38).

Sans impliquer une unité de jugement, la consorité nécessaire est prescrite au plan intercantonal par le Tribunal fédéral pour faciliter l'administration d'une preuve décisive pour tous les intéressés. Elle exige pour cette raison une unité de for et commande une dérogation au principe du for du domicile des défendeurs (39).

Voir également ATF 93 II 192, 200, ATF 89 II 429/JT 1964 I 365, ATF 51 I 49/JT 1925 I 377.

37) Le seul risque de contrariété de décisions ne crée ainsi pas des liens de consorité nécessaire mais uniquement de consorité simple. Solus/Perrot T. III 21: "D'une manière...générale, toutes les fois que la matière du litige est indivisible par sa nature même, le souci d'éviter que ne soient rendues des décisions contradictoires ou inexécutables si leur autorité ne s'étend pas à tous les cointéressés, oblige à tenir en échec le principe de la divisibilité de l'instance".

38) Gysler 13.

39) ATF 90 I 104/JT 1965 I 28 rés.

CHAPITRE 5. LA NATURE JURIDIQUE DE LA CONSORITE

La nature juridique de la consorité ne fait curieusement l'objet que de peu de développements en doctrine et en jurisprudence. La découverte surprend, car cette figure n'est pas particulière au droit suisse (1), ni à la procédure civile (2). On peut résumer la problématique de la manière suivante: Y a-t-il unité ou dualité d'institution suivant que la consorité est simple ou nécessaire ?

§1. Les consorts sont des parties principales

Quelle que soit sa forme, la consorité suppose l'existence d'une pluralité de parties principales (3). Elle ne s'identifie pas à une pluralité de personnes dans un procès, car une entité juridique même constituée par plusieurs reste une partie unique, agissant ou recherchée pour une seule prétention dans un procès comportant un unique rapport d'instance (4). Le procès ne comporte en d'autres termes pas de consorité lorsqu'il est mis en oeuvre par ou contre une personne morale ou ses organes (5). Des rapports de consorité peuvent en revanche lier la personne morale et ses associés dans une procédure conjointe (6). La consorité ne s'identifie pas non plus à une pluralité de mandataires (7), car le plaideur au procès est le mandant (8). Il y a en revanche consorité lorsque les colitigants ont choisi de ne constituer qu'un mandataire commun (9), lorsque chacun d'eux a choisi un mandataire différent (10) et lorsqu'un consort représente ses partenaires (11).

Le consort a une qualité précise, celle de partie principale (12). Un plaideur peut être partie sans avoir la qualité de consort, mais il ne peut être consort que s'il est

-
- 1) Andreas Heusler, *Der Zivilprozess der Schweiz*, Mannheim/Berlin 1923, 47.
 - 2) On la rencontre en procédure administrative: ZH ZR 81 1982 269 no114 (procédure de taxation) et en procédure pénale (Voir Première partie, Chapitre 6, §7). Flepp 37-38: application par analogie des conditions de la consorité en procédure administrative.
 - 3) Ovari 2: élément formel de la définition par rapport à l'élément matériel constitué par la pluralité ou l'unicité des prétentions.
 - 4) Ovari 9, Flepp 10, Geiger 4, Matti Streitgenossenschaft 19. Stein/Jonas notes prél. ad 59 nm1. Baumbach/Lauterbach notes prél. ad 59 1: "Keine Streitgenossenschaft liegt vor, wenn eine nur eine Partei bildende Personenmehrheit auf einer Seite steht", Zöller ad 59-60 nm2, Gottwald JA 1982 64.
 - 5) Flepp 10.
 - 6) Baumbach/Lauterbach notes prél. ad 59 1, Gottwald JA 1982 64.
 - 7) Geiger 3-4, Ovari 9, Flepp 11. Stein/Jonas notes prél. ad 59 nm1. Baumbach/Lauterbach notes prél. ad 59 1.
 - 8) CC 379/2 et 3: Plusieurs personnes ont été chargées d'administrer ensemble la même tutelle. CC 517/1: Plusieurs personnes ont été chargées ensemble de l'exécution des dernières volontés du défunt. Flepp 11.
 - 9) Baumbach/Lauterbach notes prél. ad 59 1, Stein/Jonas notes prél. ad 59 nm1.
 - 10) Stein/Jonas notes prél. ad 59 nm1.
 - 11) BGH 62 132, Flepp 11. Baumbach/Lauterbach notes prél. ad 59 1, Gottwald JA 1982 64.
 - 12) TI Rep. 1985 334.
Vogel 129 nm45. Matti Streitgenossenschaft 14, Flepp 10, Ovari 2, Geiger 3, Domenig 33. Rechberger/Simota 68 nm128. Gottwald JA 1982 64: "Streitgenossen sind...immer Hauptparteien des Prozesses", Thomas/Putzo notes prél. ad 59 1.
Schilken 372 nm 660: "Die Stellung als Partei unterscheidet die Streitgenossen dabei von Dribeteiligten wie dem Nebenintervenienten, dem Streitverkündeten und dem Beigeladene".

partie principale (13). Ne définissant pas le terme de partie, les codes de procédure le supposent connu (14). Hormis son acception courante d'élément d'un tout, il revêt un double caractère juridique. Il désigne *matériellement* la *partie contractante*, soit la personne physique ou morale qui participe, comme y étant personnellement intéressée, à un acte juridique ou à une convention. *Formellement*, on le comprend comme une *partie litigante*, une personne physique ou morale engagée dans un procès. C'est de ce dernier caractère dont il est question ici. On le considère de nos jours comme un concept purement formel n'ayant aucune incidence sur le rapport de droit matériel. La consorité n'a de son côté pas d'incidence sur le concept de parties (15).

La consorité lie le plus souvent les sujets actifs ou passifs du droit substantiel. Elle peut toutefois lier des plaideurs qui n'ont que le droit d'action et sont privés du droit substantiel. Il y a substitution processuelle (Prozessstandschaft) (16). La consorité peut également lier le titulaire du droit substantiel qui a conservé son droit d'action et un plaideur qui n'a que le droit d'action (17). La jurisprudence zurichoise paraît même admettre la consorité entre une partie qui n'a que la légitimation et une autre qui a le droit d'action mais non la légitimation. Elle reconnaît en effet qu'une personne physique indigente qui s'est fait céder fiduciairement le droit de faire valoir en justice les prétentions d'une personne morale sans ressources peut requérir l'assistance judiciaire à la double condition que la personne physique et la personne morale entretiennent d'étroites relations économiques et que la seconde apparaisse dans le procès comme le consort de la première (18).

Parties principales, les consorts ne sont pas des tiers (19). La qualification est d'importance. Les droits et les charges qui découlent de l'instance ne concernent que les parties. Certaines procédures d'instruction ne sont réservées qu'aux parties (comparution personnelle, interrogatoire), d'autres ne concernent que les tiers (témoignages: une partie ne peut être entendue comme témoin dans l'instance où elle est partie...). L'autorité de la chose jugée est relative aux parties. Il est nécessaire de savoir qui est partie à une instance pour déterminer s'il y a ou non litispendance. En principe seule une partie peut être condamnée aux dépens. Les voies de recours contre les jugements ne sont en principe ouvertes qu'aux parties...

-
- 13) Comp. Comu/Foyer 399: "Le procès à parties multiples, ou litisconsortium, se caractérise par le nombre de parties en cause, non par leur qualité. Parties principales et originaires, les litisconsorts sont sur un pied d'égalité".
 - 14) Selon *Walter Bischofberger*, *Parteiwechsel im Zivilprozess*, Thèse Zurich 1973, 2, l'omission du législateur s'explique par le fait qu'une définition claire et générale de la notion de partie n'a jamais pu faire l'unanimité.
 - 15) *Matti Streitgenossenschaft* 11: "Denn an sich wird der Parteibegriff davon nicht berührt, ob auf der gleichen Parteiseite mehrere Kläger oder Beklagte im Prozesse stehen. Die Parteienmehrheit ist gewissermassen nur das äusserliche Merkmal einer Streitgenossenschaft. Ihr processuales Wesen liegt aber vorwiegend nicht darin enthalten, sondern in der Mehrheit der im gleichen Verfahren vereinigten Rechtsschutzziele und den daraus sich ergebenden Folgen für die Prozessgestaltung" et 15, *Schilken* 372 nm660: "Die Streitgenossenschaft orientiert sich wie der formelle Parteibegriff... an der Art der Einbeziehung in das Verfahren, nicht an der materiellen Berechtigung oder Verpflichtung". *MünK* ad 59 nm 3.
 - 16) Créanciers cessionnaires au sens de l'art. 260 LP. *Vogel* 128 nm40. Pour *Flepp* 11 en revanche, la réunion de plusieurs personnes substituées procéduralement à une autre ne constitue pas consorité. A noter enfin que l'article 2039 BGB est un cas d'application de la Prozessstandschaft.
 - 17) *Habscheid ZPR* II 149 nm277: (CC 261): "Aktivlegitimiert ist nur das Kind. Die Mutter klagt also als Prozessstandschaftlerin".
 - 18) *ZH RBOG* 1978 311 no21.
 - 19) Le législateur des Grisons traite à tort de la consorité dans la section relative aux "Nebenparteien".

§2. La qualification juridique de la consorité

La consorité est qualifiée en doctrine de "forme juridique relevant de la procédure civile" ou d'"institution procédurale" (20). Le fait est qu'elle n'a pas d'existence juridique en dehors d'un procès (21). L'analyse est toutefois insuffisante, car elle ne distingue pas la consorité simple de la consorité nécessaire. Il est de même insuffisant d'affirmer que la consorité simple relève du droit cantonal et la consorité nécessaire du droit fédéral. Comme nous le verrons, la nature cantonale ou fédérale de la règle comportant constitution de consorité peut être un indice sur la qualification de la consorité, mais ne nous renseigne pas encore sur sa nature. L'existence d'une règle fédérale mentionnant le cumul subjectif n'implique en effet pas obligatoirement une consorité nécessaire. De même, une règle cantonale exigeant la participation au procès de tous les plaideurs ne peut être traduite comme imposant une consorité nécessaire.

I. La consorité simple

La qualification juridique de la consorité simple est incontestable. Elle est une figure purement procédurale. Le droit de fond n'a pas d'incidence sur sa nature juridique, même si ses conditions d'admission s'y réfèrent (22).

Il existe toutefois en droit matériel des dispositions qui permettent à une pluralité de plaideurs de se retrouver parties à un seul procès. La consorité simple peut être expresse. Le Code Civil prescrit par exemple que la mère et l'enfant peuvent intenter action en paternité contre le père présumé. Elle peut être implicite. L'article 66/2 de la loi fédérale sur la circulation routière permet au juge saisi de décider de la répartition entre les lésés de l'indemnité due par l'assurance. Son article 84 LCR autorise le lésé à ouvrir action au domicile de l'un des responsables quel que soit le fondement de sa responsabilité.

Les règles cantonales déterminant en principe si l'ensemble des plaideurs amenés à actionner la même personne ou recherchés par la même personne se retrouveront parties à un seul procès et en quelle qualité ou si au contraire des instances séparées devront être introduites, on peut s'interroger sur la nature de la consorité envisagée dans ces dispositions, voire même sur l'utilité de ces dispositions (23). On pourrait affirmer qu'elles sont incompatibles avec l'article 64/3 de la Constitution fédérale. La mise en oeuvre de la disposition fédérale serait alors douteuse, mais sans conséquence, le Tribunal fédéral ne revoyant pas la constitutionnalité d'une prescription fédérale. On peut à l'inverse soutenir que la règle de procédure contenue dans la loi fédérale est une norme destinée et nécessaire à assurer la réalisation d'une règle de droit fédérale (24). Le procédé serait alors admissible. Nous y voyons pour notre part un empiètement du droit fédéral sur les compétences cantonales de procédure, qui ne sont pas touchées puisque les cantons peuvent étendre la consorité simple à des cas où elle n'est pas prescrite par le droit fédéral, mais ne sauraient rendre la consorité obligatoire pour des motifs de droit matériel (25). *L'exception de consorité* que certains cantons connaissent encore dans

- 20) *Mati Streigenossenschaft* 12 et ZPR 1064, Maday 211, Geiger 4; OW Küchler 129; *Joseph Voyame*, Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, RDS 80 1961 II 67ss, 128. Behringer 1: "...eine dem Zivilprozess gehörige Rechtsfigur...". Winte 3 pour la consorité nécessaire.
- 21) Geiger 4: "Die Streitgenossenschaft ist eine lediglich prozessuale Verbindung, die vor Beginn des Verfahrens nicht existiert".
- 22) Ovari 71.
- 23) Pour ce dernier argument, *André Bussy/Baptiste Rusconi*, Code suisse de la circulation routière, Commentaire 1984, ad 66 LCR ch. 2. 4.
- 24) Dans ce sens: *Kurt Eichenberger*, Bundesrechtliche Legiferierung im Bereiche des Zivilprozessrechts nach geltendem Verfassungsrecht, RDS 88 1969 II 467ss, 490 et les auteurs cités.
- 25) *Josef Voyame*, Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, RDS 80 1961 II 67ss, 129.

leur code est pour ce motif-même jugée contraire au droit matériel et les dispositions encore existantes inapplicables.

Il est des cas cependant où les cantons exigent la participation au procès de tous les plaideurs pour des raisons procédurales, sans impliquer l'unité de jugement à l'égard de toutes les parties. Nous en donnerons trois exemples. L'intervenant principal qui s'immisce dans un procès portant sur une créance n'a par exemple pas à actionner les deux adversaires du procès initial, car ce sont des consorts simples (26), mais tous les codes de procédures lui imposent une action conjointe. MM. Stark et Knecht proposent une communauté obligatoire de consorts simples fondée sur une disposition spéciale du droit de procédure dans un système qui amalgame et développe la communauté des créanciers en matière d'emprunts par obligations et l'assemblée des créanciers en matière de faillite (27). Enfin, pour permettre au demandeur de reprendre en seconde instance ses conclusions contre tous les défendeurs, la jurisprudence genevoise exige du codéfendeur qui interjette appel qu'il mette en cause le demandeur et les partenaires qui figuraient en première instance (28). Ces derniers sont qualifiés dans plusieurs arrêts de consorts nécessaires (29). D'autres arrêts tranchent en revanche la question à l'aide des critères de "parties nécessaires à la procédure d'appel" et de celui de "l'intérêt pour les parties à être présentes en appel" (30). Expliquant mieux l'intention des juges, ces critères relèvent à l'évidence du droit de procédure et sont compris comme un moyen de simplifier la tâche du demandeur.

II. La consorité nécessaire

La qualification juridique de la consorité nécessaire peut faire l'objet de deux approches.

La première comprend la consorité nécessaire comme une notion procédurale dominée par le droit matériel (31). Le droit de fond dit, en d'autres termes, quand, *en procédure*, plusieurs parties doivent obligatoirement déduire en justice ensemble des droits subjectifs et obligeant ainsi le droit judiciaire à se plier à ses exigences (32). La

-
- 26) Geiger 86.
Comp. Maday 234: "Diese notwendige Streitgenossenschaft ist jedoch ganz besonderer Art. Sie beruht nämlich nicht auf dem materiellen, sondern auf dem Prozessrecht... Sie beruht nicht auf einem gemeinschaftlichen Grundverhältnis des materiellen Rechts, sondern auf der Rechtshängigkeit eines Prozesses über den in Frage stehenden Streitgegenstand".
- 27) Emil W. Stark/Stefan Knecht, Einführung einer Zwangsgemeinschaft für Geschädigte bei Massenschäden ? RDS 97 1978 I 51ss. Voir également Première partie, Chapitre 6, §6.
- 28) Pour les détails, voir Deuxième partie, Titre III, Chapitre 10.
- 29) TF SJ 1982 433: "Procédure civile genevoise. Appel. Consorité nécessaire. Irrecevabilité d'un appel qui ne met pas en cause tous les consorts nécessaires". ACJ non publié du 24 septembre 1976 Tercier contre Bouolier.
- 30) GE SJ 1937 602, SJ 1922 445, SJ 1902 581, 584. ACJ non publié Goldmann c/ Etat de Genève, cité par Schmidt SJ 1981 561ss, 563.
- 31) Cst 64/I et 2.
- 32) Nater 20: "So haben materiellrechtliche Prinzipien eine prozessrechtliche Institution geschaffen...". Gysler 3: "Die notwendige Streitgenossenschaft unterscheidet sich aber auch... von dieser dadurch, dass sie auf Grund eines vom Zivilrecht ausgehenden Zwangs herbeigeführt wird, den das Prozessrecht nicht unberücksichtigt lassen kann" ... "Dieser Zwang äussert sich... während des ganzen Prozesses...". 13: "Die Zusammensetzung des Prozesssubjektes sowie Art und Wirkung seines Handels wird, vom Prozessrecht, nicht vom Privatrecht bestimmt... Es ist nun möglich, dass auch bezüglich der Stellung der notwendigen Streitgenossen das Zivilrecht indirekt massgebend ist...". BE Jolidon 75: "L'introduction de la consorité tend à rendre possible le traitement procédural simultané d'une prétention lorsque plusieurs personnes ont, en vertu du droit matériel, une légitimation commune active ou passive à l'égard de cette prétention". SZ Kaelin 135-136. OW Küchler 130, AG Keller/Pfisterer notes prél. ad a24ss: "Die Bestimmungen der §§24 bis 27 ZPO schaffen bloss die Möglichkeit, dass eine nach dem materiellen Recht bedingte

consortité, même imposée par le droit matériel, reste selon cette approche une notion formelle du domaine des cantons qui la rattachent à une règle qui ne lui était pas destinée (33). Elle ne serait qu'un cas particulier de consortité simple (34), qui, du point de vue de la procédure, reste le libre fait des parties (35). La procédure occupant toutefois une position inférieure par rapport au droit matériel, le droit de procédure ne saurait autoriser une action individuelle lorsque le droit matériel exige une action concertée et ne saurait imposer une action concertée alors que le droit matériel permet une action individuelle (36). L'approche respecte le fédéralisme de la procédure. Elle autorise les cantons à aménager le procès des consorts nécessaires de manière différente mais dans le respect du droit matériel.

La consortité nécessaire est dans la seconde approche l'expression procédurale du droit matériel et par conséquent une notion de droit fédéral (37). En d'autres termes, bien qu'il ne puisse en être question qu'en rapport avec un procès, la consortité nécessaire ne peut relever que du droit de fond (38). Elle existe indépendamment de toute référence au droit judiciaire cantonal, sa création et ses effets étant laissés à la cognition du juge à la lumière du droit de fond, juge qui peut toutefois s'inspirer de la réglementation procédurale existante (39). De fait, de nombreux cantons ont édicté des règles pour la consortité nécessaire.

Nous voyons pour notre part dans la consortité nécessaire une pure notion procédurale qui assure aux consorts nécessaires des pouvoirs de procédure analogues à ceux des consorts simples dans la mesure où ces pouvoirs ne constituent pas ou n'équivalent pas à des actes de disposition exigeant de leur part une action concertée.

Personenmehrheit vor dem Richter nötigenfalls als Parteienmehrheit auftreten kann", Becker 20.

- 33) Geiger 114: "Die notwendige Streitgenossenschaft ist kein besonderes Gebilde, das sich aus der Sicht des Prozessrechts von der einfachen Streitgenossenschaft unterscheiden würde". Matti Streitgenossenschaft 40, Wachenfeld 56-57.
- 34) Geiger 13: "...notwendige Streitgenossenschaft, dh die vom materiellen Recht beeinflusste, einfache Streitgenossenschaft" et 73ss. Planck 397ss.
- 35) Geiger 15, Matti Streitgenossenschaft 22, BE Leuch ad 36 ch. 2.
- 36) Geiger 74, Flepp 132, Goldener ZPR 301 n. 23 et Bundesprivatrecht 20ss, Hans Huber BK ad 6 CC nm 47.
- 37) Ovari 171: "Die notwendige Streitgenossenschaft ist ein Institut des materiellen Rechts, eine Frage der Sachlegitimation im Sinne der Rechtszuständigkeit", Maday 211: "Es handelt sich dabei um zwangsläufige Reflexwirkungen des materiellen Rechtszustandes auf die Durchführung des Prozesses", 213: "Das wesentliche Merkmal der notwendigen Streitgenossenschaft besteht darin, dass sie dem materiellen und nicht dem Prozessrecht angehört... Die Vorschriften des Prozessrechtes gelten bloss ergänzungsweise und subsidiär". Vogel 130 nm48, Edelmann 80; "Dieses Institut ist weitgehend vom Bundesrecht beherrscht", Baumgartner 76.
- 38) TI Rep. 1978 335, 337. Maday 213, Nator 19 et 22-23, Matti Streitgenossenschaft 41, ZH Sträuli/Messmer ad 39, Sträuli/Hauser 87, BS/BL Stachelin/Sutter 88: "Die notwendige Streitgenossenschaft ist ohnehin Folge und Auswirkung des materiellen Zivilrechts auf das Prozessrecht und daher abschliessend vom Bundesrecht geregelt. Das kantonale Prozessrecht kann deshalb für das Bundeszivilrecht nicht zusätzliche Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft vorschreiben", FR Deschenaux/Castella 66, GE Bertossa ad 6nm2, Habscheid ZPR II 153 nm281, Walder ZPR 159 nm. 24, Fasching ZPR II 188 nm364: "Die Frage, ob eine notwendige Streitgenossenschaft vorliegt, ist...eine solche des materiellen Rechts und nicht prozessualer Natur".
- 39) Flepp 153. Comp. BS/BL Stachelin/Sutter 88: "Die Basler ZPO erwähnt...die notwendige Streitgenossenschaft nicht ausdrücklich, setzt jedoch das Rechtsinstitut als bekannt voraus".

Le droit matériel peut-il imposer la consorité nécessaire pour des raisons procédurales ? (40). La réponse est positive, à l'exemple de la jurisprudence fédérale qui exige la participation au procès de tous les intéressés lorsque à défaut, l'administration d'une preuve décisive ne pourrait s'effectuer (*Beweisnotstand*). La condition transforme parfois la consorité simple en consorité obligée (41). Nous avons trouvé un autre exemple en matière de transports de marchandises. L'entreprise de chemin de fer qui exerce un droit de recours doit former sa demande dans une seule et même instance contre tous les autres chemins de fer intéressés. La règle a été édictée dans le but de simplifier la procédure, mais n'implique pas obligatoirement une unité de jugement et d'exécution (42).

§3. Le litige à deux parties et la consorité

Le procès oppose dans sa forme la plus simple deux parties principales sur un objet litigieux unique. Il y a unité de parties. Il y a un seul droit substantiel, partant unité d'objet litigieux. Il y a deux droits d'action, mais une seule demande. Il n'y a qu'un seul lien d'instance. La consorité modifie ce schéma.

I. La consorité simple

Selon la doctrine et la jurisprudence, la consorité simple laisse subsister la pluralité des causes et des parties (43). Elle comporte autant de *droits d'action* que de parties principales au procès, d'où la multiplication des procès (44). Le nombre des *demandes* équivaut à celui des consorts, même si formellement elles se confondent. Il y en principe, autant de *prétentions* que de sujets de sorte qu'il y a pluralité de parties et de réclamations (45). Il en va de même lorsqu'il n'y a économiquement qu'une seule prétention, ce dont on tient compte pour le calcul de la valeur litigieuse (46). La pluralité de demandes résulte alors de la pluralité de parties actives ou passives à une même prétention, les demandes se distinguant entre elles par les personnes assujetties au procès et non par leurs objets différents (47). La consorité simple multiplie le *rapport d'instance* (48). Groupement procédural de rapports judiciaires particuliers (49), elle réunit dans un cadre unique des procédures bipartites (50). Chaque consort

- 40) Comp. Thomas/Putzo ad 62 Id: "Ob die Streitgenossenschaft aus prozessrechtlichen oder aus materiellrechtlichen Gründen notwendig ist...kann nur schwer voneinander abgegrenzt werden und ist ausschliesslich von dogmatischem Interesse".
- 41) Voir Quatrième partie, Titre I.
- 42) ROLF 1985 543 (RS 0.742.403.1). Geiger 88, Matti Streitgenossenschaft 42, ZH Sträuli/Hauser ad a37 ch. 2, BE Leuch ad 36 ch. 2.
- 43) Maday 214, PR Deschenaux/Castella 67, Stein/Jonas notes prélim., ad 59 nm6.
- 44) Geiger 2: "Mehrere Rechtsschutzgesuche haben...mehrere Prozesse zur Folge", Matti Streitgenossenschaft 10, ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm11.
- 45) Roth 211: "Jede Parteienhäufung ist zugleich eine Anspruchshäufung". Ovari 2 et 171, Geiger 3: "Es gilt...zu beachten, dass das prozessuale Wesen der Streitgenossenschaft weniger in der Parteienmehrheit als solcher liegt, sondern vielmehr in der begrifflich daraus fließenden Mehrheit von Rechtsschutzzielen und den damit verbundenen Besonderheiten in der Verfahrensgestaltung". Baechi 164, Flepp 11, Matti Streitgenossenschaft 11, Maday 211 et 214, Stolz 125, ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm11, Stein/Jonas notes prélim., ad 59 nm6.
- 46) Des créanciers solidaires recherchent leur débiteur. Un demandeur actionne plusieurs débiteurs solidaires.
- 47) VS RVJ 1976 261, 263. Baechi 164, Walder 156 nm13, Matti ZPR 1064, BE Jolidon 74, Wiczorek ad 260 AIIIa2: "Hier besteht ein Rechtsverhältnis zwischen jedem der mehreren mit...dem Gegner, alle Rechtsverhältnisse haben aber denselben Anspruch zu ihrem Gegenstande (sind anspruchsideologisch)". Contra RSJ 35 1938 35 no5: "Es handelt sich...um einen einzigen Anspruch, allerdings gegen zwei Schuldner, über einen einzigen Punkt".

est lié à l'adversaire commun par un rapport d'instance distinct qui lui est propre (51), de contenu différent (52) et qui peut avoir une issue différente. Il y a autant de rapports d'instance que de consorts: Dans le procès qui oppose un demandeur A à deux défendeurs B et C, il y a deux rapports d'instance, le rapport AB et le rapport AC. Dans celui qui oppose deux demandeurs A et B à deux défendeurs C et D, il y a 4 procès: AC et AD, BC et BD. Lorsque tous les consorts n'actionnent ou ne sont pas recherchés par tous leurs adversaires, le nombre de rapports d'instance diminue corrélativement. A, demandeur peut agir contre B et C, mais le codemandeur X peut n'actionner que C (53).

L'analyse purement technique que nous venons de présenter ne reflète pas complètement les caractéristiques de la consorité simple. Cette dernière, et en particulier la consorité simple matérielle, comprend en effet des éléments individuels et des éléments communs. Les premiers ont trait aux actes de disposition des consorts. Chaque consort est libre de son destin et l'issue du procès peut différer pour chacun. Aucun consort ne peut influencer sur le destin de l'autre. Chaque consort peut ainsi se désister, acquiescer ou transiger, mais ne peut accomplir un tel acte pour un autre consort sans pouvoir de représentation ad hoc. Le procès des consorts comporte un ou des éléments communs lorsque les demandes sont fondées totalement ou partiellement sur les mêmes faits. Cette circonstance permet à un consort d'alléguer et de prouver ces faits au profit de tous. L'administration et l'appréciation des preuves seront alors communes et bénéficieront à tous lors même qu'un seul consort a procédé (54). La consorité brise également l'indépendance des demandes cumulées dans d'autres

- 48) BS BJM 1961 280, 285-286: "Im Grunde handelt es sich um 74 Klagen gegen je 5 Beklagte. Es ist allgemein anerkannt, dass bei der freiwilligen Streitgenossenschaft so viele Prozessrechtsverhältnisse bestehen als Kläger bzw. Beklagte beteiligt sind...Streng genommen liegen fünfmal 74 Rechtsverhältnisse vor...In der Beschwerde wurde aufgeführt, dass auf Seiten beider Parteien Streitgenossenschaften bestünden. Dann ist es aber verfehlt von einem Prozess zu reden..."
Mady 214, Geiger 2, Ovari 2, ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm13, Rosenberg/Schwab 8: "Die Bedeutung des Prozessrechtsverhältnisses beruht darin, dass es eine einheitliche Auffassung des aus zahlreichen Einzelhandlungen und Rechtslagen bestehenden Prozesses ermöglicht. Die Vorstellung, dass der Prozess nicht nur eine Aufeinanderfolge von Partei und Gerichtshandlungen, sondern durch Zusammenfassung der durch die Prozessführung ausgelösten Rechtsbeziehungen eine rechtliche Einheit ist, hat einen grossen Lehrwert. Das zeigt sich unter anderem in der Lehre von der objektiven und der subjektiven Klagenhäufung, deren Verständnis durch die Annahme einer Mehrheit von Prozessrechtsverhältnissen erleichtert wird..." et 281, Stein/Jonas notes prélim. ad 59 nm6, Winte 3, Becker 7: "Durch die Verbindung zu einem einheitlichen Verfahren werden die Prozessverhältnisse nicht zu einem einheitlichen Prozessverhältnis", Wolff 125, Solus/Perrot T. III 934: "...la jonction n'engendre pas un rapport d'instance unique regroupant toutes les parties en cause", BE Leuch ad 36 ch. 1, BE Jolidon 78, SG Lutz ad a104 ch. 1.
- 49) Siesse 375.
- 50) BGHZ 8 78.
Geiger 5, Ovari 2 et 171, Mady 214, Matti Streitgenossenschaft 17, Flepp 85, BE Leuch ad 36 ch. 1, SG Lutz ad a104 ch.1, AG Eichenberger ad 51 nm1 et Beiträge 40, Grunsky 275: "Dies zeigt, dass vom äusseren Erscheinungsbild her zwar nur ein Prozess vorliegt, dass wir es jedoch in Wirklichkeit mit mehreren voneinander unabhängigen Verfahren zu tun haben".
Lent ZPR 220, Lent IuJB 90 33, Baumbach/Lauterbach notes prélim. ad 59 1, Schumann NJW 1981 1718, Brückner 1, Grotwald JA 1982 65.
- 51) Geiger 5.
- 52) Ovari 71.
- 53) Thomas/Putzo notes prélim. ad 59ss I: "es sind so viele Prozessrechtsverhältnisse und Prozesse, wie sich jeweils Kläger und Beklagte gegenüber einander verklagen (bei einem Kläger und 2 Beklagten sind es 2 Prozesse, verklagen 2 Kläger 2 Beklagte, so sind es 4 Prozesse. Es muss indessen nicht jeder Kläger einen jeden Beklagten verklagen".

circonstances que l'instruction commune, l'idée étant de maintenir la consorité, plutôt que de favoriser la division. Comme nous le verrons, le juge inhabile ou récusable à l'égard d'un consort doit se récuser à l'égard de tous. De même, un consort peut-il à notre avis exciper au profit de tous un vice de forme qui les affecte tous. La solution contraire exigerait une action concertée des consorts pour le même résultat et aurait pour conséquence que la demande dirigée contre les consorts serait déclarée irrecevable pour les uns et subsisterait envers les autres, provoquant ainsi une division de causes, si tous les litigants ne soulevaient pas le moyen conjointement.

II. La consorité nécessaire

La consorité nécessaire est tantôt considérée comme une jonction d'actions individuelles mais fortement dépendantes (55), tantôt comme une action unique à caractère collectif (56). La première conception a principalement les faveurs de la doctrine allemande et suisse, la seconde a été adoptée en Autriche. Une troisième conception nie la consorité.

La première conception voit dans la consorité nécessaire une variante de la consorité simple matérielle et l'analyse comme une juxtaposition de litiges (57). Les consorts sont des parties distinctes (58), mais n'ont plus le libre exercice de leurs prérogatives individuelles dans la mesure où leurs actes de procédure constituent un

-
- 54) Winte 41: "Schon durch die gemeinsame Verhandlung bei Bestehen einer einfachen Streitgenossenschaft werden der unterschiedlichen Entwicklung des Prozessstoffes in den unabhängigen Prozessen der Streitgenossen Grenzen gesetzt".
- 55) FR Deschenaux/Castella 67, Schellhammer 680 nm1347: "Auch die notwendige Streitgenossenschaft begründet eine Mehrheit von Prozessen und Rechtsverhältnissen, die gemeinsam verhandelt und entschieden werden sollen".
- 56) L'expression est de G. Siesse 381.
- 56) Winte 3: (Die notwendige Streitgenossenschaft) "umfasst nicht...zusätzliche, von der einfachen Streitgenossenschaft noch nicht erfasste Fallgruppen, sondern löst aus dieser bestimmte Fallgruppen heraus, um für diese besondere Regelungen aufzustellen. Das Wesen dieses prozessualen Instituts besteht also nicht in der Erweiterung der Anwendungsfälle, sondern in der besonderen Behandlung bestimmter Fallgruppen. Während die einfache Streitgenossenschaft aufgrund der Unabhängigkeit der einzelnen Streitgenossen nur eine sehr lockere Verbindung mehrerer Prozesse darstellt, wird diese Unabhängigkeit...weitgehend eingeschränkt, bzw. sogar teilweise beseitigt, weil sie aus prozess- oder materiellrechtlichen Gründen zu unhaltbaren Ergebnissen führen würde". Lindacher JuS 1986 379: "Systematisch-klassifikatorisch sind die Fälle einfacher Streitgenossenschaft im Wege der Substraktionsmethode zu bestimmen: der Kategorie unterfallen alle Fälle von Streitgenossenschaften, die nicht einem der Teilbestände notwendiger Streitgenossenschaft zuordenbar", Schellhammer 680 nm1347, Zimmermann ad 62 nm8, Rosenberg/Schwab 291, Seite 16.
- 58) Gysler 14: "Eine der Prozessstellung einer Einzelperson (oder eines ihr gleichhandelnden Prozessgebildes) entsprechende Einheit der Klage, der Partei und des Prozesses ist abzulehnen. Sie wäre nur vorhanden, wenn die notwendige Streitgenossen eine juristische Person, dh eine im Rechtsverkehr als einheitliches Rechtssubjekt auftretende Personenvereinigung bildeten"; Baumgartner 43, BS/BL Stachelin/Sutter 78: "Im Streit um gesamthänderisches Eigentum bilden alle Gesamteigenümer als notwendige Streitgenossenschaft eine Parteienmehrheit auf der Seite der klägerischen oder beklagten Partei". Winte 73: "Die notwendige Streitgenossen ...besitzen selbst keine eigene Rechtsfähigkeit. Partei i. S. des formalen Parteibegriffes können deshalb allein die einzelnen Streitgenossen sein. Basierend auf der Ausgestaltung des Prozessrechtsverhältnisses als Zweiparteienstreit folgt damit aus der Mehrheit der Parteien für die notwendige Streitgenossenschaft zwingend eine Mehrheit von Prozessen und Prozessrechtsverhältnissen...Der Ausdruck Streitgenossenschaft ist insoweit etwas irreführend...". 77: "Obwohl die notwendigen Streitgenossen nur gemeinsam prozessführungsbefugt sind, verschmelzen sie nicht zu einer einheitlichen Streitpartei. Grundsätzlich besteht damit auch hier auf Seiten der Streitgenossen eine Mehrheit von Parteien".

acte de disposition de l'objet litigieux (59). Il y a autant de parties que de consorts (60). Il y a autant de droit d'actions que de consorts, mais leur exercice ne peut être que concerté en vertu du droit matériel. Portant virtuellement sur la chose entière, le droit de chaque consort est resserré dans son exercice par les droits des autres (61). Il y a autant de demandes que de consorts, partant autant de rapports d'instance (62). Les demandes ont un objet commun, elles portent sur le même droit complet (63). Elles se distinguent entre elles par les personnes assujetties au procès et non par leur objet (64). La pluralité implique une pluralité de jugements, mais de même contenu (65).

Une autre conception voit dans la collectivité des consorts le seul sujet actif ou passif des rapports judiciaires. Il n'y a plus seulement un individu désireux de poursuivre une prétention en justice, il y a désormais un groupement de personnes prises dans leur unité, un sujet de droit particulier formant un ensemble. L'ensemble

- 59) Guldener ZPR 303 n. 36. Winte 82.
- 60) Guldener ZPR 296. Nater 199. Groslière 40: L'indivisibilité suppose la présence de plusieurs parties ayant dans le procès la même qualité. La pluralité de parties se fonde sur un argument d'évidence appuyé d'un argument de texte. La divisibilité n'a de raison d'être que si plusieurs personnes ont des droits sur l'objet envisagé. On ne conçoit pas de divisibilité à l'égard d'une seule personne. Il en va de même pour l'indivisibilité.
- 61) Gysler 3, 13-14. Siesse 384. Zöller ad 62 nm1: "Der Grundsatz der Selbständigkeit der Verfahren gegenüber den einzelnen Streitgenossen gilt...auch hier, aber stark eingeschränkt".
- 62) GR PKG 1948 84 no32: "Eine Ausnahme erleidet das Prinzip der prozessualen Unabhängigkeit der vereinigten Klagen erst dann, wenn es sich um eine notwendige materielle Streitgenossenschaft handelt...".
VD JT 1966 III 3, 6: "...Dans le cas de l'action en désaveu, l'action étant intentée contre l'enfant et la mère, le demandeur engage deux instances...chaque codéfenderesse agit pour son compte dans le cadre de son instance... du point de vue de la procédure, les rapports des deux codéfenderesses avec le demandeur sont en tout point distincts". Contra Raymond note à cet arrêt: "Logique en procédure, cette solution...semble peu compatible avec la nature de l'action en désaveu. En effet, celle-ci doit, obligatoirement, être intentée contre l'enfant et contre la mère, entre lesquels se forme une "notwendige passive Streitgenossenschaft"...Une seule instance est engagée contre les deux codéfendeurs...Ceux-ci doivent conserver la qualité de partie jusqu'à la fin du procès de façon qu'un seul et même jugement puisse être prononcé à leur égard. Peu importe que l'un ou l'autre fasse défaut ou passe-expédient, puisque concernant un procès sur l'état des personnes, un jugement doit nécessairement être rendu pour modifier la condition juridique de l'enfant".
Geiger 73, Matti Streitgenossenschaft 41: "Da die Dispositionsmaxime den Prozess nicht ausnahmslos beherrscht, sondern mit Rücksicht auf das materielle Recht eingeschränkt sein kann, so darf man, trotz der gegenseitigen Abhängigkeit, in der die Streitgenossen infolge der materiellrechtlichen Grundlagen stehen, auch bei der notwendigen Streitgenossenschaft eine Mehrheit von Prozessen annehmen, ohne dadurch in Widerspruch zu geraten" et 61-62.
Flepp 85: "Eine Mehrheit von Rechtsstreitigkeiten trifft für alle Arten von Streitgenossenschaften zu...Aber auch bei der materiellen Streitgenossenschaft ist eine Mehrheit von Rechtsstreitigkeiten anzunehmen, selbst dann, wenn die Verbindung unter den Streitgenossen so eng ist, dass sie durch das materielle Recht zu einer Prozessgemeinschaft gezwungen sind", Zöller ad 62 nm22.
- 63) Ovari 69: "Die mehreren prozessualen Ansprüche sind inhaltlich miteinander identisch; daraus folgt, dass der Streitgegenstand für jeden Streitgenossen derselbe ist", 170-171.
- 64) Matti Streitgenossenschaft 63: "Denn die Mehrheit der Prozessrechtsverhältnisse oder Prozesse ergibt sich nicht aus der Mehrheit der Prozessgegenstände, sondern aus der Mehrheit der Kläger oder Beklagten für oder gegen die eine Mehrheit von Rechtsschutzgesuchen gestellt ist. Wenn auch bei Vorliegen eines Gesamthandverhältnisses die Prozessführung der Natur des Streitgegenstandes wegen eine grössere Einheitlichkeit aufweist, so ist damit noch nicht die Prozesseinheit gegeben. Jeder Gesamthänder klagt nur für sich, in seinem eigenen Interesse, er stellt einen selbständigen Antrag; treten mehrere Gesamthänder als Kläger oder Beklagte auf, so liegen folgerichtig auch mehrere Klagen vor, und damit eine Mehrheit von Prozessrechtsverhältnissen begründet", Geiger 84: "...Vielmehr ist davon auszugehen, dass jeder der Streitgenossen nur sein Rechtsschutzziel anstrebt. Hingegen bleibt aber jeder Streitgenosse gebunden durch die ihm fehlende alleinige Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das unteilbare Recht".
- 65) Kisch 10ss.

des consorts est le seul sujet de la relation juridique contestée. Bien qu'ils forment chacun une entité juridique, *aux fins du procès*, ils ne constituent cette entité qu'ensemble (66). Le plaideur confronté à un tel groupement n'est pas l'adversaire d'un corps moral, bien que les consorts constituent en quelque sorte "une personnalité morale rudimentaire" (67). Le sujet du procès est la collectivité des ayants droits pris dans leur unité ("prozessuale Gesamthand") (68). Il n'y a qu'une réclamation, une seule action, une seule demande, un lien d'instance unique (69).

- 66) Stahelin 2 n. 9: "Sie treten dann alle in der gleichen Parteirolle auf und sind nicht mehr Dritte, sondern gemeinschaftlich eigentlich Prozesspartei", Habscheid ZPR II 153 nm281: "Charakteristisch für die eigentliche notwendige Streitgenossenschaft ist, dass die mehreren klagenden oder verklagten Personen gesamthaft Kläger und/oder Beklagte sind", Habscheid MPS 183: "Bei notwendiger Streitgenossenschaft...sind die mehreren zusammenwirkenden Personen die Partei. Eigentlich liegt also keine Mehrheit von Parteien vor. Andererseits sieht das Spiegelbild (Passivklage gegen Streitgenossen)...unterschiedlich aus. Hier liegt einfache Streitgenossenschaft und daher Mehrheit der Beklagten vor". Walder ZPR 161 nm29, Ruth Haefliger 50: "in der Formulierung...ist...ein Ansatz zu einem neuen Verständnis der notwendigen Streitgenossenschaft zu beobachten...Für das Vorliegen einer Partei und nicht einer Mehrheit von Parteien spricht auch der Umstand, dass es Prozesse gibt, in denen auf der einen Seite ein notwendiger Streitgenosse der Streitgenossenschaft als solcher gegenüber steht. Nach der h. L. lassen sich solche Prozesse nicht in das Zweiparteiensystem einfügen. Für das Vorliegen einer einheitlichen Streitpartei spricht schliesslich der Umstand, dass die notwendigen Streitgenossen nur gemeinschaftlich zur Sache legitimiert sind. Der gemeinschaftlichen Sachlegitimation entspricht die gemeinschaftliche Parteifähigkeit...Der *lege ferenda* ist...der Übergang zu einer einheitlichen Streitpartei zu empfehlen. Eine solche mit kollektiver Parteifähigkeit ausgestattete Gesamtpartei könnte dem zivilrechtlichen Institut der Gesamthandschaft und dem für dieses Institut spezifischen Problem der Verbindung von Einheit und Vielheit durchaus gerecht werden und würde lediglich eine Akzentverschiebung zugunsten der Einheit darstellen". Wieczorek ad 50 BIIIb: "Prozessual gesehen liegt der Unterschied zwischen einer Partei und einer Mehrheit von Parteien nur darin, inwieweit mehrere Rechtspersonen einheitlich als Träger des (auszutragenden) Streites anzusehen sind..., inwieweit die Befriedigung nur möglich ist, wenn sie als Einheit behandelt werden. Eine Übergangsform findet sich in den Fällen der notwendigen Streitgenossenschaft". Holzhammer ZPR II 83: "Wenn Streitgenossen nur zusammen klagen oder geklagt werden dürfen oder wenn das Urteil durch seine Rechtskraft oder Gestaltungskraft auf sämtliche Streitgenossen wirken könnte, bilden diese eine einheitliche Streitpartei. Es handelt sich um die völlige Verschmelzung einer Personenmehrheit zu einer einzigen Partei in einem einzigen Prozess. Eine tiefgreifende prozessuale Abhängigkeit kennzeichnet das Verhältnis der Streitgenossen zueinander. Wir sprechen daher von einer gebundenen (notwendigen) Streitgenossenschaft" ... 85: "Gebundene Streitgenossen bilden zusammen ein einziges Prozesssubjekt, sind daher prozessuale Gesamthänder", Holzhammer Parteihäufung II. Rechberger/Simotta 73 nm137, Ballon 78-79, Fesching ZPR II 194 nm379 et Komm. II 176.
- 67) Pour *Henri-Robert Schüpbach*, *Le recours en cassation spécialement en procédure civile neuchâteloise*, Thèse Neuchâtel 1961, 203, le lien qui unit les consorts nécessaires peut être assimilé à une sorte de personnalité restreinte, distincte de celle des membres de la communauté, de sorte que leur problème de qualité pour agir ou pour recourir se pose en première ligne en termes de capacité.
- 68) Winte 78: "Die Bezeichnung "prozessuale Gesamthand" ist ...generell abzulehnen. Mit ihr werden auch Fälle erfasst, in denen im materiellen Recht gar keine Gesamthand vorliegt". Ovari 170, Maday 211, Behringer 128: "In diesen Sonderfällen wird ...auf Grund jener einzelnen positiv-rechtlichen Gesetzes Bestimmungen nur alle Rechsträger zusammen die richtige Partei" ... n. 517: "Dies darf jedoch nicht zu der intimistischen Auffassung führen, die Streitgenossenschaft als solche bilde eine eigene Parteiperson".
- 69) Maday 214: "Es ist unangebracht, bloss wegen einer rein äusserlichen Personenmehrheit auch eine Mehrheit von Prozessen anzunehmen, wo doch unverkennbar das rechtliche relevante Merkmal in der Einheit des Streitgegenstandes liegt", et 237, SG Lutz ad a104 ch. 1, AG Keller/Pfisterer ad a109 ch. 2. Lent DuB 90 33: "Wie schon dargelegt, ist die Klage der Gesamthandsgemeinschaft nicht die äusserliche Zusammenfassung mehrerer Sonderklagen im Rahmen einer Klageschrift, sondern eine einheitliche, nicht in Klagen der einzelnen zerlegbare Klage. Der einen gemeinsamen Klage entspricht der eine gemeinsame Klageantrag. Es stellt nicht jeder einzelne Streitgenosse einen eigenen Antrag, sondern es gibt nur den einen den alle zusammen stellen. Es liegt nicht nur die inhaltliche Gleichheit

Une troisième conception nie l'existence de la consorité au motif que les coindivis ne forment qu'une seule partie (70).

La consorité nécessaire réunit pour notre part des parties distinctes et comprend autant de liens d'instance que de consorts, même si ces derniers sont en étroite dépendance les uns des autres. De nombreux indices corroborent cette thèse: le juge doit vérifier pour chaque consort les conditions de recevabilité du procès (71); les consorts sont en droit de faire valoir des moyens particuliers d'attaque ou de défense qui ne sont pas de nature à provoquer une division de causes; le consort diligent est présumé représenter le consort défaillant, ce qui n'est concevable que si l'on admet une pluralité de procès (72); l'unité de jugement ne se conçoit que si l'on admet une pluralité de demandes (73). La solution s'impose également selon certains auteurs par le fait que les consorts sont autorisés à constituer chacun un mandataire, mais l'argument est à nos yeux très subsidiaire (74).

und übereinstimmung aller Sonderanträge vor", et n1: "Diese Lage wird allerdings dann verschleiert, wenn die Streitgenossen nicht einen gemeinschaftlichen Vertreter im Prozess haben, sondern einzeln das Wort zur Antragsstellung ergreifen, weil es dann so aussieht, als ob so viel einzelne Anträge gestellt würden, wie Streitgenossen vorhanden sind; es bleibt aber trotzdem ein Antrag, den alle Streitgenossen als Gemeinschaft stellen". Holzhammer Parteienhäufung 40, 127-128: même pour la consorité nécessaire formelle. Siesse 381: action unique à caractère collectif.

P. Calamandrei, Istituzioni di diritto processuale civile, II, 1943, 196: "Nel litisconsorzio necessario alla pluralità di parti non corrisponde una pluralità di cause: il rapporto sostanziale controverso è uno solo, una è l'azione...". Contra: E. Allorio, La causa giudicata rispetto ai terzi, 1939 139 n.17: "Inservibile, per la costruzione del litisconsorzio necessario, l'erroneo concetto del rapporto unico con pluralità di soggetti".

- 70) Pour Ovari 9 pour les propriétaires en main commune: "Die Gesamtpartei ist eine Partei, die aus mehreren Personen zusammengesetzt ist". Dans le même sens Amclunx 8, Weismann 71.
- 71) AG Eichenberger ad 53.
- 72) Becker 9.
- 73) Kisch 11-18: "Der Urteilswiderpruch, den die Bestimmungen des Gesetzes vermeiden wollen, setzt eine Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten voraus".
- 74) Baumgartner 43.

CHAPITRE 6. LA CONSORITE COMPAREE A D'AUTRES FIGURES PROCEDURALES

§1. Le cumul objectif de demandes

Opposé traditionnellement à la consorité par le législateur (1) et de nombreux auteurs (2), le cumul objectif de demandes (*Objektive Klagenhäufung, Anspruchshäufung, Klagenmehrheit zwischen denselben Parteien*) présente une similitude de nature et de réglementation.

Le cumul objectif réunit formellement (3) des réclamations indépendantes, qui auraient pu faire l'objet de procès distincts (4). Concrétisé dans une demande initiale (5) et principale, il répond au double souci de respecter le principe de l'économie de procédure et d'éviter le risque de jugements contradictoires (6). Il est ordinairement le fait du demandeur (7), mais peut aussi être celui du défendeur ou résulter d'une jonction prononcée par le juge (8). Il comporte une pluralité de prétentions (9).

A l'inverse de la consorité et plus particulièrement de la consorité simple matérielle et de la consorité nécessaire, il réunit des réclamations différenciées par leur objet et non par leurs sujets (10). Contrairement à la consorité qui comporte une

- 1) Remontant au droit commun *Jean-Marc Rapp*, Le cumul objectif d'actions, Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, Thèse Lausanne 1982, 19; Blomeyer 626), la distinction est d'ailleurs expresse dans la plupart des cantons suisses et en procédure allemande; elle est implicite en procédure vaudoise.
- 2) Guldener ZPR 214 et 301, Habscheid DJPS 272, Kummer 152, FR Deschenaux/Castella 114, BS/BL Staehelin/Sutter 85, SG Lutz ad a108, AG Eichenberger ad 171 nm1, AG Keller/Pfisterer notes prël. ad a24ss, JU Ceppi I 27, Blomeyer 626, Grunsky 61, 274ss, Schönke 97, Schilken 372 nm660, Rosenberg/Schwab 597ss. Pour Rapp 19, la distinction est peu rationnelle, car le cumul objectif et la consorité posent la même question de principe "qui est de savoir quand et à quelles conditions un seul juge peut être simultanément saisi de plusieurs réclamations". En dépit de leur parenté, les notions doivent pourtant être distinguées, car elle présente chacune des caractéristiques propres.
- 3) Arens/Lüke 310 nm441: "Die kumulative Klagenhäufung führt...zu einer ausserlichen...Verbindung der Ansprüche".
- 4) Maday 210.
- 5) Dans la même demande: PCF 24/1, BE 159, LU 61/1, FR 132/1, AR 111/1, IR 61/1, AG 171/1, JU 157. Jacques Héron, Droit judiciaire privé, Paris 1991, 72 ch. 85: "Demandes initiales juxtaposées".
- 6) Rapp 47, Gysler 5, Kraft 50, ZH Sträuli/Messmer ad 58 nm1, SG Lutz ad a108.
- 7) Rapp 52.
- 8) ZH 58/2, SZ 54/2, SG 71, AG 171/2, TG 88/2, VD 76/1, NE 30, GE 106. Guldener ZPR 215, Vogel 175 nm46, AG Eichenberger ad 171 nm2. Dans le canton de Fribourg, la consorité peut naître de la jonction de causes, mais pas le cumul objectif. FR Deschenaux/Castella 116.
- 9) Maday 210, Matti Streitgenossenschaft 9, BE Jolidon 74, FR Deschenaux/Castella 114: "... (il) permet au demandeur de joindre plusieurs demandes (au sens matériel) contre le même défendeur dans une seule action (au sens d'action en justice)...". AG Keller/Pfisterer notes prël. ad a24ss. Comp. Kummer 153: "...Der Ausdruck Klagenhäufung ist missverständlich, weil nicht mehrere Klagen, sondern in ein und derselben Klage mehrere Rechtsbegehren "gehäuft" werden"; Blomeyer éd. 1963, 611: "Auch ist der Ausdruck insoweit ungenau als regelmässig nicht die Klagen, sondern die Anträge gehäuft sind".
- 10) VS RVJ 1976 261. Geiger 6, Gysler 5, Maday 210, Ovari 8, Matti Streitgenossenschaft 10 et ZPR 1064, Guldener ZPR 301, BE Jolidon 74, Becker 8 n. 3.

juxtaposition d'instances, il crée un lien d'instance unique (11) et présente une unité de parties (12).

Le cumul objectif subit un régime juridique analogue à la consorité simple. Il est facultatif (13) et peut être éventuel (14) ou alternatif (15). Ses unités litigieuses doivent relever du même type de procédure (16). Comme dans la consorité simple formelle, elles doivent être de même nature (17) et le juge doit être compétent pour chacune d'elles (18). Le cumul objectif est susceptible de division pour opportunité (19) et n'exige pas une unité de jugement (20).

Contrairement à la consorité, le cumul objectif ne présuppose pas obligatoirement un lien de connexité entre les diverses prétentions (21).

- 11) M. Guldener voit dans le cumul objectif un procès réunissant plusieurs actions dans la même instance, ZPR 214 et n. 1: "Es ist eine terminologische Frage, ob davon auszugehen sei, die Klagenhäufung begründe einen Prozess, der mehrere Klagen umfasse oder mehrere Prozessrechtsverhältnisse, die in einem einheitlichen Verfahren zusammengefasst werden. Am natürlichsten dürfte die Annahme eines Prozesses mit mehreren Klagen sein, nur dabei muss beobachtet werden, dass das Vorhandensein der Prozessvoraussetzungen für jede Klage besonders zu prüfen ist". Dans le même sens Rapp 55: "...Le cumul objectif est la réunion...d'actions portant sur des objets distincts, en vue de leur instruction conjointe dans une seule et même instance". Pour Maday 210 et Geiger 5, le cumul objectif consacre l'unité de procédure mais englobe plusieurs instances. Présupposant qu'un procès ne divise par définition que deux plaideurs au sujet d'une seule prétention, le cumul ne peut s'analyser selon ces auteurs qu'en une juxtaposition d'instances jointes. L'analyse est jugée "inutilement compliquée" par Rapp 54.
- 12) Le défendeur attaqué dans le cumul objectif sur plusieurs objets par le demandeur est dans la même situation que l'adversaire commun des consorts. Dans les deux cas, une seule partie est confrontée à une pluralité de réclamations, Ovari 8, Geiger 6, Guldener ZPR 301.
- 13) PCF 24; ZH 58/1, BE 159, UR 61/1, SZ 54/1, ZG 61/1, FR 132/1, SH 138/1, AR 111/1, IR 61/1, AG 171/1, TG 88M. Kummer 154, Maday 210, BE Leuch ad 159 ch. 2.
- 14) Maday 210, Habscheid DJPS 273, Kummer 154, Vogel 175 nm44, ZH Sträuli/Messmer ad 58 nm1, BE Leuch ad 157 ch. 3, FR Deschenaux/Castella 114, SG Lutz ad a108 ch. 1, AG Eichenberger ad 171 nm1.
- 15) AG Eichenberger ad 171 nm1. Contra Guldener ZPR 214, Vogel 175 nm44, SG Lutz ad a108 ch. 1.
- 16) ZH 58/1, BE 159, LU 61/1, SZ 54/1, ZG 61/1, FR 132/1, SH 138/1, AR 111/1, SG 69, AG 171/1, TG 88/1, JU 157. Rapp 205, Habscheid DJPS 272, Vogel 175 nm45, Maday 210, Kummer 153, ZH Sträuli/Messmer ad 58 nm4, BE Leuch ad 159 ch. 2, BE Jofidon 74, FR Deschenaux/Castella 115, BS/BL Staehelin/Suter 86, SG Lutz ad a103 et a108, AG Eichenberger ad 171 nm3, JU Ceppi 1 28, VS Fux 105, Arens/Lüke 309 nm439.
- 17) IR 61/1, VD 76/1b.
- 18) PCF 24/1, ZH 58/1, LU 61/1, SZ 54/1, ZG 61/1, FR 132/1m SH 138/1, AR 111/1, IR 61/1, SG 69, AG 171/1, TG 88/1, VD 76. LU 61/2 et /3 admet une attraction de compétence. Habscheid DJPS 272, Vogel 175 nm45, ZH Sträuli/Messmer ad 58 nm3, BE Leuch ad 159 ch3, FR Deschenaux/Castella 114, SG Lutz ad a103 et a108, AG Eichenberger ad 171 nm3, JU Ceppi 1 28.
- 19) ZH 58/2, LU 62, SZ 54/2, ZG 61/2, FR 134, BL 105, SH 138/2, IR 61/2, SG 71, AG 171/2, TG 88/2, TI 73, VS 85/1. Vogel 175 nm46, ZH Sträuli/Messmer ad 58 nm5, FR Deschenaux/Castella 115, AG Eichenberger ad 171 nm5. Contra BE Leuch ad 159 ch2, JU Ceppi 1 28.
- 20) Arens/Lüke 310 nm441.
- 21) Les cantons suivants exigent la connexité: IR 61/1, TI 72b, NE 30, GE 106. Kummer 153, Habscheid DJPS 273, ZH Sträuli/Messmer ad 58 nm1, BE Leuch ad 159 ch. 2, FR Deschenaux/Castella 115, SG Lutz ad a108 ch.1, AG Eichenberger ad 171 nm3, JU Ceppi 1 28.

Le cumul objectif peut se rencontrer en cas de consorité.

Il peut être le fait d'un consort contre l'adversaire commun (22) ou de ce dernier contre un consort (23). L'ensemble des prétentions est dans ce dernier cas subordonné aux conditions de la consorité, notamment à celle de la connexité.

Le cumul objectif est toujours donné lorsqu'il y a consorité simple formelle (24). Il doit dans un tel cas satisfaire à la fois aux conditions du cumul subjectif et du cumul objectif (25).

§2. La demande reconventionnelle

Assimilée au cumul objectif d'actions (26), la demande reconventionnelle présente également une similitude de nature et de réglementation avec la consorité (27).

Le cumul objectif est parfois subordonné comme la consorité à des conditions spécifiques de jonction, ainsi en procédure vaudoise VD 75, 76.

22) Geiger 6 et 45. Baumbach/Lauterbach ad 59 ch.1.

23) Geiger 5.

24) Pour de nombreux auteurs, il y a cumul objectif toutes les fois qu'un plaideur déduit plusieurs prétentions distinctes contre un ou plusieurs adversaires. Le postulat ruine la distinction entre le cumul objectif et la consorité comme le constate Rapp 19.

Gysler 5, Geiger 6, BS Stachelin/Suter 86; Rosenberg-Schwab 281: "Jede subjektive Klagenhäufung stellt zugleich eine objektive Klagenhäufung dar; denn der prozessuale Anspruch des A gegen X ist notwendig ein anderer als der des A gegen Y oder B gegen X", Blomeyer 626, Baumbach/Lauterbach ad 59 ch.1, Gottwald JA 1982 65; Roth 211: "Klagenhäufung ist der Zusammenschluss mehrerer Klagen in einem Prozess. Sie entsteht entweder dadurch, dass mehrere Ansprüche gemeinsam geltend gemacht werden; dann liegt objektive Klagenhäufung (Anspruchshäufung) vor. Oder dadurch, dass mehrere Personen gemeinsam als Kläger oder Beklagte auftreten. Dann liegt subjektive Klagenhäufung (Parteihäufung) vor. Jede Parteihäufung ist zugleich eine Anspruchshäufung". Holzhammer Parteihäufung 62, Wolff 125-126.

Pour d'autres auteurs, la consorité simple formelle constitue une combinaison entre cumul objectif et cumul subjectif: Matti Streitgenossenschaft 10: "Sobald eine Mehrheit von Parteien in der gleichen Parteirolle auftritt, ist deshalb immer eine Klagenhäufung zufolge dieser Mehrheit von Prozesssubjekten gegeben. Aber auch nur soweit, als die Mehrheit der Rechtsschutzgesuche ausschliesslich durch die Mehrheit der Parteien bedingt ist, kann die Streitgenossenschaft als "subjektive Klagenhäufung" bezeichnet werden. Im Gegensatz zu "objektiver Klagenhäufung", die sich aus der Mehrheit der selbständigen Streitgegenstände ergibt. Wenn aber in einem Verfahren nicht nur die Parteinmehrheit die Mehrheit der Rechtsschutzgesuche bestimmt, sondern zugleich mehrere selbständige Streitgegenstände vorliegen, so hat man es nicht mehr mit "subjektiver Klagenhäufung" zu tun. Es handelt sich, dann um eine Kombination zwischen subjektiver und objektiver Klagenhäufung. Die Streitgenossenschaft wird in der Regel nicht als rein subjektive Klagenhäufung erscheinen. Bei der Streitgenossenschaft nach Art. 37 ZPO ist in den meisten Fällen objektive Klagenhäufung damit verbunden. Wo die beiden Arten von Klagenhäufung zusammentreffen, werden deshalb auch die für jede Art notwendigen Verbindungsvoraussetzungen vorhanden sein müssen" et ZPR 1064. BE Jolidon 74.

25) VS RVJ 1976 22: "La faculté des parties de cumuler des demandes et celle du juge de joindre des causes obéissent aux mêmes conditions. Sous réserve de la réalisation de ces conditions, il est loisible au juge d'ordonner la jonction de deux causes portant chacune un cumul de demandes (cumul) objectif). Ex. cumul de demandes de plusieurs bénéficiaires différents contre deux compagnies d'assurances appelés à couvrir le même sinistre en vertu de polices différentes".

Matti Streitgenossenschaft 10 et 28. ZH Sträuli/Messmer ad 58 nm2, BE Leuch ad 159 ch. 2, Blomeyer 627, Wiczeorok ad 260 Alllb, Gottwald JA 1982 65, Roth 236, Holzhammer Parteihäufung 62, Wolff 9 et 125-126.

26) Martin König, Die Widerklage im Eheprozess, Thèse Zurich 1977, 14; Walder ZPR 144, Kummer ZPR 116, Maday 210, ZH Sträuli/Messmer ad 60 nm1, BE Leuch ad 170 ch. 3; Henri-Robert Schüpbach, Justice civile helvétique, no92 (modalités de l'instance) lit. B; August Stolz, Der Grundeigentümer im Zivilprozess, Thèse Zurich 1978, 130: "Die Widerklage ist...nicht ein neuer Prozess für sich, sondern sie wird zum integrierenden Bestandteil des durch die Hauptklage eingeleiteten Verfahrens. Die Widerklage ist somit ein

La demande reconventionnelle élargit le litige de base en l'enrichissant d'une nouvelle prétention véhiculée dans la réponse du défendeur (28). Admise comme la consorité simple par économie de procédure (29) et dans le but d'éviter des jugements contradictoires (30), elle réunit formellement (31) des réclamations distinctes. Introductive d'instance relativement au nouveau droit déduit en justice (32), elle comporte un cumul d'objets litigieux (33) et réalise la jonction de deux procès indépendants (34).

La demande reconventionnelle renverse par rapport à la nouvelle prétention les rôles des parties à l'instance primitive. Contrairement à la consorité, elle ne multiplie pas les plaideurs (35). Elle crée une pluralité d'instances opposées alors que la consorité comporte des instances parallèles (36).

La demande reconventionnelle subit un régime juridique analogue à celui de la consorité simple. Elle est facultative (37) et peut être éventuelle (38). Elle doit relever du même type de procédure que la demande principale (39) et entrer dans la compétence du tribunal saisi de la demande principale (40). Souvent subordonnée à

Sonderfall der objektiven Klagenhäufung"; pour *Hans Gautschi*, Verrechnungseinrede und Widerklage im schweizerischen Prozessrecht, Thèse Berne 1946, 115-116, elle est une forme procédurale proche du cumul objectif d'actions.

- 27) AG Eichenberger ad 180 nm1 place la demande reconventionnelle sur le même pied que la consorité.
- 28) ZH 117, LU 111, UR 140/1, SZ 106, OW 130/2, NW 119/2, SO 140/2, BS 66, SH 166, AR 113/2, IR 106/2, AG 180/4, TG 139/3, TI 173, VS 82/1, NE 305. La demande reconventionnelle qui a normalement sa place dans la réponse peut parfois encore être formulée dans la duplique. VS RVJ 1986 272, RVJ 1982 189, RVJ 1980 311.
- 29) Eichenberger Beitrage 37, Maday 210.
- 30) AG Eichenberger ad 180 nm1 et Beitrage 37.
- 31) *Peter Robert Reutlinger*, Die Voraussetzungen der Widerklage, unter besonderer Berücksichtigung der Kantone Basel-Stadt, Basellandschaft, Aargau und Solothurn, Thèse Bâle 1981, 7: "Die Verbindung von Vor- und Widerklage ist ...eine bloss äusserliche: In Tat und Wahrheit handelt es sich um zwei getrennte Prozesse, die nur zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung vereinigt sind".
- 32) Elle présente toutes les caractéristiques et doit remplir toutes les conditions de la demande, König 1: *August Keller*, Beitrage zur Lehre der Widerklage, Thèse Zurich 1940, 1. VS Fux 106.
- 33) Geiger 5, Maday 210, Matti Streitgenossenschaft 9, ZH Sträuli/Messmer ad 60 nm1, AG Keller/Pfisterer notes prél. ad a24.
- 34) La reconvention est dans de nombreux cantons un procès nouveau, réuni au premier, qui suit une destinée propre: si la demande principale tombe, elle subsiste: PCF 31/2, ZH 60/2, UR 140/4, SZ 55/1, ZG 62/2, AR 113/4, SG 68/3, GR 14/3, AG 180/5, TI 172/5, VS 82/2, NE n308.
- 35) Geiger 5-6, Ovari 8-9, Flopp 9, Maday 210.
- 36) VD JT 1978 III 86: "...Les conclusions reconventionnelles déterminent le rôle des parties dans le procès; elles tendent à la jonction de deux procès dans chacun desquels les rôles des parties sont inversés".
Geiger 5, Ovari 9, Reutlinger 3 et 7, König 14, Maday 210, AG Eichenberger ad 180 nm1.
- 37) PCF 31/1, NW 119/1, ZG 62/1, FR 133/1, BL 36/1, TG 89/1, VD 272/1, VS 82/1, NE 305. AG VJS 1944 103 c. 2, VJS 1909 126. Eichenberger ad 180 nm4.
- 38) AG 180/3, VS RVJ 1975 178.
Vogel 177 nm51, BE Leuch ad 170 ch. 2c, Jolidon 129, ZH Sträuli/Messmer ad 60 nm13, AG Eichenberger ad 180 nm7, VS Fux 106.
- 39) ZH 60/1, OW 130/1, NW 119/1, ZG 62/1, FR 133/1, SO 140/1, AR 113/1b, SG 69, GR 14/2, AG 180/1, TG 89/1.
FR Extraits 1928-39 128.
König 15, Keller 31, Reutlinger 167, Vogel 177 nm56, ZH Sträuli/Messmer ad 60 nm9, BE Leuch ad 170 ch. 2d, FR Deschenaux/Castella 117, AG Eichenberger ad 180 nm5.

connexité (41), elle suppose parfois la réalisation des mêmes conditions de jonction que la consorité (42). Elle peut être détachée par division de causes lorsqu'elle alourdit le procès initial et risque d'en retarder l'issue (43).

La demande reconventionnelle peut être à l'origine de la consorité (tierce-reconvention)(44) et peut être formée dans le cadre de celle-ci (45).

§3. La jonction de causes

On dénombre quatre types de jonction de causes.

Appelé à instruire des faits identiques ou trancher les mêmes questions de droit, le juge ne peut ordonner la *jonction de causes pour opportunité* que si toutes les parties y consentent (46). Ce type de jonction est facultatif comme la consorité simple et vise les mêmes objectifs - éviter des jugements contradictoires et favoriser l'économie de procédure -, mais ne crée pas consorité, car il n'est pas subordonné à l'existence d'une connexité entre les demandes (47).

Les plaideurs peuvent requérir ou le juge prononcer la *jonction à effets limités* pour une phase de la procédure seulement, par exemple la procédure probatoire. Ce type de jonction n'implique pas que les causes - qui font l'objet de jugements distincts (48) - soient unies par des liens de jonction ou de consorité (49). Il n'est pas source de consorité (50).

Le critère de la *jonction pour connexité* est caractérisé par son résultat. Le juge l'ordonne lorsque deux demandes sont unies par des liens si étroits que la solution donnée à l'une d'elles exerce une répercussion sur la solution à donner à l'autre (51). La jonction pour connexité suppose que le bien-fondé d'une des demandes

40) ZH 60/1, GL 148/1, ZG 62/1, FR 133/1, BS 65, BL 36, AR 113/1b, IR 106/1, SG 69, GR 14/2, AG 180/2, VS 83, NE 307.

41) PCF 31/1, BE 170, LU 110, UR 140/2, OW 130/1, NW 119/1, GL 148/4, ZG 62/1, FR 133/3, SO 140/1, AR 113/1b, GR 14/2, AG 180/1, TG 89/1, TI 172, VD 272/1, NE n°306, JU 168, Vogel 178 nm58, BE Leuch ad 170 ch. 2, FR Deschenaux/Castella 117, AG Eichenberger ad 180 nm6.

La demande reconventionnelle ne suppose pas toujours l'existence d'un lien de droit ou de fait avec la demande principale: ATF 87 I 130, ATF 58 I 169, ATF 28 I 24, ATF 21 I 107.

42) VD Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 272 ch. 2: "Le critère de connexité, commun aux articles 74 lit. c, 76 al. 2, 83 lit. c et 272 al.1 CPC, doit être interprété de la même manière s'agissant de chacune de ces dispositions". Et les références citées.
Les prétentions litigieuses doivent être de même nature: IR 106/1, TG 89/1.

43) ZH 60/3, BE 171, LU 112/2, UR 140/3, SZ 55/2, NW 119/3, GL 148/2, FR 134, SG 71, TI 174/1, VS 85/1, ZH Sträuli/Messmer ad 60 nm18, VS Fux 107.

44) Voir Deuxième partie, Titre II, Chapitre 7.

45) Voir Deuxième partie, Titre III, Chapitre 5.

46) AG AGVE 1967 61 n°10: "Die Vereinigung mehrerer Prozesse ist auch in Fällen zulässig, wo zwar keine Streitgenossenschaft vorliegt, die Vereinigung sich aber aus prozessökonomischen Gründen aufdrängt", GE Bernoss ad 106 nm1.
La partie qui y consent en première instance, mais revient sur son accord en seconde instance abuse de son droit. AG AGVE 1967 61 n°10, 67.

47) Une partie de la doctrine allemande admet toutefois dans un tel cas la création de la consorité même si les conditions de jonction ne sont pas remplies. Zöllner ad 147 nm3.

48) FR Extraits 1959 125, NJW 1957 183, VersR 1973 285.
Zimmermann ad 147 nm1.

49) FR Extraits 1959 125. Ainsi en procédure fédérale, FF 1947 I 1001ss, 1021.

50) Wolff 125. La pratique bâloise exclut la consorité simple formelle, mais admet en revanche ce type de jonction, BS BJM 1961 189ss, Staehelin/Sutter 86.

soit lié au bien-fondé de l'autre. Elle n'est pas donnée lorsque les deux actions peuvent être discutées et jugées l'une sans l'autre (52) ou lorsqu'elles comportent l'examen de questions identiques ou similaires (53). Le juge ne peut par exemple pas joindre les demandes d'un bailleur contre deux locataires différents sur la base de contrats identiques car elles peuvent être tranchées séparément. La condition ne serait pas non plus remplie lorsque deux actions tendent au même but et que le succès de l'une rend l'autre inutile (54). On peut soutenir toutefois que le succès de la première action doit entraîner l'échec de la seconde et que le sort de l'une influence le sort de l'autre. Fondée sur l'issue des litiges, la jonction pour connexité ne suppose pas que les demandes aient la même cause ou le même objet (55). Elle est admise par la jurisprudence lorsque les conditions de la consorité simple sont remplies (56) mais n'en poursuit pas le même but - favoriser l'économie de procédure (57) - . Elle se rapproche de la consorité nécessaire, car elle permet "d'éviter des jugements dont l'exécution serait impossible, le droit de fond empêchant que des jugements séparés soient rendus" (58). Elle peut être imposée si l'application du droit matériel l'exige (59) par exemple lorsque deux demandeurs revendiquent le même objet à l'égard du même défendeur (60).

Le critère d'admission de la consorité par voie de jonction se fonde sur les sources du procès et se rattache aux relations existant entre les faits à l'origine des actions. La jonction de causes suppose que les demandes aient un fondement identique ou analogue et poursuivent les mêmes objectifs que la consorité simple (61). Elle est en principe facultative (62), mais devient obligatoire lorsque les conditions de la consorité nécessaire sont remplies.

-
- 51) GE 106: "Lorsque deux ou plusieurs causes réagissent l'une sur l'autre au point qu'il ne peut être statué séparément, leur jonction est ordonnée". Le droit français parle de jonction d'instances. NCPC 367: "Le juge peut, à la demande des parties ou d'office, ordonner la jonction de plusieurs instances pendantes devant lui s'il existe entre les litiges un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire ou juger ensemble".
 - 52) NE ATC VII 479. GE SJ 1963 401, SJ 1957 353, SJ 1941 215, SJ 1938 463, SJ 1936 231, SJ 1929 312.
Claude DuPasquier, Du moyen préjudiciel et de l'opposition à preuves en procédure civile neuchâteloise, Neuchâtel 1919, 32-33, 80 n. 62.
 - 53) GE SJ 1986 221, SJ 1983 56, SJ 1963 404, SJ 1929 312. Bertossa ad 106 nm1. *Georges Brosset*, "Connexité", FJS no603, 1981, 4.
 - 54) NE Arrêt non publié du 8 octobre 1917, Dame Gilliard contre Edouard Nydegger cité par DuPasquier 20.
 - 55) Vincent/Guinchard 810 am1269.
 - 56) Brosset, "Connexité", FJS 603, 4. Voir également, Deuxième partie, Titre I, Chapitre 3.
 - 57) GE Bertossa ad 106 nm1.
 - 58) GE Bertossa ad 106 nm1.
 - 59) GE Bertossa ad 106 nm1.
 - 60) GE Bertossa ad 106 nm1.
 - 61) VD JT 1975 III 42ss, 47: "Le but de la jonction des causes...est d'éviter des jugements contradictoires et de simplifier l'instruction".
Zöller ad 147 nm1: "§147 dient der Prozessökonomie, ermöglicht die einheitliche Verhandlung, Beweisaufnahme und Entscheidung, wo die Parteien den gesamten Streitstoff ohne sachlichen Grund willkürlich in mehrere Prozesse zerlegt haben".
 - 62) VD JT 1980 III 66ss, 69: "...L'article 76 donne au juge la faculté, non l'obligation d'ordonner la jonction de plusieurs procès..."

§4. L'intervention

L'intervention accessoire (*Nebenintervention*, *Streithilfe*) consiste pour un tiers à participer à un procès lié entre deux autres personnes dans le but d'aider l'une d'elles à obtenir gain de cause (63). Elle peut être dépendante ou indépendante.

L'intervention accessoire dépendante (*abhängige Nebenintervention*) étend la sphère subjective du procès de base qui devient un procès tripartite dans les systèmes d'origine française (64). Elle augmente le nombre des parties (65). Elle tend à l'économie d'une instance et à éviter des jugements contradictoires comme la consorité simple (66). Subordonnée comme cette dernière à l'existence de "conditions de jonction", elle n'est recevable que si le tiers a un intérêt direct dans le procès (67). A l'inverse de la consorité toutefois, elle ne confère pas à toutes les parties jointes les mêmes droits: En dépit de sa qualité de demandeur ou défendeur - selon la position de la partie principale qu'il soutient -, l'intervenant reste un auxiliaire (*Streithelfer* !) (68). Dans les systèmes d'origine germanique, l'intervention accessoire dépendante n'élargit pas le cercle des parties. Le tiers ne devient pas sujet de l'instance, ni consort de la partie soutenue (69).

L'intervention accessoire dépendante ne modifie jamais le cadre objectif de la procédure initiale dont les limites restent exclusivement déterminées par les prétentions des parties principales (70). Ne donnant pas naissance à une instance supplémentaire (71), elle autorise l'intervenant à influencer sur la marche de la procédure.

- 63) BE Jolidon 82. La succombance de la partie principale compromettrait les intérêts de l'intervenant. *Comu/Foyer* 400.
- 64) France: NCPC 66: "Constitue une intervention la demande dont l'objet est de rendre un tiers partie au procès engagé entre les parties originaires...".
VD JT 1966 III 23, JT 1946 III 113.
J.-F. Poudret, Note sur l'intervention volontaire, JT 1975 III 35, 39: "L'intervenant devient partie au procès originaire". Georges Perrin, La tierce-intervention en procédure civile française, allemande et vaudoise, Thèse Lausanne 1938, 95 et 100, le tiers ne devient point partie à l'instance originaire, mais bien à l'instance qu'il intente. Les deux instances sont alors réunies en un même procès.
- 65) Jacques Héron, Droit judiciaire privé, Paris 1991, 75 ch. 91. Salvatore Satta, Diritto processuale civile, 11e éd. Padoue 1992, 173 ch. 86.
- 66) VD Poudret/Wurzbarger/Haldy ad 80/1. Solus/Perrot T. III 885.
- 67) L'intervention est préconisée dans le canton de Vaud lorsque les conditions de la consorité sont remplies: VD Poudret/Wurzbarger/Haldy ad 80/1: "...Les difficultés d'instruction ne pourront justifier le refus de l'intervention que dans le cas de l'article 74c (connexité imparfaite) et non dans celui de l'article 74b (identité de cause)...". Le droit français (NCPC 325) exige un lien suffisant entre l'objet de la demande en intervention et les prétentions initiales des parties en cause. L'appréciation du lien suffisant se confond souvent avec celle de l'intérêt.
- 68) Héron 709 ch. 971: "L'intervenant accessoire se trouve placé dans une position qui n'est ni celle d'un tiers, ni celle d'une partie au sens plein du terme". Solus/Perrot T. III 888 n. 4: "...L'intervention est accessoire, en ce sens que l'intervenant se trouve en quelque sorte dans la dépendance de la partie dont il défend les prétentions...". *Comu/Foyer* 400: "...Il ne compte pas dans l'instance comme partie entière...".
- 69) ATF 113 II 10, 11. AG VJS 1937 116 no35: "Der Nebenintervenient hat weder Klage erhoben, noch ist er verklagt, zwischen ihm und der Hauptpartei bildet sich keine Streitgenossenschaft".
Perrin 57, Matti Streitgenossenschaft 25 et ZPR 1067, Gysler 6, Ovari 9, Stolz 136, Domenig 34. BE Leuch ad 44 ch. 3, Jolidon 82-83, AG Eichenberger ad 57 nm1 et Beiträge 37, AG Keller/Pfisterer ad a32, Stein/Jonas notes prél. ad 59 nm5, Blomeyer 644, Wiczorek ad 67 Al.
Paul Bonard, Les sanctions des règles de compétence, Thèse Lausanne 1985, 55: Son rôle de soutien ne justifie pas qu'il participe à la procédure en tant que partie.
- 70) Jacques Miguet, Immutabilité et évolution du litige, Paris 1977, 228: "La modification apportée ne concerne que les moyens soulevés à l'appui de la demande", Solus/Perrot T. III 887-888; Héron 708 no970.

mais lui interdit de la bouleverser en disposant de l'objet du litige (72). Elle ne lui permet que d'articuler des moyens ou accomplir des actes de procédure compatibles avec ceux de la partie dont il soutient la cause, ce qui se résumera pour lui à étayer les prétentions de cette dernière, à lui fournir des conseils et des pièces ou lui proposer des témoins. La consorité en revanche autorise toutes les parties principales à déduire en justice des droits qui leur sont propres. Simple, elle leur permet de les faire valoir de manière indépendante. Nécessaire, elle les contraint à procéder de concert, mais ne crée pas de lien de subordination entre elles.

Il y a *intervention accessoire indépendante* (*unabhängige Nebenintervention, Streitgenössische Nebenintervention, selbständige Streithilfe*), dite aussi *intervention d titre de consort* (73) ou *intervention conservatoire mineure* (74) lorsque, en vertu du droit applicable au fond, le jugement produira un effet direct sur les rapports entre l'intervenant et la partie adverse et non seulement entre l'intervenant et la partie qu'il soutient (75). Un actionnaire d'une société anonyme peut par exemple intervenir dans l'instance tendant à annuler une décision de l'assemblée générale de la société introduite par un autre actionnaire, car le jugement visé par ce dernier aura force de chose jugée à son égard aussi. L'intervention accessoire indépendante est également donnée lorsque le jugement escompté fait naître ou constate des droits opposables à tous.

Satta 173 n. 72: "...si dice che l'intervento adesivo aggiunge soltanto una nuova parte al giudizio originario e non anche una nuova causa; esso, infatti non modifica l'oggetto del giudizio..." Carpi/Colesanti/Taruffo ad 106 III.

- 71) Jean Graven, Le principe de la chose jugée et son application en procédure civile suisse, Genève 1964, 261: "...L'intervention ne donne pas naissance à une instance. ...Quoi qu'il en soit, qu'il y ait une ou deux instances, il n'y a qu'un seul procès, terminé par un seul jugement statuant sur les prétentions des trois parties: celles-ci pourront donc opposer l'exception de chose jugée à toute nouvelle action sur le même litige". Dans le même sens Perrin 60, pour qui l'intervention est un simple moyen de procédure ne constituant pas une action et ne donnant pas naissance à une instance. Plaçant l'intervention accessoire sur le même pied que l'intervention principale, Claude Bonnard, Sur la classification des exceptions et des exceptions de procédure en droit vaudois, Thèse Lausanne 1948, 162-163 est d'avis contraire. La requête d'intervention engendre selon cet auteur une nouvelle instance: "même si l'intervention en elle-même ne constituait pas une action, la demande d'intervention est en tout cas une requête au juge. Or, cette requête engendre une instance. En effet, le juge doit se prononcer sur le mérite de cette requête et son jugement suppose l'existence d'une instance". En même temps qu'elle augmente le nombre de parties principales, l'intervention provoque également selon cet auteur l'adjonction d'un autre litige au motif que le tiers fait valoir une prétention qui se confond avec celle de la partie assistée par lui de sorte que son intromission aboutit à réunir deux actions dans la même procédure. Ovari 9; Erwin Aschwanden, Die Prozessintervention im argentinischen Zivilprozessrecht, Thèse Zurich 1943, 9; AG Eichenberger Beiträge 47: "Denn durch die Nebenintervention entstehen nicht wie bei der Streitgenossenschaft mehrere grundsätzlich voneinander unabhängige Prozesse".

- 72) L'intervenant ne prétend à rien d'autre autre que ce qui est déjà demandé par la partie principale. Il n'a pas plus de droits que la partie qu'il soutient.

- 73) PCF 15/3, BE 47, UR 64, OW 41/2, FR 94/2, SO 43/2, AR 54/3, AG 57/2, TI 52/2, VS 46/1, NE n35, JU 46, DZPO 47, AZPO 20.

- 74) GE, Mermoud LPC annotée ad 109.

- 75) L'intervenant accessoire indépendant est pour cette raison considéré comme un intervenant qualifié par rapport à l'intervenant dépendant. FR BGC 1952 212.

FR Extraits 1931-32, 97: "Les cas d'intervention comme consort sont non seulement ceux dans lesquels le jugement pourra servir de moyen de preuve, comme l'exercice du droit de recours contre un coobligé ou un garant, mais encore ceux dans lesquels le jugement exercera une influence directe sur la situation de l'intervenant envisagée du point de vue du droit civil. Dans cette situation se trouve par exemple le tiers auquel la prétention, objet du litige a été remise en gage ou pour lequel elle a été saisie dans une procédure de poursuite". Considérant les notions d'extension de chose jugée et d'opposabilité erga omnes comme des notions de droit fédéral - à l'inverse du Tribunal Fédéral (ATF 95 II 639) - , W. J. Habscheid estime que l'intervention à titre de consort doit être admise même dans les cantons qui ne la prévoient pas dans leurs codes de procédure. Habscheid ZPR II 177 nm321.

L'intervention accessoire indépendante a un lien indirect avec la consorité (76). Elle ne subordonne pas l'immixtion du tiers aux conditions de la consorité (77). Elle ne multiplie pas le nombre de parties principales et ne confère pas la qualité de consort au tiers (78), pas même lorsque la partie soutenue se désintéresse complètement du procès et lui laisse le soin de poursuivre le procès. Elle ne crée pas un nouveau lien d'instance alors que la consorité multiplie ce lien (79). Bien qu'elle ne lui confère pas - à l'inverse de la consorité - la qualité simultanée de partie à l'instance et au jugement, elle soumet l'activité du tiers aux règles formelles de la consorité (80). Elle l'assimile à un consort et lui permet de jouir des facultés procédurales réservées à ce dernier (81). Elle lui donne des droits renforcés en raison de la situation de droit matériel (82). Lui reconnaissant comme au consort simple un droit propre à conduire

- 76) RG 108 1924 132, 135: "...streitgenössische Nebenintervention in der sich Eigenheiten der Nebenintervention mit solchen der Streitgenossenschaft vermischen...".
Erwin Aschwanden, Die Prozessintervention im argentinischen Zivilprozessrecht, Thèse Zurich 1943, 80: "...Prozessfigur, zu der das Institut der Streitgenossenschaft keine direkte Beziehung hat...".
- 77) Aschwanden 80: "Aus diesem Grund besteht...keine Veranlassung, den Eintritt des Dritten...von den Voraussetzungen der Streitgenossenschaft abhängig zu machen". *Ernst Staehelin*, Die Nebenparteien im Zivilprozess, Thèse Bâle 1981, 86: "Im Unterschied zum einfachen hat der streitgenössische Nebenintervenant verstärkte Befugnisse: während er bis jetzt nur als reiner Gehilfe des Intervenienten auftreten konnte, nähert sich seine Stellung nun der eines Streitgenossen ohne sie jedoch ganz zu erreichen. Ausgangspunkt für die Betrachtung der selbständigen Intervention ist deshalb immer die Nebenintervention und nicht die Streitgenossenschaft".
- 78) AG VJS 1933 39, VJS 1907 32 no17. VS RVJ 1976 278: "L'ATC précité spécifiait avec raison que l'article 46/1 qui donne à l'intervenant accessoire la qualité de consort n'entraînait aucune conséquence spéciale, parce qu'il ne pouvait s'agir en aucune manière d'un consorçage au sens de l'article 37: celui-ci postule une communauté de droits et d'intérêts alors qu'aux termes de l'article 43, il s'agit de faire valoir un intérêt légitime et personnel".
 RTC 1951 50 no22: "Il est vrai que l'article 46 dispose que si l'intervention accessoire est admise, l'intervenant devient consort au procès de la partie à laquelle il se joint...ce terme de consort de l'article 46 n'a pas la même portée que celui de l'article 37 CPC...".
Hans Jürg Frei, Die selbständige und unselbständige Nebenintervention im schweizerischen Zivilprozessrecht unter besonderer Berücksichtigung ihrer Entwicklung im Kanton Basel-Stadt 1949, 42: "Wäre er Streitgenosse, dann wäre sein Beitritt keine Intervention, sondern Eintritt in den Rechtsstreit". *Perrin* 59, *Staehelin* 90, *Maday* 234: "Die Bezeichnung ist irreführend". *Geiger* 143, *Flepp* 77-78, *Matti* Streitgenossenschaft 26-27, *ZH Sträubli/Messmer* ad 45 nm1, *BE Leuch* ad 44 ch. 3, ad 47 ch. 1, *AG Eichenberger* ad 57 nm1 et Beiträge 37 et 47, *AG Keller/Pfisterer* ad a40 ch. 1, *Stein/Jonas* notes prélim. ad 59 nm5 et 69 nm6, *Blomeyer* 645, *Wieczorek* ad 69 A1a, *Lenti* ZPR 226.
 Pour *Ovari* 17, elle est semble-t-il source de consorité.
 Dans le nouveau code de procédure civile neuchâtelois, l'intervention accessoire indépendante est source de consorité. Voir Deuxième partie, Titre II, Chapitre 4, il en va de même en procédure fribourgeoise en vertu de l'article 94/2; *FR Extraits* 1968 84, *Extraits* 1961 152, *Extraits* 1961 113.
 L'intervention est source de consorité en droit italien. *CPCI* 105.
- 79) *AG Eichenberger* Beiträge 37.
- 80) *Baumbach/Lauterbach* ad 69 A2: "Er gilt als solcher, ist kein solcher, denn er müsste als Partei eintreten, um Streitgenosse zu sein, dies tut er aber gerade nicht...Die Fiktion der Streitgenossenschaft betrifft den Prozessbetrieb, nicht die selbständige Rechtsverfolgung". *Schilken* 392 nm709.
- 81) *BE* 47, *JU* 46 nm: "assimilation à l'un des consorts", *UR* 64: "...So tritt der Intervenant in die Stellung eines Streitgenossen". *VS* 46/1: "Si l'intervention accessoire est admise, l'intervenant devient consort de la partie à laquelle il se joint", "ist die Nebenintervention gestattet worden, so wird der Intervenant Streitgenosse derjenigen Partei, welcher er sich anschliesst".
SG GVP 1956 55 no22: Il est considéré comme partie dans la répartition des frais et dépens, *FamRZ* 1978 205: Il est entendu comme partie et non comme témoin...

le procès - et non un droit qui lui viendrait de la partie assistée -, elle l'autorise à procéder indépendamment de la partie dont il soutient la cause, mais le contraint à procéder dans la même instance alors que le consort simple peut procéder dans une instance indépendante (83). Elle n'oblige plus le tiers à procéder conjointement avec la partie avec laquelle il poursuit des droits communs ce qui la rapprochait de la consorité nécessaire (84), mais lui interdit de disposer de l'objet du litige, car ses droits ne font pas l'objet du procès (85). L'intervention accessoire indépendante est toujours admise lorsque les conditions de la consorité nécessaire formelle sont remplies (86). Qu'il intervienne ou non (87), le tiers se voit opposer le jugement comme s'il avait été partie à la procédure (88) et est atteint par la chose jugée de la même manière que le consort nécessaire formel (89).

L'intervention principale (intervention aggressive, Hauptintervention, Einmischungsklage, Einwirkungsklage) permet à un tiers qui prétend à un droit sur lequel un procès est déjà engagé de profiter du débat déjà ouvert et de devenir l'adversaire des parties initiales ou de l'une d'elles (90). Comme la consorité simple, elle vise l'économie (91). Comme la consorité nécessaire, elle évite la contrariété de décisions (92).

Frei 84: "Ferner ist dabei festzuhalten, dass es sich ...immer um einen terminologischen Streitgenossen handelt". Pour Perrin 221, la qualité hybride de l'intervenant est "difficile à admettre". Il a une situation "bancale". Philippe Schweizer, Le recours en revision, Thèse Neuchâtel 1985, 142.

82) BE Jolidon 84, Perrin 59: "Il n'est qu'un intervenant qui a plus de liberté dans le procès".

83) Aschwanden 79.

84) Frei 43.

Dans l'ancien droit fribourgeois, l'intervenant devenait le consort de la partie avec laquelle il poursuivait des droits communs. Il pouvait exercer toutes les prérogatives d'une partie principale dans les limites fixées par la consorité (FR a68). Deschenaux/Castella 71. FR Extraits 1931-32 95, 97.

Il en était de même sous l'ancien droit bernois (les articles 39 de la loi du 3 juin 1883 simplifiant et abrégant le mode de procéder en matière civile et 42 de la loi de 1847 parlaient de "uneigentlicher Streitgenosse"). RJB 50 1914 85.

Il en allait de même en procédure fédérale: LF provisoire sur la procédure à suivre par devant le TF en matière civile du 22.11. 1850, art. 16. Rec. Off. T. II, 1851, 73ss, 77.

85) Perrin 59, Matti Streitgenossenschaft 27 et Matti ZPR 1067, BE Jolidon 84.

86) Habscheid ZPR II 177 nm321, Edlmann 83-84: "Ein Betroffener, der nicht als uneigentlicher notwendiger Streitgenosse am Prozess teilnimmt, muss zumindest als unabhängiger Streithelfer tätig sein können".

Blomeyer 845, Baumbach/Lauterbach ad 69, Stein/Jonas ad 69 nm8, Grunsky 302, Schilken 392 nm709, Wiczorek ad 69 AIIa et AIIb: "Der Anwendungsbereich des §69 ist umfangreicher als der des §62; denn es ist nicht in jedem Falle, wo eine Streithilfe zulässig ist, auch die Streitgenossenschaft zulässig", ad 69 B: "Der selbständige Streitgehilfe ist so selbständig wie der notwendige Streitgenosse, und im Verhältnis der Hauptpartei und ihm zum Gegner gilt all das, was in diesen Fällen gilt". Hotzhammer ZPR II 114, Rechberger/Simotta 77 nm144.

87) RG 108 132.

Grunsky 302: "...wenn das Urteil auch ohne den Beitritt dem Dritten gegenüber wirken würde".

88) Aschwanden 81, Frei 42, BE Jolidon 84.

89) RG 108 132, RG 93 31.

90) ZH 43, LU 73, SZ 39, NW 44, GL 38, ZG 22, SH 87, AR 52, BL 49/2, VS 41, TI 50.

91) ZH 56 1957 221 no105, 222: "Der Zweck des Institutes ist ein prozessökonomischer; er liegt in der Erleichterung der Prozessführung in einem Verfahren und einem Gerichtsstand gegen die beiden Parteien des Hauptprozesses, statt zweier Prozesse, die u. U. vor verschiedenen Gerichten durchgeführt werden müssten. Das Institut...dient der Verminderung der Prozesse und der Vermeidung widersprechender Entscheidungen". Staehelin 140. Zöller ad 64 nm1, Baumbach/Lauterbach ad 64 1.

L'intervention principale autorise l'intervenant à agir de manière autonome contre les parties originaires lorsque son droit exclut le leur, ainsi lorsqu'il revendique la propriété d'une chose disputée par ces dernières. Elle lui permet de conclure contre l'une d'elles seulement lorsque son droit n'exclut que le droit de cette dernière (93). Un tiers peut par exemple prétendre à une part de l'acompte sur le prix de vente qu'un acheteur veut se faire restituer par le vendeur à la suite de la résolution de la vente. Un courtier peut intervenir pour se faire attribuer une part de la commission qu'un autre courtier réclame au mandant (94).

Dans la conception française, l'intervention principale étend le cadre objectif du procès initial qui sera déterminé tout à la fois par les prétentions respectives des parties principales et par celles de la partie intervenante (95). Dans la conception allemande, elle crée jonction de causes (96).

L'intervention principale multiplie le nombre de parties principales. Dans le système d'origine française, elle consiste en une intrusion du tiers dans le procès originaire qui devient tripartite (97). Dans le système d'origine allemande, elle déclenche un procès nouveau qui vient se greffer sur le premier et dans lequel une ou les deux parties au premier procès sont défenderesses. Elle y est source de consorité (98). La nature de cette consorité ne fait pas l'unanimité. Pour certains auteurs dont nous partageons l'avis, l'intervention principale crée consorité simple entre les codéfendeurs lorsque le droit disputé dans le procès originaire et contesté par le tiers est de nature obligationnelle et consorité nécessaire dans les autres cas (99). Pour d'autres auteurs, l'intervention principale crée toujours consorité nécessaire (100).

Elle n'a pas à relever du même type de procédure que le procès initial. Baumbach/Lauterbach ad 64 3A.

92) Perrin 52: "Le but de l'intervention principale est un jugement uniforme entre trois parties". Zöller ad 64 nm1, Baumbach/Lauterbach ad 64 1.

93) La prétention du tiers doit être inconciliable avec l'objet du premier procès, mais n'exclut pas obligatoirement le droit des deux parties initiales. Lorsque le tiers ne s'en prend qu'à une des parties originaires, il n'y a plus intervention principale. Perrin 54 n. 81, Stachelin 144. Wolff 128.

94) La jurisprudence vaudoise (VD JT 1915 III 138) exige du tiers qu'il se joigne même contre sa volonté en qualité de codemandeur ou de codéfendeur à la partie dont il conteste les droits. Elle est excessive, car le tiers n'entend pas lier son sort à l'une des parties originaires à laquelle il ne cherche pas à se joindre. Le tiers ne veut que faire reconnaître son droit, Perrin 87.

95) Solus/Perrot T. III 887, 898.

96) GR PKG 1989 75 nm12, 79: "Ob der Hauptprozess bis zur Erledigung der Interventionsklage sistiert wird oder beide Verfahren vereinigt werden, hängt von den konkreten Umständen ab und liegt im Ermessen des Richters". Walder ZPR 165: "Der Hauptinterventient richtet seine Klage gegen beide bisherigen Prozessparteien. Zwischen ihm und ihnen entsteht ein neuer Zweiparteienstreit." n. 2: "Es handelt sich gewissermassen um einen 'Prozess gegen den Prozess', Stachelin 150: (Der Interventionsprozess) 'gehört...dem Inhalte nach, nicht aber verfahrensmässig zum ersten Rechtsstreit'. Le tiers peut intervenir dans le premier procès en qualité d'intervenant accessoire. Perrin 55, Stolz 134, Maday 234, ZH Sträubli/Messmer ad 43 nm1, Thomas/Putzo ad 64.

97) Habscheid DJPS 222.

98) *Naftali Kirsch*, Die Hauptintervention und ihre Ausgestaltung in den schweizerischen kantonalen Zivilprozessordnungen. Thèse Zurich 1934, 21 et 38: "Die Hauptintervention stellt einen Sonderfall der subjektiven Klagenhäufung dar". Stachelin 150, Walder ZPR 165, Matti ZPR 1067, Blomeyer 638, Stein/Jonas ad 64 nm16, Thomas/Putzo ad 64, Baumbach/Lauterbach ad 64 1: "Die Einmischungsklage gehört zur Streitgenossenschaft. Denn sie macht die Erstparteien zu Streitgenossen".

99) Comp. TI 50: "Il terzo interviene in via principale quando fa valere, verso tutte le parte od alcune di esse, un diritto proprio totale o parziale sopra l'oggetto della controversia o dipendente dal titolo dedotto nel processo. Tale intervento si propone mediante azione ordinaria in contraddittorio con le parti in lite".

Pour d'autres encore, l'intervention principale constitue un cas de consorité légale n'exigeant la réalisation ni des conditions de la consorité simple, ni de celles de la consorité nécessaire (101).

§5. La dénonciation d'instance et l'appel en cause

Le droit de procédure suisse connaît plusieurs variantes de dénonciation d'instance et leur reconnaît des effets différents. On peut distinguer à cet égard la dénonciation d'instance proprement dite, issue du droit allemand, qui est une démarche sans caractère obligatoire, de la dénonciation d'instance au sens large, d'origine française, connue dans certains cantons romands, que l'on appelle plus fréquemment intervention forcée (102).

La *dénonciation d'instance proprement dite* est une invitation à prendre part à la procédure adressée par l'une des parties à un tiers. Elle consiste à donner connaissance du procès à ce dernier en lui laissant l'initiative des mesures à prendre pour sauvegarder ses droits. Elle l'autorise, s'il entend y donner suite, à représenter le dénonçant (103), à se substituer à lui selon certaines modalités (104), parfois à prendre sa place en qualité de partie (105). Le plus souvent toutefois, elle produit tous les effets d'une intervention dépendante dans le procès (106). Dans ce dernier cas, elle

Habscheid DJPS 223, Guldener ZPR 167 et 316, Kirsch 48, Stacholin 151, Geiger 86, Ovari 17, OW Küchler 133, AG Keller/Pfisterer ad a28 ch. 5 et 6, Thomas/Putzo ad 64, Wolff 128.

Elle autorise le tiers à prendre des conclusions de nature différente: Il agit en exécution contre l'une, en constatation contre l'autre. ZH Sträuli/Messmer ad 43 nm1. NJW 1988 1205: consorité simple.

100) ATF 84 II 394.

Stolz 134-135, ZH Sträuli/Messmer ad 43 nm1, Sträuli/Hauser ad a40 ch. 3.

Maday 234: "Die Streitgenossenschaft als Folge einer Hauptintervention ist...von den andern Fällen notwendiger Streitgenossenschaft grundverschieden. Sie beruht nicht auf einem gemeinschaftlichen Grundverhältnis des materiellen Rechts, sondern auf der Rechtshängigkeit eines Prozesses über den in Frage stehenden Streitgegenstand". Dans le même sens: OW Küchler 132.

Certains auteurs et tribunaux sont plus stricts: L'intervention principale ne crée consorité nécessaire que si les conditions de la consorité nécessaire sont remplies. GR PKG 1989 75 no12, RGZ 100 60, RG 64 321- 322, RGZ 17 379; Perrin 54; Rosenberg/Schwab 297; Blomeyer 638: "Für die notwendige Streitgenossenschaft müssen...die Voraussetzungen des §62 gegeben sein, was kaum je der Fall sein wird"; Wieczorek ad 59 Ala1, ad 64 B1fb3: "Notwendige sind es nur bei Antragsüberlagerung", Thomas/Putzo ad 64.

N'ayant eu en vue que l'hypothèse dans laquelle les parties se disputent un droit réel, le législateur cantonal exige une inchoation conjointe, lors même qu'un droit de nature obligationnelle fait l'objet des prétentions respectives des parties. Il transforme ainsi la consorité simple qui devrait prévaloir en une consorité obligée. Admissible pour des raisons pratiques, le procédé n'implique pas que le jugement à intervenir doit avoir la même teneur à l'égard des deux consorts.

101) AG Eichenberger Beiträge 45, Zöllner ad 64 nm5, Geiger 14: "es ist dies m. E. der einzige Fall, wo nicht auf die Konnexitätskriterien der §§37ff abgestellt wird. Bei näherer Betrachtung zeigt sich allerdings, dass auch hier eine Subsumption unter diesen Bestimmungen möglich erscheint".

102) VD JT 1957 III 20: "...L'évocation en garantie et l'appel en cause sont des institutions de procédure des cantons romands qui ont leur source dans le droit français de procédure et présentent de grandes analogies avec le système de la procédure française d'où il résulte qu'un examen de la jurisprudence française en cette matière peut présenter quelque utilité..."

103) NE n41/1.

104) GR PKG 1989 75 no12.

105) BE 49. La dénonciation d'instance est source de consorité en procédure bernoise lorsque plusieurs tiers prennent conjointement et en qualité de partie la place du dénoncé dans la procédure, Marti Streitgenossenschaft 20.

106) A la différence qu'elle n'est pas spontanée comme l'intervention proprement dite.

ne provoque pas extension du contentieux, n'en change pas l'objet, ni n'en augmente les sujets. Elle ne confère pas au tiers la qualité de consort (107).

La *dénunciation d'instance au sens large*, l'intervention forcée, apparaît sous des formes et dénominations diverses réunies sous le vocable d'*appel en cause* (108). Elle est un moyen à disposition des parties principales pour contraindre un tiers à participer au procès (109) afin de prendre contre lui des conclusions récursoires (*évocation en garantie*) (110), des conclusions actives, directes et connexes (*appel en cause au sens étroit*), ou de lui opposer le jugement (forme proche de la déclaration en assignation de jugement commun du droit français) (111).

Comme la consorité simple, l'intervention forcée favorise l'économie de procédure (112) et permet d'éviter le prononcé de jugements contradictoires (113). Conférant au tiers (114) la qualité de partie (115), elle engendre une pluralité de parties, mais ne les place pas obligatoirement toutes du même côté de la barre (116) et

107) AG VJS 1907 32 no 17. Habscheid DJPS 229.

108) Le droit vaudois ne distingue plus l'évocation en garantie et l'appel en cause. Il donne "à l'appel en cause une portée tout à fait générale qui dépasse la notion traditionnelle et qui absorbe l'évocation en garantie, laquelle disparaît comme système propre devenant un cas particulier d'appel en cause". BGC 1966 706, VD 83-89, VD 83: "Il y a lieu à appel en cause lorsqu'une partie a un intérêt direct à contraindre un tiers à intervenir au procès, a) soit qu'elle ait contre lui, si elle succombe, une prétention récursoire ou en dommages-intérêts, b) soit qu'elle entende lui opposer le jugement, c) soit enfin qu'elle fasse valoir contre lui des prétentions connexes à celles qui sont en cause..."

En procédure valaisanne, l'appel en garantie est une forme de dénonciation. VS 48-60.

Le code de procédure neuchâtelois de 1878 limitait l'appel en cause aux cas de garantie. Le législateur de 1905 a supprimé cette forme de participation de tiers au procès. BGC 70 1905 13, NE RJN 21 194.

La LPC genevoise limite l'appel en cause aux cas de garantie. GE 104-105.

109) GE Bertossa ad 104 nm1: "Par l'appel en cause, la partie à une instance déjà introduite dénonce le litige à un tiers et l'oblige à participer à la même procédure".

110) VD JT 1924 III 120: "L'évocation en garantie... suppose que la partie qui y recourt possède une action récursoire".

111) VD JT 1980 III 66.

Solus/Perrot T. III 903: Aucune condamnation n'est demandée contre le tiers. L'objet de l'instance initiale n'est pas modifié: seul se trouve élargi le cercle des personnes comprises dans le lien juridique d'instance.

112) VD JT 1951 III 23, 30: "...le but de cette institution est de parvenir à ce que les droits des intéressés soient fixés en une seule fois, sans que les plaideurs aient à redouter de nouvelles discussions, sur le même complexe de faits, dans des litiges ultérieurs...en d'autres termes, elle tend essentiellement à diminuer le nombre de procès..."

GE Bertossa ad 104 nm1, VD Poudret/Wurzbarger/Haldy ad 83 ch. 1.

113) VD JT 1950 III 23.

114) L'appel en cause doit en principe être dirigé contre des personnes qui ne sont pas déjà parties à l'instance ou qui n'y sont pas représentées. Il peut être dirigé contre un tiers lié à la partie appelante par un rapport de garantie (GE 104) ou un rapport de codébiteur, mais pas nécessairement par un lien de solidarité: GE Bertossa ad 104 nm3: L'appel en cause est possible dans tous les cas prévus par le droit matériel (CC 342, 429, 603, CO 50, 51, 143, 308, 478, 507, 568, 802, 918). Peut être appelé en cause en qualité de garant un tiers qui peut être tenu pour responsable de l'obligation faisant l'objet de l'action dirigée contre la partie appelante (CC 637, CO 111, 192, 198, 219, 234, 248, 258, 180, 367). Poudret/Wurzbarger/Haldy ad 83 ch. 3.

VD JT 1989 III 7: l'administrateur d'une société insolvable recherché en responsabilité peut appeler en cause les autres administrateurs assumant une responsabilité solidaire avec lui. JT 1937 III 17: Le demandeur à l'action en libération de dette peut évoquer en garantie la caution solidaire qui garantit avec lui la dette litigieuse. JT 1921 III 50: "Aucune disposition du CPC n'interdit à un codébiteur solidaire d'évoquer en garantie son ou ses coobligés". GE SJ 1946 569.

115) VD 88.

ne les lie pas toutes par un lien juridique (117). Elle autorise les parties et le tiers à prendre des conclusions (118) mais n'entraîne pas obligatoirement une pluralité de prétentions (119). Ouvrant un nouveau procès dans lequel le dénonçant apparaît comme le demandeur, le dénoncé comme le défendeur (120), elle est à l'origine d'une pluralité d'instances (121).

Conséquence naturelle du principe selon lequel les plaideurs ont la faculté de déterminer librement les personnes qu'elles entendent appeler devant le juge, l'intervention forcée est pour chacune des parties au procès une faculté discrétionnaire dont elle apprécie l'opportunité au même titre que l'action en justice (122), mais constitue une obligation pour le tiers. Elle implique que les instances jointes relèvent du même type de procédure comme les unités litigieuses de la consorité simple (123). Exigeant du dénonçant un intérêt direct suffisamment caractérisé pour permettre au

VD BGC 1966 706: "Seuls les cantons romands connaissent...l'appel d'un tiers au procès avec cet effet que le tiers appelé est obligatoirement partie et qu'un jugement peut être rendu contre lui comme contre un défendeur". VD JT 1951 III 28: "...l'appelé n'a nullement l'obligation de se joindre à l'appelant et de prendre fait et cause pour lui...l'appelé, sans être nécessairement l'allié de l'appelant devient partie obligatoire au procès, tel qu'il est, quitte à prendre fait et cause pour celui des plaideurs que son intérêt lui commande de soutenir ou s'il n'entend pas procéder à subir les conséquences d'un jugement rendu par défaut en ce qui le concerne..."

116) VD JT 1962 III 27: "...partie opposée à plusieurs plaideurs n'ayant pas qualité de consorts...(défendeur luttant contre un demandeur et des évoqués en garantie)..."

117) L'évocation en garantie crée des liens juridiques entre le dénonçant et le dénoncé mais non entre le demandeur initial et le dénoncé. Il s'ensuit que ce dernier ne peut jamais être condamné au profit du demandeur principal. VD JT 1951 III 23. GE SJ 1933 378. En procédure française, lorsque la garantie est réelle, le garant, demandeur à la garantie, reste partie à l'instance principale. Le garant devient le contradictoire direct du demandeur principal avec cette conséquence que la procédure doit être conduite par ce dernier tout à la fois contre le garanti et le garant. Solus/Perrot T. III 928, Comu/Foyer 401.

118) Le demandeur et le défendeur peuvent prendre des conclusions contre le tiers, celui-ci peut en prendre contre les parties originaires au procès. VD JT 1987 III 2, JT 1983 III 40, JT 1951 III 23, JT 1937 III 10. Poudret/Wurzbürger/Haldy ad 88 ch. 1.

119) Lorsque l'appel en cause est destiné à étendre l'autorité du jugement au tiers, l'appelant n'a pas obligatoirement à prendre des conclusions à l'égard de l'appelé. VD JT 1980 III 66, 69: (Dans le cas de l'article 83b) "l'appelant ne peut conclure qu'à l'opposabilité du jugement; il ne lui est en revanche pas loisible de prendre...des conclusions actives...". GE SJ 1933 378. Olivier Piquet, L'exception de chose jugée, spécialement en procédure vaudoise. Thèse Lausanne 1956, 73 n. 52: "la seule condition à observer...est que l'appelant justifie d'un intérêt légitime à faire trancher avec force de chose jugée à l'égard de l'appelé la question de droit en litige; il y a un tel intérêt lorsque l'objet du litige est un droit commun à plusieurs". Comu/Foyer 400.

120) En exception au principe de la dualité des parties, l'intervention forcée peut cumuler les qualités de demandeur et de défendeur en la même personne. L'appelant a le rôle de demandeur à l'égard du tiers appelé. Le défendeur principal est demandeur dans l'action récursoire. VD JT 1976 III 116, 120. La consorité aussi peut comporter des cas où les consorts cumulent ces deux qualités, ainsi dans les procès en partage.

121) VD JT 1951 III 23. Habscheid DJPS 229: "Cette institution produit une véritable jonction de causes", Piquet 72: "il n'y a donc pas un procès unique à trois parties, mais deux instances distinctes jointes dans un seul procès...L'avantage de la réunion des ces deux instances réside dans le prononcé d'un jugement statuant sur les prétentions des trois parties et qui, sitôt entré en force, sera revêtu de l'autorité de la chose jugée tant pour l'évoqué que pour le demandeur et le défendeur". Solus/Perrot T. III 917: L'intervention forcée ayant la forme d'une véritable demande en justice, elle est autonome. Si l'instance vient à s'éteindre ou si la demande initiale est rejetée, rien ne s'oppose à ce que le procès continue sur la demande en intervention. Il est fait exception lorsqu'il y a indivisibilité. Comu/Foyer 400.

122) La partie est libre d'assigner en déclaration de jugement commun en droit français.

123) VD JT 1985 III 127. Rapp 129-131. Contra: Poudret/Wurzbürger/Haldy ad 83 ch. 3.

juge d'apprécier si l'alourdissement du procès entraîné par l'appel en cause peut légitimement être imposé à l'adversaire de l'appelant, elle est subordonnée à des conditions de jonction qui peuvent coïncider avec celles de la consorité (124). Elle implique que les droits du tiers soient étroitement liés à la solution du litige en cours et suppose comme la consorité simple formelle la présence d'un complexe de faits ou de relations d'affaires entre l'appelant et l'appelé en cause (125). Elle a des liens avec le droit matériel comme la consorité nécessaire (126), mais à l'inverse de cette dernière elle n'est pas imposée par le droit matériel (127) et ne crée pas un tout indissoluble (128). Sans effet sur la situation des parties originaires (129), elle autorise, comme la consorité simple, le prononcé de jugements partiels (130) et à l'instar de cette dernière, ne doit pas distraire les parties de leur juge naturel (131).

Dirigée contre deux ou plusieurs tiers (132), l'intervention forcée peut être source de consorité (133). Elle peut transformer le litige primitif en consorité alternative passive (134), mais ne permet pas de régulariser une procédure mal

124) Poudret/Wurzbarger/Haldy ad 83 ch. 3c.

125) VD JT 1989 III 7, JT 1980 III 66, JT 1978 III 108, JT 1976 III 112, 113, JT 1965 III 19, JT 1962 III 56, JT 1951 III 23, 28: "...il convient d'admettre l'appel en cause lorsqu'à raison d'un complexe juridique commun aux parties et à l'appelé...l'appelant justifie d'un intérêt légitime à pouvoir opposer à ce dernier avec force de chose jugée la décision mettant fin au procès engagé...cet intérêt légitime est réalisé lorsque le litige porte sur un droit appartenant en commun à plusieurs individus...", JT 1934 III 70, JT 1934 III 80, JT 1927 III 10, JT 1900 II 267.

GE Bertossa ad 104 nm5: l'appel en cause n'est pas limité aux cas où la réclamation contre le tiers repose sur le même rapport de droit que celui qui lie les parties principales. Le contraire reviendrait à l'exclure dans tous les cas de garantie et le limiterait à certains cas de solidarité. *Claude Bonnard*, De la classification des exceptions et des exceptions de procédure en droit vaudois, Thèse Lausanne 1948, 164 et n. 14.

La procédure française subordonne l'appel en garantie à un lien de dépendance et de subordination nécessaire. Une identité d'objet et de cause n'est pas indispensable. *Solus/Perrot T. III* 921.

126) La loi de procédure énonce les répercussions de la dénonciation sur la marche du procès, ainsi que la forme de la dénonciation. Le droit matériel règle les rapports entre le dénonçant et le tiers dénoncé, par ex. CO 193. ATF 90 II 404/JT 1965 I 354.

127) GE Bertossa ad 104 nm1.

128) VD JT 1930 III 77, 80: "Un procès où intervient une évocation en garantie n'est pas un tout indissoluble" "... (Ce procès) "se compose en réalité de plusieurs procès lesquels sont plus ou moins liés par les conclusions prises par les parties les unes contre les autres, mais qui n'en restent pas moins distincts".

129) VD JT 1919 III 119, 120 (Evocation en garantie).

130) GE 105: "Il peut être procédé séparément au jugement de la demande originaire, sauf à statuer ensuite sur la demande en garantie, a) si la mise en cause n'a pas été requise d'entrée, b) si le garant n'a pas été appelé dans le délai fixé, c) si la demande originaire est en état d'être jugée et que la demande en garantie ne puisse l'être promptement".

Le droit vaudois ne connaît pas de disposition semblable mais réserve la division de cause. VD JT 1985 III 60: une transaction entre les parties initiales ne met pas fin à l'instance entre l'appelant et l'appelé.

131) GE 104/3.

VD JT 1976 III 82, JT 1961 III 121. GE SJ 1909 692.

VD Poudret/Wurzbarger/Haldy ad 51 ch. 2, GE Bertossa ad 104 nm4.

En droit français, le tiers mis en cause est tenu de procéder devant la juridiction saisie de la demande originaire. *NCPC* 333.

132) Pour un ex. VD JT 1966 III 59.

133) *Comu/Foyer* 400: "Mis en cause par le demandeur originaire, l'intervenant devient, incidemment, l'iusconsort du défendeur. Un lien direct et nouveau se crée entre demandeur et intervenant". Assignation en déclaration de jugement commun.

134) VD JT 1976 III 112, 116: La possibilité d'actions alternatives ouvertes par un demandeur contre un défendeur et contre un tiers réalise l'hypothèse typique de l'appel en cause, JT 1963 III 14: "...L'appel en cause suppose l'exercice d'actions alternatives contre le défendeur

introduite et de reconstituer la consorité nécessaire (135). Elle peut se produire dans le cadre de la consorité (136).

La mise en cause d'un tiers par le juge (*Beiladung*, Adzitation) est une institution très éloignée de l'intervention forcée (137). En procédure fédérale et dans le canton d'Appenzell Rhodes Extérieures, elle permet au juge de parfaire la qualité pour agir ou pour défendre des consorts nécessaires matériels et d'éviter un prononcé d'irrecevabilité ou de mal fondé (138). Elle est, comme la consorité simple, justifiée par économie de procédure (139) et ne confère au juge qu'une faculté (140). Elle ne constitue jamais une contrainte pour le consort qui s'est abstenu ou qui a été omis. Elle est préconisée lorsqu'il y a consorité nécessaire formelle pour garantir le droit d'être entendu des parties concernées par l'autorité ou l'effet constitutif du jugement (141).

La mise en cause est liée en procédure française au caractère collectif de procès qui concernent "plusieurs autres personnes dont les intérêts sont identiques" (142) et dont la présence paraît au juge nécessaire à la solution du litige. Simple invitation (143), elle est admise notamment en matière de filiation (144) en raison du caractère indivisible de la filiation mais également dans le but de prévenir une éventuelle tierce-opposition (145).

Le droit italien permet à une partie d'appeler en cause un tiers qui deviendra consort simple (146) et confère, en matière indivisible, au juge de recours le pouvoir

et l'appelé, actions qui doivent avoir pour fondement un complexe de fait et de droit commun au demandeur et à ses adversaires...".
VD Poudret/Wurzburg/Haldy ad 83 ch. 3c.

135) Elle diffère en cela de la mise en cause (*Beiladung*) prévue à l'article 24/2a PCF et dans certains cantons.

136) Un défendeur peut appeler en garantie son partenaire. Solus/Perrot T. III 920.

137) Voir Troisième partie, Titre II, chapitre 5.

138) MCF FF 1947 II 1001ss, 1020.
Habscheid ZPR II 157 nm288.

139) Habscheid ZPR II 157 nm288.

140) PCF 24/2a, AR 111/2a.

Dans les cantons de Lucerne (LU 74) et des Grisons (GR 29), la mise en cause est subordonnée à requête du demandeur ou des deux parties initiales.

141) Habscheid ZPR II 158 nm288.

142) Solus/Perrot T. III 907-908: L'objection majeure vient de ce que l'intervention modifie l'étendue du lien juridique d'instance quant aux personnes en cause, et aussi parfois quant à l'objet du litige lorsqu'elle tend à obtenir la condamnation du tiers appelé en cause. Elle va à l'encontre du principe que seules les parties ont le pouvoir d'introduire une instance et d'en déterminer l'objet. Le tiers devient partie à l'instance contre son gré. 909: Le juge ne saurait prononcer contre un tiers mis en cause d'office une condamnation qui n'aurait pas été demandée par les parties.

La mise en cause est tenue par certains auteurs pour une mesure d'instruction destinée à une meilleure information du juge. Glasson/Tissier/Morel T. I 642-643 ch. 251, Vincent note Dalloz 1958 384.

143) Jacques Héron, Droit judiciaire privé, Paris 1991, 710 ch. 973: "Le mot utilisé doit être pris dans son sens ordinaire: l'invitation n'est pas un ordre". Ce n'est qu'en matière gracieuse que le juge peut ordonner la mise en cause d'un tiers: NCPC 332/2.

La mise en cause est parfois sinon fortement conseillée, voire obligatoire, pour des raisons qui tiennent au souci de vider globalement un litige qui peut intéresser collectivement plusieurs personnes et éviter toute contrariété de chose jugée, mais aussi à celui d'éviter le mal-fondé de la demande pour défaut de légitimation. Le principe même de la maîtrise des parties sur l'instance est ici touché. Solus/Perrot T. III 905.

144) CCFr 311-10 al. 2: "Les juges peuvent d'office ordonner que soient mis en cause tous les intéressés auxquels ils estiment que le jugement doit être rendu commun".

145) Louis Boyer, Les effets des jugements à l'égard des tiers, RTDC 1951 163ss, 203 n. 7.

146) CPCI 105. Carpi/Colesanti/Taruffo 185 ad 105.

d'ordonner d'office la mise en cause des cointéressés qui ne sont pas parties à l'instance (147).

§6. Les litiges à caractère collectif et les actions de groupes

I. Les litiges à caractère collectif

De plus en plus nombreux sont les cas dans lesquels la demande en justice est formée contre un ensemble de personnes dont l'assignation individuelle en qualité de défendeurs est extrêmement malaisée, voire même impossible. Il est demandé par exemple à un juge de prononcer l'expulsion d'un personnel en grève qui occupe les lieux du travail ou en entrave l'accès (148) ou de veiller à l'évacuation d'une église occupée (149) ou d'appartements squattés (150).

La question a fait l'objet de nombreux développements en droit français. Plusieurs solutions concevables ont été successivement ou simultanément pratiquées.

La plus classique applique les règles de la consorité simple et exige le respect du principe de la divisibilité de l'instance (151). Comme l'autorité de la décision ne s'étend qu'aux parties assignées, la solution a pour conséquence que, faute d'assignation personnelle, la sentence n'a pas d'effets à l'égard des personnes non actionnées. Juridiquement inattaquable, elle est pratiquement problématique, car elle prive le demandeur d'un titre exécutoire contre toutes les personnes concernées.

147) CPC 107: "Il giudice, quando ritiene opportuno che il processo si svolga in confronto di un terzo al quale la causa è comune, ne ordina l'intervento". "Le juge, quand il estime opportun que le procès se déroule en présence d'un tiers auquel le litige est commun, en ordonne l'intervention". CPC 270: "La chiamata di un terzo nel processo a norma dell'art. 107 può essere ordinata in ogni momento dal giudice istruttore per un'udienza che all'uopo egli fissa. Se nessuna delle parti provvede alla citazione del terzo, il giudice istruttore dispone con ordinanza non impugnabile la cancellazione della causa dal ruolo". "L'appel d'un tiers au procès selon la règle de l'article 107 peut être ordonné à tout moment par le juge instructeur pour une audience qu'il fixe à cette fin. Si aucune des parties ne pourvoit à la citation du tiers, le juge instructeur prescrit par une ordonnance inattaquable la radiation de la cause du rôle". CPC 331: "Se la sentenza pronunciata tra più parti in causa inscindibile o in causa tra loro dipendenti non è stata impugnata nei confronti di tutte, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio fissando il termine nel quale la notificazione deve essere fatta e, se è necessario, l'udienza di comparizione. L'impugnazione è dichiarata inammissibile se nessuna delle parti provvede all'integrazione nel termine fissato". "Si la sentence prononcée entre plusieurs parties dans un litige indivisible ou dans les litiges dépendant entre eux n'a pas été frappée d'une voie de recours dans les rapports de toutes les parties, le juge ordonne l'entrée de celles-ci dans l'instance en fixant le délai dans lequel la notification doit être faite et, si cela est nécessaire, l'audience de comparution. La voie de recours est déclarée irrecevable si aucune des parties n'entre dans l'instance dans le délai fixé". 332: "Se l'impugnazione di una sentenza pronunciata in esuse scindibili è stata proposta soltanto da alcuna delle parti o nei confronti di alcuna di esse, il giudice ne ordina la notificazione alle altre, in confronto delle quali l'impugnazione non è preclusa o esclusa, fissando il termine nel quale la notificazione deve essere fatta e, se è necessario, l'udienza di comparizione". "Si la voie de recours d'une sentence prononcée dans des causes divisibles a été intentée seulement par quelques-unes des parties ou à l'encontre de quelques-unes d'entre elles, le juge en ordonne la notification à celles vis-à-vis desquelles le recours n'est pas interdit ou exclu, en fixant le délai dans lequel la notification doit être faite et si cela est nécessaire, l'audience de comparution (trad. Y. Lohin).

148) G. Lyon-Caen, L'occupation des lieux du travail et la procédure, Droit ouvrier 1977, 467ss.

149) Tribunal de Grande Instance Paris, I.A. 1977, J.C.P. 1977 II 18665, note M. C. Seffert.

150) Norbert Kleffmann, Unbekannt als Parteibezeichnung, Zivilprozessuale Möglichkeiten und Grenzen, dargestellt am Beispiel einer auf Räumung gerichteten einstweiligen Verfügung gegen Hausbesitzer, Frankfurt-sur-le-Main/Berne/New York 1983; Hans Litsen, Räumungstitel gegen Unbekannt ?, NJW 1982 1136ss; Hilmar Raeschke-Kessler, Einstweilige Verfügung gegen Unbekannt - ein Mittel gegen Hausbesitzer ?, NJW 1981 663ss.

151) Solus/Perrot T.III 22 n. 3 et la jurisprudence citée.

Une solution intermédiaire - abondamment pratiquée et à l'origine d'une abondante jurisprudence (152) - consiste à assigner uniquement quelques personnes choisies en raison de leurs fonctions représentatives, les délégués syndicaux ou les représentants du personnel par exemple et d'admettre l'extension de la mesure d'expulsion à l'ensemble des cointéressés par l'idée d'une représentation par les délégués assignés ou d'une autorité de fait sur les grévistes (153). Elle est jugée trop radicale, puisqu'elle conduit à la condamnation d'une personne qui n'a pas eu l'occasion de se défendre.

La solution actuellement admise est un compromis (154). Le juge, après s'être prononcé à l'égard des plaideurs assignés, étend provisoirement la décision à tous les cointéressés par le biais d'une ordonnance sur requête. L'extension de la sentence, qui doit avoir été demandée, ne peut être accordée d'une part que s'il y a urgence et qu'il s'est avéré impossible d'assigner individuellement chacun des intéressés, d'autre part que si le prononcé de la sentence a été précédé d'un débat contradictoire (155). Le cointéressé non assigné et lésé par l'extension peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance pour en obtenir la rétractation dans le cadre d'un débat contradictoire (156).

II. Les actions de groupe (157)

Il arrive que des actes particuliers portent atteinte aux intérêts d'un grand nombre de personnes et leur causent individuellement un préjudice minime. Les personnes ainsi lésées sont souvent dans des conditions inadéquates pour obtenir la protection juridictionnelle du préjudice subi. Une procédure judiciaire individuelle est en effet hasardeuse en raison de sa longueur mais également de son coût hors de proportion avec les intérêts en cause.

La conception individualiste du procès s'étant révélée inadaptée à la protection de ces intérêts collectifs (158), une technique de regroupement de demandes individuelles a été créée dont la fonction première est de permettre l'accès à la justice de plaideurs isolés et démunis qui sans la faculté de se regrouper renonceraient à faire valoir leurs droits. Fondé sur un élargissement de la qualité pour agir du plaideur unique (159), ce nouveau moyen de procédure consiste en une mise en oeuvre collective de droits d'actions individuels (160). Il permet à un plaideur unique de rassembler derrière lui les réclamations individuelles similaires à la sienne, après qu'il en ait reçu l'autorisation d'un juge (161) et inclut toutes les personnes qui ne se sont pas désolidarisées de l'action engagée (162).

(152) Solus/Perrot T.III 22 et notes y afférentes.

(153) Solus/Perrot T.III 22 n. 2.

(154) Arrêt Ferredo: Dalloz 1977 645 note A. Jeammaud, J.C.P. 1978 II 18992 note Y. Desdevises, Gaz. Pal. 1977 2. 612 note R. D., Droit social 1978 119 note J. Savatier, RTDC 1977 602 obs. J. Normand.

(155) Solus/Perrot T. III 23 et la jurisprudence citée.

(156) NCP 496.

(157) Ou recours collectifs. Jacques Héron, Droit judiciaire privé, Paris 1991, 66ss, no 76ss.

(158) Jean Calais-Auloy, Vers un nouveau droit de la consommation, Documentation Française, juin 1984, 89: "Le droit judiciaire...essentiellement fait pour les litiges individuels n'apporte aux litiges collectifs que des solutions imparfaites".

(159) Québec CPC art. 999: "Moyen de procédure qui permet à un membre d'agir en demande sans mandat pour le compte d'autrui".

(160) Noël J. Mazen, Le recours collectif: réalité québécoise et projet français, Rev. int. de droit comparé, 1987 373ss, 375.

(161) Québec CPC 1002.

(162) Théorie de l'opting out par opposition à celle de l'opting in qui implique une inclusion expresse des membres du groupe.

S'inspirant d'une loi anglaise (163), les Etats-Unis sont les pionniers des class actions (164). Ils y consacrent même une revue (165). Dans le contexte francophone, elles existent au Québec (166). Un projet de loi visant à introduire les actions de groupe en droit judiciaire a été élaboré en France (167). Notre pays ne connaît pas encore de mécanisme collectif qui faciliterait l'action commune de personnes qui ont subi chacune un dommage à raison d'une cause commune (168), mais la question commence à occuper les auteurs (169).

L'action de groupe s'inscrit difficilement dans la procédure civile traditionnelle dont elle métamorphose certains principes. Comme la consorité simple, elle est fondée sur la similarité (170) des situations juridiques (171) et vise l'économie de procédure (172), mais s'en distingue fortement. Mode d'exercice collectif - et non mise en oeuvre juxtaposée comme la consorité - de droits d'action individuels (173), elle confère à un

- 163) Au cours du XVIII^e siècle, la Cour de Chancellerie imposait la jonction de toutes les personnes intéressées au jugement final. Comme il était souvent difficile de les réunir lorsqu'elles étaient nombreuses et pour permettre au juge de se prononcer, la règle de jonction obligatoire a été assouplie et la représentation de principe des parties absentes autorisée. Mazen 381; Héron 67 no76.
- 164) Federal rules of civil procedure, United States Code Service, Layers Edition, r. 23 (F.R.C.P. 23).
- 165) Class action Report (C.A.R.).
- 166) Loi du 8 juin 1978, entrée en vigueur le 19 janvier 1979 et formant le livre neuvième du code de procédure civile du Québec (art. 999 à 1052).
- 167) Proposition de loi présentée par MM. Jean Proriol, Bernard Stasi et Adrien Zeller, enregistrée le 20 décembre 1984, Journal officiel de l'Assemblée nationale 1984-85, Document no2554.
Serge Guinchard, L'action de groupe en procédure civile française, Rev. internationale de droit comparé, 1990 599ss; Francis Kermaleguen, A propos de règlement des litiges de masse, in: La terre, la famille, le juge, Mélanges Henri-Daniel Cosnard, Paris 1990, 367ss; Raymond Martin, Le recours collectif au Québec et perspective pour la France, J.C.P. 1986 I 3255, Raymond et Jacques Martin, L'action collective, J. C. P. 1984 I 3162.
- 168) La loi fédérale sur la responsabilité civile en matière nucléaire (LRCN, RS 732.44) ne prévoit qu'un embryon de class action.
- 169) Jacques-Michel Grossen, La protection des intérêts collectifs et des intérêts dispersés dans le procès civil, Rapport suisse au II^e Congrès international de procédure civile, Würzburg 1983, inédit, cité par Luc Thévenoz (voir infra); Walter Stoffel, L'image du plaideur: du demandeur individuel aux intérêts de groupe, L'image de l'homme en droit, Mélanges à l'occasion du centenaire de l'Université de Fribourg, Fribourg 1990, 497ss; Luc Thévenoz, L'action de groupe en procédure civile suisse, Rapports suisses présentés au XIII^e Congrès international de droit comparé (Montréal 19-24 août 1990), Zurich 1990, 129-155.
- 170) Elle est subordonnée à la similitude de situation des personnes intéressées ("commonality"): Le groupe doit être homogène, par exemple le groupe d'acheteurs d'un modèle donné de véhicule d'une même série et comportant le même défaut. Québec CPC 1003 lit. a: Les recours des membres "soulèvent des questions de droit ou de faits identiques, similaires ou connexes". L'article 67 CPC du même code relatif à la jonction des parties exige l'identité des questions de droit ou de fait. Stoffel 500.
Comp. Schack 75 n. 524: "Für Grossunglücke...kommt eine class action...kaum in Frage da hier typischerweise nicht die common question, sondern die individuelle Schadenshöhe dominieren".
- 171) M. Bouchard, L'autorisation d'exercer le recours collectif cité par Mazen 384, n. 105: "Le recours collectif peut être utilisé dans les cas où des questions importantes se recoupent de façon substantielle en pratique mais où le droit fait en sorte qu'une foule de petites questions individuelles subsistent".
La condition est difficilement applicable, car elle suppose la présence des membres du groupe. Le juge ne peut ainsi se fier aux déclarations du représentant et présumer le caractère commun des demandes comme le remarque avec pertinence H. Patrick Glenn, A propos de la maxime "nul ne plaide par procureur", RTDC 1988, 59ss, 71.
- 172) Francis Caballero, Plaidons par procureur, De l'archaïsme de procédure à l'action de groupe, RTDC 1985, 247ss, 275.

seul individu le droit d'invoquer des droits individuels (174) et d'impliquer dans une procédure judiciaire les titulaires de ces droits sans être au bénéfice d'un mandat de leur part (175). Elle fait reposer la qualité pour agir du plaideur unique sur le consentement présumé de tous les membres du groupe qui ne se sont pas exprimé en sens contraire (176) et conduit ainsi à une fiction automatique de mandat tacite (177). Elle est rarement passive (178) et n'est jamais reconventionnelle (179). Autorisant un jugement à portée générale, elle bouleverse le principe de l'autorité de la chose jugée, car elle permet à tous ceux qui, inorganisés, se trouvaient dans une situation identique (180) d'invoquer ou se voir opposer le jugement obtenu dans une procédure à laquelle ils n'ont pas été parties, mais au cours de laquelle ils ont été représentés sans qu'ils l'aient demandé (181). A l'inverse, la consorité appelle une décision distincte en faveur de chaque demandeur et ne permet pas d'opposer le jugement au cointéressé qui n'a pas participé à la procédure. La règle comporte des exceptions: Dans certains cantons, le consort nécessaire qui s'est abstenu ou qui a été omis devient partie au procès malgré lui par le truchement de la mise en cause (Beiladung). Le consort nécessaire formel peut revendiquer ou se voir opposer le jugement.

L'action de groupe touche au droit substantiel. Elle métamorphose la conception de la responsabilité civile et de réparation du dommage: Ce ne sont pas les seuls dommages subis par les parties à la procédure qui font l'objet du jugement, mais les préjudices de tous les membres du groupe (182).

L'action de groupe est considérée comme subsidiaire à la consorité simple (183). Elle ne peut être mise en œuvre que lorsque la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'utilisation de procédures normales (184). Elle est préconisée

-
- 173) Mazen 375.
 - 174) L'action de groupe maintient le caractère individuel du fond du droit: Chacun des membres du groupe doit avoir un intérêt juridique, né et actuel, direct et personnel dans le résultat de la cause. Mazen 384 n. 45 et les références citées.
 - 175) Mazen 392: Le dépôt de l'action de groupe interrompt la prescription et en fait bénéficier tous les membres du groupe.
 - 176) S'il autorise l'action de groupe, le juge désigne le représentant. L'action fait alors l'objet d'une publicité, individuelle ou collective (articles de presse) destinée à informer les membres du groupe. Une fois avertis, ces derniers peuvent s'exclure du groupe. Ceux qui ne le sont pas sont représentés par la personne que le juge a désignée.
 - 177) Elle se rapproche en cela de la gestion d'affaires sans mandat.
 - 178) Québec CPC 999d. Mazen 387, Martin J.C.P. 1986 1 3255.
 - 179) Québec CPC 172/2.
 - 180) Québec CPC 1027: "le jugement final décrit le groupe et lie le membre qui ne s'en est pas exclu".
Jean Vincent/Serge Guinchard, Procédure civile, Paris 1991 51-52 nm35.
 - 181) Vincent/Guinchard 51 nm35: l'action contrevient au principe de l'autorité relative de la chose jugée.
 - 182) Le juge peut évaluer collectivement le dommage subi par les membres du groupe. La somme fixée par lui constitue une sorte de forfait calculée à partir du préjudice moyen subi par les membres du groupe. Il fixe une somme globale en tenant compte du nombre probable des membres du groupe.
L'action collective a parfois une connotation punitive. Le juge peut décider qu'en raison du faible montant de chaque préjudice aucune distribution individuelle ne sera effectuée et que le dédommagement sera versé à un fond de charité. Il s'agit alors d'une amende de type pénal prononcée par un juge civil au profit d'un patrimoine autre que celui de l'Etat.
 - 183) L'action de groupe déroge à la consorité en droit québécois. Art. 59 CPC (action commune). Mazen 384: "...l'utilisation du mandat ou celle de la réunion d'actions ne permettraient pas d'engager les procédures nécessaires dans des contextes impliquant en même temps un grand nombre de plaideurs et le faible montant de leurs réclamations".

lorsque l'importance et la composition du groupe sont telles que la constitution des plaideurs en consorité simple devient impossible (185). La consorité simple est jugée plus adéquate à rationaliser la procédure lorsque le groupe est petit et que les intérêts en jeu de chaque membre sont d'une certaine importance (186).

L'action de groupe n'est en droit suisse pas envisagée de lege ferenda. MM. Stark et Knecht proposent toutefois une communauté obligatoire de consorts simples fondée sur une disposition spéciale du droit de procédure et proche de l'action de groupe. Le système envisagé amalgame et développe la communauté des créanciers en matière d'emprunts par obligations (CO 1157ss) et l'assemblée des créanciers en matière de faillite (187). Une telle communauté peut être formée par le juge si le défendeur donne son accord ou si les consorts actifs le demandent. Elle ne peut être créée que si plus de cent lésés forment des prétentions d'au moins Fr. 10'000.- chacune, basées sur les mêmes faits et à l'encontre d'un seul et même défendeur. Elle suppose la nomination par le juge d'un représentant qui devra sauvegarder les intérêts de tous les lésés, même ceux qui n'auraient pas donné leur accord, mais qui sont quand même tenus d'annoncer leurs créances. Si la communauté obtient gain de cause, elle disposera d'un jugement constatant la responsabilité de principe du défendeur et autorisant chaque membre à faire valoir individuellement sa prétention.

§7. La consorité devant la justice pénale

Il n'y a pas consorité lorsqu'une instruction pénale est ouverte en raison des mêmes faits contre plusieurs coaccusés, mais jonction d'actions pénales (188). La règle se justifie par le fait que la responsabilité et la peine sont des notions strictement

184) Héron 68 ch. 78. *William B. Fisch*, European analogues to the class action: Group-Action in France and Germany, *American Journal of comparative law*, vol. 27, 1979, 51ss.

185) "numerosity". Québec CPC 1003c: "La composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des article 59 (action commune) ou 67 (jonction des parties)". Stoffel 507; *Haimo Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, Munich 1988, 73-74: "Zu den wichtigsten Voraussetzungen gehören die Grösse der Klasse, die eine subjektive Klagenhäufung nicht mehr zulässt, das gemeinsame Interesse und die faire Vertretung der Interessen aller Klagenmitglieder"; Mäzen 405: Les procédures de jonction doivent être impraticables.

Peter Gotwald, Class action auf Leistung von Schadenersatz nach amerikanischem Vorbild im deutschen Zivilprozess, ZJP 91 1978 1ss; *Harald Koch*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, Die class action des amerikanischen Rechts und deutsche Reformprobleme, Frankfurt-sur-le Main, 1976; *Schlurmann*, Die class-action im Recht der USA, Thèse Cologne 1978.

La législation autorisant les actions de groupe a provoqué aux Etats-Unis une multiplication de recours collectif groupant parfois des millions d'intéressés tant et si bien que les tribunaux américains, craignant qu'il n'en soit fait une utilisation abusive, ont tenté d'en limiter l'impact en interprétant restrictivement les conditions gouvernant leur mise en oeuvre. Cour Suprême, *Oppenheimer fund Inc. v. Sanders*, 437 U.S. 340 (1978). La jurisprudence américaine exige que, lorsque les droits des membres peuvent être formellement et pratiquement individualisés, tous les membres de la classe reçoivent une notification personnelle aux frais du demandeur, même si le nombre de plaideurs formellement identifiés est élevé: Cour Suprême, *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974). A l'inverse de la consorité simple et spécialement de la consorité simple formelle, les demandes des membres du groupe ne sont pas additionnées pour fixer la valeur litigieuse, notamment atteindre le seuil de \$10'000 pour donner compétence aux juridictions fédérales américaines, ce qui réduit considérablement le champ d'application des actions de groupe. Cour Suprême, *Snyder vs. Harris* 394 U.S. 332 (1969), 394 U.S. 1025 (1969). Il n'y a pas non plus attraction de compétence: Il ne suffit pas que l'un des membres de la classe formule une demande supérieure à \$10'000. *Zahn vs. International Paper Co.* 414 U.S. 291 (1973).

186) Stoffel 501 et 503.

187) *Emil W. Stark/Siefran Knecht*, "Einführung einer Zwangsgemeinschaft für Geschädigte bei Massenschäden", RDS 97 1978 I 51-80.

188) Pour des exemples: VS RVJ 1977 161, RVJ 1975 341.

individuelles et que les circonstances particulières à chaque accusé ne peuvent être appréciées de la même manière. La jonction d'actions pénales n'interdit toutefois pas une instruction commune et le prononcé d'un seul jugement. Elle autorise exceptionnellement un recours commun (189).

Il peut en revanche y avoir consorité lorsque, le droit cantonal autorisant une personne à demander la condamnation à une peine et à une somme d'argent d'une autre personne dans les formes de la procédure civile, plusieurs personnes se plaignent d'une injure (190) ou plusieurs personnes sont poursuivies pour ce motif (191). Certains auteurs et tribunaux n'admettent toutefois que la consorité simple formelle et excluent la consorité simple matérielle et la consorité nécessaire au motif que la protection de l'honneur constitue un droit strictement personnel qui ne saurait appartenir à plusieurs conjointement (192). Pour d'autres, l'existence d'une pluralité de lésés ne permet que l'application par analogie des règles de la consorité simple (193).

Si la jurisprudence et la doctrine admettent la consorité dans les procès pénaux soumis à des règles civiles, elles interdisent en revanche le cumul dans un procès civil de prétentions civiles et de prétentions pénales en la forme civile (194).

La consorité est également autorisée dans les causes pénales comportant constitution de partie civile. Des conclusions civiles peuvent être prises par des lésés ou contre plusieurs coaccusés dans la mesure où les conditions de la consorité sont remplies (195). Le juge examine l'admissibilité de cette dernière en se référant aux

Florian Imer, La jonction et la disjonction de poursuites pénales, RJB 70 1934 204ss.

189) FR Extraits 1959 220.

190) ZH RBOG 1889 no78, SZ Kantonsgericht, 9.12.1907: "Richtet sich die Injurie gegen die Gebrüder N.N., so steht jedem derselben das Recht zu, als Kläger aufzutreten, und es ist nicht nötig, dass die Gebrüder N. N. als Kläger auftreten". TG RBOG 1951 67 no5.

Roland Max Schneider, Der Ehrverletzungsprozess im thurgauischen Recht, Thèse Zurich 1977, 84.

La consorité n'a pas toujours été admise par la jurisprudence dans les procès pour injure: AG VJS 1942 70 no22, VJS 1941 69 no20, SZ RBOG 1908 37, BL Amtsbericht 1911 31, 33. *Heinrich Heer, Die prinzipale Privatstrafklage im schweizerischen Rechte, Thèse Zurich 1924, 39:* "Wir können nicht einsehen, warum das Obergericht des Kt-Baselstad die Streitgenossenschaft in Privatstrafklageverfahren ausschliesst. Es begründet seine Stellungnahme dadurch, dass §44 nur auf zivilrechtliche Verhältnisse Rücksicht nehme, dass aber auf das Privatstrafklageverfahren nur diejenige Grundsätze des Zivilprozesses Anwendung finden, die ihrer Natur nach auf dieses Verfahren anwendbar seien, dass aber, da ein Delikt nicht als rechtsgeschäftliche Handlung aufgefasst werden könne, auch eine Analogie zum Rechtsgeschäft ausschalt jeder zulässigen Interpretationsmöglichkeit tiege".

191) *Schneider 85:* "Sind bei Ehrverletzungsstreitigkeiten die Mitäter und Teilnehmer an der Straftat bekannt, so können sie gemeinschaftlich belangt werden". Le for de la consorité est inapplicable dans cette hypothèse: ZH RSJ 36 1940 241 no166. *Schneider 63-64.*

192) *Heer 39:* "Für die notwendige Streitgenossenschaft...ist im Privatstrafklageverfahren kein Raum", *Fritz Staub, Der glarnerische Ehrverletzungsprozess, Thèse Zurich 1909, 59ss, Schneider 83.*
Comp. AG VJS 1942 70 no22: "Bei Kollektivinjurien ist die Einrede der notwendigen Streitgenossenschaft... mangels entsprechender Vorschrift im Zuchtpolizeiverfahren, zwar nicht zulässig; die analoge Anwendung der zivilprozessualen Vorschriften über die passive Streitgenossenschaft erscheint in solchen Fällen jedoch als wünschenswert".

193) SZ RBOG 1908 37.

Benno Weber, Das Privatstrafverfahren nach aargauischem Recht, Thèse Zurich 1987, 75-76: "Hat der Täter mit einer strafbaren Handlung gleich mehrere Personen verletzt..., so steht jedem dieser Verletzten ein selbständiges Klagerecht zu. Verurteilt darf der Beklagte aber nur einmal werden, da es sich nicht um die Durchsetzung eines zivilrechtlichen Anspruchs eines einzelnen Klägers gegen den Beklagten geht, sondern um die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches. Eine mehrmalige Bestrafung für die gleiche Tat ist aber ausgeschlossen. Es drängt sich aus diesem Grund zwingend auf, dass derartige Klagen mehrerer Verletzter zu einem Verfahren vereinigt werden, wobei die Kläger eine ähnliche Stellung haben wie die einfachen Streitgenossen im Zivilprozess".

codes de procédure civile (196). La consorzié peut être simple (197) ou nécessaire (198) devant la juridiction pénale (199).

- 194) LU Entsch. 1939 1000 no768.
- 195) *Peter Conrad*, Die Adhesion im aargauischen Strafprozess, Thèse Zurich 1972, 117 et n. 17: "wenn auch nicht aus der Strafprozessordnung, so ergibt sich das doch aus der Natur der Sache". *Theodor Weiss*, Die Behandlung connexer Civil- und Strafsachen in der schweizerischen Prozessgesetzgebung, Thèse Zurich 1893, 77. *Ulrich Isch*, Die Stellung des Geschädigten im solothurnischen Strafprozess, Thèse Berne 1971, 86: "...Allerdings wird, wenn mehrere Berechtigte im Strafverfahren als Adhärenenten...in Form einer Streitgenossenschaft auftreten, die Gefahr der Prozessverzögerung besonders gross und daher eine Verweisung ad separaturn oftmals angebracht sein. Dies ist aber kein Grund zum vornherein jeden nur mittelbar Betroffenen vom Adhäsionsweg auszuschliessen".
- 196) La procédure pénale renvoie aux règles de procédure civile en ce qui concerne les conclusions civiles. Par ex. UR CPP 1/2.
- 197) L'auteur blesse plusieurs personnes. Plusieurs auteurs ont causé des dommages à la propriété de la même personne.
FR Extraits 1952 223: "S. E. et son fils E. ont déposé plainte pénale commune...ils se sont constitués partie civile et ont conclu solidairement à la condamnation solidaire d'A.C. et J. T. Ils revêtent donc la qualité de consorts...". Extraits 1941-43 80: "Il faut reconnaître qu'en présence de plusieurs plaintes pénales déposées de part et d'autre par diverses personnes impliquées dans une rixe, il serait souhaitable que le sort de toutes les conclusions civiles prises par les différents plaignants fût fixé par le même jugement, alors même qu'une seule condamnation pénale a été prononcée. Le juge pénal saisi de l'ensemble du litige est bien placé pour se prononcer en connaissance de cause au for du délit, et des frais excessifs hors de proportion avec l'importance du litige, des inconvénients inhérents à de multiples procédures pourraient ainsi être évités. Il est toutefois de jurisprudence que de simples inconvénients de procédure...ne sauraient l'emporter sur le principe du for du domicile". AG AGVE 1980 54 no12, 57.
Walter Rapold, Der erstinstanzliche zürcher Adhäsionsprozess speziell in seinen Beziehungen zum Zivilprozess, Thèse Zurich 1958, 63-64 et n. 13: (Vor allem ist die Bestimmung anwendbar), "dass der Richter jederzeit die Trennung des Rechtsstreits in mehrere Verfahren anordnen könne. Der Richter kann demnach, trotz der Streitgenossenschaft einzelne Ansprüche beurteilen, andere an das Zivilgericht verweisen".
Beat Brühlmeier, Aargauische Strafprozessordnung, Aarau 1980, ad 56 ch. 4; Conrad 117-118.
- 198) Rapold 63: "...Es lassen sich auch für das Adhäsionsverfahren Fälle einer notwendigen Streitgenossenschaft der Kläger denken, da ja nicht nur Schadenersatzforderungen aus unerlaubter Handlung hier eingeklagbar sind" et n. 12: "Auch im Zusammenhang mit einer Straftat kann sich die Möglichkeit ergeben, dass für mehrere Geschädigte eine Gesamthandforderung entsteht". Conrad 118: "Beeinträchtigt ein Delikt ein Rechtsgut, über welches mehrere Personen nur gemeinsam verfügen können, so müssen die Betroffenen als notwendige Streitgenossenschaft auftreten, also gemeinsam handeln oder allenfalls einen gemeinsamen Vertreter bestellen" et n. 18: "Zu denken ist zum Beispiel an den Fall, wo eine im Gesamteigentum mehrerer stehende Sache durch eine strafbare Handlung beschädigt wird. Der Schadenersatzanspruch muss dann von allen Gesamteigentümern zusammen oder von einem gemeinsamen Vertreter geltend gemacht werden".
- 199) *Matti Streitgenossenschaft* 76 n. 1 exclut la consorzié simple: "Für die adhäsionsweise Geltendmachung der Zivilansprüche im Strafverfahren gelten die Regeln der Strafprozessgesetzgebung. Es sei beiläufig die Frage gestreift, ob auch im bernerischen StV eine Streitgenossenschaft unter analoger Anwendung der zivilprozessualen Vorschriften möglich ist. Wir glauben dies verneinen zu müssen. Das bernerische StV behandelt den Zivilpunkt prozessual durchaus nach den für den Strafpunkt aufgestellten Grundsätzen. Zivilprozessuale Bestimmungen sind vom StV...nirgends übernommen worden. Wenn infolge einer strafbaren Handlung mehrere verletzt sind und Zivilansprüche besitzen, so werden sie demzufolge einzeln als Zivilparteien auftreten und im Verfahren als getrennte Parteien prozessual tätig sein müssen". Le même auteur semble admettre toutefois la consorzié nécessaire (conclusions civiles prises par des héritiers). *Hans Matti*, Die Zivilklage über strafbare Handlungen im erstinstanzlichen Strafverfahren des Kantons Bern, Thèse Berne 1916, 70-71; Voir également *Jean Bassegoda*, L'action civile en procédure pénale bernoise, Thèse Berne 1943, 70-75. Comp. ATF 67 II 182/II 1941 I 285, 286: la procédure pénale du canton de Berne ne connaît pas la consorzié.

Il peut y avoir consorité entre coaccusés lorsque, cumulant la qualité de coaccusé et de partie civile, un coaccusé se constitue partie civile dans le cadre de la même instruction pénale contre ses coaccusés et prend des conclusions civiles contre eux. L'accusé acquitté contre qui s'est constitué partie civile un coaccusé est habilité à obtenir de ce dernier en tant que partie civile le paiement de ses dépens (200).

200) VS RVJ 1986 386.

DEUXIEME PARTIE
LA CONSORTE SIMPLE

TITRE I. LES CONDITIONS DE LA CONSORITE SIMPLE

CHAPITRE 1. LES CONDITIONS DE RECEVABILITE ET LES CONDITIONS DE LA CONSORITE

La consorité simple est subordonnée cumulativement à des conditions de recevabilité et des conditions de jonction (1). Les premières, inhérentes à tout procès civil (2) et le plus souvent examinées d'office, règlent la recevabilité des demandes et sont sanctionnées le plus souvent par un prononcé d'irrecevabilité. Les secondes, propres à la consorité et vérifiées généralement à requête, règlent la jonction (3) et sont sanctionnées généralement par la division de causes.

La démarcation entre les deux types de conditions est difficile à tracer (4). Les conditions de la consorité sont considérées parfois comme des conditions de recevabilité du procès unique (5) et les conditions de recevabilité de chaque demande comme des conditions de la consorité (6). De fait, l'absence d'une condition de recevabilité peut exclure la consorité. Il en est ainsi notamment lorsque les consorts sont domiciliés dans des cantons différents, car la garantie constitutionnelle du for du domicile du défendeur fait obstacle au cumul (7).

Selon la conception dominante, les conditions de la consorité appellent une dérogation aux conditions de recevabilité (8), notamment une exception aux règles de compétence territoriale, matérielle et fonctionnelle (9). La consorité exerce par

- 1) "Prozessvoraussetzungen" par rapport aux "Verbindungsvoraussetzungen". Geiger 18, Matti Streitgenossenschaft 28 et 69, Maday 211, BE Jolidon 78, Thomas/Putzo ad 59-60 ch. 3: "Die Zulässigkeit der Klage und die der Streitgenossenschaft sind streng auseinanderzuhalten". Suivant la doctrine d'expression allemande, Rapp 48 parle de conditions de procès et conditions de jonction. Pour Flepp 15, il s'agit de conditions absolues et de conditions relatives.
- 2) Geiger 18: "Diese Voraussetzungen sind...nicht spezifisch für die Streitgenossenschaft". Matti Streitgenossenschaft 19.
- 3) Matti Streitgenossenschaft 69: "...besondere Art von Voraussetzungen...die den gemeinsamen Prozess angehen, und neben den Prozessvoraussetzungen stehen, die den einzelnen der vereinigten Rechtstreite betreffen...Sie gehören auch nicht zu den Rechtsschutzvoraussetzungen für das günstige Urteil, stehen aber diesen näher als den Prozessvoraussetzungen. Von dem Vorhandensein der Verbindungsvoraussetzungen hängt somit...nicht die Fortführung des einzelnen der vereinigten Prozesse ab, jedoch die Möglichkeit des gemeinsamen Verfahrens mit den besonderen Wirkungen der Streitgenossenschaft".
- 4) Rapp 49: "Cette distinction peut paraître trop schématique".
- 5) Et non de chaque demande. BS BJM 1961 189ss, 195. GR PKG 1963 30 no2, PKG 1945 88 no33. Flepp 15, Ovari 28, BE Leuch ad 36 ch. 1: "Prozessvoraussetzung des einheitlichen Verfahrens", FR Deschenaux/Castella 66; GR Anton Berther, Prozessvoraussetzungen im bündnerischen Zivilprozessrecht, Thèse Fribourg 1958, 46: "Das Auftreten mehrerer Kläger als Streitgenossen betrifft die Frage der Zulässigkeit der Klageerhebung vom prozessualen Standpunkt aus betrachtet, und diese Frage beschlägt eine der Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit ein Urteil in der Sache überhaupt gefällt werden kann, also eine Prozessvoraussetzung, deren Vorhandensein von Amtes wegen geprüft werden muss". Comp. Gottwald JA 1982 65: "Die Voraussetzungen der §§59-60 sind keine Prozessvoraussetzungen, sondern lediglich Voraussetzungen für die subjektive Klagenverbindung". Dans le même sens Schellhammer 677 nm1343.
- 6) Pour Geiger 33 et Matti Streitgenossenschaft 70 pour la consorité formelle, la compétence du tribunal est simultanément une condition de recevabilité et une condition de la consorité puisqu'il ne peut y avoir consorité que devant un même tribunal.
- 7) Voir Quatrième partie, Titre I.
- 8) Mais ne font pas des conditions de recevabilité des conditions de la consorité: Matti Streitgenossenschaft 19, Rosenberg 9e éd. 1961, 464: "Meist werden noch als Voraussetzungen der Streitgenossenschaft genannt die Zuständigkeit und die Zulässigkeit der gewählten Prozessart; aber das sind keine Voraussetzungen der Klagenverbindung, sondern Prozessvoraussetzungen der einzelnen verbundenen Klagen, wie jeder Einzelklage".

exemple une influence sur la compétence ratione valoris en permettant que soient jugées conjointement des actions qui prises individuellement relèveraient d'un autre tribunal (10).

9) Matti Streitgenossenschaft 72 à 74 et ZPR 1065, Rapp 50, AG Eichenberger ad 51 nml et Beiträge 41. *Georges Brassat*, Connexité, FJS 603, 1981, 2.

10) Voir Quatrième partie, Titre II, Chapitre 3.

CHAPITRE 2. LES CONDITIONS DE RECEVABILITE

Fixant l'admission à la voie judiciaire, les conditions de recevabilité (1) déterminent la régularité (2) des instances jointes. Elles ont trait à la capacité d'être partie (3), d'estimer en justice (4) et de postuler (5), l'intérêt à agir (6), l'obligation d'avancer les frais (7) et de fournir des sûretés (8), la litispendance et la chose jugée. Elles concernent la compétence territoriale et matérielle du tribunal (9) et la procédure applicable (10), conditions que nous examinerons plus en détail ci-après. Elles ne comprennent en revanche pas l'obligation de désigner un mandataire commun (11).

Le juge doit en principe les contrôler d'office (12), in limine litis (13) et séparément pour chaque consort (14), car chacun doit y satisfaire (15). Dans certains cas cependant, une condition de recevabilité ne peut être examinée que globalement par rapport à tous les consorts, par exemple lorsque la compétence rationae valoris résulte de l'addition des prétentions.

- 1) - Prozessvoraussetzungen (Geiger 18, Matti ZPR 1065, Maday 211)
- Sachentscheidungsvoraussetzungen (Matti ZPR 1065, BE Jolidon 78, Schilken 375 nm669)
- Sachurteilsvoraussetzungen (Schellhammer 677 nm1344)
- absolute Voraussetzungen (Flepp 15, OW Küchler 130)
- gewöhnliche Voraussetzungen (OW Küchler 130)
- 2) Et non leur existence. Une instance se forme dès que le plaideur s'adresse au juge et ce malgré l'absence des conditions de l'instruction et du jugement. Rapp 48 n. 10: "la maladie mortelle ne supprime pas la naissance".
- 3) Parteifähigkeit. Geiger 18, Matti Streitgenossenschaft 15: "Da der einzelne Streitgenosse Partei ist, so muss er notwendigerweise die allgemeine Parteifähigkeit, dh die prozessuale Rechtsfähigkeit besitzen"; *Ruth Haefliger*, Die Parteifähigkeit im Zivilprozess. Thèse Zurich 1987, 52.
- 4) Prozessfähigkeit. Matti Streitgenossenschaft 18 et 66, Geiger 18.
- 5) Matti Streitgenossenschaft 66.
- 6) Geiger 18.
- 7) Geiger 18, Matti Streitgenossenschaft 66; *Guido Enrique Fischer*, Die Kostenverteilung im aargauischen Zivilprozessrecht. Thèse Bâle 1984, 19-20, 32.
- 8) Matti Streitgenossenschaft 66.
- 9) Geiger 18, Matti Streitgenossenschaft 65.
- 10) Geiger 18, Flepp 37.
- 11) VS RVJ 1977 32.
- 12) Flepp 37, Matti Streitgenossenschaft 18 et 65, SG Lutz ad a103 ch. 3.
La procédure neuchâtelaise, sauf exception, n'applique pas la maxime officielle aux questions de recevabilité. NE n161, n162.
- 13) VS RVJ 1977 32, 35.
- 14) VD JT 1983 III 71, 74: "...pour qu'un tel cumul soit possible, il faut...que les conditions générales du procès soient réunies pour les prétentions de chaque plaideur".
Geiger 19, Gysler 9: "dasselbe gilt wenn sich ein Streitgenosse nur bezüglich eines Eventualbegehrens dem Streit anschliesst". Flepp 15, Ovari 45, Matti Streitgenossenschaft 19, 64 et 68 et ZPR 1065, Maday 211, BE Leuch ad 36 ch. 1, BE Jolidon 78, BS/BL Staehelin/Sutter 87, AG Eichenberger ad 51 nm 1 et Beiträge 41 et la doctrine allemande et autrichienne unanime.
- 15) GRUR 1984 37.

§2. Les prétentions des consorts doivent relever du même type de procédure

Indispensable à l'instruction conjointe, l'exigence est considérée le plus souvent comme s'imposant par son évidence. Seuls quatre cantons la mentionnent expressément (16). La procédure fédérale est muette.

Les auteurs mentionnent la condition sans explications (17), certains indirectement en se référant aux conditions du cumul objectif (18). D'autres l'estiment incluse dans les conditions spécifiques de la consorité (19). Pour d'autres encore, la condition a trait à la compétence matérielle (20) à juste titre, car les règles de compétence matérielle déterminent souvent la procédure applicable "qui n'en est que la conséquence immédiate" (21).

La jurisprudence est pauvre. Les arrêts ont trait à l'admissibilité de la demande reconventionnelle, du cumul objectif ou encore à la litispendance. On peut toutefois en appliquer les principes par analogie.

La condition règle la simultanéité d'application au même procès de maximes procédurales différentes (I) et la coexistence de procédures formellement différentes devant le même juge (II) (22).

I. La condition n'exclut pas que dans un même procès des prétentions soient soumises à des principes d'instruction différents. Même si leur coexistence peut toucher l'organisation du procès et poser des problèmes pratiques dans la procédure probatoire et l'établissement des faits, elle n'affecte pas la recevabilité du cumul, car ces difficultés sont surmontables (23). Admise par la doctrine pour le cumul objectif d'actions, l'instruction simultanée de prétentions relevant de maximes différentes doit a fortiori l'être pour la consorité simple. Elle ne constitue pas un obstacle à sa constitution, mais peut justifier la division de causes pour opportunité.

II. Suivant les cantons et les auteurs, la condition peut être un obstacle au cumul (A), provoquer une application concurrente de procédures différentes (B) ou se résoudre dans une attraction de procédure (C).

A. La diversité des procédures trouble pour de nombreux auteurs l'unité du procès et fait obstacle à la réunion des demandes (24).

16) ZH 40/1, SZ 37/1, AR 111/2b, SG n46/1.

17) Guldener ZPR 302 n. 30, Vogel 132 nm60, Geiger 45, Matti Streitgenossenschaft 72 et ZPR 1065, Maday 211, ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm9, BE Jolidon 79, UR Aschwanden 80, SG Lutz ad a103 ch. 3 et la doctrine allemande et autrichienne unanime. Schönke 97: "Dies folgt aus der Selbständigkeit der einzelnen Prozesse".

18) Matti Streitgenossenschaft 72, Blomeyer 627, Rosenberg/Schwab 281, Zimmermann ad 59-60 nm3, Stein/Jonas notes prélim. ad 59ss nm7, Lindacher JuS 1986 380, MünK ad 59 nm10.

19) Guldener ZPR 302, OW Küchler 130 n.133, Stein/Jonas notes prélim. ad 59 nm7.

20) BE Jolidon 79.

21) Rapp 206.

22) Rapp 127ss, 205ss.

23) Rapp 128 ch. 117, Kraft 79.

24) ZH RBOG 1892 no158: pas de jonction de demandes soumises les unes à la procédure accélérée, les autres à la procédure ordinaire. VD JT 1978 III 34, Geiger 18, Flepp 36, Guldener ZPR 215, Vogel 132 nm60, ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm9, SG Lutz ad a103 ch. 3, AG Keller/Pfisterer ad a112 ch. 9, FR Deschenaux/Castella 115b, VD Rapp 205ss et la doctrine allemande et autrichienne unanime. Comp. AG Eichenberger Beiträge 41: "Die Streitgenossenschaft ist...ohne Einfluss auf die zureichende Verfahrensan".

On peut rencontrer la consorité tant en procédure ordinaire que dans les procédures extraordinaires dans la mesure où le législateur ne l'exclut pas (25):

- en procédure conciliatrice (26), mais le législateur dispense parfois les plaideurs de la conciliation lorsqu'il y a consorité (27).
- en procédure sommaire (28), la consorité est admise en mesures provisoires (29), dans les procès sommaires de la LP (30) et en matière de droit de réponse (31).

25) AG Eichenberger Beiträge 37: "Als allgemeine Regel gilt §24, der die Zulässigkeit regelt, nicht nur für das ordentliche, sondern grundsätzlich auch für das besondere Verfahren, soweit dies mit ihrer Eigenart vereinbar ist".

26) BE RJB 45 1909 436 no29, AG VJS 1925 129 no38. TG RBOG 1918 no5. VD JT 1979 III 71.

Peter Schnyder, Der Friedensrichter im schweizerischen Zivilprozessrecht, Thèse Zurich 1985, 113; *Hans Mahnig*, Der Friedensrichter im luxemburgischen Recht, Thèse Bern 1959, 30; *Michael Beglinger*, Der Friedensrichter im solothurnischen Recht, Thèse Zurich 1985, 77; *Hans Schibli*, über den Friedensrichter nach aargauischem Recht, Thèse Zurich 1973, 110; *Peter Max Albhorn*, Der Friedensrichter im thurgauischen Prozessrecht, Thèse Bâle 1977, 109.

27) SO 117a.

28) VD 347.

FR Extraits 1957 119: "...Le présent recours en appel est soumis aux règles de la procédure sommaire, notamment de l'article 366 CPC (art. 25 et 31 LALP), qui renvoie toutefois sur le point litigieux, à l'observation des formes ordinaires. Or, à défaut de dispositions expresses au chapitre "de l'appel (art. 291 à 309)", il faut admettre le droit de procéder en commun, pour plusieurs personnes étant simultanément en justice, s'il existe entre elles, soit à titre de demandeurs, soit à titre de défendeurs un rapport de consorité, c'est-à-dire si elles sont unies par un rapport de communauté ou si leurs droits et leurs obligations dérivent de la même cause matérielle et juridique...Tel est bien le cas en l'espèce, puisque les 4 recourants ont été poursuivis pour la même créance, tant en fonction de la solidarité découlant de leur qualité de donneurs d'aval (1044 CO) que de la déclaration signée conjointement le 31 octobre 1955. Leur droit d'ester en justice comme Consorts ne saurait être contesté. Il importe peu dès lors qu'une jonction de causes n'ait pas été formellement ordonnée", AG VJS 1914 11.

Mattij Streitgenossenschaft 4 et ZPR 1065, BE Jolidon 75, AG Eichenberger ad 290 nm2: "Die Streitgenossenschaft und die Klagenhäufung dürfen zulässig sein" et Beiträge 41.

Felix Heggli, Das summarische Verfahren nach luxemburgischem Zivilprozessrecht, Thèse Zurich 1957, 23; *Guido Nauer*, Das summarische Verfahren nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Thèse Zurich 1985, 239; *Ernst Alois Brandenburg*, Das summarische Verfahren in der zugerischen Zivilprozessordnung, Thèse Zurich 1966, 33: "Die einfache Streitgenossenschaft beruht auf prozessökonomischen Überlegungen und ist daher im summarischen Verfahren ohne weiteres zulässig"; *Walter Reinert*, Das summarische Verfahren nach solothurnischem Recht, Thèse Bern, 1951, 44-45: "Die Frage, ob auch im summarischen Verfahren Streitgenossenschaft zulässig sei, ist zu bejahen, da in den Fällen, wo nach materiellem Recht ein Anspruch von mehreren Klägern oder gegen mehrere Beklagte gemeinsam geltend gemacht werden kann (sog. materielle Streitgenossenschaft), auch im summarischen Verfahren die subjektive Klagenhäufung offenstehen soll...Die Zulassung einer freiwilligen Verbindung mehrerer Kläger oder Beklagter bei gleichartigem auf einem im wesentlichen gleichartigen tatsächlichen oder rechtlichen Grunde beruhenden Ansprüchen (formelle Streitgenossenschaft), sollte im summarischen Verfahren aus prozessökonomischen Gründen ganz besonders möglich sein, wenn sie im ordentlichen Verfahren zugelassen wird (z.B. mehrere Nachbarn verlangen gemeinsam ein Verbotungsverfahren, der Hauseigentümer verlangt gegen mehrere Mieter zugleich eine Exemption)"; *Rolf Meier*, Das summarische Verfahren nach schaffhauserischem Recht unter Berücksichtigung des Entwurfs zu einer neuen ZPO, Thèse Zurich 1948, 33; *Herbert Johann Schneider*, Das summarische Verfahren nach sankt-gallischen Zivilprozessrecht, Thèse Bâle 1979, 32; *Hansverner Hüsey*, Das summarische Verfahren nach aargauischem Zivilprozessrecht, Thèse 1956, 62: "...Was aus prozessökonomischen Gründen (Zeit und Geldersparnis) im ordentlichen Prozess zugelassen wird, sollte umso mehr auch für die summarischen Verfahrensarten zugelassen werden".

29) *Paul Graner*, Die einstweiligen Verfügungen nach bernischem Zivilprozess, Thèse Bern 1932, 47: "Es können mehrere Personen gemeinschaftlich als Gesuchsteller oder Gesuchgegner in Betracht kommen, und zwar als materielle oder formelle Streitgenossenschaft (36 und 37 ZPO)...Im Prozesse kann auch jeder Streitgenosse für sich und unabhängig von den Andern, oder wider ihren Willen gegen den gemeinsamen

- en procédure accélérée (32).
- dans la procédure de sommation (33).
- en procédure prud'homale (34).
- en procédure commerciale (35).
- en procédure d'exécution des jugements (36).

B. Faisant primer la connexité des demandes sur l'identité de procédure (37), la condition autorise l'application concurrente de procédures formellement différentes, même sans base légale (38), mais dans la mesure seulement où les procédures ne divergent pas de manière essentielle (39) et où l'application cumulée ne viole pas l'ordre public (40). La restriction équivaut au pouvoir de division du juge pour opportunité. Est ainsi admise l'application concurrente de la procédure ordinaire et de

Beklagten eine einstweilige Verfügung erwirken. Er tut das in gesonderter Vorkehr (39 ZPO)".

- 30) BE 37/2: "Les contestations prévues aux articles 107 et 109, 111, 148, 242, 250 et 285ss LP peuvent notamment être vidées dans une seule et même instance lorsque la réclamation soulevée par ou plusieurs personnes peut, sans difficulté, faire l'objet d'un seul et même jugement". JU 36/2.
GE ACJ 78/1980 non publié Pierre Althaus contre Wild Frères & Cie SA, 10: "...on ne voit pas pourquoi l'article 4A LPC, disposition édictée dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, ne serait pas applicable en procédure sommaire (sauf toutefois pour les procédures de main-levée, où il est préférable qu'à chaque poursuite corresponde un jugement). Son application eût certainement été opportune dans le cas présent. Mais, on l'a vu, elle n'était pas obligatoire".
Comp. *Paul Graner*, Die einstweiligen Verfügungen nach bernischem Zivilprozess, Thèse Berne 1932, 48: "...materielle Streitgenossenschaft (36 ZPO) ist aus der Natur der Sache heraus zulässig, nicht aber formelle Streitgenossenschaft gemäss 37 ZPO, die auch in Schuldbetreibungs- und Konkursachen nur dort zulässig erklärt wird, wo nicht das summarische Verfahren eingreift".
- 31) ATF 113 II 213/JT 1088 I 142: Action en exécution du droit de réponse contre l'annonceur et l'éditeur.
Pierre Tercier, Le nouveau droit de la personnalité, Zurich 1984, 195 nm1378 à 1380.
- 32) VD 340/1. AG Eichenberger Beiträge 41.
- 33) AG VJS 1930 137.
Willy Gschwend, Das Befehlsverfahren in der a-gallischen Zivilprozessordnung von 1939, Thèse 1944, 81; *Hans Munz*, Das Befehlsverfahren nach der thurgauischen Zivilprozessordnung, Thèse Zurich 1947, 58.
- 34) BE RJB 59 1922 173 no4.
NE Loi sur la nomination et la juridiction des prud'hommes du 23 mai 1951 (RSN 162.221), art. 22/2.
- 35) *Max Brändli*, Die sachliche Zuständigkeit der aargauischen Zivilgerichte, Thèse Bâle 1984, 147: (Streitgenossenschaft) "dürfte in analoger Anwendung von ZPO §§ 24ff auch vor dem Handelsgericht zulässig sein. Zu verlangen ist allerdings, dass das Handelsgericht für jede einzelne Klage zuständig ist, womit jeder Streitgenosse die Zuständigkeitsvoraussetzung persönlicher Natur erfüllen muss". *Hans Rudolf Altherr*, Das Handelsgericht des Kantons St-Gallen, Thèse Zurich 1979, 107: "Die allgemeinen Voraussetzungen und Wirkungen der Streitgenossenschaft gelten auch für das Handelsgericht". Voir Quatrième partie, Titre II.
- 36) Zölter ad 59-60 nm3a. MünK ad 59 nm2. Voir Deuxième partie, Titre III, Chapitre 13.
- 37) NE ATC VII 355, 356: "...il est logique et en tout cas expéditif, de faire trancher du même coup deux questions étroitement connexes". Il s'agissait d'un cumul objectif d'actions. Une demande d'annulation de séquestre soumise à la procédure accélérée et une action en dommages-intérêts soumise à la procédure ordinaire. Les principes appliqués autorisent une solution semblable pour la consorcié.
GE SJ 1950 544 pour la consorcié précisément; SJ 1987 15 où se posait la question de savoir si une action révocatoire reconventionnelle relevant de la procédure ordinaire pouvait être intentée dans le cadre d'une action en contestation de l'état de collocation, instruite en la forme accélérée.
- 38) NE ATC VII 355.
- 39) GE SJ 1987 16.

la procédure accélérée, car le critère de distinction ne réside que dans la vitesse de la procédure (41). Est exclue en revanche l'application concurrente de la procédure ordinaire et de la procédure sommaire, car la procédure sommaire restreint la cognition du juge (42). Est également exclue la jonction d'une demande soumise à conciliation et d'une autre qui en est exemptée, car une formalité essentielle fait défaut dans une des procédures (43). Est de même exclue la jonction d'une demande de mesures provisoires avec une demande au fond (44).

C. La condition peut commander une attraction de procédure: la cause entière est traitée selon une des procédures applicables (45).

Le système commande un choix qui ne peut être le fait ni du juge, ni des parties. Le critère est légal dans le canton d'Argovie: est jugée principale la procédure qui s'achève par une décision susceptible de recours ou d'appel (46). Il est inutilisable lorsque toutes les demandes sont susceptibles d'appel. Dans le canton de Genève, le critère est celui de la procédure la plus favorable dans le but de garantir aux parties les moyens les plus étendus. Son application fait de la procédure ordinaire la procédure principale (47). Le critère réside également dans la compétence du tribunal: l'attraction de procédure résulte d'une attraction de compétence matérielle (48). Le critère réside enfin dans le choix du législateur qui attribue un caractère impératif à

40) NE ATC VII 355.

41) GE SJ 1987 16: Il y a identité entre la procédure accélérée et la procédure ordinaire.

42) Kurt Eichenberger, Vom Formalismus im aargauischen Zivilprozessrecht, Aargauisches Beamtenblatt, 54 1957 137ss, 140.

43) Stolz 129 et les références citées. Voir cependant Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 129: "Seul pourrait se présenter le concours ou le cumul d'actions pour lesquelles la conciliation est respectivement facultative et exclue, auquel cas la solution est donnée à l'article 129 ch. 5: la conciliation est exclue pour le tout". Comp. GE SJ 1927 277: "L'essai de conciliation n'est pas nécessaire pour formuler une demande présentant une connexité étroite avec une demande déjà introduite".

44) Justiz 1968 175.

Zimmermann ad 147 nm3, Zöller ad 147 nm2.

45) AG AGVE 1968 63 no11, AG AGVE 1966 30 no5, 31: "Es ist zwar grundsätzlich durchaus richtig, dass eine Klagenverbindung (Widerklage, subjektive und objektive Klagenhäufung...) nur für Ansprüche zugelassen wird, für welche die gleiche Verfahrensart vorgeschrieben ist. Das Gesetz lässt aber die Frage offen, ob, wenn Ansprüche so miteinander zusammenhängen, dass eine Klagenverbindung im Interesse einer rationellen Prozessführung als erlaubt und geboten erscheint, trotzdem die Vereinigung in einem Prozess an der verschiedenen Verfahrensart scheitern soll. Es ist deshalb Aufgabe des Richters, diese Lücke auszufüllen...Es fehlt...ein hinreichender Grund dafür, dass in Verbindung mit einem im beschleunigten Verfahren geltend zu machenden Anspruch nicht auch ein weiterer, an sich im ordentlichen Verfahren einzuklagender Anspruch - und dasselbe umgekehrt - soll verfolgt werden können. Aus diesen Erwägungen kann an der bisherigen Praxis nicht festgehalten werden". AG Arrêt non publié de l'Obergericht en la cause J contre J du 28 février 1947, cité par Max Brändli, Die sachliche Zuständigkeit der aargauischen Zivilgerichte, Thèse Bâle 1984, 78 n. 52.

La jurisprudence argovienne actuelle est plus libérale que l'ancienne qui exigeait la même procédure: AG VJS 1929 101 no51, VJS 1922 22 no4, VJS 1914 10 no6, AG Keller/Pfisterer ad a112 ch. 9, AG Eichenberger Beiträge 41, 132.

46) AG AGVE 1968 63 no11, 64: "Bei der Verbindung von an sich in verschiedenen Verfahrensarten zu beurteilenden Ansprüchen...muss jedoch geregelt werden, ob sich das anzuwendende Verfahren nach der Rangordnung oder Bedeutung der verschiedenen Ansprüche bestimmt werden soll oder ob immer das höhere, appellable Verfahren anzuwenden ist. Diese zweite Lösung scheint der grösseren Klarheit und einfacheren Anwendbarkeit wegen unbedingt den Vorzug zu verdienen".

47) GE SJ 1950 544 (cas de consorité): "Il est logique de n'employer que la forme normale qui est la forme ordinaire". Comp. Flepp 36: "Gleiches Verfahren ist...gedacht als ordentliches Verfahren".

48) Rapp 206, BE Jolidon 79.

certaines procédures, fixe des exigences minimales et impose des principes directeurs: l'attraction ne peut s'effectuer au détriment d'une procédure impérativement imposée par la loi (49). Elle est subordonnée à la connexité des demandes et à la condition qu'aucune partie ne soit lésée (50).

La procédure principale peut être la procédure écrite qui peut inclure la procédure orale (51). Ce peut être une procédure dite extraordinaire: l'attraction de procédure peut se faire au profit de la procédure accélérée. (52).

§3. Les prétentions des consorts doivent ressortir au même tribunal

La consorité exige une unité de compétence territoriale (53). La condition est expresse en procédure fédérale (54) et dans de nombreuses lois cantonales. Le silence du législateur est sur cette question qualifié dans certains cantons. En droit vaudois par exemple, l'omission du législateur est volontaire (55).

ZH 40/1	NW	BL	AG 35	GE
BE 37/1	GL	SH	TG	JU 36/1
LU 60	ZG	AR 111/2b	TI	
UR 54	FR 87	AJ	VD	
SZ 37/1	SO 39	SG n46/1	VS 40/1	
OW 38/1	BS	GR	NE	

Ne concernant que la consorité passive (56), la condition se rapporte généralement à la consorité simple formelle (57). Elle s'applique à la consorité simple formelle et à la consorité simple matérielle dans les cantons d'Uri et de St-Gall (58).

La condition a trait à la compétence territoriale dans les cantons de Berne (59), Lucerne (60), Fribourg (61), St-Gall (62), Jura (63) et Valais (64). Elle exclut

- 49) VD JT 1983 III 71, 77. Rapp 210 ch. 213.
- 50) Max Guldener, Zwangsvollstreckung und Zivilprozess, RDS 1955 I 20ss. 22.
- 51) Walder ZPR 154 n.7, Baumbach/Lauterbach ad 61 2F, ad 128 4C, Schilken 376 nm670, Zöller ad 61 nm6, ad 128 nm11.
- 52) LU LGVE 1978 497 no434 (Demande reconventionnelle). AG AGVE 1966 30 no5 (cas de consorité).
Claude DuPasquier, Du moyen préjudiciel et de l'opposition à preuves en procédure civile neuchâteloise, Neuchâtel, 1919, 33-34.
- 53) Guldener ZPR 301, Stolz 125, Vogel 132 nm60. SZ Kaclin 133, PR Deschenaux/Castella 66, Thomas/Putzo ad 59-60 ch. 3, Gottwald JA 1982 65, Rochberger/Simotta 68 nm129.
- 54) PCF 24/2b.
- 55) Rapp 177: "L'historique de cette disposition démontre...que le législateur a sciemment renoncé à poser la condition d'identité de for dans tous les cas de consorité simple qu'elle prévoit...Il en découle que le for des codéfendeurs prévus à l'article 51/1 CPC a une portée générale...le législateur vaudois admet que le droit du ou des demandeurs à la jonction l'emporte sur celui de chaque défendeur à son juge naturel dans le canton".
- 56) BE RJB 58 1922 169.
Le législateur peut toutefois prévoir un for pour la consorité active (Gerichtsstand des Sachzusammenhangs). Voir Quatrième Partie, Titre I.
- 57) Matti Streitgenossenschaft 77-78, FR Deschenaux/Castella 66, JU Ceppi 37, Holzhammer ZPR II 81, Balton 78, Fasching ZPR II 189 nm369. Elle découle du cumul objectif de demandes. MünK ad 59 nm10.
- 58) UR Aschwanden 80-81.
Le législateur st-gallois ne fait aucune restriction.
- 59) BE RJB 58 1922 169, 171: "...Schon der Wortlaut der Bestimmung lässt erkennen, dass man an die Möglichkeit der Begründung der sachlichen Zuständigkeit durch Zusammenrechnung dachte, denn er betont mehr - und eigentlich einzig - das Erfordernis der örtlichen Zuständigkeit, indem er von der Zuständigkeit des Gerichtes für jeden einzelnen Beklagten und nicht für jeden einzelnen Anspruch spricht...Unter Zuständigkeit für den Beklagten wird

dans ces cantons une attraction de for pour la consorité simple formelle, mais l'autorise en revanche pour la consorité simple matérielle par le jeu du for de la consorité passive. Elle permet une attraction de compétence ratione valoris pour les deux formes de consorité simple (65).

La condition se rapporte à la compétence matérielle en procédure fédérale et dans les cantons de Zurich (66) et de Schwyz (67), d'Obwald (68) et de Soleure (69). Elle exclut une attraction de compétence ratione valoris devant le Tribunal fédéral. Elle est relativisée dans les cantons de Zurich et de Schwyz qui admettent une telle attraction.

La condition concerne à la fois la compétence territoriale et la compétence matérielle dans les cantons d'Uri et d'Appenzell Rhodes Extérieures ainsi qu'en droit autrichien (70).

§4. Les sanctions

Les conditions de recevabilité sont dotées d'une sanction propre (71). Elles peuvent donner au défendeur le droit de soulever une exception de procédure (72) ou un moyen préjudiciel (73).

nach dem Gerichtsgebrauch die örtliche Zuständigkeit ...verstanden...übrigens wäre es sonderbar als Voraussetzung für die Streitgenossenschaft auf die sachliche Zuständigkeit des gleichen Richters abzustellen, dem ja doch vermöge des Zusammenrechnungsprinzips in den meisten Fällen die Kompetenz für die verbundenen Klagen entginge". BE Jolidon 79.

60) LU Entsch. 1947 456 no508.

61) FR 87.

62) SG HGE 1950 68 no44, 69-70: "Im Gegensatz zum Falle der objektiven Klagenhäufung wird...nicht ausdrücklich verlangt, dass für sämtliche Ansprüche an sich schon das angerufene Gericht zuständig sein müsse. Es ist nicht anzunehmen, dass diese unterschiedliche Behandlung bloss auf einem Versehen des Gesetzgebers beruht, denn bei der objektiven Klagenhäufung ist eben die genannte Einschränkung unbedingt erforderlich, um der Gefahr zu begegnen, dass allzu disparate Streitigkeiten in einem Prozess vereinigt werden. Diese Gefahr besteht bei der subjektiven Klagenhäufung...gar nicht, weil hier ja die Identität oder Gleichartigkeit des Klagefundamentes Voraussetzung der Vereinigung ist, diese also überhaupt nur in Frage kommt, wenn die verschiedenen Klagen ihrem inneren Wesen nach zusammengehören. Es ist deshalb gerechtfertigt, die subjektive Klagenhäufung grundsätzlich auch dann zuzulassen, wenn die sachliche Zuständigkeit für einen der mehreren Beklagten nicht gegeben wäre".

63) JU Ceppi 37.

64) VS 40/1: La compétence doit être donnée à l'égard à l'égard de chaque partie.

65) Voir Quatrième partie, Titre II.

66) ZH ZR 31 1932 10 no5 sous l'ancien code.

67) SZ 37/1.

68) Expressis verbis OW 38/1.

69) Expressis verbis: SO 39. Le projet soleurois du 16 avril 1948 concernait à la fois les compétences territoriale et matérielle: art. 37: "Ist die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Gerichts für jeden einzelnen Streitgenossen gegeben, so ist Streitgenossenschaft auch dann zulässig, wenn die Klage Rechtsverhältnisse betrifft, die auf einem gleichartigen tatsächlichen Grund beruhen und die ohne Schwierigkeiten in einem Urteil festgestellt werden können".

Il en va de même en droit autrichien: Fasching ZPR II 189 nm369.

70) UR Aschwanden 80. Holzhammer ZPR II 81.

Sur la compétence territoriale en matière de consorité, Voir Quatrième partie, Titre I.

71) Rapp 206.

72) SG KG 1902 50-51.

Rapp 206, Flepp 36. SG Lutz ad a103 ch. 3: maxime d'office pour la compétence et la procédure suivie, maxime des débats pour les autres conditions de recevabilité.

73) NE n161.

Lorsque la compétence n'est pas donnée à l'égard d'un consort, celui-ci ou son adversaire est renvoyé devant l'instance compétente (74). Lorsque les prétentions ne relèvent pas toutes du même genre de procédure, le juge divise les causes (75). Lorsqu'un des consorts ne satisfait pas aux autres conditions de recevabilité, le juge peut ne pas entrer en matière à son égard (76), rejeter sa demande sans examiner son mérite (77) ou la déclarer nulle (78). La sanction la plus fréquente et la plus adéquate est l'irrecevabilité partielle (79). Le juge rend dans tous ces cas un jugement partiel (80).

-
- 74) Verweisung.
Rosenberg/Schwab 281, Baumbach/Lauterbach notes prélim. ad 59ss 3B, Zimmermann ad 59-60 ch.4, Schönke 97.
ZH Sträubli/Messmer ad 40 nm10, Matti Streigenossenschaft 78, 82, JU Ceppi 38 préconisent le renvoi de la demande sans examiner son mérite.
- 75) Trennung.
Lent ZPR 219, Baumbach/Lauterbach notes prélim. ad 59ss 3B, Zöller ad 59-60 nm11, Stein/Jonas ad 59 nm. 9, Lindacher JuS 1986 380.
La division de causes est exclue lorsqu'un consort n'a pas avancé les frais: *Donald Charles Stückelberger*, Die Prozesskosten nach baselstädtischem Zivilprozessrecht, Thèse Bâle 1978, 117 n. 5. Voir également Quatrième partie, Titre III, Chapitre 1.
- 76) Nichteintreten.
SG GVP 1953 78 no31, HGE 1948 93 no58, Ovari 45. ZH Sträubli/Messmer ad 40 nm10. Lindacher JuS 1986 380.
- 77) Rückweisung, Zurückweisung.
AG VJS 1914 II.
Matti Streigenossenschaft 18-19, 64-68, Maday 211, BE Jolidon 78, BE Leuch ad 36 ch. 1, AG Eichenberger Beiträge 148. Lent ZPR 219, Fasching Komm. II ad 13 ch. 2.
- 78) Nichtigerklärung.
Fasching Kommentar II ad 13 ch. 2.
- 79) Abweisung.
Lent ZPR 219, Arens/Lüke 311 nm445, Stein/Jonas notes prélim. ad 59 nm10, Zöller ad 59-60 nm9, Rosenberg/Schwab 281. MünK ad 59 nm11.
- 80) Teilurteil.
Thomas/Putzo ad 59-60 ch. 3, Baumbach/Lauterbach notes prélim. ad 59 3B, Schönke 97.
Pour Zimmermann ad 60 nm4, le juge peut, semble-t-il, différer son prononcé au jugement au fond.

CHAPITRE 3. LES CONDITIONS SPECIFIQUES DE LA CONSORITE SIMPLE

§1. Vue générale

Tous les codes de procédure subordonnent la consorité simple à des conditions spécifiques (1). Le législateur cantonal fixe ici et là des conditions de jonction dans d'autres chapitres, en particulier dans les dispositions relatives au for. Celles-ci ont une teneur différente, laissant à penser qu'elles sont plus restrictives que celles-là (2). Il faut le regretter. La systématique adoptée affaiblit les conditions topiques et complique la tâche des plaideurs.

"L'aptitude des instances à être jointes" (3) est fixée de manière variable. S'inspirant de l'opportunité (4), les codes posent des conditions larges et des conditions étroites. Lorsque la condition large est remplie, il est inutile de rechercher si la condition étroite l'est aussi. La condition large incluant la condition étroite, on peut se demander s'il se justifie de les mentionner simultanément. Il faut répondre positivement, car elles ont trait le plus souvent à des types de consorité simple différents, la condition étroite visant la consorité simple matérielle, la condition large la consorité simple formelle. Les cantons qui adoptent la condition large y incluent souvent implicitement la condition restrictive connue dans un canton voisin dont la jurisprudence peut s'avérer utile.

La jurisprudence cantonale ne confère pas toujours le même champ d'application à la même condition de jonction. Certains cantons s'en tiennent strictement au texte légal et excluent dans le silence de la loi la consorité qui serait fondée sur une condition plus large. La pratique prohibe le procès en consorité autorisé dans les cantons voisins. Les cantons de Bâle-Ville et du Tessin ignorent ainsi la consorité simple formelle (5). D'autres cantons interprètent extensivement la condition étroite et créent la condition large de manière prétorienne. La méthode leur permet d'admettre une forme de consorité inconnue du législateur. Il en a été ainsi dans les cantons d'Argovie et de Zurich sous l'ancien code de procédure (6). Les nouveaux codes y ont repris la jurisprudence (7).

-
- 1) - Verbindungsvoraussetzungen (Möday 211, Geiger 18, Gysler 7, Matti Streitgenossenschaft 28 et ZPR 1965, BE Jolidon 75)
- relative Voraussetzungen (Flepp 15, OW Küchler 130).
- éléments de la consorité (FR Deschenaux/Castella 66)
- conditions de jonction (Rapp 48).
 - 2) SO 14, AR 34, IR 24.
AO 35 fixe dans la règle de for les mêmes conditions que dans les dispositions topiques.
 - 3) Rapp 48.
 - 4) Geiger 12, OW Küchler 129, AG Eichenberger ad 50 nm1: "Die gesetzliche Umschreibung versucht, die Verbindungsvoraussetzungen für die Fälle, wo eine Streitgenossenschaft als zweckmässig erscheint zu erfassen". Gysler 8, Matti Streitgenossenschaft 28.
Arens/Lüke 311 nm444: "Die einfache Streitgenossenschaft ist nicht unbeschränkt zulässig, weil die Verhandlung von Ansprüchen, die nichts miteinander zu tun haben, in einem Prozess unzumutbar sein und die Prozessführung für den Gegner und das Gericht erschweren kann", Schellhammer 677 nm1343.
 - 5) BS BJM 1961 189, 195, Stahelin/Sutter 85, TI Rep. 1987 225, Piccard 244.
 - 6) Ovari 26-27, ZH Strüßli/Hauser ad a37 ch. 1, AG Eichenberger Beiträge 37.

Le canton du Valais fait contraste. Il exclut des formes de consorité simple matérielle qui pourraient être fondées sur la disposition permettant de joindre les causes (8). Il admet d'autre part la consorité simple formelle en se fondant sur une disposition destinée à une autre fin, relative à la valeur litigieuse en cas de consorité (9).

On peut grouper les conditions de la consorité en quatre catégories:

- Les conditions objectives ont trait au fondement des demandes. Elles ne sont pas rédigées de la même manière dans tous les cantons pour la consorité simple matérielle et la consorité simple formelle, mais la pratique leur confère le plus souvent le même champ d'application. Il y a consorité simple matérielle lorsqu'il existe entre les consorts une communauté de droit ou d'obligation (10) ou lorsque les demandes sont fondées sur la même cause matérielle et juridique (11). Il y a consorité

Cependant: AGVE 1950 65 no13: "§24 ZPO umfasst nur die echte, nicht auch die unechte Streitgenossenschaft...In der Praxis sind nun allerdings verbundene Klagen bei unechter Streitgenossenschaft auch schon zugelassen worden. Wo sich dieses Vorgehen als zweckmässig aufdrängt, besteht kein Anlass von Amtes wegen dagegen einzuschreiten, solange die Parteien keinen Einspruch erhoben oder es sogar wünschen und keine Schwierigkeiten vorauszuschaen waren. Allein diese Praxis vermag einer Partei nicht das Recht zu nehmen, sich, wenn sie es für gut findet, auf die strenge Einhaltung der gesetzlichen Regelung zu berufen. Dann bleibt dem Richter nichts anderes übrig, als sich an das Gesetz zu halten...Ein anderer Entscheid käme bloss in Frage, wenn ein solches Begehren offensichtlich missbräuchlich wäre...Von einer rechtsmissbräuchlichen Berufung auf §24 ZPO kann jedoch vorliegend nicht die Rede sein. Offensichtlich ist es den Beklagten in erster Linie darum zu tun, das appellable Verfahren abzuwenden, um den Streit einfacher und mit weniger Kosten vor dem Gerichtspräsidenten austragen zu können. Das ist ein durchaus legitimes Interesse, gegen das der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs unbegründet wäre".

- 7) AG Botschaft des Reglerungsrates, 8. 12. 1980, 27.
- 8) VS 40. RVJ 1967 436, RTC 1956 158: "Die Anforderungen, die dieser Artikel (37 ZPO) an die Streitgenossenschaft stellt, gehen viel weiter als jene des Art. 40 in Bezug auf die Verbindung mehrerer Klagen, der allerdings auch im Kapitel Streitgenossen steht. Durch die vom Richter verfügte Klageverbindung werden andererseits die beiden Prozesse nicht zum gleichen Prozess: sie bleiben zwei verschiedene, wenn auch verbundene Prozesse". RTC 1955 59, RTC 1947 63.
- 9) VS 11/2.
VS RVJ 1987 330, RVJ 1981 326: "L'article 11 CPC autorise le cumul subjectif de demandes d'un demandeur contre plusieurs défendeurs". ATC non publié Barras et Antille c/Eigenheer et consorts du 27 octobre 1978.
Cependant VS RVJ 1976 22: "La faculté des parties de cumuler des demandes et celle du juge de joindre des causes obéissent aux mêmes conditions. Le cumul de demandes doit obéir aux mêmes règles que la jonction de causes. Chacune des deux causes jointes comportait cumul des actions de chacun des demandeurs contre la compagnie défenderesse au sens de l'article 11/2 sans qu'il eût entre elles une consorité nécessaire au sens de l'article 37 et sans qu'il y eût même une quelconque solidarité entre eux au sens de 150 CO", RVJ 1975 55: Action en annulation de vente intentée par l'acquéreur à trois vendeurs d'immeubles avec invocation d'une erreur essentielle identique (danger d'avalanche) dans chacun des trois contrats et tendant à la restitution d'un montant différent. RVJ 1971 5.
- 10) PCF 24/2a. BE 36, LU 57/1, UR 53, NW 40, GL 32, FR 86, AR 111/2a, AG 50a, VD 74a, VS 37, NE n27a, JU 35.
Variante: Les consorts ont un droit ou une obligation en commun: OW 36, ZG 18/1, SO 37, SH 83, BL 44, AI 59/1, GR 28/1, TG 20.
- 11) PF 24/2a. UR 53, FR 86, AG 50a, SH 83, AR 111/2a, AI 59/1, SG 46/1, Comp. GR 28: Les demandes doivent être fondées sur la même cause matérielle ou juridique.
Variantes:
- Les demandes sont fondées sur la même cause juridique: BS 16-17.
- Les demandes doivent être fondées sur la même cause matérielle: AZPO 11 ch. 1.
Cas d'application:
- Les demandes doivent dériver d'un fait commun: TI 42.
- Les droits et obligations des consorts dérivent du même fait dommageable: VD 74b.

simple formelle lorsque les demandes sont fondées essentiellement sur la même cause matérielle et juridique (12), ou lorsqu'elles sont fondées sur une cause matérielle et juridique analogue (13).

- Les conditions *subjectives* concernent la motivation des plaideurs: Il y a consorité lorsque les plaideurs visent le même but (14) et lorsqu'ils ont un intérêt commun (15).

- Les conditions *relatives à la marche du procès et au prononcé du jugement*: La consorité ne doit pas mettre en danger les intérêts des plaideurs (16), les prétentions des consorts doivent pouvoir être instruites conjointement sans difficulté (17) et doivent pouvoir être tranchées par un seul et même jugement (18).

- Les conditions *relatives au coût de la procédure*: la consorité simple doit permettre une appréciable économie de frais (19).

Ces conditions obligent le juge à examiner d'abord la recevabilité du cumul puis à peser les avantages et les inconvénients de la consorité pour les parties et pour l'administration des preuves. Elles le contraignent à envisager tous les stades du procès, son *début* - la jonction doit être justifiée en droit (les deux premières catégories) -, son *déroulement* et sa *fin* - le juge doit faire un pronostic sur la marche et l'issue du procès (troisième catégorie) -. Ces vérifications effectuées, il doit encore apprécier le coût prévisible du procès (quatrième catégorie). Le juge n'a que peu d'influence sur la réalisation des deux premières catégories, à l'inverse des deux dernières qui relèvent d'avantage de son pouvoir d'appréciation. Le fait que la consorité soit admissible légalement ne signifie pas qu'elle soit opportune, même si en pratique la tendance est de privilégier le cumul (20). Le juge peut la refuser s'il estime que la procédure probatoire peut susciter des difficultés (21).

Les conditions objectives sont exemplaires (22) et non cumulatives (23). Certains d'entre elles ont une portée propre et se suffisent à elles-mêmes. Lorsque les conditions objectives de la consorité simple matérielle sont réalisées, le juge ne peut

- Les consorts doivent avoir stipulé des droits ou contracté des engagements par un acte commun: BE 36, BL 44, TI 42, NE n27a, JU 35.

12) ZH 40/1, LU 60, UR 54/1, SZ 37/1, NW 42/1, GL 33/1, SH 86/1 ch.1, AI 59/2, SG n46/1, TG 21/1. Comp. GR 28/2: lorsqu'elles sont fondées essentiellement sur la même cause matérielle ou juridique.

13) NE n27b.

Variantes:

- Les demandes dérivent de causes connexes: VD 74c.

- Les demandes sont fondées essentiellement sur une cause matérielle ou juridique analogue: PCF 24/2b, FR 87, AR 111/2b, AG 50b, DZPO 60.

- Les demandes sont fondées sur une cause matérielle analogue: BE 37/1, OW 38/1, ZG 19/1, SO 39/1, JU 36/1, VS 40.

- Les demandes sont fondées sur une cause juridique analogue: condition implicite dans les cantons de FR, AR, AG et NE.

14) BL 44.

15) GE 6.

16) SH 86/1 ch.2, AR 111/3, AI 59/3, TG 21/2.

17) OW 38/1, FR 87, SO 39/1, VD 74c.

18) BE 37/1, OW 38/1, ZG 19/1, FR 87, SO 39/1, VS 40/1, JU 36/1. Implicite à VD 74c.

19) SH 86/1 ch.2.

20) Rapp 171: "Cela signifie qu'entre les avantages et les inconvénients du cumul, il faut a priori avoir égard aux premiers". AG Eichenberger ad 50 nm1 et Beiträge 37: "Wo...das prozessuale Bedürfnis dringend eine Streitgenossenschaft verlangt, soll der Richter nicht allzu ängstlich an der gesetzlichen Umschreibung kleben bleiben".

21) Rapp 171.

la soumettre à d'autres exigences. Lorsque les conditions objectives de la consorité simple formelle sont remplies, il doit encore examiner les conditions relatives au procès et au prononcé du jugement, ainsi que celles relatives au coût de la procédure.

En ce qui concerne la *terminologie*, les dispositions valaisanne et bernoise diffèrent dans leur version allemande (24).

Le législateur utilise fréquemment le terme de *cause* (25). Le vocable ne vise pas le procès, mais l'objet du litige (*Streitgegenstand*). Constituée par les faits (*Lebensvorgang, Sachverhalt*) qui fondent la prétention, la cause comprend les éléments générateurs du droit prétendu. Elle n'inclut aucun élément de droit (26), lors même que pour sélectionner les faits de la demande, il faille se référer à une règle de droit ou un principe juridique (27).

On peut relever dans de nombreuses dispositions l'adverbe *essentiellement*. La rédaction adoptée autorise une interprétation extensive de la condition et n'exclut pas d'autres éléments d'identité ou d'analogie.

Un seul canton mentionne l'exigence de la *connexité* (28). La notion suppose l'existence entre les différentes demandes d'un rapport qui peut avoir un contenu différent (29). Il faut distinguer la connexité au sens large de la connexité au sens étroit.

La *connexité au sens large* prend en considération les rapports entre l'issue des demandes. Elle suppose l'existence entre les causes d'une liaison objective qui

-
- 22) Geiger 12: "...gesetzliche Umschreibung der minimal erforderlichen Voraussetzungen..., die eine zweckmässige Vereinigung der Prozesse gewährleisten sollen", Flepp 23, Holzhammer Partienhäufung I. La systématique remonte au droit commun.
- 23) NE ATC VIII 487, BGCT, 70 12.
Kummer 156: "Es genügt zu wissen, dass, wenn nicht diese, dann doch jene Voraussetzung erfüllt ist", Zöller ad 60 nm4: "Zulässigkeitsvoraussetzungen, von denen mindestens eine gegeben sein muss".
- 24) BE 37/1: "Streitgenossenschaft ist auch zulässig, wenn die Klage Rechtsverhältnisse betrifft, welche auf einem tatsächlich gleichartigen Grund beruhen und ohne Schwierigkeiten in einem einheitlichen Urteil festgestellt werden können, und wenn zudem die Zuständigkeit des Gerichtes für jeden einzelnen Beklagten begründet ist", VS 40/1: "Der Richter kann in jeder Lage des Handels von Amtes wegen oder auf Begehren der Parteien die Verbindung von Klagen anordnen wenn sie auf gleicher rechtlicher Grundlage beruhen und durch ein und dasselbe Urteil erledigt werden können und wenn der angegangene Richter hinsichtlich der Parteien zuständig ist".
- 25) Klagegrund, Rechtsgrund.
- 26) Rapp 167: "...Le terme de cause n'est pas synonyme de règle ou de moyen de droit, mais désigne plutôt le complexe de faits dont résultent les prétentions: la loi vise par là des rapports de droit (continus) voire des faits dommageables".
- 27) Solus/Perrot T. III 69: "Prétendre que le plaideur, au moment où il expose le fondement de ses prétentions, n'a pas à se préoccuper de la conceptualisation juridique des faits qu'il allègue, est une vue de l'esprit qui ne correspond pas à la réalité". Même juridique, le fait reste un élément matériel, *Henri Motulsky*, La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge, Dalloz 1964 chron. 233ss, 236: "C'est une erreur de croire que le fait dit juridique soit du droit", il s'agit bien d'un élément matériel (l'accident) auquel le droit attache simplement des conséquences (la responsabilité).
Les plaideurs ne sont pas tenus d'énoncer la cause juridique dans leurs conclusions. S'ils le font, le juge n'est pas restreint par cette indication dans le choix des moyens propres à justifier l'admission de celles-ci, car il lui appartient de qualifier les faits de manière définitive.
- 28) VD 74c.
- 29) NE RJN 1982 65, RJN 6 I 207, RJN 4 I 165, RJN 3 I 139, RJN 1 I 10. En procédure vaudoise, le critère de connexité est commun aux articles 74c (consorité simple formelle), 76/2 (jonction de causes), 83 c (appel en cause) et 272/I CPC VD (reconvention).

empêche le juge de statuer séparément sur chacune d'elles (30). N'exigeant ni identité - même partielle - d'objet, de cause ou de parties, la condition exprime le but de la connexité plutôt qu'elle n'en fournit le critère.

La connexité au sens strict se réfère aux sources des litiges et s'attache aux relations existant entre les faits à l'origine de l'un et de l'autre. Elle exige une identité de cause au moins partielle. Il y a connexité lorsque les demandes reposent sur le même acte juridique (31) ou les mêmes faits, lorsqu'elles dérivent d'un rapport de droit commun ou sont dans une étroite relation juridique (32). Les conditions de la consorité simple se rattachent à cette définition. Elles en constituent des éléments partiels (33) et se résolvent par référence à des critères de droit civil (34). Aussi parle-t-on parfois de connexité matérielle (35).

Le législateur exige une identité ou une analogie de cause. L'exigence d'identité est comprise tantôt comme une identité numérique (36), tantôt comme une identité qualitative (37). L'exigence d'analogie marque l'identité approximative.

§2. Les conditions objectives

I. Les consorts font valoir un droit commun ou sont recherchés pour une obligation commune

Fixée dans la loi fédérale de procédure civile en son article 24 al. 2a, la condition (38) est expresse dans 20 cantons. La pratique la considère comme sous-

- 30) Georges Brasset, "Connexité", FJS no603, 1981, 2: "En procédure, la connexité est l'état de deux causes qui, sans être absolument identiques, sont cependant si intimement dépendantes l'une de l'autre, qu'il ne peut être dit droit sur les deux demandes séparément; en d'autres termes, le jugement qui sera rendu dans l'une des causes doit selon toute vraisemblance avoir une influence sur celui qui sera prononcé dans l'autre, de telle sorte qu'en jugeant séparément on risque sinon une contrariété de jugements, du moins des jugements difficilement conciliables...".
- 31) VD 1972 III 11, JT 1955 III 114, JT 1947 III 22, JT 1941 III 42, JT 1941 III 46, JT 1939 III 125, JT 1935 III 98, JT 1917 III 75: Même contrat ou actes en rapport étroit avec ce contrat.
- 32) Même complexe de faits ou de relations d'affaires: VD JT 1989 III 2, JT 1980 III 70, JT 1968 III 23, JT 1956 III 41, JT 1928 III 64, JT 1919 III 10.
- 33) Gysler 7: "...nähere Umschreibung des Begriffes Konnexität...", Domenig 32: "...Demnach kann die einfache Streitgenossenschaft als gegeben betrachtet werden, wenn konnexe Rechtsbehauptungen mehrerer Kläger oder gegen mehrere Beklagte vorliegen. Die Konnexität der Rechtsbehauptungen stellt sich als Identität oder wenigstens Teilidentität der angeführten tatsächlichen Klageründe dar. Damit entgehen wir der sonst üblichen Methode der Aufzählung der einzelnen Fälle der einfachen Streitgenossenschaft, wie sie zumeist auch in den Prozessgesetzen angegeben wird".
- 34) AG VJS 1936 238: Il est possible mais dans cette mesure seulement de dire que l'admissibilité de la consorité simple découle du droit de fond.
Gysler 7, Geiger 12, Flepp 21, Matti Streitgenossenschaft 49, Maday 235, Kraft 51, AG Eichenberger Beiträge 37.
- 35) OW Küchler 130.
- 36) La cause des demandes est unique, commune aux demandes.
- 37) Stein/Jonas ad 60 nm2: "Die Worte "auf einem" bedeuten nicht die Zahl, sondern den unbestimmten Artikel".
Le Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, "identique": L'identité spécifique représente "une sorte de superlatif de semblable ou de pareil".
- 38) Rechtsgemeinschaft mit Rücksicht auf den Streitgegenstand, Juris communio (Matti Streitgenossenschaft 34, AG Eichenberger Beiträge 38).
Le législateur l'exprime de deux manières:
 - il existe entre les consorts une communauté de droit ou d'obligation.
 - Un droit ou une obligation appartient en commun aux consorts.Elle a sa source en droit commun. Matti Streitgenossenschaft 30.

entendue dans les autres (39) de sorte qu'elle existe dans toute la Suisse (40). Elle est également connue des droits allemand et autrichien (41).

ZH a37	NW 40	BL 44	AG 50/a	GE
BE 36	GL 32	SH 83	TG 20	JU 35
LU 57/1	ZG 18/1	AR 111/2a	TI	
UR 53	FR 86	AI 59/1	VD 74a	
SZ	SO 37	SG	VS 37	
OW 36	BL	GR 28/1	NE 27a	

La condition fonde la consorité simple matérielle (42). Les législateur de certains cantons considère que la condition a un champ identique à celui d'autres expressions: Les demandes doivent être fondées sur la même cause matérielle ET juridique (43). - Les demandes doivent être fondées sur la même cause matérielle OU juridique (44). - Les consorts ont stipulé des droits ou contracté des obligations par un acte commun (45).

La condition a une portée propre. Consacrant une connexité parfaite, elle donne aux plaideurs un droit à la jonction et exclut la division de causes (46). Elle a sa source en droit civil (47).

Elle est remplie lorsque le rapport de droit litigieux porte sur une chose ou un droit revendiqué ou contestée par plusieurs personnes (48). Elle implique entre les

-
- 39) Gysler 8 n. 2: "Der Wortlaut der ZPO Basel...der von der Herleitung des Anspruchs aus einem und demselben Klaggrund spricht (§16-17) erwähnt die Rechtsgemeinschaft nicht ausdrücklich (wie die alte ZPO von 1848 (§44)), kann aber nur als auch diese umfassend gemeint sein..."
- 40) La consorité ne serait donnée en Valais qu'à cette condition: VS RVJ 1968 188.
- 41) DZPO 59, AZPO 11 ch. 1.
- 42) Flepp 22, Geiger 21, Maday 211, Matti Streitgenossenschaft 39 et ZPR 1065, BE Leuch ad 36, UR Aschwanden 80, FR Deschenaux/Castella 65, JU Ceppi 36, Fasching ZPR II 189 nm371.
La condition ne vise dans certains cantons que la consorité nécessaire:
- GL 32: "...haben gemeinschaftlich aufzutreten...".
- BS Staehelin/Sutter 88.
- TG Note marginale. Le nouveau code est plus restrictif que l'ancien. La disposition reste inchangée, à l'exception de la note marginale et du verbe. L'ancien code permettait l'application de la condition à la consorité simple. TG RBOG 1971 58 no9.
- VD JT 1983 III 71, 73. BGC 1966 703-704. Rapp 161 ch. 156.
- 43) PCF 24/2a, FR 86, AR 111/2a, AG 50a, SH 83.
- 44) UR 53.
- 45) BE 36, BL 44, NE 27a, JU 35.
Gysler 7 n. 2: "Doch sind auch die anstatt der Konnexität eingeführten Begriffe z.B. Rechtsgemeinschaft nicht eindeutig...darunter wird in der berner ZPO sowohl die eigentliche Rechtsgemeinschaft im zivilrechtlichen Sinne verstanden, als auch die Pseudorechtsgemeinschaft zufolge Berechtigung aus demselben Rechtsgeschäft (idem factum)".
- 46) ZH Sträuli/Hausor ad a37 ch. 1.
- 47) Matti Streitgenossenschaft 33, Maday 211, Flepp 22.
- 48) Geiger 22, Ovari 31, Flepp 23, Maday 211, Matti Streitgenossenschaft 34, FR Deschenaux/Castella 65, AG Eichenberger Beiträge 38, Stein/Jonas ad 59 nm3: "Rechtsgemeinschaft in Ansehung des Streitgegenstandes, dh Gemeinschaft des Rechtes an ungeteiltem Gegenstand", Zöller ad 50-60 nm4: "Darunter wird...das materielle Recht verstanden um das gestritten wird", Holzhammer ZPR II 81: "Rechtsgemeinschaft oder Sachverhaltsgemeinschaft am Streitgegenstand bewirken materielle Streitgenossenschaft". Fasching Komm. II 181: "Der Begriff 'Streitgegenstand' ist hier im engeren Sinne

consorts une liaison préexistante au procès (49). Les motifs de cette liaison importe peu (50). La condition autorise par exemple les cotitulaires d'une servitude de même contenu sur le même bien-fonds à procéder conjointement (51). Elle lie l'architecte et l'ingénieur, membres du même consortium de construction, qui ont participé à la même construction et sont recherchés par le propriétaire de l'immeuble (52).

La condition n'est pas remplie lorsque des consorts exercent des actions personnelles distinctes dans un même procès ou sont recherchés pour des contrats distincts portant sur le même objet. Le courtier qui a servi d'intermédiaire à l'égard de deux personnes pour la négociation d'un contrat portant sur le même objet ne peut ainsi pas les actionner conjointement en alléguant l'existence d'une communauté de droit entre elles (53). La condition n'est non plus remplie lorsque les demandes présentent un élément commun fortuit. L'existence d'un état de collocation ne crée ainsi aucun lien de consorité entre les créanciers qui restent indépendants (54).

La condition requiert simultanément un lien juridique commun entre les consorts et des mêmes faits à la base des demandes. Elle n'autorise pas chaque consort à poursuivre ou être poursuivi pour une partie du tout comme c'est le cas pour des prétentions partielles, car le procès ne porte plus sur un droit commun, même si les demandes sont fondées sur les mêmes faits. La doctrine et la jurisprudence l'admettent toutefois par une interprétation extensive (55). Elles admettent également la réalisation de la condition lorsqu'il y a solidarité (56) parfaite, mais l'excluent lorsqu'il

aufzufassen und bedeutet das durch das Klagebegehren erfasste Recht und den daraus abgeleiteten Anspruch oder die Sache, deren Leistung begehrt oder verweigert werden soll". MünK ad 59 nm 3: "Streitgegenstand meint damit nicht den prozessualen Anspruch iSd. prozessualen Streitgegenstandslehren..., sondern den materiell-rechtlichen Gegenstand (Sache oder Recht), um den allerdings im Prozess gestritten werden soll. Nur insoweit kommt eine Rechtsgemeinschaft in Betracht, bei der es sich um jede Art Gemeinschaft an einem unteilbaren Gegenstand handeln kann".

La condition n'est pas exclusivement une condition de la consorité nécessaire.

49) Matti Streitgenossenschaft 33-34, Maday 211-212, Holzhammer ZPR II 81: "Die Rechtsgemeinschaftler sind, anders als die Sachverhaltsgemeinschaftler, nicht bloss Prozessgenossen, sondern auch Rechtsgenossen: sie stehen zueinander in potentieller Rechtsbeziehungen".

50) Ovari 30, Matti Streitgenossenschaft 34: "Dagegen ist es irrelevant, ob der Berechtigungs- oder Verpflichtungsgrund (tatbeständlich oder rechtlich) für die einzelnen Streitgenossen gleich oder gleichartig ist. Die Gemeinschaft zweier Streitgenossen kann für den einen aus Kauf, für den andern aus Erbgang entstanden sein", AG Keller/Pfisterer ad a24 ch. 8.

51) Ovari 31, AG Eichenberger Beiträge 38, Matti Streitgenossenschaft 35.

52) BE RJB 112 1976 545.

53) MDR 1983 495 no64.

54) FR Extraits 1976 84.

55) La condition a ainsi le même champ d'application que la condition objective étudiée sous ch. II infra. Flepp 27, Gysler 7.

ZH ZR 19 1920 92 no49: "Die Streitgenossenschaft im Sinne des §37 ZPO bei Streitigkeiten obligationenrechtlicher Natur ist nicht nur dann vorhanden wenn eine Solidarschuld Gegenstand der Klage bildet. Eine solche Beschränkung der Streitgenossenschaft wird in §37 ZPO nicht ausgesprochen".

Flepp 24, Maday 212, Matti Streitgenossenschaft 35, ZH Sträuli/Hauser ad a37 ch. I: "Man wird...den Wortlaut...erweitern dürfen, dass eine Streitgenossenschaft auch zulässig ist, wenn das streitige Recht oder die streitige Verbindlichkeit auf dem gleichen tatsächlichen und rechtlichen Grunde beruht". Schilken 373 nm663.

56) BE RJB 65 1929 567: "Es besteht unter ihnen echte Streitgenossenschaft, denn sie stehen unter sich in der Gemeinschaft einer Verbindlichkeit als Solidarschuldner. Sie können somit gemeinschaftlich eingeklagt werden". FR Extraits 1941-43 93: "Quant au moyen basé sur une absence de solidarité entre les frères et sœurs R, le président du tribunal l'a rejeté en considérant que les hoirs prénommés ont admis qu'il existait entre eux une communauté de droit, puisqu'ils ont été en justice simultanément en qualité de consorts, tant comme demandeurs que comme défendeurs".

Gysler 8, Matti Streitgenossenschaft 34, Ovari 32, Geiger 23, ZH Sträuli/Hauser ad a37 ch.1, Schilken 373 nm663, Lent ZPR 219, Stein/Jonas ad 59 nm3.

y a solidarité imparfaite (57). La condition permet ainsi de rechercher des coindivis pour les dettes de la communauté (58). Elle autorise deux cautions à actionner le débiteur (59). Elle est réalisée lorsque les prétentions des consorts portent sur une prestation indivisible au sens de l'article 70 CO (60); les propriétaires d'un objet actionnent par exemple son possesseur en restitution (61); plusieurs personnes réclament conjointement à l'emprunteur une somme d'argent qu'elles lui ont prêtées (62). Plusieurs personnes sont recherchées en vertu de la même obligation légale (63).

La condition implique que les consorts prennent des conclusions communes ou à tout le moins des conclusions de même nature (64).

La condition n'est pas réalisée lorsqu'il y a consorité éventuelle ou consorité alternative (65).

II. Les demandes sont fondées sur la MEME cause MATERIELLE ET JURIDIQUE

Inscrite à l'article 24 al. 2a PCF, la condition est connue dans 12 cantons (66). Elle correspond à une des alternatives de l'article 59 du code de procédure civile allemand (67). Elle correspondait à l'article 11 du code de procédure civile autrichien avant la révision de 1983 (68).

-
- 57) VS RTC 1944 17.
Flepp 23, Stein/Jonas ad 59 nm3. Contra: Ovari 32, JU Ceppi 36 admettent la solidarité parfaite et imparfaite.
 - 58) Matti Streitgenossenschaft 35 et ZPR 1065.
 - 59) BE Leuch ad 36 ch. 3.
 - 60) TG RBOG 1971 60 no9.
Gysler 8, Geiger 23, Ovari 32, Matti Streitgenossenschaft 35, ZH Sträuli/Hauser ad a37 ch. 1, JU Ceppi 36.
 - 61) Matti Streitgenossenschaft 35.
 - 62) BGH 88 332: Condition non remplie lorsqu'elles lui ont prêté séparément des montants différents.
 - 63) ZH Sträuli/Hauser ad a4 ch. 2.
 - 64) ZH Sträuli/Hauser ad a4 ch. 2. Fasching ZPR II 190 nm371: "Das durch das Klagebegehren erfasste Recht und der daraus abgeleitete Anspruch (oder die Sache, deren Leistung begehrt wird) muss selbst Gegenstand der Rechtsgemeinschaft sein", Fasching Komm. II 181: "Die Rechtsgemeinschaft muss in Ansehung des im Begehren bezeichneten Anspruches bestehen. Eine Rechtsgemeinschaft bezüglich eines nur eine Vorfrage bildenden Sach- oder Rechtsanspruches reicht nicht aus".
 - 65) ZH ZR 32 1933 46 no26: "...Richtig ist, dass die Voraussetzungen der eigentlichen Streitgenossenschaft...nicht vorliegen, denn wenn entweder der eine oder der andere leisten muss, so handelt es sich nicht um eine Verpflichtung welche den beiden gemeinsam zukommt". Contra: VS RVJ 1976 261.
Matti Streitgenossenschaft 35 n. 2, Stein/Jonas ad 59 nm3.
 - 66) Uri 53 exige que les demandes soient fondées sur la même cause matérielle OU juridique. Les travaux préparatoires ne révèlent pas les motifs de l'alternative.
BS 16-17 et VD 74b exigent que les demandes soient fondées sur la même cause juridique.
GR 28/2 exige que les demandes soient fondées essentiellement sur la même cause matérielle ou juridique. La condition y est donc implicite.
 - 67) DZPO 59: nm; "Selber Grund".
 - 68) Le second membre de la condition a été supprimé ("und rechtlichen Grund"). Roth 229.

ZH	NW	BL 44	AG 50a	GE
BE 36	GL	SH 83	TG	JU 35
LU	ZG	AR 111/2a	TI 42	
UR 53	FR 86	AI	VD 74b	
SZ	SO	SG a103/1	VS	
OW	BS 16-17	GR	NE n27a	

Lorsqu'elle est réalisée, on est en présence de la consorité simple matérielle (69) seule forme reconnue dans les cantons de Bâle-Ville (70) et du Tessin (71).

La condition est mise sur le même pied que la condition de la communauté de droit et d'obligations relativement à l'objet du litige (72) sans équivaloir (73), car elle n'implique pas un rapport de communauté entre les consorts. Elle consacre une connexité parfaite (74), accorde un droit absolu à la jonction (75) et exclut la division de causes (76).

Elle suppose que la matière du procès soit la même et que les demandes soient fondées sur les mêmes faits (77) ou les mêmes faits juridiques (78). Elle implique une identité de cause ou une identité de fait (79). L'analogie est insuffisante (80). La

- 69) AG AGVE 1950 65 no13. UR Aschwanden 80, JU Ceppi 36. Fasching ZPR 188 nm366.
- 70) BS BJM 1961 189ss. BS/BL Staehelin/Sutter 85.
Contra Gysler 8 n. 4: "Trotzdem sind die Worte "aus einem und demselben Klaggrund" im Sinn des gleichartigen Klaggrunds auszulegen, weil gerade die Basler Gerichtspraxis den Grundsatz der Prozessökonomie stark betont".
- 71) TI Rep. 1987 225.
- 72) PCF, tous les cantons, DZPO 59.
- 73) Matti Streitgenossenschaft 36, BE Jolidon 76, SG Lutz ad a103 ch.1, AG Keller/Pfisterer ad a24 ch. 9.
- 74) Rapp 162.
- 75) Rapp 165, Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 76 ch. 1.
- 76) Rapp 166.
- 77) AG AGVE 1950 65 no13, 69: "...strenge Haltung der gesetzlichen Regelung...". VS RVJ 1976 22: "Ce qu'exige l'article 40/1 CPC, c'est...que les faits juridiques reposent sur une cause matériellement identique...C'est manifestement le cas en l'espèce où chacune des six demandes à joindre dépend du caractère accidentel ou non du décès de Jean Fiorina par intoxication au monoxyde de carbone...". VD JT 1982 III 111.
Matti ZPR 1065. Flepp 25, Ovari 32: "...es handelt sich hier also um die Identität des Sachverhalts...".
- 78) Gysler 8, Ovari 32: "Die Identität ist gegeben, falls derselbe Entstehungsgrund für die vereinigten Entstehungs-Klagen vorhanden ist". Zöller ad 59-60 nm6: "Dabei genügt Identität eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses". Baumbach/Lauterbach ad 59 ch. 3: "Nicht hierher zählt eine gemeinsame Berechtigung oder Verpflichtung auf Grund derselben Tatsachen, jedoch aus verschiedenen Rechtsgründen". Lent ZPR 219, Münk ad 59 nm9.
En accord avec la doctrine, le législateur autrichien a supprimé cette seconde exigence au motif qu'il n'appartient pas aux parties de qualifier juridiquement leurs demandes. Fasching Komm. II 181, Roth 216: "Umsoweniger kann die Zulässigkeit einer Parteienhäufung von der rechtlichen Einordnung der Ansprüche abhängen. Daher genügt für das Entstehen einer materiellen Streitgenossenschaft derselbe Sachverhalt, auf den sich die mehreren Ansprüche, mögen sie auch bloss gleichartig sein, zurückführen lassen".
- 79) Les motifs de l'identité sont irrélevants. Matti, Streitgenossenschaft 37, Stein/Jonas ad 59 nm4, Schilken 373 nm663.
- 80) AG AGVE 1950 65 no13, 68: "Gleicher tatsächlicher und rechtlicher Grund bedeutet nicht nur Gleichartigkeit, sondern Identität. Selbst wenn man die Identität des rechtlichen Grundes..., der sich vermutlich...schon aus den Verbandstatuten ergibt, annehmen wollte, wäre doch der Tatbestand für jeden Beklagten ein anderer: denn nach der Klage haben sie offenbar den Streik nicht nach gemeinsamer Verabredung, sondern jeder für sich und wohl auch aus verschiedenen Motiven heraus, abgebrochen. Von einer Identität des tatsächlichen Grundes kann unter solchen Umständen nicht gesprochen werden". VT JT 1983 III 71.

condition interdit aux consorts d'alléguer des faits personnels (81). Elle implique que les consorts présentent la même argumentation (82), mais ne suppose pas nécessairement que les consorts prennent des conclusions communes (83). Ces derniers peuvent formuler des prétentions distinctes (84) et peuvent par exemple faire valoir des prétentions partielles sur la base du même contrat (85). La condition exclut selon la doctrine la coexistence de conclusions formatrices et constatatoires (86), de conclusions en revendication et en dommages-intérêts (87), mais autorise la coexistence de conclusions constatatoires et condamnatoires (88). La condition peut fonder la consorité alternative (89).

La jurisprudence l'interprète de manière extensive (90). L'exigence que les consorts aient stipulé des droits ou contracté des obligations par un acte commun en

OW Küchler 131, BS/BL Staehelin/Sutter 85-86, Fasching Komm. II 182: "Ein gleicher tatsächlicher und rechtlicher Grund liegt überall dort, wo, für alle Streitgenossen, ein einheitlich rechtserzeugender Sachverhalt gegeben ist. Massgebend für die Beurteilung sind dabei nur diejenigen Tatsachen, die den Klageanspruch unberührt erzeugen, nicht aber solche die den entstandenen Anspruch unberührt werden lassen". 185: "Der charakteristische Unterschied liegt also darin, dass für die formelle Streitgenossenschaft für jeden Streitgenosse ein gleichartiger aber selbständig zu beurteilender rechtserheblicher Sachverhalt gegeben sein muss, während für die materielle Streitgenossenschaft die Gemeinsamkeit des rechtserheblichen Sachverhalts charakteristisch ist" (Für die einheitliche Streitpartei geht dies einen Schritt weiter: hier muss nicht nur der rechtserzeugende Sachverhalt für alle Streitgenossen derselbe sein, sondern auch die Entscheidung und ihre Wirkungen".

- 81) Fasching ZPR II 190 nm371: "Wo für einzelne Streitgenossen zur Ableitung des Anspruches notwendigerweise noch weitere individuelle anspruchserhebliche Tatsachen zu einem vorerst einheitlichen Sachverhalt hinzutreten, liegt keine... Streitgenossenschaft vor".
- 82) VS RTC 1955 59, RTC 1947 63: "si le juge-instructeur a pu joindre les deux causes pour en faire l'objet d'une seule enquête et d'un seul jugement, c'est que la cause des litiges et les moyens à faire valoir se trouvaient être identiques". Piepp 25. Contra Ovari 36.
- 83) Matti Streitgenossenschaft 39: "Es handelt sich... nicht um die Identität des Streitgegenstandes,... sondern um die Identität des Prozessstoffes, nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite hin, soweit als es die gemeinsam geltend gemachten Rechte oder Pflichten betrifft". Ovari 33.
- 84) Ovari 33, Matti Streitgenossenschaft 37: "Dagegen ist es nicht notwendig, dass die Ansprüche selber (Rechte oder Pflichten) gleich oder gleichartig seien". Wolff 124: "Nämlichkeit des Grundes genügt, die Ansprüche können verschieden sein", Stein/Jonas ad 59 nm4, Schilken 373 nm663.
- 85) Matti Streitgenossenschaft 37-38, Geiger 24-25, ZH Sträuli/Hauser ad a37 ch. 1, Stein/Jonas ad 59 nm4.
- 86) Domenig 31.
- 87) Geiger 25.
- 88) Domenig 31: "Es kann nicht eine Gestaltungsklage des einen Klägers im gleichen Verfahren mit einer Feststellungsklage eines anderen Klägers zugleich behandelt werden, soll das Verfahren einfach bleiben. Das dies aber bei der einfachen Streitgenossenschaft erstes Erfordernis ist, ergibt sich schon daraus, dass in manchen Prozessgesetzen angeordnet ist, der Richter könne nach seinem Ermessen die Trennung der Verhandlungen anordnen, wenn mehrere Klagen in einfacher Streitgenossenschaft verbunden sind. Ob und in welchem Masse wenigstens eine Leistungsklage und eine Feststellungsklage erhoben werden können, wird... dem Richter anheimzustellen sein. Ergibt sich im Einzelfall, dass die Feststellungsklage mit der Leistungsklage so weit konnex ist, als letztere eine identische oder wenigstens konnex Feststellung enthält, so wird die Verbindung der Klagen in einfacher Streitgenossenschaft zulässig sein".
- 89) ZH ZR 56 1957 76 no49, ZR 32 1933 46 no26: "Dass... die Klage gegen den einen Beklagten gutgeheissen, gegen den anderen abgewiesen werden muss, ändert an der Gleichartigkeit nichts".
- 90) Maday 212: "Die allgemeine Tendenz geht unverkennbar dahin, den Begriff der materiellen Streitgenossenschaft extensiv zu interpretieren", Matti Streitgenossenschaft 37, BE Leuch ad 36 ch. 4, OW Küchler 130 n. 130.

est un cas d'application (91). Les demandes peuvent également être fondées sur un titre juridique autre que contractuel. Ce peut être un acte à cause de mort commun (92), le même effet de change (93), le même acte illicite (94), que la faute soit délictuelle ou contractuelle (95), le même enrichissement illégitime (96), un lien de filiation (97), de manière générale tout fait juridique (98) ou la même obligation légale (99). La condition n'est pas remplie lorsque les demandes sont fondées sur des

- 91) BE 36, BL 44, TI 42, NE n27a, JU 35.
ATF 118 II 168: époux colocataires solidaires du même appartement.
ZH ZR 56 1957 76 no49: Les coveurs du même objet sont actionnés en garantie des défauts. BS BJM 1961 189, 195: action contractuelle contre un codéfendeur, délictuelle contre un autre codéfendeur. Consortie rejetée au motif que les demandes n'avaient pas la même cause juridique. VS RVJ 1967 436, 440: "In concreto beruhen die beiden verbundenen Prozesse auf dem zwischen den Gebrüdern O. und J. C. einerseits, und K.I. andererseits, abgeschlossenen Pachtvertrag. Beide Prozesse beruhen daher, wie sich aus den Akten ergibt, auf der gleichen rechtlichen Grundlage, so dass die Klageverbindung...zulässig ist". TI Rep. 1985 334: Une banque actionne en paiement une autre banque et un tiers en se fondant sur un contrat de vente d'actions.
Maday 212, Matti Streitgenossenschaft 36 et ZPR 1065, Flepp 25, Ovari 32: "Der tatsächliche und rechtliche Grund ist gleichbedeutend mit dem Entstehungsgrund der Berechtigung und der Verpflichtung". ZH Sträuli/Hauser ad a37 ch. 1, BE Jolidon 76, BE Leuch ad 36 ch. 4, NW Küchler 130 n. 130: "Den praktischen Befürnissen entsprechend, wäre anstelle des einschränkenden Begriffes "Rechtsgeschäft" der umfassendere Begriff "Entstehungsgrund" vorzuziehen". FR Deschenaux/Castella 66, AR Ehrenzeller 78 annexe ad 59 ch.4, BS/BL Staehelin/Sutter 87, SG Lutz ad a103 ch. 1b, AG Eichenberger ad 50 nm1, TI Picard 244, JU Ceppi 36.
La condition tirée de l'existence d'une stipulation commune entre les consorts et un tiers, interprétée littéralement, ne permettrait la consorte que pour les demandes fondées sur un contrat. La jurisprudence lui reconnaît toutefois un caractère exemplaire et autorise une interprétation extensive: AR RBOG 1950-51 28 no3: "Die Geltung dieses Institutes kann trotz des engen Gesetzeswortlautes, auf den nicht ausschliesslich abgestellt werden darf, nicht auf schuldrechtliche Verhältnisse beschränkt werden".
- 92) Des légataires concluent sur la base du même testament en délivrance d'un legs, Flepp 28, Ovari 34, Matti Streitgenossenschaft 38, AG, Eichenberger ad 50 nm1 et Beiträge 38.
- 93) FR Extraits 1957 119. Contra Wolff 124.
- 94) TI 42, VD 74b. Responsabilité plurale (50 CO) ou de solidarité imparfaite (51 CO). MDR 1978 130 ("Gemeinsame Gefährdungshaftung"). BE RJE 39 1903 713: Action d'enfants et de leur mère pour une prétention fondée sur la responsabilité civile des chemins de fer. VD JT 1983 III 71, 74: Plusieurs employés lésés par le même acte de l'employeur: "Les conclusions des demandes...tendent au paiement d'un salaire dont chacun aurait été frustré par le même fait du défendeur".
Flepp 28, Ovari 32, Matti Streitgenossenschaft 37 et ZPR 1065, BE Jolidon 76, JU Ceppi 36.
Comp. Dornenig 30: "Indessen ist hier zu bemerken, dass im Falle der unechten Solidarität nicht eine Identität, sondern bloss Konnexität der Klagegründe gegeben ist".
- 95) La condition serait inapplicable à la faute contractuelle selon la jurisprudence vaudoise qui n'explique toutefois pas les raisons de ses interrogations. Nous n'en voyons pas les raisons, car la condition n'a qu'un caractère exemplaire. VD JT 1982 III 112-113: "...il est douteux qu'elle puisse s'appliquer à la faute contractuelle et ses effets...".
- 96) Matti Streitgenossenschaft 38, Ovari 32.
- 97) CC 261. AR RBOG 1950-51 28 no3.
Flepp 28, Matti Streitgenossenschaft 39, AG Eichenberger ad 50 nm1.
- 98) Flepp 25: "Dies...muss im Sinne eines allgemeinen Rechtsverhältnisses verstanden werden...Es ergibt sich, dass...solche Rechtsverhältnisse zu verstehen sind, bei denen der Tatbestand, dem sie entspringen, sich als ein einheitlicher darstellt, und der rechtliche Gesichtspunkt von dem aus die Rechtsfolgen abgeleitet werden, derselbe ist...". Matti Streitgenossenschaft 38, BE Jolidon 76.
- 99) AG VJS 1943 46: Un commune et un canton actionnent la même personne en paiement d'arriérés d'impôts. AO VJS 1936 238: dette alimentaire, 328ss CC.
Matti Streitgenossenschaft 38: Action en responsabilité contre les membres de l'autorité en vertu de l'article 428 CC.

causes distinctes, mais identiques, par exemple des contrats appartenant à la même catégorie juridique (100) ou des faits juridiques distincts (101).

La condition n'est pas remplie lorsqu'existe entre les plaideurs un élément commun fortuit (102). Elle n'exige pas obligatoirement entre les consorts un lien préexistant au procès (103). Les personnes lésées par un même événement dommageable ne sont avant le procès pas liées juridiquement, mais peuvent demander conjointement des dommages intérêts (104).

En procédure autrichienne, les consorts n'ont plus à présenter la même argumentation juridique. Il suffit que leurs demandes soient fondées sur les mêmes faits (105).

III. Les demandes sont fondées ESSENTIELLEMENT sur la MEME CAUSE MATERIELLE ET JURIDIQUE (106).

ZH 40	NW 42/1	BL	AG	GE
BE	GL 33/1	SH 86 ch. 1	TG 21/1	JU
LU 60	ZG	AR	TI	
UR 54	FR	AI 59/2	VD	
SZ 37/1	SO	SG	VS	
OW	BS	GR	NE	

Lorsque la condition est réalisée, on est en présence de la consorité simple formelle (107). Elle n'a pas de portée propre. Il faut encore que les consorts

100) TI Rep. 1987 225: Des orchestres différents ne peuvent ainsi actionner le même dancing en dommages-intérêts pour rupture de contrat.

101) Des personnes lésées par des chutes de pierres distinctes ne peuvent procéder conjointement, car les causes n'ont qu'un fondement juridique analogue. AR Ehrenzeller 79. Question laissée ouverte par Eichenberger Beiträge 38.

102) FR Extraits 1976 84.

103) Contra: Matti Streitgenossenschaft 37.

104) SG GVP 1934 11 no4.

Domenig 30: "...allen gemeinsam ist ...das gleiche schädigende Ereignis das als Klaggrund erscheint, wenn es auch im einzelnen von den verschiedenen Klägern verschieden dargelegt werden kann. Auch ist hier eine verschiedene juristische Qualifikation des Sachverhaltes für die Gleichheit der Klagegründe unerheblich".

105) OLG Linz EvBl 1987 193.

Rechtberger/Simotta 69 nm131: "Derselbe tatsächliche Grund liegt dann vor, wenn für alle Streitgenossen ein einheitlich rechtserzeugender Sachverhalt gegeben ist". Fasching ZPR II 190 nm371. La condition n'est pas remplie lorsqu'un prêteur actionne en restitution les personnes qui lui ont emprunté séparément des sommes différentes, car l'action en paiement n'est pas fondée sur les mêmes faits, puisque chaque défendeur a conclu un contrat distinct avec le prêteur. Elle est en revanche réalisée lorsque plusieurs emprunteurs de la même somme sont recherchés en justice par le prêteur. Roth 236.

106) Im wesentlichen auf die gleichen Tatsachen und Rechtsgründe

ZH 40, LU 60, UR 54, SZ 37/1, NW 42/1, GL 33/1, SH 86 ch. 1, AI 59/2, TG 21/1.

Le canton des Grisons (28/2) exige que les demandes soient fondées *essentiellement* sur la même cause matérielle ou juridique (Im wesentlichen auf den gleichen faktischen oder rechtlichen Grund). Les travaux préparatoire ne précisent pas les raisons de l'alternative. La disposition qui la fonde, adoptée sans opposition, ni contestation, a été introduite dans le code de 1870 (a42), reprise dans le code de 1954 (a44/2) et maintenue dans le code actuel de 1985. L'alternative pourrait résulter d'une erreur d'imprimerie comme cela avait été le cas dans le canton d'Argovie. AG Eichenberger Beiträge 38 n. 3. La jurisprudence et la doctrine n'en font aucun cas: GR PKG 1989 18 no3, GR PKG 1980 16 no2, PKG 1969 40 no8, PKG 1963 30 no2, PKG 1951 77 no31, PKG 1945 88 no33. Anton Berther, Prozessvoraussetzungen im bündnerischen Zivilprozessrecht, Thèse Fribourg 1958, 46: "Es genügt nicht nur das eine oder andere dieser Erfordernisse".

107) GR PKG 1969 40 no8.

prennent des conclusions de même nature (108). Elle ne confère pas un droit absolu au cumul, mais autorise la division des causes (109).

La condition n'exige pas une relation matérielle entre les consorts et ne suppose pas un état préexistant au procès (110). Elle n'implique pas l'existence entre les consorts d'un rapport de communauté (111). Elle doit permettre de juger des situations si semblables qu'elles en sont presque identiques (112). Les faits à la base des demandes doivent coïncider dans leur plus large part. Il n'est pas nécessaire que ce soit les mêmes faits de sorte que les demandes peuvent différer sur des points accessoires (113).

La condition suppose une liaison plus forte que l'analogie. Elle ne permet par exemple pas de poursuivre deux personnes distinctes pour des actes illicites analogues (114), ni d'actionner ou d'être actionnés sur la base de contrats distincts mais analogues. Elle n'autorise pour certains auteurs pas le concours d'actions au sens de l'article 51 CO (115).

La condition implique souvent que les consorts prennent des conclusions de même nature (116), mais ne les oblige pas à prendre des conclusions communes. Elle confère au juge un pouvoir d'appréciation étendu (117), mais est interprétée

Matti Streitgenossenschaft 44, Maday 212, Flepp 28, ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm1, UR Aschwanden 80.

108) LU 60, UR 54, NW 42/1, GL 33/1, SH 86 ch. 1, AI 59/2, TG 21/1. Voir infra.

109) ZH Sträuli/Hauser ad a38 ch. 2.

110) Geiger 26, Matti Streitgenossenschaft 44 et ZPR 1065, Maday 212, GR Berther 47.

111) Geiger 26, Matti Streitgenossenschaft 44, Maday 212, Flepp 28.

112) TG RBOG 1939 53 no9: "Der Gesetzgeber verlangt hier keine vollkommene Identität, sondern ausdrücklich nur eine solche in den wesentlichen Punkten in Hinsicht auf die der Klage zugrunde liegenden Tatsachen und das durch den Tatbestand geschaffene Rechtsverhältnis". Comp. RSI 34 1937/1938 281 no220: (Die im wesentlichen gleichen Tatsachen und Rechtsgründe) "liegen immer vor, wenn das rechtliche Grundverhältnis aus dem der Forderungsanspruch abgeleitet wird, das gleiche ist. So bei den Forderungen, welche auf Grund eines Werkvertrages mit einem Bauherrn entstanden sind. Dabei handelt es sich aber nicht um die gleichen Tatsachen und Rechtsgründe, da jeder Handwerker nicht dieselbe, sondern eine andere Arbeit geleistet hat, aus welcher er seinen Forderungsanspruch ableitet. Ihre Ansprüche werden daher nicht aus den gleichen Tatsachen und Rechtsgründen, sondern aus ähnlichen geltend gemacht. Jeder Anspruch ist verschieden gross, abhängig vom dem Umfang der vom betreffenden Kläger geleisteten Arbeit und unabhängig vom Anspruch der Mitkläger". Geiger 25: "Diese mehreren Rechtsansprüche müssen also dermassen parallel verlaufen, dass der Richter aus der Würdigung eines einzelnen Umstandes Schlussfolgerung ziehen kann, die auch in den weiteren streitgenössischen Prozessen unmittelbar von Nutzen sind". Flepp 29, Matti Streitgenossenschaft 46.

113) TG RBOG 1971 60 no11, 61: "...wesentlich gleiche prozessentscheidende Tatsachen...". Geiger 25, Flepp 28: "Demgegenüber bewirken...voneinander vollkommen unabhängige Tatbestände die Zulassung einer Streitgenossenschaft...Unumgänglich ist, dass die verschiedenen Ansprüche auf einem in seinen hauptsächlichsten Merkmalen gleichartigen Tatbestand zurückzuführen sind. Aber auch die rechtlichen Grundlagen der verschiedenen Ansprüche müssen in ihren Hauptzügen Gleichartigkeit aufweisen". ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm1: "Der Zusammenhang solcher Klagen ist lockerer, so dass weder eine gemeinsame Klageerhebung noch eine gemeinsame Beurteilung in einem Verfahren unbedingt notwendig ist", TG Böckli ad a29 ch. 1b et c: "Identität des der Klage zugrunde liegenden Tatbestandes in den wesentlichen Punkten...Identität des durch den Tatbestand geschaffenen Rechtsverhältnisses in den wesentlichen Punkten".

114) TG Böckli ad a29 ch. 1b.

115) TG Böckli ad a29 ch. 1c: "Keine Gleichartigkeit der Rechtsgründe besteht trotz Gleichartigkeit des Tatbestandes, wenn ZB der eine aus Vertrag, der andere aus rechtswidriger Handlung belangt wird". Maday 212, contra: ZH Sträuli/Messmer ad 45 nm5.

116) Geiger 26, Matti Streitgenossenschaft 46, Maday 212, Flepp 29. Contra: ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm9, BE Leuch ad 37 ch3. Voir infra.

restrictivement pour garantir les limites du litige (118). Elle n'empêche pas un défendeur de soulever une exception, ni les défendeurs d'opposer des exceptions différentes (119). Elle autorise la consorité éventuelle (120).

Casuistique

Conсорité active:

- Les personnes blessées par le même acte dommageable procèdent conjointement (121).
- Se fondant sur l'article 514 al. 2 CO, des joueurs de poker réclament des dommages-intérêts à un autre joueur pour avoir triché (122).
- Des créanciers hypothécaires requièrent des mesures provisoires pour dépréciation de l'immeuble (123).
- Des époux actionnent leur employeur commun en exécution du même contrat (124).

Conсорité passive:

- Un plaideur revendique la propriété d'un bien-fonds contre les riverains (125).
- Un plaideur veut faire constater son droit de propriété contre une pluralité d'adversaires (126).
- Un plaideur veut faire constater contre une pluralité d'adversaires que rien ne s'oppose à ses projet de construction (127).
- Un plaideur veut réclamer solidairement et simultanément à l'autorité tutélaire et au tuteur des dommages-intérêts et une indemnité pour tort moral (128).

IV. Les demandes sont fondées sur des faits analogues et présentent une argumentation juridique semblable

ZH	NW 19/1	BL	AG 50b	GE
BE 37	GL	SH	TG	JU 36
LU	ZG 19/1		AR 111/2b	TI
UR	FR 87	AI	VD 74c	
SZ	SO 39	SG	VS 40	
OW 38	BS	GR	NE n27b	

-
- 117) Flepp 28.
 - 118) Maday 212.
 - 119) TG Bockli ad a29 ch. 1b.
 - 120) LU *Entsch.* 1949 575 no672, ZH Strikuli/Messmer ad 40 nm4.
 - 121) Geiger 26.
 - 122) TG RBOG 1971 60 no11.
 - 123) CC 808. Geiger 26.
 - 124) GR PKG 1969 40 no8.
 - 125) GR PKG 1989 18 no3, 20.
 - 126) GR PKG 1951 78 no31.
 - 127) LU *Entsch.* 1975 316 no258.
 - 128) GR PKG 1948 84 no32.

La condition est connue sous des formes différentes dans près de la moitié des cantons (129). La jurisprudence l'a exceptionnellement admise dans le canton de St-Gall parce que l'adversaire des consorts n'avait pas soulevé d'exception alors qu'elle n'était pas réalisée (130). La condition permet au juge dans le canton du Valais de joindre les causes mais n'y crée pas consorité selon la jurisprudence et contrairement à la doctrine (131). Elle est connue en Allemagne (132) et en Autriche (133).

La condition donne naissance à la forme la plus élargie de la consorité simple (134). Lorsqu'elle est réalisée, on est en présence d'une consorité simple formelle (135). La pratique l'interprète extensivement (136). Elle n'établit qu'un droit relatif au cumul. Il faut encore que les actions puissent être instruites conjointement sans difficultés (137) et que le juge soit compétent pour chaque défendeur (138).

La condition consacre une connexité imparfaite. Elle n'implique pas entre les consorts un lien juridique ou matériel préexistant au procès (139), mais suppose une pluralité de fondements. Les demandes doivent soulever des questions de fait et de droit identiques ou apparentées (140) et être exercées en vertu de titres distincts (141).

-
- 129) Les cantons de Berne, Obwald, Zoug, Soleure, Valais et Jura exigent que les demandes soient fondées sur une cause *matérielle analogue*: BE 37, OW 38, ZG 19/1, SO 39, VS 40, JU 40 (*auf einem gleichartigen tatsächlichen Grund, simile factum*). La condition équivaudrait à celle exigeant une cause matérielle et juridique analogue. Matti Streitgenossenschaft 47, Maday 211.
Le canton de Neuchâtel (27b) exige que les demandes soient fondées sur une *cause matérielle et juridique analogue*.
En procédure fédérale et dans les cantons de Fribourg, Appenzell Rhodes Extérieures et Argovie, les demandes doivent être fondées *essentiellement* sur une cause *matérielle et juridique analogue* (*auf einem wesentlich gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grund*). ACF 24/2b, FR 87, AR 111/2b, AG 50b.
Le canton de Vaud qui s'est inspiré du droit fribourgeois exige que les prétentions dérivent de *causes connexes* (74c).
- 130) SG Entsch. 1902 50 no15.
- 131) VS RTC 1955 59, RTC 1947 63. Fux 63-64.
- 132) DZPO 60 nm: "Gleichartigkeit der Ansprüche".
- 133) AZPO 11 ch. 2.
- 134) Lent ZPR 219: "hierin ist nicht Identität des Sachverhalts erforderlich oder gegeben, sondern nur Gleichartigkeit; hierin liegt eine bedeutende Erweiterung des Gebietes der Streitgenossenschaft".
Pour notamment Gottwald JA 1982 64-65 et Lindacher JuS 1986 379-380, il s'agit d'une clause générale autorisant la consorité chaque fois que l'opportunité le rend souhaitable.
- 135) Condition introduite par la jurisprudence sous l'ancien code argovien, AGVE 1950 68 no 13.
Matti Streitgenossenschaft 44, BE Leuch ad 37 ch. 2. Comp. Stein/Jonas ad 60 ch. 2 nm2: "ihre Bezeichnung als unechte oder uneigentliche Streitgenossenschaft ist nicht berechtigt und ausserdem ohne Wert".
- 136) JZ 1990 1036, MDR 1983 495, NJW 1986 3209, NJW 1975 1228: "Die Vorschrift ist sehr dehnbar. Da es sich um eine Zweckmassigkeitsregel handelt, darf man die Vorschrift weit auslegen".
Ovari 38, Stein/Jonas ad 59 nm2 et 60 nm1, Wieczorek ad 60 AII, Baumbach/Lauterbach ad 60 ch. 1, Lent ZPR 219, Zeller ad 50-60 nm7, Zimmermann ad 59-60 nm3.
- 137) VD JT 1982 III 111.
Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 76 ch. 1: Le juge a une plus grande marge d'appréciation en raison de la seconde condition, d'autant que des jugements contradictoires ne sont pas à craindre.
- 138) BE, JU, OW et SO, OW et SO précisent qu'il s'agit de la compétence matérielle.
- 139) Ovari 38, Matti Streitgenossenschaft 44, BE Leuch ad 37 ch. 2.
- 140) VD JT 1983 III 71.

Une analogie au moins partielle est exigée (142), mais non l'identité (143). Les consorts doivent alléguer des faits de même nature (144), mais n'ont pas à alléguer les mêmes faits (145).

La condition est remplie lorsque les consorts actionnent ou sont actionnés en exécution de contrats appartenant à la même catégorie juridique, par exemple un bail ou un contrat de travail (146). Elle est réalisée en cas de responsabilité plurale et de solidarité imparfaite. Elle n'est pas donnée lorsque les demandes n'ont aucun fondement semblable ni en fait, ni en droit, ni lorsqu'elles n'ont de commun qu'un élément externe (147). L'existence du même acteur dans l'une ou l'autre action ne

Parallélisme des questions litigieuses, Rapp 166-167, Ovari 39, Matti Streitgenossenschaft 44, Geiger 25-26, Flepp 29, FR Deschenaux/Castella 66: "Chacune des prétentions est exercée en vertu d'un titre distinct, mais elles sont de même nature et ont un fondement semblable en fait et en droit".

- 141) MDR 1983 495 no64: "...Die mehreren Ansprüche müssen in einem inneren Zusammenhang stehen. Dieser kann rechtlicher Natur sein und sich daraus ergeben, dass über die Ansprüche nach im wesentlichen gleichen rechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden sind (zB Ansprüche aus inhaltsgleichen Verträgen). Der innere Zusammenhang der Klageforderung kann aber auch darauf beruhen, dass die mehreren Ansprüche auf ihre Art nach gleichen Sachverhalten beruhen (zB Ansprüche aus Anlass eines Vertragsabschlusses gestützt aus Vertrag, Verschulden bei Vertragsabschluss, vollmachtlöse Vertretung...)".
- 142) JZ 1990 1036, JurBüro 1977 199, NJW 1975 1228.
Ovari 39, Zöller ad 59-60 nm7: "Es ist hierbei nicht...erforderlich, dass der Tatsachenstoff auch nur teilweise identisch ist, viel mehr genügt Gleichartigkeit", Baumbach/Lauterbach ad 60 ch. 1: "§60 lässt eine Streitgenossenschaft zu, wenn der rechtliche und der tatsächliche Grund ganz oder zu einem wesentlichen Teil gleichartig sind", Schönke 96: "Gleichartigkeit ist anzunehmen, wenn die mehreren Ansprüchen in einem solchen Verhältnis zueinander stehen, dass die Entscheidung von der Würdigung gleich oder doch ähnlich gelagerter tatsächlicher Umstände abhängt".
- 143) Stein/Jonas ad 60 nm2, Zöller ad 59-60 nm7.
- 144) Matti Streitgenossenschaft 45: "auf einem in seinen wesentlichen Merkmalen gleichartigen Tatbestand", Fasching ZPR II 190 nm372: "Identität...ist nicht erforderlich. Sowohl die Ansprüche selbst wie auch die rechtserzeugenden Tatsachen müssen aber so gleichartig sein (weitgehend ähnlich) sein, dass die gemeinsame Klage und Verhandlung prozessökonomisch Vorteile bringt...". BE Louch ad 37 ch. 3: "Diese zweite Voraussetzung ist nur vorhanden, wenn die Einzelansprüche im wesentlichen die gleichen Streitfragen bieten". Roth 219.
- 145) Ovari 39, Matti Streitgenossenschaft 44, SG Lutz ad a103 ch. 2, Stein/Jonas ad 60 nm2.
- 146) ZH ZR 20 1921 87 no39.
BE RJB 58 1922 169: "...Jeder der beiden Kläger hat, unabhängig vom andern, seinen eigenen Vertrag mit der Genossenschaft...abgeschlossen, aus dem er auf Leistung gegen die Hallwag klagt...die Gleichartigkeit des Klagegrundes und die Tunlichkeit einheitlicher Entscheidung ist gegeben, da es sich um gleiche Verträge handelt, und hinsichtlich beider Ansprüche die gleichen Rechtsfragen zu entscheiden sind".
VD JT 1983 III 71, 74: "les conclusions des demandeurs sont fondées sur un contrat individuel de travail identique ayant lié chaque demandeur au même défendeur...". L'Exposé des motifs paraît n'envisager la consorité simple formelle que dans ce cas précis. La disposition vise cependant encore d'autres situations juridiques. JT 1982 III 111: actions contre l'entrepreneur et l'architecte pour un même ouvrage découlent de contrats distincts, donc de causes connexes. Joindion rejetée au motif qu'elle compliquerait l'instruction.
Ovari 39.
- 147) L'existence d'un état de collocation ne crée aucun lien entre les consorts: FR Extraits 1976 84.
Un courtier dont l'activité a porté sur le même objet pour plusieurs clients ne peut les actionner conjointement, MDR 1983 495 no64: "Die Gemeinschaft des vorliegenden Falles beschränkt sich - von der Person des Klägers abgesehen - auf das vom Kläger angeblich vermittelte Objekt. Der Kläger stützt jedoch die Klageforderung auf zwei Aufträge, die weder in ihrem Zustandekommen, noch hinsichtlich ihres Inhalts vergleichbar sind. In einem solchen Falle liegt keine Streitgenossenschaft vor". Contra: JZ 1990 1036, Rosenberg/Schwab 280.

suffit pas (148). La condition n'est pas réalisée lorsqu'il y a consorité mixte (149) ou consorité éventuelle (150). Elle autorise en revanche la consorité alternative (151) et la consorité multiple (152).

La condition exclut que les consorts présentent des allégués totalement différents (153). Impliquant l'existence de fondements juridiques analogues, elle suppose cumulativement (154) que les consorts présentent une argumentation juridique semblable (155), mais ne les empêche pas d'alléguer des circonstances personnelles.

La condition implique dans de nombreux cantons et pour de nombreux auteurs que les consorts - mais non leur adversaire (156) - prennent des conclusions de même nature (157). Elle s'impose selon la doctrine même sans base légale et se justifie par le souci de maintenir les limites du débat (158).

-
- 148) MDR 1983 495 no64.
- 149) Ovari 40.
- 150) Matti Streitgenossenschaft 47.
- 151) Matti Streitgenossenschaft 47, Stein/Jonas ad 60 nm3.
- 152) Elle permet de joindre deux causes comportant chacune une consorité simple formelle; VS RVJ 1976 22: codemandeurs contre codéfendeurs: jonction de deux causes comportant chacune un cumul subjectif de demandes: Jonction en vertu de 40 CPC de deux procès comportant chacun une consorité active en vertu de l'article 11/2: action de plusieurs bénéficiaires différents contre une compagnie d'assurances appelées à couvrir le même sinistre en vertu de polices différentes.
- 153) Plusieurs personnes sont recherchées en vertu d'actes illicites totalement distincts, JBI 1912 609.
Baumbach/Lauterbach ad 60 ch. 1: "Nicht hierher zählt...folgender Fall: "Eine Klage gegenüber mehreren Personen, die auf Grund selbständiger unerlaubter Handlungen haften, etwa gegenüber einem Kraftfahrer, der einen Fussgänger angefahren hat, und gegenüber dem Fahrgast, der den Kraftfahrer daraufhin misshandelt hat". Fasching Komm. II 185: "Keine formellen Streitgenossen sind Kläger oder Beklagte, wenn verschiedene schuldhaften Handlungen die Grundlage verschiedener Schadenersatzansprüche bilden, verschiedene Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes ihre Aufwendungen zurückhalten wollen, die sie ohne eine gemeinschaftliche Verpflichtung in jeweils verschiedenem Umfang erbracht haben".
Condition remplie lorsque la neige tombe plusieurs fois du toit de la même maison ou de plusieurs maisons distinctes et provoque des dégâts distincts mais de même nature, condition non réalisée à l'inverse lorsque la neige tombe du toit de la même maison et blesse plusieurs personnes, car une telle circonstance lie les consorts par un rapport de communauté, Holzhammer ZPR II 81.
- 154) Stein/Jonas ad 60 nm2: "Die Gleichartigkeit des tatsächlichen oder des rechtlichen Grundes genügt...nicht, z. B. bei mehreren Personen die gezahlte Beträge verschiedener Rechtsnatur als ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern...". Schilken 374 nm665.
- 155) Matti Streitgenossenschaft 46, Ovari 40.
Contra: BE Leuch ad 37 ch. 3: "Das kann ausnahmsweise auch der Fall sein, wenn bloss der Tatbestand, nicht auch der Rechtsgrund gleichartig ist, zB Klage des A und des B gegen C, der unter der gleichen Bedingung, deren Eintritt nunmehr streitig, dem einen eine Schenkung, dem andern ein Darlehen versprochen hat".
- 156) Ce dernier peut agir en condamnation contre l'un et en constatation contre l'autre. Matti Streitgenossenschaft 48-49.
- 157) PCF 24/2b, LU 60, UR 54, NW 42, GL 33/1, FR 87, SH 86, AR 111/2b, AI 59/2, SG a103/2, GR 28/2, AG 50b, TG 21/1, VD 74c, NE n27b, DZPO 60.
Le législateur n'exige pas l'analogie des conclusions à ZH 40, SZ 37, OW 38 et SO 39.
- 158) Matti Streitgenossenschaft 46, Schilken 374 nm665: "Trotz weiter Auslegung müssen die Merkmale der Gleichartigkeit der Ansprüche/Verpflichtungen des Tatsachenstoffes und des Rechtsgrundes kumulativ festgestellt werden können".

L'exigence suppose que *les demandes aient un objet de même nature* (159) et exige du juge une comparaison des conclusions. Le juge doit les interpréter objectivement selon les principes généraux et les règles de la bonne foi. Il ne doit pas s'arrêter aux termes utilisés par le plaideur, mais doit rechercher si l'objet des deux procès est véritablement de même nature. Il reste lié par les conclusions des parties.

La condition tirée de l'analogie des conclusions commande implicitement que les prétentions doivent relever du même type de procédure (160) et oblige selon certains auteurs les consorts à prendre le même type de conclusions, par exemple des conclusions pécuniaires. Elle leur interdit par exemple lorsqu'ils se fondent sur des contrats de vente de même nature d'agir respectivement en exécution, en fixation du prix ou en réduction (161). Elle suppose également que les consorts fassent valoir les mêmes moyens (162). La condition renvoie pour d'autres auteurs au cumul objectif d'actions dont les exigences doivent être remplies (163). De fait, le cumul objectif commande dans certains cantons que des conclusions analogues soient prises (164). Le plus souvent toutefois, il autorise des conclusions de types différents. Dans certains cantons et pour certains auteurs, les conclusions peuvent différer (165). Nous partageons leur opinion pour le motif que les consorts doivent pouvoir défendre leurs intérêts personnels. Ils sont à cette fin en droit de formuler des conclusions de type différent. Lorsque le procédé met en danger la procédure collective, il justifie la division de causes pour opportunité.

La condition tirée de l'analogie des conclusions autorise la consorité alternative (166), mais interdit aux consorts de cumuler dans le même procès des conclusions civiles et des conclusions pénales prises en la forme civile (Privatstrafklage) (167).

Casuistique:

Consortité active:

- Plusieurs personnes réclament des dommages-intérêts pour arrestation arbitraire (168),
- Plusieurs enfants issus de mariages différents actionnent leur père et lui réclament des aliments (169).
- Le propriétaire d'un fond et l'architecte actionnent l'acheteur éventuel pour culpa in contrahendo (170).
- Plusieurs créanciers attaquent l'état de collocation (171).

-
- 159) NE n27b.
LU Entsch. 1931 54 no24: "Der Begriff der Gleichartigkeit ist...dahin auszulegen, dass die Rechtsansprüche ihrem Gegenstande nach gleicher Art sein sollen...".
- 160) Guldener ZPR 302 n. 30.
- 161) VD TC JICC non publié Oswald B c/ Rober B et consorts, 16.4/8.5.1973, 3.
Maday 235, Geiger 26, Matti Streitgenossenschaft 46-47, Ovari 40. VD BGC 1966 704, Rapp 169.
- 162) Ovari 40.
- 163) Blomeyer 627. Condition rejetée par Rapp 169.
- 164) IR 61/1, TI 72b, VD 76/1b.
- 165) TI 42.
- 166) ZH ZR 32 1933 46 no26.
- 167) LU Entsch. 1939 1000 no768.
- 168) ATF 37 II 518.
- 169) FamRZ 1988 521, MDR 1986 921, FamRZ 1986 660, NJW 1986 3209.
- 170) NJW 1975 1228.
- 171) SG Lutz ad a103 ch. 2.

- Plusieurs créanciers contestent une revendication dans une saisie (172).
- Plusieurs créanciers exercent l'action révocatoire (173).
- Plusieurs lésés procèdent du même événement dommageable (174)
- Des jumeaux ouvrent action en paternité (175).
- Une veuve et ses enfants réclament conjointement une indemnité pour perte

de soutien.

Consortité passive:

- Un propriétaire d'immeuble actionne en déguerpissement le preneur et le sous-locataire du même appartement (176).
- Un lésé actionne deux cantons parce que des fonctionnaires cantonaux avaient fait preuve de négligence en provoquant la contamination du demandeur par le contact avec des moutons atteints de brucellose (177).
- Un propriétaire d'immeuble forme une action en garantie des défauts contre un architecte en se fondant sur le mandat et contre le plâtrier en se fondant sur le contrat d'entreprise. Les deux actions sont fondées sur des faits juridiques analogues, les codéfendeurs ayant participé à la réfection de la même maison (178).
- La victime d'un accident actionne plusieurs personnes en dommages-intérêts, responsables en vertu de causes distinctes, mais qui relèvent toutes de la responsabilité extracontractuelle, même si elles sont juridiquement différentes: Le lésé actionne l'auteur direct du dommage et l'employeur de l'auteur (179).
- Le débiteur d'aliments actionne ses créanciers en modification du montant dû (180).
- Le prêteur actionne en restitution plusieurs emprunteurs de sommes différentes qu'il leur a prêtées à des moments différents (181).
- Le lésé actionne actionne en dommages-intérêts le voleur et le receleur du même objet (182).

§3. Les conditions subjectives

I. Les plaideurs doivent viser le même but.

La condition, connue du seul canton de Bâle-Campagne (183), tire son origine de l'article 17 du code de procédure civile du 25 mars 1867 (184). Issue du droit

172) FR Deschenaux /Castella 66.

173) FR Deschenaux/Castella 66.

174) AG AGVE 1980 87 c5.

175) Jbl 1957 99.

176) BE RJB 82 1946 526, 530: "...Il n'y a... aucune difficulté à admettre la possibilité pour le demandeur d'actionner les requis en tant que consorts, ce sur la base de l'article 37 CPC, attendu que les prétentions élevées contre eux résultent de situations juridiques connexes..."

177) ATF 89 I 489.

178) SO SOG 1980 18 no5.

179) FR Deschenaux/Castella 66.

180) FamRZ 1986 660, NJW 1986 3209/MDR 1986 921.

181) Roth 236.

182) Rosenberg/Schwab 280.

183) BL 44.

184) Introduite par Jacotet en 1848 (art. 46) et reprise dans le code de 1878, elle a été supprimée en procédure neuchâteloise par le législateur de 1906.

commun, elle est fondée sur l'idée que la consorité est une "societas litis" (185). Elle n'a plus de portée propre (186) et est aujourd'hui obsolète (187).

II. Les plaideurs ont un intérêt commun

La condition, connue de la seule procédure genevoise (188), a été introduite dans la LPC par une loi du 24 mai 1911 (189) et s'inspire de la jurisprudence (190).

Elle est donnée lorsqu'il n'est pas possible de séparer l'ensemble des opérations qui ont conduit à l'ouverture des actions (191), lorsque le tribunal aurait dû nécessairement les joindre ou en tout cas surseoir à statuer dans la première jusqu'à solution dans la seconde (192). Elle n'exige pas que les actions soient fondées sur les mêmes textes juridiques (193).

Légale, elle n'a pas de portée propre (194). S'y ajoutent des *conditions posées par la jurisprudence*: les demandes doivent présenter une étroite connexité (195). Elles doivent procéder d'un même fait ou complexe de faits (196). La condition, très abstraite, appelle selon la jurisprudence une interprétation restrictive (197). Elle est remplie lorsque les demandes sont basées sur un même fait juridique (198). Elle n'est pas donnée lorsque les demandes sont fondées sur des faits différents, qu'elles

-
- 185) Flepp 33: "Zweckgemeinschaft bedeutet in diesem Sinne Interessengemeinschaft".
- 186) BE RJB 53 1917 413: "Der Umstand, dass sie beide den gleichen Zweck verfolgen..., machte sie noch nicht zu Streitgenossen".
- 187) Flepp 33.
- 188) GE 6: "La demande peut être formée par un seul acte lorsque les demandeurs agissent conjointement et ont un intérêt commun ou lorsque les défendeurs sont obligés conjointement".
- 189) GE Memorial 1911, vol. 2, 890ss.
- 190) GE SJ 1925 232, 236: "...L'article 4 al. 2 LPC s'inspire de la jurisprudence très libérale, en vigueur de 1819 à 1898, et avec laquelle la Cour de Justice a renoué dès l'insertion dans le texte légal dudit §2".
- 191) GE SJ 1919 537: "Lorsque deux personnes ont contracté une assurance sur un mobilier, elles doivent être considérées comme ayant l'une et l'autre des droits sur la chose assurée, qui passent à leurs héritiers. Chacun des ayants droit a un intérêt individuel au paiement de la part de l'indemnité lui revenant et tous ensemble ont un intérêt commun à obtenir que cette indemnité soit fixée et payée. Ayant un intérêt commun, ils peuvent agir conjointement par un seul et même acte d'ajournement".
- 192) GE SJ 1925 232, 236.
- 193) GE SJ 1925 232, ACJ non publié du 23 mars 1917 CGTE contre Gaillard et SA de Transports et camionnages.
- 194) GE SJ 1930 395. SJ 1925 232, 235.
- 195) GE SJ 1925 232, 236.
- 196) GE SJ 1944 411, SJ 1938 463, SJ 1936 231, SJ 1932 100, SJ 1931 598, SJ 1930 395, SJ 1925 232, SJ 1922 312. Bertossa ad 6 nml.
- 197) GE SJ 1944 411, 414.
- 198) GE SJ 1930 395, 398: "Il y a un même complexe de faits, en ce sens que la campagne de l'appelante (diffamation) est faite au moyen de la même correspondance et est dirigée contre les deux intimés conjointement. Cela est si vrai que, s'il avait été intenté deux procès différents, ceux-ci auraient pu être joints". ACJ non publié du 27 mai 1914 Veuve Rastello contre Pelissier: "un plaideur agissant à la fois en son nom personnel et comme représentant de ses enfants mineurs est fondé à poursuivre contre un débiteur par un seul et même exploit, le recouvrement de sa créance, alors même que sa créance est divisible entre le demandeur pris personnellement et les mineurs représentés par lui".
Memorial 1911 vol. 2, 1059, 1063.

comportent des prétentions différentes et qu'il n'est pas conclu à condamnation solidaire (199).

La consorité fondée sur l'article 6 LPC a un champ d'application partiellement similaire à celui de l'article 83 LPC qui autorise la jonction de causes. Les deux dispositions exigent que les demandes soient connexes (200). Aussi la jurisprudence applique-t-elle à l'article 83 LPC les conditions qu'elle a posées pour l'article 6 (201) et exige dans les deux cas un même complexe de faits à la base des demandes (202). La jonction de causes au sens de l'article 83 est subordonnée toutefois à deux conditions supplémentaires. Il faut que les deux demandes réagissent l'une sur l'autre et qu'il ne puisse être statué séparément sur elles (203). Le juge ne peut les joindre que si elles comportent un lien d'interdépendance si fort que la décision sur l'une détermine nécessairement le sort de l'autre (204). Comme à l'article 6, il importe peu qu'il soit amené à appliquer des droits différents (205). La condition suppose que le tribunal soit simultanément saisi des litiges à joindre (206). Elle n'est pas remplie lorsqu'il existe entre deux causes certains rapports ou des analogies indiscutables (207) ou lorsque dans deux causes se présente la même question juridique (208). La jonction de causes peut toujours être prononcée lorsque les conditions de l'article 6 sont remplies (209).

§4. Les conditions relatives à la marche du procès et au prononcé du jugement

1. La consorité ne doit pas nuire aux parties

ZH	NW	BL	AG	GE
BE	GL	SH 86ch2	TG 20/2	JU
LU	ZG	AR 111/3	TI	
UR	FR	AI 59/3	VD	
SZ	SO	SG a105	VS	
OW	BS	GR	NE	

La condition, négative, a trait à la consorité simple formelle dans les cantons de Schaffhouse et de Thurgovie et vise la *consorité par jonction de causes* dans les

- 199) GE SJ 1922 313.
 200) GE SJ 1938 463, SJ 1936 231.
 201) GE SJ 1987 325, SJ 1983 54.
 202) GE SJ 1987 328.
 203) GE SJ 1963 401, SJ 1957 353, SJ 1936 231, SJ 1938 463, SJ 1929 312.
 204) GE SJ 1987 328: "...La question... est de savoir si les deux causes sont à ce point imbriquées l'une dans l'autre que le juge ne puisse statuer séparément dans chaque procédure", SJ 1963 401, 405: "...Ce rapport de dépendance entre les deux instances considérées ne serait déterminant pour la solution de l'incident de jonction que s'il en résultait que le juge était dans l'impossibilité de statuer séparément dans chacune des actions. Tel n'est pas le cas en l'espèce".
 205) GE SJ 1987 326, 328.
 206) GE SJ 1936 231, 233.
 207) GE SJ 1938 463, SJ 1929 312.
 208) GE SJ 1929 312.
 209) GE SJ 1938 463, 466: "Comme le premier juge l'a relevé, il existe entre la mère et l'enfant une étroite solidarité morale et économique qui rend leurs intérêts communs et aurait pu permettre l'introduction de leurs demandes par un seul et même exploit conformément à l'article 4 al. 2", SJ 1925 232, 236: "Si les deux actions avaient été introduites séparément, le tribunal aurait dû nécessairement ou les joindre, ou en tout cas surseoir jusqu'à solution de la seconde".

autres cantons. Elle implique que la consorité ne doit pas amener plus d'inconvénients aux parties qu'elles n'en supporteraient dans des procès séparés (210).

II. Les prétentions doivent pouvoir être instruites conjointement sans difficultés

ZH	NW	BL	AG	GE
BE	GL	SH	TG	JU
LU	ZG	AR	TI	
UR	FR 87	AI	VD 74c	
SZ	SO 39	SG	VS	
OW 38/1	BS	GR	NE	

La condition vise la consorité simple formelle (211).

Elle tend à assurer la sécurité de l'instruction. Elle prescrit au juge de songer aux difficultés occasionnées par la procédure probatoire (212) et l'autorise à mettre en balance les avantages et les inconvénients de la consorité (213). Elle n'est pas remplie lorsque le nombre de prétentions litigieuses ou le nombre de plaideurs en lice complique le procès, lorsque l'administration des preuves diffère trop d'un consort à l'autre (une expertise ne s'impose que pour un consort) ou qu'une procédure incidente relative à un consort risque de paralyser les causes parallèles.

La condition ne permet pas de sanctionner l'imprécision ou la contrariété des conclusions bien qu'elles compliquent certainement l'instruction (214). Elle peut constituer un motif de division pour opportunité lorsque la consorité a été créée.

III. Les demandes doivent être susceptibles d'un même jugement

ZH	NW	BL	AG	GE
BE 37/1	GL	SH	TG	JU 36/1
LU	ZG 19/1	AR	TI	
UR	FR 87	AI	VD 74c (implicite)	
SZ	SO 39/1	SG	VS 40/1	
OW 38/1	BS	GR	NE	

La condition vise la jonction de causes en Valais et dans les autres cantons la consorité simple formelle. Comme la précédente, elle implique une anticipation du

210) Voir Deuxième partie, titre II, chapitre 2.

211) OW 38, SO 39 (note marginale).

VD 74c. La condition figure également à l'article 75/1. A l'article 74, la loi envisage le début du procès et engage le juge à faire un pronostic sur son déroulement. A l'article 75, elle suppose le procès en cours et permet d'apprécier les avantages d'une instruction commune. L'article 75 fait de l'excès de complication de procès un motif de disjonction parallèle à celui de l'illicéité et paraît ajouter une clause générale aux trois critères de l'article 74. J.-F. Poudret (note ad JT 1975 III 35, 38) et J.-M. Rapp (164 no161) estiment que cette clause ne fait qu'exprimer sous une autre forme une des conditions prévues à l'article 74c.

212) VD Arrêt non publié Claude-Louis G. contre Georges et Alic G. du 9.10.1975. Arrêt Alice O. du 3.11.1975. ATC non publié Oswald B du 16.4 1973. JICC C Oswald B et consorts c/ Roger B et consorts du 8 mai 1973.

Rapp 171. Matti Streitgenossenschaft 114.

213) Rapp 164.

214) Rapp 171.

juge (215) et lui commande de peser les avantages et les inconvénients du cumul (216). Elle l'autorise, une fois la consorité créée, à diviser les causes pour opportunité.

§5. Les conditions relatives au coût de la procédure

La consorité doit permettre une appréciable économie de frais

La condition est expresse dans le seul canton de Schaffhouse (217). Réflétant un principe général qui n'est pas propre à la consorité (218), elle est sous-entendue dans les autres cantons. Introduite dans le canton de Neuchâtel dans le projet Jaccottet de 1848 (art. 47) et reprise dans le code de procédure civile neuchâtelois de 1878, elle a été abandonnée en 1906.

La condition a trait dans le canton de Schaffhouse à la consorité simple formelle et n'a pas de caractère propre. Reliquat du droit commun, elle dénote le caractère exceptionnel que le législateur a voulu prêter à la consorité simple formelle.

§6. Les sanctions

Pour la majorité des auteurs et des tribunaux, le juge doit observer d'office (219) les conditions de la consorité, parce qu'elles constituent une condition de recevabilité (220), parce que les exigences posées pour la reconvention et le cumul objectif d'actions s'examinent d'office (221) et parce que le juge doit veiller à l'économie de procédure (222). Il a cette faculté même sans base légale, parce que les parties ne sauraient de leur propre chef opérer une jonction qui ne satisfait pas aux conditions requises (223). La solution est appropriée.

Le juge peut en principe agir en tout état de cause (224). Il doit toutefois examiner l'admissibilité de la consorité *avant* ses compétences territoriale et matérielle, car ces dernières supposent une consorité valable (225). Il peut sanctionner

215) Flepp 31.

216) Rapp 164.

217) SH 86/1 ch. 2: "Eine Ausnahme ist nur zulässig, wenn von einer derartigen Vereinigung...eine erhebliche Kostenersparnis zu erwarten steht".

218) Voir Première partie, Chapitre 4, §2. Flepp 31: "hier kommt der begleitende Gedanke der Streitgenossenschaft in drastischer Weise zum Ausdruck".

219) BE RJB 68 1932 540. LU Entsch. 1939 1000 no768. BS BJM 1961 189ss, 195. GR PKG 1963 30 no2. PKG 1945 89 no33. AG VJS 1941 71 no20. Geiger 19. Ovari 28. Flepp 69. Matti Streitgenossenschaft 69. BE Leuch ad 36 ch. 1. FR Deschenaux/Castella 66. AR Ehrenzeller annexe ad 59. Zimmermann ad 60 nm5. Thomas/Putzo ad 59-60 ch.3. Lindacher JuS 1986 380.

220) LU Entsch. 1939 1000 no768. BS BJM 1961 189ss, 195. GR PKG 1963 30 no2. PKG 1945 89 no33.

Ovari 28. BE Leuch ad 36 ch. 1, ad 192 ch. 2. BS/BL Stachelin/Sutter 86 nm6.

221) AG Eichenberger Beiträge 38.

222) SH 86/2. VD 75/3. VS 85.

GR PKG 1963 30 no2. PKG 1945 89 no33. TG RBOG 1931 45 no5. VS RVJ 1971 5. GE SJ 1944 411.

Matti Streitgenossenschaft 69. Geiger 19: "Wenn es nun...der richterlichen Prozessleitung anheimgestellt ist, für eine möglichst schnelle Erledigung der Rechtsstreitigkeiten zu sorgen, was nicht zuletzt von der Zweckmässigkeit des Verfahrens abhängt, so muss der Richter auch befugt sein, kraft eigener Erkenntnis und eigenem Entschluss über das Vorliegen der Verbindungsvoraussetzungen zu befinden".

223) AG Eichenberger Beiträge 38. Lindacher JuS 1986 380: "Schutz vor Klagenhäufung, die einer rationellen Verfahrensabwicklung mangels irgendwelcher tatsächlicher oder rechtlicher Gemeinsamkeiten nur hinderlich, verdient nicht nur die Gegenpartei, sondern auch das Gericht".

224) ZH 40/3, SZ 37/3, FR 90. VS RVJ 1971 5.

l'absence de conditions de jonction au stade de la *conciliation* même si elle ne crée pas litispendance. La décision du juge des *mesures provisoires* se limite à l'instance provisionnelle, lorsque les mesures ont été requises avant le procès. Elle ne commande pas des demandes principales séparées. En *première instance*, lorsque la *consortité est irrégulière dès l'origine*, le juge examine les conditions de la consortité en même temps que les conditions de recevabilité des demandes (226). Il statue in limine litis, parfois même avant notification à l'adverse partie (227) et avant tout débat au fond. Lorsque la *consortité devient irrégulière en cours de procès*, les avis sont partagés. Pour J.-M. Rapp, le juge ne saurait d'office, dans le canton de Vaud, sanctionner la disparition de la condition en cours d'instruction, faute de texte exprès l'y autorisant (228). Dans le canton du Valais, la situation commande la division des causes (229). Il en va de même dans celui de Neuchâtel toutes parties ayant été entendues (230) et dans le canton de Schaffhouse (231). Dans le canton du Valais, le juge peut encore statuer sur l'admissibilité de la consortité au terme de l'instruction après le débat final (232) et dans le canton de Berne même encore au stade du jugement (233). La consortité de première instance ne peut être remise en question en *seconde instance* que pour des motifs impérieux (234). Lorsqu'elle prend naissance en instance de recours seulement, l'autorité de recours a les mêmes pouvoirs que le premier juge. Lorsqu'il y a recours conjoint, le tribunal n'a pas à ordonner la jonction, car la réalisation des conditions de la consortité est suffisante (235). Lorsqu'il y a *consortité légale* par exemple en matière d'intervention principale, le juge n'a pas à examiner les conditions de la consortité (236).

Le juge statue à *requête* lorsque l'admissibilité de la consortité ne relève pas de la maxime d'office (237). Les plaideurs qui contestent la consortité soulèvent un moyen fondé sur l'unité du procès. Ils allèguent que le tribunal ne peut juger dans la même instance des questions différentes sans nuire à la clarté, à la rapidité et la sécurité de l'instruction. Le *codemandeur* qui allègue la non réalisation des conditions de la consortité agit témérement, car nul ne peut invoquer ses propres informalités. Le *défendeur* peut dans le canton de Genève soulever l'informalité *en tout temps* (238). Dans d'autres cantons, il ne peut l'exciper qu'à un moment déterminé en

- 225) BE RJB 59 1922 173 no4. SG GVP 1953 76 no31. AG AGVE 1950 65 no13. VJS 1943 30. VD JT 1983 III 71.
Guldener ZPR 113 n. 31, Matti Streitgenossenschaft 82 n. 1: "Das Vorhandensein der Verbindungsvoraussetzungen ist...präjudiziell für den Sondergerichtsstand nach §22 ZPO". AG Eichenberger ad 18 nm3; Max Brändli, Die sachliche Zuständigkeit der aargauischen Zivilgerichte, Thèse Bâle 1984, 78. Lindacher JuS 1986 380, Zöller ad 59-60 nm8.
- 226) FR Deschenaux/Castella 66.
- 227) Sous l'ancien code bernois: RJB 50 1914 393: "Der Instruktionsrichter hat vor Zustellung der Klage von Amtes wegen zu prüfen, ob im Falle der Streitgenossenschaft die Voraussetzungen des §24 vorhanden sind".
- 228) Rapp 136 ch. 243.
- 229) VS RVJ 1971 5.
- 230) La condition, mentionnée dans l'ancien et supprimée dans le nouveau code, découle du droit d'être entendu. NE n55, a42 et a67.
- 231) SH 86/2.
- 232) VS RVJ 1971 5.
- 233) BE RJB 49 1913 477, RJB 27 1890 152.
- 234) ZH Sträufli/Messmer ad 40 nm10. AG Eichenberger ad 50 nm3: "In zweiter Instanz wird der Richter die Unzulässigkeit einer Streitgenossenschaft nur noch beachten, wenn sich dies trotz des vorgerückten Prozessstadiums aufdrängt" et Beiträge 38.
- 235) FR Extraits 1957 119.
- 236) Fasching Komm. II 180.
- 237) VD 75/3. LU Entsch. 1939 1000 no768.
Geiger 14, AG Keller/Pfisterer ad a24 ch. 10. Zöller ad 59-60 nm8, Lent ZPR 219.

procédure incidente. L'absence d'une condition de la consorité fait l'objet d'une *exception de procédure* dans les cantons d'Argovie, de Vaud et du Tessin (239). Dans le canton de Genève, c'est une exception de nullité qui ne peut être accueillie que si l'informalité cause un préjudice irréparable. L'opposant doit prouver le préjudice (240). Depuis l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure civile, le défendeur n'a plus à opposer un *moyen préjudiciel* dans le canton de Neuchâtel (241), mais peut, en la forme incidente, requérir la division de cause avant de suivre au procès. Il doit justifier d'un intérêt (242). Lorsque la division de cause est soulevée simultanément avec d'autres exceptions, les parties doivent veiller à l'ordre de leurs moyens. Dans le canton de Vaud, lorsque les consorts contestent simultanément la compétence et la consorité, ils doivent opposer le déclinatoire avant la division de cause (243). Lorsque l'informalité n'est pas soulevée ou est soulevée trop tard, la consorité est considérée comme valable (244), l'irrecevabilité étant couverte par le fait d'accepter le débat et de laisser sciemment procéder sur la demande (245). Le juge doit examiner d'office si l'exception est tardive (246). Le moyen tiré de l'unité du procès peut être invoqué pour la première fois devant l'autorité de recours lorsque la consorité prend naissance devant celle-ci.

Lorsqu'il vérifie l'existence de la consorité simple, le juge doit se placer sur le terrain de la demande (247) et de la *vraisemblance* (248). Il statue à la lumière des

-
- 238) GE SJ 1944 411: "L'informalité résultant de l'inobservation de ces conditions peut être soulevée en tout temps. La partie qui, par négligence, ne soulève qu'en fin d'instruction une exception qui, soulevée plus tôt, aurait évité une partie des frais de procédure, doit supporter une partie des dépens".
- 239) VD 75/3. AG AGVE 1950 65 no13. TI Rep. 1987 225.
AG Keller/Pfisterer ad a24 ch. 10, Eichenberger Beiträge 39.
- 240) GE SJ 1957 367-368: "...En l'espèce, l'appelant n'a avec raison jamais soutenu que la prétendue informalité qu'elle reproche à sa partie adverse lui cause un tel préjudice".
- 241) NE a39, a162. BGC vol. 70 1905 12: "La jonction de plusieurs personnes dans une même procédure peut n'être pas fondée en droit, parce que l'une ou l'autre des conditions prévues à l'art. 38 fait défaut. Dans ce cas, c'est à la partie qui s'estime lésée et à elle-seule, qu'il appartient de demander la division de causes, car ce sont ses intérêts seuls qui sont en jeu et elle doit la demander d'entrée de cause, par voie d'exception préjudicielle".
- 242) NE n29/1a.
- 243) VD JT 1983 III 71 suit l'opinion de Rapp 219-220 et est approuvé par Bonard Thèse 34. Voir également Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 58/2.
- 244) AG AGVE 1950 65 no13, 69: "...Wo sich dieses Vorgehen als zweckmässig aufdrängte, bestand eben kein Anlass, von Amtes wegen einzuschreiten, solange die Parteien keinen Einspruch erhoben oder es sogar wünschten und dagegen keine Schwierigkeiten vorausszusehen waren. Allein diese Praxis vermag einer Partei nicht das Recht zu nehmen, sich, wenn sie es für gut findet, auf die strenge Einhaltung der gesetzlichen Regelung zu berufen. Dann bleibt dem Richter nichts anderes übrig als sich an das Gesetz zu halten". L'ancienne jurisprudence neuchâteloise: NE RJN 4 I 32, 34: "Pour s'opposer à la consorité, E devait demander la division par moyen préjudiciel, il ne l'a pas fait...la consorité est d'ailleurs manifestement justifiée...". NE CCC VIII 487: "A défaut de moyen préjudiciel, le défendeur est censé admettre la consorité".
- 245) BS BJM 1961 189ss, 195: En l'espèce, les défendeurs contestaient la consorité mais ont déposé une réponse commune. La consorité a été jugée inexistante en application de la maxime d'office.
- 246) GE SJ 1943 425, SJ 1938 136.
- 247) BE RJN 68 1932 540-541, RJN 49 1914 477 no28. BS BJM 1961 189, 195: "Es ist dabei zunächst auf die Klage abzustellen. Entscheidend ist jedoch die Situation bei der Urteilsfällung". NE ATC VIII 580.
ZH Strülli/Messmer ad 40 nm10, BE Leuch ad 36 ch. 1, AG Eichenberger ad 50 nm3 et Beiträge 38, TG Böckli ad a29 ch. 2.

dispositions légales et non en fonction de l'appréciation subjective des plaideurs (249). Il ne peut exiger - et pas d'avantage l'adversaire (250) - la preuve stricte des conditions de la consorité, car cela l'obligerait à entrer en matière et le conduirait à préjuger (251). Il n'a pas à vérifier à ce stade si les demandes ont des chances de

NE Claude DuPasquier, Du moyen préjudiciel et de l'opposition à preuves en procédure civile neuchâteloise, Neuchâtel 1919, 16: "Il arrive parfois que, d'après la version exposée dans les faits de la demande, la communauté de droits ou d'obligations, ou bien l'analogie de moyens, apparaisse incontestable, mais que le point du vue mis en valeur par la réponse modifie la perspective et conduise à une opinion opposée. Dans cette situation, le Tribunal ne saurait adopter la version qui lui semble le plus conforme à la réalité; une semblable appréciation des faits ne lui est pas permise en matière incidente. Et pourtant, pour statuer sur la division de causes, il faut qu'il choisisse entre les deux versions. Dans ce dilemme, il a été jugé que le tribunal doit se placer sur le terrain de la demande; c'est en effet le demandeur qui assigne au procès sa direction première; c'est cette direction que combat le défendeur par son moyen préjudiciel; c'est donc à la lumière de la demande que doit tout naturellement être examiné le droit du demandeur d'impliquer plusieurs consorts dans la même procédure".

- 248) LU Entsch. 1940 1067 no833, 1069: "Für das nichteinlässliche Verfahren genügt es, dass der Kläger...gegen die gemeinsam eingeklagten Streitgenossen...formell und materiell ein und dieselbe Klage erhebt und in dieser die Solidarhaftung mit ernsthaften und beachtlichen Gründen und mit einem entsprechenden Rechtsbegehren geltend macht, und dass diese Gründe sich nicht schon auf den ersten Blick als rechtlich unhaltbar erweisen", Entsch. 1931 54 no24.

FR Extraits 1918-1922 201 c.1.

GR PKG 1945 88 no33, 90: "...Sie sind dahin auszulegen, dass die Gerichte...Rechtsstreitigkeiten, welche ihnen in einem einzigen Verfahren zur Beurteilung vorgelegt werden auf solcher auch dann entgegennehmen sollen, wenn die Zulässigkeit der Streitgenossenschaft nicht allem und jedem Zweifel entrückt erscheint".

TG RBOG 1971 60 no11, 61.

NE ATC VIII 580.

GE SJ 1957 368: "...Pour que Gilomen-Ritter ait été en droit d'agir par un seul et même exploit, il suffit que les défendeurs apparaissent obligés conjointement, c'est-à-dire selon la jurisprudence que les demandes procèdent d'un même fait ou complexe de faits". SJ 1944 411, 414: "...Il ne suffit pas que leur existence soit affirmée dans l'exploit...Il ne suffit assurément pas de requérir une condamnation solidaire ou conjointe ou encore d'affirmer que l'obligation des défendeurs procède d'un même fait ou complexe de faits. Il faut avant tout que ce postulat juridique soit réel ou tout au moins, à première vue, vraisemblable au regard des circonstances alléguées sinon il serait extrêmement aisé de tourner la règle de procédure en question", SJ 1930 395, SJ 1925 232.

- 249) MDR 1983 495.

- 250) FR Extraits 1918-1922 201, 202-203: (le recourant) "soutient que pour permettre l'application de la règle invoquée, il ne suffit pas que la communauté de droits ou d'obligations que l'acte juridique commun, soit simplement affirmé. Il faut encore, dit-il, que l'existence de cette condition soit démontrée...Cette manière de voir ne saurait être reconnue fondée...Elle se heurte aux principes généraux en matière de compétence. Si c'est le montant de la demande et non la somme allouée...qui fixe la compétence..., il doit en être de même de la nature de l'action. Celle-ci est fixée par les termes des conclusions et des faits générateurs de droit invoqués par le demandeur. Les contestations et dénégations du défendeur pourront être appréciées par le tribunal dans le jugement de la cause, mais doivent être sans influence sur la détermination de la compétence...D'autre part, la théorie du recourant aboutirait à obliger le tribunal à entrer en matière sur les faits de la cause, à trancher partiellement le litige et à préjuger sans nécessité de sa décision. Un tel résultat n'est pas compatible avec les règles du code de procédure. L'intérêt qui peut exister...à voir accueillir le déclinatoire...ne saurait à lui seul autoriser une autre solution".

- 251) ZH RBOG 1887 no26.

succès, ni si la consorité exclut l'audition de témoins qui pourraient être entendus en cas de procès séparés (252). Il n'a pas d'avantage à prêter attention aux contestations et dénégations du défendeur lorsque la consorité est active (253).

L'appréciation de la consorité, qui peut être souple pour la consorité simple formelle (254), est une question de droit et non une question de fait souverainement appréciée par le juge de fond. Nous en voulons pour preuve que dans certains cantons, les parties ont la faculté de recourir contre la décision de jonction en invoquant la violation d'une règle claire de la procédure (255).

La sanction de l'inexistence de la consorité simple varie suivant les cantons. Elle peut consister pour le juge à ne pas entrer en matière sur l'une ou l'ensemble des demandes (256) ou à prononcer l'irrecevabilité totale (257), - lorsqu'il y a consorité simple matérielle (258) ou que le juge n'a pas le pouvoir de diviser les causes (259) -

BE RJB 1932 68 no540, RJB 49 1913 477 no28: "Die Voraussetzungen einer passiven Streitgenossenschaft werden erst bei der Beurteilung in der Hauptsache geprüft. Für die Frage, ob die Voraussetzungen des §24 zutreffen, oder nicht, kommt es lediglich auf die Begründung des in der Klage geltend gemachten Anspruchs an. Sind nach Substanziierung der Klage die Voraussetzungen...behauptet, so haben sich die mehreren Beklagten auch dann auf die Klage einzulassen, wenn sie für sich das Bestehen einer passiven Streitgenossenschaft, das heisst die Richtigkeit der zu ihrem Nachweis aufgestellten Tatsachen bestreiten, weil auch diese Tatsachen zum Nachweis des geltend gemachten Anspruchs gehören, und daher erst nach stattgefundener Beweisführung in der Hauptsache geprüft werden können", RJB 27 1890 152.

LU Entsch. 1931 54 no24: "Die materielle Richtigkeit dieser Behauptung ist nicht zu untersuchen".

FR Extraits 1918-1922 201.

TG RBOG 1971 60 no11, 61: "Hier stützen sich alle Klagen auf dieselbe Behauptung, der Beklagte habe bei Spielen mit den Klägern gezinkte Karten verwendet und daher ihre Spielsätze gemäss 514/2 OR zurückzuerstatten. Obwohl es sich um getrennte Spiele, teilweise auch unter verschiedenen Beteiligten handelte, ist die Gleichartigkeit mindestens vorläufig zu bejahen. Zudem kann oft erst im Laufe des Prozesses definitiv festgestellt werden, ob wesentlich gleiche prozessentscheidende Tatsachen vorliegen".

GE SJ 1957 367-368, SJ 1944 411, 414-415, SJ 1930 395, SJ 1925 232.

Ovari 28, Flepp 69, Matti Streitgenossenschaft 44-45, ZH Sträuli/Hauser ad a37 ch. 1, BE Leuch ad 36 ch. 1, AG Eichenberger ad 50 nm3 et Beiträge 38.

252) GR PKG 1951 78 no31, 79: "Dieser Nachteil wird von der ZPO mit der grundsätzlichen Zulassung der Parteienmehrfachheit bewusst in Kauf genommen".

253) FR Extraits 1918-1922 201. NE CCC VI 64, 67.

ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm10, Sträuli/Hauser ad a38 ch. 1: "Massgebend sind nur die klägerischen Rechtsansprüche, dagegen ist es gleichgültig, wenn den einzelnen Ansprüchen verschiedenartige Einrede entgegengestellt werden".

254) Ovari 38, Maday 212, Matti Streitgenossenschaft 44, BE Leuch ad 37 ch. 3.

255) Eugen Weber, Der Rekurs wegen Verletzung klarer Prozessvorschriften im zürcherischen Zivilprozess (§334 Z. 3a ZPO), Thèse Zurich 1956, 25. L'ancien droit argovien permettait un recours à l'autorité de surveillance, AG Eichenberger Beiträge 39. L'ancien droit vaudois autorisait un recours au tribunal cantonal (VD a265/3).

256) Nichteintreten.

GR PKG 1963 30 no2: "Wird eine Klage mit einer anderen vereinigt ohne auf die Bestimmungen über die formelle Streitgenossenschaft zu achten, so liegt ein Fehler in den Prozessvoraussetzungen vor, weshalb der Richter auf die unzulässigerweise vereinigte Klage nicht eintreten darf". Sanction rejetée à BS BJM 1961 189, 195 et TG RBOG 1971 60 no11.

AG Eichenberger Beiträge 39 qui parle toutelois également de division de causes: ce qui n'est la même chose.

257) Abweisung.

Sanction rejetée à TG RBOG 1971 60 no11.

ZH Sträuli/Hauser ad a37 ch. 1, BE Leuch ad 36 ch. 1, Contra Wiczorek ad 59 Ala, Schellhammer 677 nm1343, Gottwald JA 1982 65.

258) ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm10, Sträuli/Hauser ad 37 ch. 1, AG Keller/Pfisterer ad a24 ch. 10, VD Rapp 162ss, no158ss.

ou partielle, le procès se poursuivant pour ou contre les autres consorts (260). Dans le canton de Genève, la sanction consiste pour la doctrine (261) contre l'avis de la Cour de Justice, en la nullité - rejetée au Tessin (262) - de tout ou partie des demandes (263). Dans le canton de Lucerne, la jurisprudence autorise le juge à entrer en matière sur la demande qu'il estime la plus importante (264), mais ne donne pas le critère de celle-ci. On peut imaginer une importance économique: le juge ne statue que sur la demande qui présente la valeur litigieuse la plus élevée. On peut concevoir une importance juridique: le juge tient compte de l'intérêt du consort à la continuation du procès, qui peut être par exemple fonction de délais impératifs dont le non-respect peut entraîner la perte du droit substantiel.

La sanction la plus fréquente de la non réalisation des conditions de la consorité simple est la division de causes (265) qui est obligatoire (266), à ne pas confondre avec la division pour opportunité qui est facultative.

-
- 259) GR PKG 1963 30 no2.
Guidener ZPR 303, BE Leuch ad 36 ch. 1 et ad 38, AG Keller/Pfisterer ad a24 ch. 10.
- 260) SG GVP 1953 78 no31, HGE 1948 no58, KGE 1914 no1.
BJM 1961 189ss, 195: "Die Unzulässigkeit der Klageverbindung braucht...nicht einen Nichteintretensentscheid zur Folge zu haben, Sie führt lediglich zur Trennung der unstatthaft vereinigten Prozesse".
BE Leuch ad 36 ch. 1: "...so ist nicht Trennung...sondern Rückweisung derjenigen Einzeltagen zu verfügen, hinsichtlich welcher die Voraussetzungen für die Streitgenossenschaft fehlen". SG Lutz ad a103 ch. 3.
- 261) GE Bertossa ad 6 nm4: "Les contestations relatives à l'action conjointe et à la nullité qui pourraient résulter d'une violation de l'article 6 LPC ne sont pas soumises à des dispositions particulières. Les articles 35 à 39 LPC s'appliquent".
- 262) TI Rep. 1987 225-226, II CCA non publié du 21.3. 1986 G e litisconsorti c/W, I CCA non publié du 2.5.1983 Hotel Eden SA lic c/Si Paradisos SA lic.. TI Rep. 1929 169, TI Ottaviani 74.
- 263) GE ACJ 335/1984 non publié UBS c/Drake Systems Limited et autres du 19.10.1984, 9: "...sur le plan formel, la Cour avait déjà relevé que, sous l'empire de l'ancien droit de procédure, les contestations relatives à l'action conjointe de plusieurs demandeurs, comme celles qui concernaient l'assignation de plusieurs défendeurs, ne pouvaient faire l'objet d'une exception de nullité soumise aux exigences temporelles des articles 480ss LPC (SJ 1944 411). Le législateur a suivi cette jurisprudence puisque les dispositions actuelles de l'article 4a LPC ne sont pas prévues à peine de nullité, ce qui exclut par la même, toute exception proposée en faveur de 480 lit. c LCPC, qui vise les nullités formellement prononcées par la loi". SJ 1957 369: "la loi ne prononce pas la nullité d'un acte non conforme aux exigences de l'article 4 LPC (n6 LPC). Conformément à l'art. 480 ch. 2 LPC, la nullité n'en pourrait être prononcée que si la contravention...causait à l'appelante un préjudice qui ne soit réparable qu'en annulant l'acte. En l'espèce, l'appelante n'a avec raison jamais soutenu que la prétendue informalité qu'elle reproche à sa partie adverse lui cause un tel préjudice...il apparaît au contraire évident que le litige entre les trois parties doit se débattre dans un seul et même procès"... SJ 1944 411, 415: "L'informalité n'est pas de celles qui peuvent être couvertes dans les conditions énoncées à l'article 482 LPC. Elle ne se caractérise pas comme la nullité de l'exploit, acte qui en lui-même n'offre rien d'irrégulier. Elle est fondamentale et participe à la nature de celle qu'on relève par exemple lorsqu'un incapable est en justice".
- 264) LU Entsch. 1939 1000 no768/RJB 75 1939 320: "Liegt eine subjektive Klagenhäufung vor, die den Voraussetzungen des § 60 ZPO nicht entspricht, so kann nur auf eine Klage eingetreten werden. Sache des Gerichtes ist es, zu bestimmen, welche Klage in materielle Behandlung zu ziehen und welche durch Nichteintreten zu erledigen ist. In der Regel soll die Klage materiell behandelt werden, der offenbar die grössere Bedeutung zukommt".
- 265) Trennung.
ZH ZR 75 1976 102 no31, LU Entsch. 1939 1000 no768/RJB 75 1939 320, BS BJM 1961 189ss, 195, FR Extraits 1976 84, GR PKG 1945 89 no33, TG RBOG 1931 45 no5, VD JT 1984 III 17, VS RVJ 1971 5, GESJ 1944 411.
Geiger 18, Matti Streitgenossenschaft 71, ZH Striuli/Messmer ad 40 nm11, Striuli/Hauser ad a38 ch. 2, AR Ehrenzeller 79 annexe ad 59, BS/BL Stachelin/Sutter 86, AG Eichenberger ad 50 nm3, TG Böckli ad a29 ch. 2, FR Deschenaux/Castella 67, VD BGC 1966 703.

ZH 40/3	NW	BL	AG 52	GE
BE	GL	SH 86/2	TG 20/2	JU
LU	ZG	AR	TI	
UR	FR 90	AI	VD 75	
SZ 37/3	SO	SG	VS	
OW 38/3	BS	GR	NE n29a	

La doctrine est partagée sur la question de savoir si le juge peut, en l'absence de base légale, sanctionner par division de causes l'inexistence de la consorité. H. Matti y répond par l'affirmative (267), G. Leuch par la négative (268).

Le juge divise les causes d'office ou à requête (269). Il statue en la forme sommaire (270) ou incidente (271). Son prononcé - pour lequel il importe peu que la jonction erronée ait été le fait du tribunal ou des parties (272) - est dans le canton de Vaud non susceptible de recours (273). Les plaideurs peuvent à notre avis interjeter dans le canton de Neuchâtel un recours en cassation pour violation des règles essentielles de la procédure (274).

La division totale met fin à la consorité, mais n'a pas d'incidence sur la destinée individuelle des demandes (275). Elle influe cependant dans certains cas sur la compétence matérielle en provoquant une diminution de la valeur litigieuse (276). Faisant disparaître une condition de recevabilité du procès (277), l'absence d'une condition de la consorité entraîne alors le renvoi des demandes au juge compétent. La

C'est la solution en droit allemand: Rosenberg/Schwab 281, Stein/Jonas notes prélim. ad 59 nm9, Thomas/Putzo ad 59-60 ch. 3, Lent ZPR 219, Zimmermann ad 60 nm5, Blomeyer 628, Arens/Lüke 311 nm444, Zöller ad 59-60 nm8, Lindacher JuS 1986 380, Schellhammer 677 nm1343: "Darin erschöpft sich die Bedeutung der §§59-60". Wiczeorek ad 59 Ala, Gottwald JA 1982 65: "Fehlerhaft wäre es, in diesem Fall, die Klage ganz oder z.T. als unzulässig abzuweisen".

266) Matti Streitgenossenschaft 71: "Trennungspflicht", JU Ceppi 39.

267) Matti Streitgenossenschaft 71.

Dans le même sens mais implicitement BS BJM 1961 189, 195.

268) BE Leuch ad 36 ch. 1.

269) NE n29a.

270) FR Deschenaux/Castella 67: "mesure de direction de procès", Matti Streitgenossenschaft 71.

271) VD 75, NE n29.

Sur la nature juridique de la division de cause en droit vaudois, Rapp 227ss et les références citées.

272) FR Extraits 1976 84.

273) VD BGC 1966 704. Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 75, Rapp 244-245.

274) NE n415/1.

275) Maday 211, Matti Streitgenossenschaft 71: "Die Trennung wird...auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit zurückbezogen werden müssen, unter Beseitigung allfälliger prozessualer Wirkungen, die sich bis anhin aus der Vereinigung ergeben haben".

276) FR Extraits 1976 84, 87: "Peu importe que dans la cause dame YC contre la société R1 SA la valeur litigieuse ne soit pas atteinte. En effet, la Cour d'appel, pour trancher le litige soumis, doit se placer dans la situation qu'a connue le premier juge: la disjonction éventuelle et ses suites, dans un seul procès. Partant, l'appel est recevable pour le tout. En suivant l'argumentation des intimées, on parvient à une conclusion choquante: admise en appel, la disjonction - unique problème à résoudre - on déclarerait cependant irrecevable une des deux actions, alors même qu'il s'agit de réparer une erreur commise en première instance et de permettre ainsi l'instruction des causes, la disjonction étant ordonnée. En d'autres termes, la Cour n'a tranché qu'un incident, survenu en première instance, dans un procès unique, et porté devant elle, non sur le fond". AG AGVE 1950 65 no13.

Flepp 70, Matti Streitgenossenschaft 71 et 91, Geiger 19, JU Ceppi 39, Zöller ad 59-60 nm8, Zimmermann ad 59-60 nm5, Stein/Jonas notes prélim. ad 59 nm9.

277) Matti Streitgenossenschaft 71.

sanction, impérative, se justifie par le motif qu'il serait aisé de tourner la règle de compétence en joignant indûment des causes (278). Prononcée au début de la procédure, la division transforme la consorité en autant de demandes qu'il y a de plaideurs (279). Elle n'entraîne pas la nullité du mémoire introductif d'instance qui ne présente en lui-même rien d'irrégulier. Sa signification étant considérée comme acquise, le juge ne saurait renvoyer les plaideurs à déposer de nouvelles demandes, car les mémoires qu'il y aurait lieu de déposer à nouveau ne seraient le plus souvent que la copie de la demande déjà au dossier (280). La division affecte la procédure conjointe qui n'est plus commune (281) - même si l'économie de procédure peut commander le contraire (282) - et qui se poursuit sous la forme de procès aboutissant à des jugements distincts (283). Prononcée au stade du jugement, la division se traduit par l'établissement d'un jugement séparé sur chaque demande (284). Prononcée en deuxième instance, la division exclut une instruction et un jugement communs (285).

Lorsque la division est rejetée (286) ou que l'informalité n'est pas soulevée ou soulevée tardivement, le juge consacre la consorité et l'unité du procès (287). Il donne son aval à la poursuite commune des demandes, mais ne préjuge pas de leur destinée qui peut être différente. Le rejet de la division de causes pour non réalisation des conditions de la consorité n'empêche pas le juge de disjoindre ultérieurement les causes pour opportunité. Il a toujours cette faculté lorsque la consorité simple est

278) *Mati Streitgenossenschaft* 91, *JU Coppi* 39.

279) *NE n29/2*: (le juge) "organise alors l'instruction des procédures disjointes".

280) *BS BJM* 1961 189ss. 195: "Auch wenn in casu separate Rechtsschriften hätten eingereicht und zwei Entscheide hätten gefällt werden müssen, ist die Sache vernünftigerweise nicht zur Korrektur des Versäumten zurückzuweisen, da sich dadurch praktisch an der prozessualen Situation nichts ändern würde...". *BS/BL Staehelin*(Sutter 86.

AG AGVE 1950 65 n°13, 69: "Dagegen ist nicht einzusehen, warum das Verfahren nochmals von vorn begonnen und selbst der Weisungsschein ein zweites Mal eingeholt werden soll".

FR Extraits 1976 84, 85-86: "En l'espèce, la disjonction ne présentait pas de difficultés: le juge a reçu la demande en trois exemplaires, l'un destiné au dossier, les autres à chacune des défenderesses qui en ont pris connaissance. Le litige était circonscrit pour chacune d'elles: faits, moyens de preuve et conclusions. La mémoire reçue contenait certes encore d'autres éléments se rapportant à un tiers. Mais ce fait ne saurait réagir sur la validité dudit mémoire, quant à la défenderesse concernée, qui n'a qu'à ignorer ce surplus. La seule difficulté d'ordre pratique, était que, dès l'instant où deux dossiers devaient être constitués, il manquait un exemplaire de la demande. Mais ce n'est pas là un motif d'irrecevabilité. Le juge doit ordonner la production de l'exemplaire manquant (16/3 CPC)".

NE CCC VI 64, 69.

Il arrive que dans le doute sur l'admissibilité de la consorité, les plaideurs déposent à la fois une demande commune des demandes individuelles. *AG AGVE* 1950 65 n°13.

281) *Geiger* 18: "Fehlt...eine solche Verbindungsvoraussetzung, so hat dies nur zur Folge, dass die einzelnen Prozesse, welche die Verbindungsvoraussetzungen nicht erfüllen, nicht am gemeinsamen Verfahren teilnehmen können. Weitere Folgen ziehen fehlende Verbindungsvoraussetzungen nicht nach sich". *Claude DuPasquier*, Du moyen préjudiciel et de l'opposition à preuves en procédure civile neuchâtelaise, Neuchâtel 1919, 6 et 17.

282) La phase probatoire peut toutefois être commune. *BS BJM* 1961 189, 195 où le tribunal avait divisé les causes faute de consorité, mais ordonné une instruction commune. *AR Ehrenzeller* 79 annexe ad 59. *Zölter* ad 59-60 nm8.

283) *VD Note* ad *JT* 1962 III 55.

Geiger 18, *AG Eichenberger* ad 50 nm3, *VD BGC* 1966 704: (La décision du juge) "ne met pas fin à l'instance en ce qui concerne les prétentions indûment jointes en cause".

284) *VS RVJ* 1971 5.

285) *BS BJM* 1961 189, 195.

286) *VD JT* 1983 III 71, 78.

287) *Comp. aVD* 265/2: "Si la division est rejetée, le président peut, en maintenant l'unité du procès, déterminer la position des défendeurs. Les défendeurs obtiennent d'ailleurs un nouveau délai pour procéder sur la demande".

formelle et dans certains cantons seulement lorsque la consorité simple est matérielle (288).

288) Voir Deuxième partie, titre IV, chapitre 3.

TITRE II. LA NAISSANCE DE LA CONSORITE SIMPLE

La consorité simple active dépend de la décision des demandeurs d'où son nom de consorité volontaire (1). Elle n'est jamais obligatoire même si elle est opportune (2). Le défendeur ne peut plus faire valoir l'exception de consorité à l'encontre d'une demande singulière (3). Il ne peut demander que la jonction des causes (4). Le juge n'a pas l'obligation de joindre les demandes (5), mais doit, lorsqu'il prononce la jonction, respecter le droit d'être entendu des demandeurs (6).

- 1) Le législateur le souligne en procédure fédérale et dans tous les cantons, par ex. NE n27: "...Plusieurs personnes peuvent simultanément ester en justice comme consors-demandeurs...". ZH ZR 31 1932 10 no5: "Die angerufene Bestimmung, sofern deren Voraussetzungen zutreffen, gibt lediglich dem Kläger das Recht, nicht die Pflicht, mehrere Personen gemeinschaftlich zu verklagen". ZR 30 1931 123 no62. BE RJB 40 1904 249, RJB 21 1885 475, TI Rep. 1985 334, Rep. 1979 335. Maday 233, Ovari 11, Matti Streitgenossenschaft 22 et ZPR 1066, Geiger 3 et 14-15, Guldener ZPR 301, Habscheid MPS 183, ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm2, Sträuli/Hauser 87: "Da die Bildung einer Streitgenossenschaft nach dem zürcherischen Prozessrecht grundsätzlich des oder der mehreren Kläger steht...ist die echte Streitgenossenschaft in der Regel eine nicht notwendige". BE Leuch ad 36 ch. 2, BE Jolidon 79, FR Deschenaux/Castella 66, AG Eichenberger ad 51 nm2 et Beiträge 39. La doctrine allemande et autrichienne unanime.
- 2) GE ACf 78/1980 non publié Althaus contre Wild Frères & Cie SA, 11. Gottwald JA 1982 64: "Ein Zwang zur subjektiven Klagenhäufung um Kosten zu sparen besteht nicht".
- 3) FR Deschenaux/Castella 67: "En dehors du cas de la consorité nécessaire, la constitution de consors est facultative de par le droit matériel; la loi de procédure ne saurait la rendre obligatoire en accordant de façon générale au défendeur l'exception de consorité, comme le faisaient les art. 51 à 53 aCPC, qui, dans cette mesure, étaient incompatibles avec le droit civil fédéral". AG Eichenberger ad 51 nm2 et Beiträge 39. Zöller ad 59-60 nm4: "Geboten ist eine gemeinsame Klageerhebung aus prozessualen Gründen niemals", Baumbach/Lauterbach ad 59 ch. 1: "Der Beklagte kann den Kläger nicht dazu zwingen, sich mit einem anderen als Streitgenossen zu verbünden", Stein/Jonas ad 59 nm1, Wieczorek ad 59 Alal. Fasching Komm. II 178.
- 4) ATF 14 357/JT 1888 401. ZH ZR 22 1923 92 no49, 93, VD JT 1914 III 22: "Si la procédure prévoit la division de causes lorsque le demandeur a réuni indûment plusieurs personnes..., aucune disposition légale ne permet au défendeur d'obliger le demandeur à joindre deux causes distinctes...". JT 1913 III 94. NJW 1987 439: "Das Interesse eines Beklagten zusammen mit (einfachen) Streitgenossen verklagt zu werden, schützt die ZPO nicht". Fasching Komm. II 180: "Sie kann weder vom Prozessgegner, noch vom Gericht erzwungen werden".
- 5) La doctrine reconnaît dans certains cantons que la consorité simple matérielle (consorité parfaite) est un droit des parties: VD 74b, alors que la consorité simple formelle (consorité imparfaite) n'est qu'une faculté subordonnée à l'absence de difficultés d'instruction: VD 74c. Comp. Fasching Kommentar II 180: Nur die...kraft richterlicher Verfügung (durch Prozessverbindung...) im Zuge des Rechtsstreites ein tretende Streitgenossenschaft ist in ihrer Entstehung vom Parteiwillen des (oder der) Kläger unabhängig".
- 6) ZH ZR 30 1931 122-123 no62: "Da die Bildung einer Streitgenossenschaft...nach dem Wortlaut des Gesetzes im freien Belieben der Kläger stand, konnte das Gericht nicht entgegen ihren ausgesprochenen Willen die Vereinigung der Prozesse beschliessen".

La constitution de la consorité simple n'est toutefois pas discrétionnaire. Les demandeurs doivent en respecter les conditions (7) et subissent souvent une pression indirecte par la réglementation sur les frais (8).

La consorité simple passive est indirectement facultative (9). Les défendeurs acquièrent la qualité de consorts par le fait du demandeur (10) ou du juge par jonction de causes. La loi ne leur permet de solliciter la division de causes que si les conditions de la consorité ne sont pas remplies et autorise mais n'oblige pas le juge à disjoindre par opportunité lorsque la consorité simple est formelle.

Les défendeurs ne peuvent de leur propre chef joindre les causes en déposant une réponse commune à des demandes séparées (11).

La consorité simple peut naître à n'importe quel stade de la procédure (12). La consorité initiale prend naissance au début du procès, par une inchoation active ou passive. La consorité subséquente naît en cours de procédure de la jonction de causes, d'un appel en cause, d'une succession de parties, de l'extension du procès à un tiers (13), de la tierce-reconvention et parfois de l'intervention. La consorité simple peut naître en instance de recours. Elle peut résulter d'une convention de procédure (14). Le procédé permet aux parties de créer une forme de consorité inconnue du

-
- 7) ZH ZR 31 1932 10 no5.
Matti Streitgenossenschaft 23: "Es steht...den Klägern nicht zu, bei Fehlen der Verbindungsvoraussetzungen den oder die Beklagten zur Duldung einer Streitgenossenschaft zu zwingen".
 - 8) VD JT 1914 III 22, JT 1913 III 94: "...S'il y a eu abus, le juge pourra en tenir compte dans l'adjudication des dépens".
Baumbach/Lauterbach ad 59 ch. 1: "Freilich können solchen Mehrkosten, die infolge einer unzumutbaren Folge selbständiger Einzelprozesse entstehen, trotz eines Sieges erstattungsfähig sein". Zimmermann ad 59-60 nm1, ad 91 nm38.
 - 9) Les défendeurs n'ont pas l'obligation de résister conjointement. L'intervention principale fait exception.
 - 10) SO SOG 1980 18 no5.
AG Eichenberger ad 51 nm2: "Wo mehrere Beklagte als Streitgenossen erfasst werden, beruht die Streitgenossenschaft nicht auf freiem Entschluss".
 - 11) NE CCC II 285.
 - 12) SG GVP 1953 72 no29. SG Lutz ad a105 ch. 3.
Comp. Thomas/Putzo ad 61 ch. 2: "Die Klage, die die Streitgenossenschaft herstellt, kann bis zur letzten mündlichen Verhandlung...erster Instanz erhoben werden".
Les codes ne régissent pas spécialement les modalités de constitution de la consorité.
 - 13) Gewillkürter Parteibeitritt: Parteierweiterung, Parteibeitritt. Rosenberg/Schwab 279: Demande commune subséquente.
 - 14) VD BOC 1966 704: "Il sera en revanche loisible aux parties de convenir de la jonction moyennant l'accord du juge". Comp. la critique de Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 76 ch. 1: "ce que l'on peut déplorer lorsqu'il y a risque de jugements indirectement contradictoires".
VS RTC 1936 34: "Aux termes de l'article 49 LA, l'assurance responsabilité civile contractée pour un véhicule confère au lésé une action directe contre l'assurance dans les limites des sommes assurées par le contrat. Alors que de cette disposition, il paraîtrait ressortir que le lésé peut sans autre forme englober dans son action et l'auteur de l'accident ou le détenteur de la machine et la compagnie qui les couvre en invoquant à leur endroit le principe de la solidarité concurrente, on doit bien plutôt en définitive admettre avec les auteurs qui se sont arrêtés sur cette question..., que l'intéressé dans la règle a le choix sans plus de s'adresser judiciairement à l'assurance ou à la personne responsable du dommage ou à l'assurance sans pouvoir pour autant les confondre dans un même procès. Toutefois, dans le cas donné, cette situation a été modifiée par une convention de procédure passée entre les parties".

législateur, ainsi dans les cantons qui ignorent encore la consorité simple formelle (15).

15) Implicitement BS/BL Staehelin/Sutter 86: "Die Praxis lässt freilich, jedenfalls soweit die Gegenpartei nicht Widerspruch erhebt, auch die formelle Streitgenossenschaft zu, da auch bei blosser Gleichartigkeit des Rechtsgrundes die Klageverbindung der Prozessökonomie dienlich sein kann".

CHAPITRE 1. PAR DEMANDE COMMUNE

C'est la cause la plus fréquente de la consorité (1) et souvent la seule envisagée par le législateur. La naissance par demande commune suppose de la part des parties une volonté manifestée dans un acte commun (*Parteiakt*) (2). Elle ne requiert pas un acte du juge (*Richterakt*) (3), même si ce dernier a le pouvoir de joindre les causes (4). Elle est accomplie même lorsque les conditions de recevabilité n'ont pas encore été examinées (5).

La consorité simple active naît du seul fait que les demandeurs actionnent conjointement le même adversaire (6). Les demandeurs n'ont pas à prier le juge de traiter les demandes conjointement (7). Il en va différemment lorsqu'ils déposent des demandes séparées et requièrent la jonction des causes. On considère alors par

- 1) - *Gemeinschaftliche Klageerhebung oder Einklagung, gemeinsame Klageeinleitung, gemeinschaftliche Klage* (AG VJS 1914 62, Maday 233, OW Küchler 131, AG Eichenberger Beiträge 37, Ovari 10, Geiger 13, Rosenberg/Schwab 279), *Gemeinschaftliches Belangtwerden* (Geiger 13), *gemeinsame Klage, gemeinsames Verklagen* (Zimmermann ad 59-60 nm1, Gottwald JA 1982 64, Lindacher JuS 1986 379), - *Action conjointe* (FR Deschenaux/Castella 66), - *gemeinsame Prozessbegründungshandlung* (GR PKG 1969 40 no8, Guldener ZPR 303), - Peu clair: "*einheitliches Klagebegehren*" (ZH Sträuli/Hauser 87 qui laissent supposer que la consorité active ne peut naître que si les demandeurs prennent des conclusions communes. Or, la consorité simple n'implique rien de tel). PCF 24/2, GE 6.
ZH ZR 56 1957 76 no49, ZR 38 1939 239 no103, SZ RSJ 5 1908 265 no406, Guldener ZPR 303, Maday 233, Ovari 10, Matti Streitgenossenschaft 19, Geiger 13, Flepp 72, ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm10, BE Leuch ad 36 ch. 1, FR Deschenaux/Castella 65-66, AG Eichenberger Beiträge 37, Thomas-Putzo notes prélim. ad 59 IV, Schellhammer 676 nm1342, Baumbach/Lauterbach notes prélim. ad 59ss ch. 2, Lent ZPR 220, Wieczorek ad 59 Afal, Stein/Jonas ad 59 notes prélim. nm1, Rosenberg/Schwab 279.
- 2) ZPR 86 1973 67ss, 69: "Mit dem blossen Parteiwillen, eine Streitgenossenschaft herbeizuführen, ist es...nicht getan". Dans le même sens: Flepp 72.
- 3) Maday 233: "Das wesentliche Merkmal der gemeinschaftlichen Klageerhebung oder Einklagung besteht darin, dass ein spezieller gerichtlicher Akt zur Vereinigung der verschiedenen Klagen in einem einheitlichen Prozess nicht erforderlich ist...".
- 4) ZH ZR 38 1939 239 no103, 240: (es) "kann von einer gemeinschaftlichen Klage auch dann nicht gesprochen werden, wenn die Vereinigung der Prozesse durch den Richter auf einen von der Klägerschaft bei Einreichung der gesonderten Klagen gestellten Antrag hin vorgenommen wurde. Wo immer die mehreren Klagen nicht bereits vereinigt in einer Klagehandlung eingereicht werden, die einen Akt der Vereinigung derselben durch den Richter erübrigt...fehlt ein Parteiakt im Sinne einer gemeinschaftlichen Klage, die selber das Prozessrechtsverhältnis der subjektiven Klagenhäufung zustande brächte". Maday 233.
- 5) La consorité est donc d'abord un état de fait. Becker 23: "Auch der Mangel einer Prozessvoraussetzung hat nicht die Folge, dass ein Prozess nicht entsteht. In Wirklichkeit wird vielmehr der Prozess durch die Entscheidung beendet, wenn die Einreden durchgreifen oder sich der Mangel der Prozessvoraussetzung herausstellt".
Pour Gysler 18, Hachenburg 40ss, Wolff 10 et Walsmann 97, il n'y a consorité que si cette étape a été franchie avec succès.
- 6) Condition nécessaire et suffisante: ZH ZR 56 1957 76 no49, ZR 38 1939 239 no103, SZ RSJ 5 1908 265 no406: "Zwischen der Geschwächten und ihren Vater besteht keine Streitgenossenschaft, da das Hauptrequisit derselben, die gleichzeitige und gemeinsame Anhängigmachung der Klage fehlt".
Matti Streitgenossenschaft 19 et ZPR 1066, Maday 233, Guldener ZPR 303, Ovari 10, Flepp 72, Geiger 13, BE Leuch ad 36 ch. 1, BE Jolidon 79, TI Ottaviani 59.
- 7) FR Extraits 1957 120: "Leur droit d'ester en justice comme consorts ne saurait être contesté. Il importe peu...qu'une jonction...n'ait pas été formellement ordonnée".

extension qu'il y a demande commune (8). Le mémoire commun doit énumérer les consorts (9) et leurs conclusions.

La consorité simple passive résulte du dépôt en justice d'une demande mentionnant tous les défendeurs (10) et les conclusions prises contre eux. Sa naissance n'est pas subordonnée à la notification conjointe de la demande à tous les consorts (11), ni à l'entrée en matière des défendeurs sur le fond de la demande (12).

Les défendeurs qui, *actionnés dans des procès distincts*, répondent par un exploit commun modifient unilatéralement le champ du débat. Leur union contrecarre la volonté du demandeur (13) et ne crée pas consorité simple passive. Les défendeurs ne peuvent que requérir la jonction des causes.

Les défendeurs qui, *actionnés conjointement*, fournissent des réponses séparées, ne mettent pas fin à la consorité. Un ancien arrêt neuchâtelois affirme le contraire, considérant que les défendeurs en agissant ainsi consacrent virtuellement "une division de causes que le juge ne peut qu'entériner au motif qu'elle maintient un état de fait déjà acquis au procès" (14). La jurisprudence précitée est erronée. Les défendeurs ne font en effet qu'user de leur droit de se défendre séparément, droit qui

- 8) ZH ZR 30 1931 122 no62: "Die Gemeinschaftlichkeit der Klage leitet die Vorinstanz aus der gemeinsamen Einreichung der drei Klagen ab. Diesem Umstand könnte jedoch nur dann Bedeutung beigemessen werden, wenn damit der Antrag verbunden worden wäre, die Klagen gemeinsam zu handeln; ein solcher Antrag ist indessen nicht gestellt worden".
- 9) AG VJS 1914 62.
Ovari 10: "Eine gemeinschaftliche Klage liegt vor, wenn die Klagschrift mehrere Kläger oder mehrere Beklagte nennt". AG Eichenberger Beiträge 37. Rosenberg/Schwab 279. Schellhammer 676 nm1342. Fasching ZPR II 188 nm367: "Die ursprüngliche...Streitgenossenschaft ist schon durch die Benennung der Parteienmehrheit in der Klage entstanden".
- 10) AG VJS 1914 62.
Ovari 10, TI Ottaviani 59: "...dal lato passivo invece il litisconsorzio è costituito dal momento in cui un'azione è introdotta contro più persone contemporaneamente, che si difendono con una risposta comune o con risposte singole". Schellhammer 676 nm1342.
- 11) ZH OG arrêt non publié du 6 mai 1968 en la cause C. K et H contre K.
Comp. RGZ 36 1896 364, 366: "Gemeinschaftlich werden sie verklagt, wenn sie in derselben Klage verklagt werden...Die eine gemeinschaftliche Klage wird dadurch nicht zu einer getrennten sukzessiven oder mehrfachen, dass sie denen, die gemeinschaftlich verklagt werden, nicht gleichzeitig, sondern sukzessiv zugestellt wird. Die subjektive Klagenhäufung...fordert begrifflich nur Erhebung derselben Klage gegen die mehreren Beklagten, nicht gleichzeitige Zustellung derselben Klage".
Matti Streitgenossenschaft 20, Geiger 13. Baumbach/Lauterbach notes prélim. ad 59 ch. 2. Thomas/Putzo ad 61 ch.1. Wiczorek ad 59 Afal. Rosenberg/Schwab 281. Stein/Jonas notes prélim. ad 59ss nml n. 2. Wolff 125.
- 12) Matti Streitgenossenschaft 20.
- 13) NE CCC II 285, 292: "Le code de procédure civile dans son chapitre II 'de la réponse du défendeur' trace les règles selon lesquelles un défendeur doit répondre à la demande qui lui a été signifiée...Aucun article de ce chapitre n'autorise deux ou plusieurs défendeurs assignés par des demandes distinctes et spéciales à faire cause commune entre eux ou à se joindre en cause pour répondre à ces demandes par une réponse unique et commune à tous...Si des défendeurs ont été assignés par des exploits de demandes distincts et séparés, ils doivent les uns et les autres répondre par des exploits distincts...Cette règle ne peut subir d'exception, même dans le cas où les défendeurs allégueraient que les demandes sont identiques et que les conclusions de leurs réponses sont identiques aussi...Le demandeur est le maître des actions qu'il intente...en la forme et la manière qui lui paraît le plus convenable...".
- 14) NE CCC II 394, 397: (Les défenderesses) "ont jugé à propos de disjoindre la demande qui leur était formée, en fournissant chacune d'elles une réponse séparée et en prenant des conclusions distinctes...Elles ont entendu par là demeurer chacune d'elles maîtresses de leurs droits, les faire valoir comme mieux leur conviendrait...Par la position qu'elles ont prises au procès, une instruction distincte vis-à-vis de chacune d'elles s'impose...Cette ordonnance...rentre dans les mesures d'ordre qui sont de la compétence souveraine du juge

peut justifier cas échéant une division pour opportunité. Ne pouvant passer outre à la volonté du demandeur de les actionner séparément et de renoncer à la consorité, ils ne peuvent a fortiori lui imposer une division de causes alors qu'il veut les actionner conjointement. Le juge ne saurait ainsi assimiler le dépôt de réponses séparées à une division de causes (15).

La consorité simple naît en procédure fédérale avec la litispendance (16).

En procédure cantonale, il faut distinguer les procédures avec ou sans préliminaire de conciliation et parmi les procédures comportant conciliation, celles qui sont génératrices de litispendance (17).

Dans les procédures sans tentatives de conciliation, la consorité simple naît avec la litispendance (18). Cette dernière peut être subordonnée à la signification au défendeur, de sorte qu'il n'y aura consorité passive que lorsque le dernier des défendeurs aura reçu le mémoire de demande (19).

Dans les procédures avec tentative de conciliation et lorsque la saisine de l'autorité de conciliation est génératrice de litispendance, le dépôt de la citation en conciliation crée consorité simple (20).

Lorsque la saisine de l'autorité de conciliation n'a pas cet effet, la litispendance coïncide avec le dépôt en justice de l'acte de non-conciliation et de la demande. Au motif qu'elle ne crée aucun lien de procédure entre les plaideurs, la citation en conciliation non introductive d'instance exclut pour de nombreux auteurs la consorité en conciliation, de sorte que le cumul ne peut naître qu'avec le dépôt de la demande (21). Nous sommes d'avis contraire, car l'opinion précitée a pour conséquence d'exclure la consorité dans un canton à un stade où elle est déjà admise dans un autre. La consorité suppose une procédure, mais n'implique pas une procédure génératrice de litispendance. Une "Prozessbegründungshandlung" suffit à la créer (22) et la citation en conciliation est un tel acte (23). L'admission de la consorité au stade

qui préside à l'instruction du procès...Le président du tribunal de Boudry n'a pas excédé, dans l'espèce, les limites de sa compétence...".

- 15) TI 43/2: "Piu litisconsorti convenuti possono difendersi con un'unica comune risposta o con risposte singole".
- 16) PCF 24/2 combiné avec 21/1.
- 17) Notamment FR 125, GE 58, VD 119.
- 18) Geiger 13, Ovari 10-11, BE Jolidon 79.
- 19) Thomas/Putzo ad 61 ch. 2: "Es tritt im Klageverfahren die Rechtshängigkeit...für jeden der mehreren Prozesse an dem jeweiligen Tag der Klagezustellung ein", Rosenberg/Schwab 281: "Jeder der mehreren Prozesse beginnt erst mit der Zustellung der ihn eröffnenden Klage, also nicht notwendig zur selben Zeit wie die anderen Prozesse", Becker 24.
- 20) GR PKG 1969 40 no8: "Diese...Streitgenossenschaft ist durch die gemeinsame Prozessbegründungshandlung der Eheleute B, mithin also mit der Anmeldung ihrer Streitsache beim Vermittleramt begründet worden...". Ovari 11, Matti Streitgenossenschaft 20, Flepp 72.
- 21) Matti Streitgenossenschaft 20: "Im Aussöhnungsversuchsstadium gibt es...keine Streitgenossenschaft. Die einzelnen Streitgenossen sind in diesem Verfahrensabschnitt noch vollkommen unabhängig voneinander". Flepp 72: "Vor der Rechtshängigkeit der gemeinschaftlichen Klage bestehen zwischen den Streitgenossen keine rechtlichen, insbesondere auch keine prozessualen Beziehungen". Ovari 11 n. 31: "Im Aussöhnungsstadium...gibt es keine Streitgenossenschaft im prozessrechtlichen Sinne". Geiger 13, BE Jolidon 79, JU Ceppi 50: "...la consorité n'intervient qu'au stade de l'échange des mémoires et non déjà en conciliation, de telle sorte que le juge de conciliation pourra rendre les parties attentives aux dispositions sur la consorité".
- 22) Guldener ZPR 303.
- 23) Peter Schnyder, Der Friedensrichter im schweizerischen Zivilprozessrecht, Thèse Zurich 1985, 113: "Die Anrufung des Friedensrichters kann...sehr wohl als Prozessbegründungshandlung aufgefasst werden, denn der Kläger macht damit klar, dass er den vom Staat vorgeschriebenen Weg zur Geltendmachung seines Rechtes beschreiten will".

de la conciliation se justifie d'autre part pour des raisons d'économie. Elle a enfin des avantages évidents. La conciliation favorise le dialogue de tous les intéressés. Des débiteurs solidaires seront par exemple plus enclins à transiger, voir à acquiescer aux prétentions du demandeur, s'ils sont tous réunis devant le juge conciliateur et le demandeur qui les aura cités n'aura plus à renouveler le préliminaire de conciliation en cas d'échec.

Faisant suite à des préliminaires de conciliation séparés, la consorité simple peut encore naître lors du dépôt de la demande devant le juge du fond. Elle suppose que la conciliation a été tentée par ou contre tous les consorts (24).

La consorité éventuelle, la consorité alternative, l'intervention principale (25) sont des cas particuliers de demande commune.

La consorité prend également naissance par le dépôt d'une requête conjointe de *mesures provisoires* ou de *preuves à futur* (26). Lorsque l'action au fond qui leur fait suite est limitée à un ou quelques-uns des consorts présents en mesures provisoires, les consorts non mis en cause ne peuvent être impliqués dans le prononcé sur les frais (27). Les consorts qui ont obtenu des mesures provisoires qui se révèlent injustifiées répondent solidairement du dommage qui en résulte (28).

Hans Schibli, Über den Friedensrichter im schweizerischen Zivilprozessrecht, Thèse Zurich 1973, 110. Peter Max Albörn, Der Friedensrichter im thurgauischen Zivilprozessrecht, Thèse Bâle 1977, 109.

- 24) TG RBOG 1918 no 5.
TG Böckli ad 29 ch. 4: "Wird die subjektive Klagenhäufung im Vermittlungsvorstand geltend gemacht, so findet nur ein Vorstand statt...Die Zusammenziehung kann aber auch noch beim Gericht nachgesucht werden, wenn für jeden Streitgenossen eine besondere Weisung ausgestellt worden ist".
- 25) ZH 43, LU 73, SZ 39, NW 44, GL 38, ZG 22, SH 87, AR 52, BL 49/2, VS 41.
Geiger 14, Ovari 17, Stein/Jonas notes prélim. ad 59 nm1, Wiczorek ad 59 A1a1, Roserberg/Schwab 279.
- 26) Geiger 14, Baumbach/Lauterbach notes prélim. ad 59 ch. 2, Thomas/Putzo notes prélim. ad 59 IV, Zölter ad 59-60 nm3a, Rosenberg/Schwab 279.
- 27) GL ABOG 1987 54: "Wird nach einer gegen mehrere Gesuchsbeklagte gerichteten provisorischen Verfügung nur gegen eine von diesen der Hauptprozess eingeleitet, so ist es nicht statthaft, den Entscheid über ein Parteientschädigungsbegehren der am Hauptprozess nicht beteiligten Gesuchsbeklagten auszustellen".
- 28) ATF 91 II 143ss, 146: "La responsabilité des défendeurs est solidaire, en raison de leur consorité dans la procédure,...analogue à la société simple" (recours de droit public).

CHAPITRE 2. PAR JONCTION DE CAUSES

§1. Le droit édicté

Le droit fédéral ne prévoit pas la jonction de causes (*nachträgliche Zusammenfassung der Klagen, Klagenvereinigung, Klagenverbindung*) (1). Cependant, le Tribunal fédéral - souvent sans même mentionner l'article 24 PCF dont il fait application (2) - joint des actions reposant sur des faits analogues et posant des questions de fond communes et des recours dirigés contre une même décision (3). Le Tribunal fédéral se refuse en revanche à joindre les causes lorsqu'il s'agit de statuer sur la recevabilité des recours (4). Avec J.-F. Poudret et S. Sandoz, nous trouvons cette jurisprudence trop restrictive, car "il peut être expédient de trancher par un seul arrêt une question de recevabilité commune à plusieurs recours" (5).

En procédure cantonale, 15 cantons, dont les romands à l'exception du Jura, disposent la jonction comme source de consorité (6).

ZH 40/3	NW	BL	AG 52	GE 106
BE	GL 33/2	SH	TO 21/2	JU
LU	ZG	AR 111/3	TI 44	
UR	FR 88	AI 59/3	VD 76	
SZ 37/3	SO	SG n46/2	VS 40	
OW 38/3	BS	GR	NE n30,a42	

- 1) MCF à l'appui d'une nouvelle loi de procédure civile fédérale du 14 mars 1947, FF 1947 I 1001ss, 1021: (Le projet) "ne prévoit pas la possibilité pour le juge de réunir des actions formées séparément, mais que le demandeur aurait pu joindre en une seule. Lorsque plusieurs procès identiques se déroulent parallèlement, le juge peut parfaitement, pour gagner du temps et diminuer les frais, les instruire et les juger conjointement, c'est-à-dire les réunir en fait. Mais il n'y a pas lieu de prévoir la faculté de réunir en une seule des actions introduites séparément. Pour tenir compte de l'intérêt public à la diminution des frais de procès, il suffit en effet que le juge ait la possibilité pratique de réunir les différents procès sans contraindre un plaideur qui entend faire plusieurs procès à n'en soutenir qu'un seul". La loi fédérale du 22 novembre 1850 sur la procédure à suivre devant le Tribunal fédéral en matière civile ignorait également la jonction de causes.

- 2) Poudret/Sandoz COJ 343 ad 40 ch. 2.

- 3) Jonction de recours en réforme: ATF 111 II 270/JT 1986 I 67, 69: "Par les trois actions, les demanderesse font valoir séparément mais contre les mêmes défenderesses des prétentions fondées sur le même événement dommageable. Devant le Tribunal supérieur, les parties ont mené conjointement les trois procès. La Cour cantonale a néanmoins rendu trois arrêts séparés, mais identiques en fait et en droit. Les demanderesse ont interjeté des recours en réforme séparés, mais identiques dans leur motivation. Les défenderesses ont répondu par un seul mémoire. Il serait opportun de statuer sur les trois recours par un seul arrêt. Juridiquement, rien ne s'y oppose... Certes, le Tribunal fédéral, statuant comme autorité de recours, s'est parfois refusé à joindre d'office, des procédures menées séparément en instances cantonales... Cependant, en matière de recours en réforme également, des motifs d'économie procédurale peuvent justifier une jonction. Ainsi en va-t-il lorsque, comme en l'espèce, les décisions entreprises ont le même contenu et que le Tribunal fédéral doit de toute façon statuer comme autorité de recours en réforme... Dans le cas particulier, les trois procédures seront jointes et feront l'objet d'un seul arrêt", ATF 109 II 144 c. 1, ATF 63 III 71.

Voir cependant: ATF 40 II 76: Jonction des recours en réforme rejetée.

- 4) ATF 94 I 182, 185: "Ist... wie in den beiden vorliegenden Fällen, in erster Linie die Zulässigkeit beider Beschwerden umstritten, so kommt eine Vereinigung der beiden Verfahren nicht in Betracht. Die Frage, ob das ergriffene Rechtsmittel zulässig sei und ob darauf eingetreten werden könne, muss vielmehr für jede Beschwerde gesondert geprüft und entschieden werden. Dem Gesuch um Vereinigung der beiden Verfahren ist daher nicht stattzugeben". (Recours de droit administratif).

- 5) Poudret/Sandoz COJ 344 ad 40 ch. 2.

- 6) La règle est nouvelle dans les cantons d'Obwald, d'Argovie et de Fribourg. Dans le canton de Neuchâtel, la jonction de causes, ignorée du code de 1906 qui ne traitait que de la division de causes, est une innovation adoptée par le législateur de 1925 pour accélérer l'instruction de certaines affaires. BGC vol. 90, 1924 276 et 495.

L'admissibilité de la consorité par jonction de causes est controversée dans les cantons qui n'ont pas de disposition. Deux solutions sont concevables, toutes deux pratiquées. La première interdit la jonction, la seconde l'admet.

Selon la première conception, la consorité par jonction de causes est interdite ou partiellement interdite. Les droits bernois (7) et jurassien (8) prohibent la jonction de causes de manière générale faute de base légale (9). La consorité ne peut y naître que par une demande commune de sorte que les demandes séparées suivent une destinée individuelle. Les procédures bernoise et jurassienne disposent toutefois un correctif: "Le juge peut suspendre un procès quand sa solution dépend du jugement d'un autre litige ou en peut notablement être influencée ou encore quand l'autre procès comporte la solution de la même question de droit" (10). La doctrine prône la suspension dans les cas susceptibles de consorité simple (11). En procédure allemande, la consorité par jonction de causes est partiellement interdite. Le législateur l'admet dans certains cas et l'interdit dans d'autres. La consorité ne peut alors être créée par jonction (12).

Considérant qu'il y a lacune, certains cantons admettent la consorité par jonction de causes au motif que le législateur n'a eu en vue que la forme la plus courante de constitution de la consorité (la demande commune). Ils estiment que des procès séparés ralentiraient la procédure, que la suspension d'un procès jusqu'à droit connu dans l'autre la freinerait d'autant plus, enfin que le juge a de toute façon à en connaître. La doctrine et la jurisprudence admettent la jonction même sans base légale pour des motifs d'économie de procédure (13) et parce qu'elle fait partie du pouvoir de direction du procès du juge (14). La solution a été adoptée dans le canton de Zurich jusqu'à l'adoption de l'actuel article 40 al. 3 ZPO qui la consacre (15). Il en a été de même dans le canton de Genève, avant l'introduction des articles 83ss LPC (actuels 106ss). La jonction de causes était subordonnée au consentement des parties et à défaut de consentement, à la condition qu'elle n'entraîne aucun inconvénient pour les parties (16). La solution a été admise dans le canton de Nidwald sous l'ancien CPC; le nouveau code ne l'a pas introduite, de sorte que la jonction de causes reste prétorienne (17). Dans le canton de Lucerne, la jonction a été admise par la jurisprudence en 1989

- 7) BE RJB 71 1935 292, 293, RJB 61 1925 568.
Ovari 14, Matti Streitgenossenschaft 21 et 113, Flepp 73, BE Jolidon 80: "Il n'y a pas de jonction possible, même si les conditions de la consorité sont réalisées. A fortiori, il est exclu qu'une personne, en cours de procédure se joigne à l'une des parties et poursuive le procès en consorité avec elle sauf dans les cas expressément prévus par la loi". BE Leuch ad 38 ch. 2 n'exclut pas la jonction.
- 8) JU Ceppi 39 et 50: "On pourra...prévoir d'introduire la jonction des causes dans le CPC à l'occasion d'une modification de cette loi".
- 9) C'était également la solution sous l'ancien code argovien. AG Eichenberger Beiträge 39.
- 10) BE 96, JU 95.
- 11) Matti Streitgenossenschaft 22: "Die Voraussetzungen zur Einstellung werden namentlich in jenen Fällen gegeben sein, in denen an sich eine Streitgenossenschaft möglich wäre", BE Leuch ad 38 ch. 2.
- 12) Le droit allemand l'interdit par exemple aux articles 610/2 et 640c DZPO.
- 13) LU LGVE 1989 38 no16, 47: "Zudem spricht das Argument der Prozessökonomie für eine Vereinigung mehrerer Klagen".
Flepp 74: "Diese Lücke lässt sich durch eine Praxis, die auf die reine Zweckmässigkeit aufbaut ausfüllen", Matti Streitgenossenschaft 113, UR Aschwanden 81.
- 14) LU LGVE 1989 38 no16: La jonction se justifie également parce qu'elle est connue dans de nombreux cantons.
Dans ce sens pour le cumul objectif de demandes AGVE 1963 54 no15, 58-59.
Kraft 14-15.
- 15) ZH ZR 56 1957 76 no49, ZR 38 1939 239 no103, ZR 31 1932 9 no5, ZR 30 1931 122 no62, ZR 19 1920 92 no49, ZR 6 1907 167 no102.
Geiger 14, Kraft 13ss, Maday 233.

dans le silence de la loi. Les tribunaux lucernois estiment que le silence du législateur n'est pas qualifié et qu'il ne se justifie pas de conférer au cumul subjectif d'actions un statut différent de celui admis pour le cumul objectif qui peut naître de la jonction des causes (18).

§2. Les conditions

La loi (19), la jurisprudence (20) et la doctrine (21) subordonnent la jonction à la réalisation des conditions de la consorité simple (22).

En la soumettant expressément aux conditions de la consorité simple *formelle*, les cantons de Glaris et du Valais excluent la jonction pour la consorité simple

16) GE SJ 1938 463.

17) *Herbert Stöckli*, Revisionsvorschläge zum nidwaldner Zivilrechtsverfahren. Thèse Fribourg 1957, 76.... "Die neue Praxis... ist begrüssenswert".

18) LU LGVE 1989 38 no16, 45.

19) *Expressis verbis*: GL 33/2, FR 88, AR 111/3, VD 76/1, VS 40. NE exige la connexité, n30, n42. Condition implicite, car figurant dans une disposition relative à la consorité simple: ZH 40/3, SZ 37/3, OW 38/3, AI 59/3, SG 46/2, AG 52, TG 21/2, TI 44.

VD BGC 1966 704: "La jonction de cause peut être ordonnée... lorsque les conditions d'une jonction personnelle sont réunies".

Dans le canton de Genève, la connexité au sens de 83 LPC inclut les conditions de la consorité fixées à 6 LPC: SJ 1938 463, 465: "Il ne suffit pour que l'on puisse parler de connexité qu'il existe entre deux causes certains rapports ou des analogies indiscutables, il est nécessaire que les deux demandes réagissent l'une sur l'autre, c'est-à-dire qu'il ne peut être dit droit sur elles séparément. Or, en l'espèce, il existe entre les causes dont la jonction a été réclamée plus que certains rapports ou que certaines analogies, elles sont toutes deux basées sur un seul et même texte de loi... et sur l'admission d'un seul et même principe, à savoir la paternité présumée de l'intimé... Il est certain que la solution donnée à l'une de celle-ci réagirait sur l'autre. D'autre part, comme le premier juge l'a relevé, il existe entre la mère et l'enfant une étroite solidarité morale et économique qui rend leurs intérêts communs et aurait pu permettre l'introduction de leurs demandes par un seul et même exploit conformément à l'article 4/2 LPC...".

20) ATF 111 II 271 c. 1, JT 1986 I 67, ATF 109 II 144, ATF 63 III 71.

ZH ZR 56 1957 76 no49, ZR 38 1939 239 no103, ZR 31 1932 9 no5, ZR 30 1931 122 no62, ZR 19 1920 92 no49, ZR 15 1916 no80.

LU LGVE 1989 38 no16.

FR Extraits 1959 125: "... D'entrée de cause... soit dans le mémoire de réponse déjà... M. avait requis la jonction des onze procès engagés contre lui, procès dans lesquels les demandeurs faisaient valoir, chacun pour leur compte et indépendamment les uns des autres, des prétentions de même espèce reposant sur une cause de même nature. Aussi bien, le juge n'avait pas manqué d'ordonner, comme il en était requis et conformément à l'article 88 CPC, la jonction de ces onze procès".

VD JT 1982 III 111.

TI Rep. 1979 335, 336: "La congiunzione di cause... è ammessa soltanto se i procedimenti da congiungere sono basati sugli stessi fatti o sulla stessa situazione giuridica, se si verifica cioè un caso di litisconsorzio facoltativo".

21) Guldener 303 n. 35, Maday 233, Poudret/Sandoz COF 343-344 ad 40 ch. 2, NW Stöckli 76: "Natürlich gelten die sogenannten Verbindungsvoraussetzungen auch für die richterliche Prozessvereinigung", FR Descheaux/Castella 67, AG Eichenberger ad 52.

Kraft 63 admet un pouvoir de jonction plus large. Il suffit qu'elle soit opportune.

Pour Zimmermann ad 147 nm3, la consorité par jonction de causes doit respecter simultanément les conditions de la consorité et celles du cumul objectif de demandes.

A noter qu'en droit allemand, la jonction fait pour une partie de la doctrine automatiquement des parties des consorts, et ce même si les conditions de la consorité ne sont pas remplies: Stein/Jones ad 147 nm24, Wieczorek ad 59 AfA1: "Sie entsteht ferner, wenn das Gericht - selbst unzulässigerweise - mehrere Prozesse verbindet". Il en va de même en droit autrichien: Holzhammer ZPR II 81. La question est toutefois controversée: Thomas/Putzo ad 147 ch. 3, Zimmermann 147 nm3, Zöllner ad 147 nm2 et nm3. Fasching ZPR 188 nm367 et Komm. II 178.

22) Peuvent être jointes des causes qui comportent chacune une consorité: VS RVJ 1976 22.

matérielle (23). Les cantons de Fribourg, Appenzell Rhodes Extérieures et Vaud admettent la jonction aussi bien pour la consorité simple *matérielle* que pour la consorité simple *formelle*. Les cantons de Zurich, Schwyz et Obwald ne posent aucune condition, mais consacrent un alinéa à la jonction dans la règle consacrée à la consorité simple *formelle*. Ils admettent que cette dernière inclut implicitement la consorité simple *matérielle*, de sorte que la jonction peut y être ordonnée pour les deux formes de consorité.

A défaut de réalisation de ces conditions, la jonction ne crée pas consorité (24). La jonction des causes limitée à la procédure probatoire n'a pas à respecter les conditions de la consorité mais ne la crée pas non plus (25).

La consorité peut renaître suite à une jonction de causes: la procédure valaisanne oblige le juge successivement à diviser les causes lorsqu'un défendeur fait défaut et à prononcer de nouveau leur jonction lorsque ce défendeur a demandé et obtenu le relief (26).

La consorité par jonction de causes suppose également que les demandes jointes soient recevables. Lorsque la jonction a lieu en début de procès, le juge doit vérifier les conditions de recevabilité. Tel n'est pas le cas, lorsque la jonction a lieu en cours d'instance, car les conditions, vérifiées, sont acquises (27).

La consorité par jonction de causes suppose des demandes pendantes devant le tribunal qui procède à la jonction (28). Elle est possible lorsque les demandes sont pendantes devant la même chambre du Tribunal. En revanche, lorsque les demandes sont pendantes devant des chambres différentes de la même juridiction, elle n'est admise que si les causes ont été préalablement renvoyées devant la même chambre (29). Elle est exclue lorsque l'une des causes a été jugée au fond et se trouve pendante devant une instance de recours tandis que l'autre relève du premier juge (30).

La consorité par jonction de causes suppose que les demandes soient pendantes au même for. L'article 59 Cst y fait obstacle (31).

Les causes pendantes à des fors distincts dans le ressort du juge peuvent être jointes au for de l'un des consorts par une instance supérieure ou par les parties elles-mêmes.

-
- 23) Il en va de même en droit autrichien. Fasching ZPR II 188 nm367.
 - 24) FR Extraits 1959 125-126: "...Il n'y a entre ces deux procédures aucun lien résultant de la jonction de causes ou de la consorité de demandeurs ou de défendeurs...". En Valais, la jurisprudence enseigne que la jonction prévue à l'article 40 CPC ne fait pas des parties des consorts. VS RVJ 1978 63, RVJ 1976 25, RVJ 1974 170, RVJ 1967 437, RTC 1956 158, RTC 1955 59, RTC 1947 63. La disposition précitée reproduit pourtant les conditions de la consorité simple formelle et figure dans le titre relatif à la consorité.
 - 25) Pour des exemples: FR Extraits 1959 125, FR Extraits 1959 142.
 - 26) VS RVJ 1976 261.
 - 27) Kraft 76.
 - 28) VD 76. Kraft 76, FR Deschenaux/Castella 66, GE Bertossa ad 106 nm2, Zöller ad 147 nm2, Thomas/Putzo ad 147 ch. 1.
 - 29) GE SJ 1987 325, SJ 1938 22, SJ 1937 26, SJ 1936 231.
 - 30) GE SJ 1963 401. Bertossa ad 106 nm2.
 - 31) SG GVP 1953 73 no29: "Wenn nun auch...die sachliche Verbindung der nicht handelsgerichtlichen Klage gegen Frau L. W.-B. mit der handelsgerichtlichen Klage gegen F. zulässig erschiene und dann für die gehäuftten Klagen gesamthaft die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts bejaht werden könnte, so verbietet sich andererseits eine solche Verbindung nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der verfassungsmässigen örtlichen Gerichtsstände...Der Antrag der Klägerin auf Vereinigung der beiden Prozesse ist daher abzuweisen". Voir également Quatrième partie, Titre I.

La réunion des causes par décision d'une instance supérieure est connue en procédure tessinoise. Elle a lieu à requête (32). A ainsi été prononcée au for du premier tribunal saisi (33) la jonction d'une demande principale de A contre B avec une demande reconventionnelle formée par A contre C dans un procès distinct et à un autre for. La jonction a été admise parce que la demande principale et la demande reconventionnelle, formées par le même plaideur, étaient fondées sur les mêmes faits et comportaient les mêmes conclusions. La demande principale de C contre A qui avait ouvert le second procès a fait l'objet d'un procès distinct (34). Contrairement au tessinois, le législateur vaudois n'admet pas la jonction de causes connexes introduites devant des juges différents contre des défendeurs différents: "Nous ne pensons pas que dans le silence de la loi, la jurisprudence puisse conférer à un juge le droit de dessaisir une autre juridiction. C'est une question que la loi seule peut trancher. Le projet se prononce pour la négative pour le motif principal que, s'agissant de procès distincts entre des parties différentes, aucun des juges saisis n'a une vue d'ensemble et, d'autre part, ne peut soustraire à son juge naturel une partie qui n'a pas instance liée devant le juge qui ordonnerait la jonction et devant lequel elle ne pourrait faire valoir ses moyens d'opposition. L'exigence de la sécurité doit ici l'emporter sur celle d'une procédure économique et sur le risque de jugements contradictoires" (35).

Les causes pendantes à des fors distincts dans le même ressort peuvent être jointes par les parties avec l'accord du juge (36).

La jonction de causes pendantes devant des tribunaux différents au même for peut justifier une attraction de compétence matérielle (37).

La consorité par jonction de causes est subordonnée au droit d'être entendu des parties qui peuvent se prononcer sur la légitimité et l'opportunité de la jonction, même si la loi ne le dit pas (38). Lorsque ces dernières n'ont pas eu l'intention de procéder en consorts, la jonction leur impose une procédure à multiples parties (39). Aussi le législateur exige-t-il que pour passer outre à leur volonté des motifs pertinents justifient la jonction (40).

32) TI 44: "Su istanza di parte, la Camera civile di appello può ordinare la congiunzione, al foro di uno dei litisconsorti, delle cause che si trovassero pendenti davanti a giudici diversi".

33) En application de l'article 23 CPC TI.

34) Le tribunal n'a pas admis la construction d'une consorité mixte. TI Rep. 1979 335, 336: "Se con riconvenzione davanti ad una pretura e con azione davanti ad altra pretura lo stesso attore conviene due convenuti diversi, a dipendenza degli stessi fatti e con domande di identica cifra, è giustificata la congiunzione delle cause, da affidare al primo giudice adito". c2: "Non essendo concepibile un cosiddetto litisconsorzio misto - dovuto alla contemporanea qualità di attore e convenuto della stessa parte in due cause diverse - è chiaro che oggetto della congiunzione nel presente caso possono essere soltanto la riconvenzione A/C pendente a Mendrisio, da una parte, e l'azione A/B promossa a Lugano dall'altra".

35) VD BGC 1966 704-705. Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 76 ch. 1: "Ce que l'on peut déplorer lorsqu'il y a risque de jugements contradictoires". La solution, "fâcheuse", peut être prévenue par une intervention ou un appel en cause. Voir également VD JT 1980 III 66 inexactement motivé selon Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 76 ch. 1.

36) VD BGC 1966 704.

37) Voir Quatrième partie, Titre II.

38) Expressis verbis NE a42. Supprimée dans le nouveau code du 30 septembre 1991, la condition est à notre avis incluse dans l'article n55 qui consacre le droit d'être entendu. GE SJ 1963 401, SJ 1941 215, SJ 1936 444. Bertossa ad 106 nm3. Flepp 75.

39) ZH ZR 30 1931 122 no62, 123: "Da die Bildung einer Streitgenossenschaft...im freien Belieben der Kläger stand, konnte das Gericht nicht entgegen ihren ausgesprochenen Willen die Vereinigung der Prozesse beschliessen".

40) ZH 40/3, SZ 37/3, OW 38/3, AR 111/3, AG 52.

La consorité par jonction de causes ne doit pas léser les intérêts des parties (41). Le juge doit en examiner l'opportunité, en comparant ses avantages et ses inconvénients. La question relève de son pouvoir d'appréciation. Nuit aux parties la jonction de causes qui prive l'une d'elles d'une fin de non recevoir (42) et celle prononcée lorsqu'une des causes est en état d'être jugée. Ne nuit en revanche pas aux parties la jonction de causes qui a pour effet de leur interdire de se faire entendre réciproquement comme témoins. Cette circonstance constitue un "simple inconvénient" et ne leur permet pas d'attaquer le prononcé du juge au motif qu'il a outrepassé son pouvoir d'appréciation (43). La consorité par jonction de causes peut s'imposer en cas d'abus. Elle doit être ordonnée selon la doctrine lorsque des demandeurs introduisent *abusivement* plusieurs demandes *séparées* contre le même défendeur (44). La difficulté consistera à vérifier l'abus, la consorité étant libre.

§3. Les modalités

La jonction peut être ordonnée en tout état de cause (45). Elle peut être prononcée dès la litispendance, immédiatement après le dépôt des demandes (46) ou ultérieurement en cours de procédure (47). Elle peut se produire en deuxième instance par jonction des recours (48). A défaut, il y a autant de recours qu'il y a de consorts et autant de procès différents (49). Dans la mesure où les conditions de la consorité sont remplies, l'autorité de recours n'a en revanche pas à prononcer formellement la

-
- 41) AR 111/3, AI 59/3, TG 21/2.
 - 42) GE SJ 1938 463, 466.
 - 43) GR PKG 1951 78 no31: "Dass die Zulässigkeit der Streitgenossenschaft unter Umständen zum Ausschluss von Zeugen führen kann, die in Separatprozessen gegen einzelne der Streitgenossen zugelassen werden müssten, vermag nichts zu ändern. Dieser Nachteil wird von der ZPO mit der grundsätzlichen Zulassung der Parteienmehrheit bewusst in Kauf genommen". GE SJ 1938 463, 466. MDR 1971 710: "Führt die Prozessverbindung dazu, dass eine Partei des ursprünglich selbständigen Parallelverfahrens nicht mehr als Zeuge benannt werden kann, so liegt darin eine vom Gesetz in Kauf genommene Konsequenz; in einem solchen Fall kann die Beschwerdeinstanz nicht aus dem Gesichtspunkt eröffnet werden, dass Voraussetzungen und Grenzen des gegebenen richterlichen Ermessens verkannt worden seien".
Pour Geiger 61, cette conséquence est choquante. Selon cet auteur, elle incite les plaideurs à s'abstenir de procéder en consorité, surtout si la preuve testimoniale est le seul moyen de preuve disponible. Le demandeur, qui entend écarter tout témoin en faveur de son adversaire, est tenté d'actionner le témoin virtuel conjointement avec ce dernier. Le demandeur risque de manipuler les moyens de preuve à disposition de son contradicteur. Les frais supplémentaires encourus et l'éventuelle peine disciplinaire à laquelle il s'expose ne sont pas une menace suffisamment forte pour le dissuader d'un tel procédé.
 - 44) SG Lutz ad a105 ch2: "Klagenverbindung ist anzuordnen...bei schikanösen Einzelklagen gegen den gleichen Beklagten...".
 - 45) ZH 40/3, SZ 37/2, OW 38/3, FR 88, AI 59/3, VD 76, VS 40, NE n30.
 - 46) FR Extraits 1959 125.
 - 47) Kraft 81: "Weder durch die Prozesstrennung, noch durch die Prozessvereinigung darf eine Verschiebung des Prozessstadiums erfolgen. Die zu vereinigenden Prozesse müssen also alle im gleichen Prozessstadium stehen. Ist dies nicht der Fall, so besteht immer noch die Möglichkeit, den in einem fortgeschritteneren Stadium stehenden Prozess zu sistieren, und die Vereinigung erst dann vorzunehmen, wenn die zu vereinigenden Prozesse im gleichen Stadium stehen. Auf keinen Fall darf aber durch die Vereinigung von Prozessen den Parteien die Möglichkeit gegeben werden, versäumte Parteihandlungen zu verbessern".
 - 48) ATF 111 II 270/JT 1986 167 c. 1, ATF 109 II 144 cl: Jonction de recours en réforme.
SG Lutz ad a105 ch. 2, Wiczeorek ad 59 Alal.
 - 49) FR Extraits 1959 125.

jonction de causes lorsque les parties ont recouru conjointement alors qu'elles avaient procédé séparément devant le premier juge (50).

Le juge statue d'office (51) ou à requête (52).

Même requise par les parties, la jonction reste le fait du juge (53). Elle peut être demandée par un plaideur qui n'est pas partie dans les deux procédures. Ainsi, peut-elle être requise par un demandeur alors que les deux procédures sont dirigées contre le même défendeur (54).

Le juge statue en la forme sommaire (55) ou incidente (56). Sa décision est une mesure relative à la procédure (57) susceptible ou non de recours selon les cantons (58).

-
- 50) FR Extraits 1957 119, 120: "...en l'espèce...les 4 recourants ont été poursuivis pour la même créance, en fonction de la solidarité découlant tant de leur qualité de donneurs d'aval (1044 CO) que de la déclaration signée conjointement le 31 octobre 1955. Leur droit d'ester en justice comme consorts ne saurait être contesté. Il importe peu dès lors qu'une jonction de causes n'ait pas été formellement ordonnée".
- 51) Il s'agit d'une faculté, non d'une obligation: "le juge peut...": ZH 40/3, SZ 37/3, OW 38/3, GL 33/2, FR 88, AR 111/3, AI 59/3, SG 46/2, AG 52, TG 21/2, TI 44, VD 76, VS 40, NE n30.
Comp. Soc. 20 mars 1990, J.C.P. 90 IV 194: le juge n'est pas tenu d'ordonner d'office une jonction qui ne lui a pas été demandée.
ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm10, Kraft 19: "Dem Recht der Gerichte Prozesse durch prozessleitende Anordnung...zu vereinigen, entspricht auch das Recht von den Parteien das Recht eine von den Parteien geforderte...Vereinigung nicht zuzulassen".
- 52) TI 44, VS 40, NE n30.
Dans l'ancienne jurisprudence zurichoise, la consorité par jonction n'était possible qu'à requête ou avec l'accord des parties. ZH ZR 38 1939 239 no103, ZH ZR 30 1931 122 no62, ZR 22 1923 no49, ZR 20 1921 88 no39. Critiquée (Sträuli/Hauser 87, Maday 233), elle a été abandonnée.
- 53) ZH ZR 38 1939 239 no103.
- 54) GE SJ 1987 325, SJ 1963 401, SJ 1957 353, SJ 1938 463.
- 55) FR 88, Deschenaux/Castella 67.
- 56) VD 76.
- 57) FR Deschenaux/Castella 67: "Mesure de direction de procès", Stein/Jonas ad 147 nm1: "Massnahme der Prozessleitung".
- 58) VS 40/2: "...susceptible d'appel lorsque la cause au fond peut être ou doit être portée au Tribunal cantonal", TG 234 ch. 3.
VD BGC 1966 705: "Ne mettant pas fin à l'instance, l'ordonnance de jonction n'est pas un jugement principal. Elle n'est pas susceptible de recours au Tribunal Cantonal".
OE Bertossa ad 106 nm3: "La jonction est ordonnée par un jugement susceptible d'appel immédiat".
La jonction est soustraite au recours en procédure allemande: Zöfeler ad 147 nm9.
Maday 233 admet un recours pour violation des règles claires de la procédure.

§4. Les effets

Lorsque la jonction a eu lieu au début du procès (59), elle a les mêmes effets que si les actions avaient été introduites conjointement (60). Elle peut modifier la compétence matérielle et fonctionnelle des demandes individuelles (61). Le déclinatoire peut être opposé quand par effet de la jonction, la valeur litigieuse dépasse la compétence du juge saisi (62).

Lorsque la jonction a eu lieu en cours de procès, la jonction ne provoque pas un changement de compétence ratione valoris (63). Il n'y a pas rétroactivité (64).

- 59) Les parties peuvent renoncer à former une demande initiale commune pour des raisons de compétence. La doctrine voit parfois dans le procédé un abus de droit. La consorité étant libre, nous l'admettons quant à nous sans restrictions. Kraft 68: "Auch Klagen, bei denen schon im Zeitpunkt ihrer Anhängigmachung, die Voraussetzungen einer subjektiven Klagenhäufung erfüllt sind, können von den Klägern oder gegen die Beklagten einzeln erhoben werden, in der Absicht, dadurch die Kompetenzbestimmungen zu umgehen. In diesem Vorgehen ist dann eine Umgehung der Kompetenzbestimmungen zu erblicken, wenn man die Zusammenrechnung der Streitwerte bei der durch gemeinsame Klageerhebung entstandenen einfachen Streitgenossenschaft bejaht".
- 60) Flepp 75, Maday 238. Zimmermann ad 147 nm2: "...wie wenn von vornherein Klagenhäufung bestanden hätte".
- 61) LU LGVE 1989 38 no38, 47: "Durch die Vereinigung der Prozesse erhöht sich...der Streitwert", Entsch. 1939 1077 no837. Le changement de compétence exclut la consorité dans les arrêts ZH ZR 38 1939 239 no103, ZR 31 1932 9 no5. AG Eichenberger ad 18 nm3: "Auch eine bei Prozesseinleitung vom Richter verfügte...Vereinigung...bewirkt eine entsprechende Veränderung des Streitwertes"; Max Brändli, Die sachliche Zuständigkeit der argentinischen Zivilgerichte, Thèse Bâle 1984, 79.
- 62) ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm10, AG Max Brändli 79, VD BGC 1966 705.
- 63) Sous l'ancienne jurisprudence zurichoise, les tribunaux excluaient la consorité par jonction de cause, car la jonction modifiait la compétence du tribunal. L'immutabilité de la compétence étant aujourd'hui la règle, plus rien ne s'oppose désormais à la consorité par voie de jonction. ZH ZR 38 1939 239 no103, ZH ZR 31 1932 9 no5, 10: "...sobald es...auf den Streitwert ankommt und derselbe, für die mehreren Prozesse zusammengerechnet, die Grenze für die Kompetenz des angegangenen Richters überschreiten würde, ist die Vereinigung ausgeschlossen und damit auch die Überweisung an das Kollegialgericht", ZR 30 1931 122 no62, ZR 20 1921 88 no39. NE RJN 1 1 86, 87: "(La jonction de causes) n'atteindrait pas toujours le but visé si elle entraînait un changement de compétence...elle contraindrait les parties à plaider devant un nouveau juge peut-être plus éloigné de leur domicile que le premier, elle exigerait de deux tribunaux qu'ils étudient au moins partiellement le même dossier, elle imposerait généralement aux parties des frais accrus, notamment lorsqu'un procès serait transmis par une juridiction de prud'hommes au tribunal cantonal...il ne serait pas exclu que le nouveau juge, estimant la jonction illégale, divise les causes jointes et les renvoie au premier tribunal...ainsi le désaisissement par suite de jonction serait souvent contraire à la ratio legis...". Maday 238, ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm10, NW Stöckli 76: "Die individuellen Parteiinteressen werden...dadurch gewährleistet, dass trotz der richterlichen Prozessvereinigung jedenfalls keine Änderung in der sachlichen oder funktionellen Zuständigkeit eintreten darf", SG Lutz ad a105 ch. 5, AG Eichenberger ad 18 nm3. Zimmermann ad 147 nm2. Thomas/Putzo ad 147 ch3. Contra Flepp 76: Si le tribunal devient matériellement incompétent du fait de la jonction, il transmettra le dossier de toutes causes jointes à l'instance compétente.
- 64) SG Lutz ad a105 ch. 3.

CHAPITRE 3. PAR SUCCESSION DE PARTIES (1)

§1. Substitution procédurale sans transfert du droit invoqué (2)

Dans le canton de Beme, le tiers qui agit à la suite d'une dénonciation de litige peut prendre la place d'une partie principale au procès moyennant le consentement de toutes les parties (3). Cette forme de substitution est source de consorité lorsque la partie initiale est remplacée par une pluralité de plaideurs (4). Elle est subordonnée cumulativement aux conditions de la substitution et à celles de la consorité simple (5). Elle peut se produire dans le cadre de la consorité lorsqu'un tiers prend la place d'un consort.

Lorsqu'un plaideur se trompe manifestement sur la qualité pour agir ou pour défendre (6), son erreur peut donner lieu à substitution de partie si le droit cantonal l'y autorise et si toutes les parties y consentent (7). La substitution de partie évite au plaideur le dépôt d'une nouvelle demande, le renouvellement d'opérations qui ne seraient que la copie des anciennes (8), lui permet de gagner du temps et de réduire les frais. Cette forme de substitution est source de consorité simple, lorsque le demandeur a recherché par erreur la société simple en lieu et place des sociétaires et que ces derniers se sont substitués au plaideur actionné par inadvertance avec le consentement de tous les intéressés.

La substitution de parties (Parteiwechsel) diffère de la rectification de qualités (Parteiberichtigung). La première permet à une partie de prendre la place d'une autre. La seconde permet de parfaire la désignation imprécise ou manifestement inexacte d'un plaideur. Distinctes dans leurs conditions et leurs effets (9), la substitution de parties et la rectification de qualité sont parfois prises l'une pour l'autre. Le tribunal opère la première au moyen de la seconde (10). En procédure genevoise, le tribunal

1) Parteiwechsel, Parteinachfolge.

2) Prozessuale Rechtsnachfolge ohne privatrechtliche Rechtsnachfolge.

3) BE 49: "Par la dénonciation de litige, le tiers appelé en cause acquiert le droit de prendre part au procès soit en fournissant simplement au dénonçant des moyens d'attaque ou de défense, soit en l'assistant en qualité d'intervenant..., soit en poursuivant le procès en qualité de représentant du dénonçant avec l'autorisation de ce dernier. Dans tous les cas, le dénonçant reste partie au procès, à moins que, du consentement des deux parties, le tiers appelé ne prenne sa place en qualité de partie".

4) Ovari 16, Flepp 81, Matti Streitenossenschaft 20.

5) Matti Streitenossenschaft 28.

6) L'action a été formée par erreur par ou contre le représenté alors qu'elle aurait dû l'être par ou contre le représentant, le demandeur actionne la société simple au lieu de ses associés, les membres du comité en lieu et place de l'association, le conseil d'administration au lieu de la société, le mari au lieu de la femme... *Walter Bischofberger*, Parteiwechsel im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und des zürcherischen Zivilprozessrechts, Thèse Zurich 1973, 25 n. 10.

7) TF SJ 1987 22. VS RVJ 1987 330, 336: Substitution rejetée faute d'accord de la partie adverse.

8) AG 54: "Die neue Partei nimmt den Prozess in der Lage auf, in der sie ihn vorfindet". Erroné *Monika Benner*, Der Parteiwechsel im Zivilprozess als Folge des Privatrechts, Thèse St-Gall 1992, 32.

9) Une partie ne peut se substituer à une autre en cours de procès par la voie de la rectification de qualités: GE SJ 1976 169, SJ 1951 212, SJ 1935 27.

10) La confusion des deux figures n'est une ouverture à recours que si la partie qui s'en prévaut s'y était opposée. GE SJ 1951 212.

suit une voie analogue à la rectification de qualités lorsque le procès comporte un grand nombre de plaideurs (11).

§2. Substitution procédurale avec transfert du droit invoqué (12)

La consorité simple naît d'une succession entre vifs à titre particulier, lorsqu'un des plaideurs initiaux cède la prétention litigieuse à plusieurs tiers et que ces derniers prennent dans la procédure la place du cédant (13). Le procédé est subordonné à l'accord de l'adversaire du cédant (14). Devenus consorts, les cessionnaires doivent prendre le litige dans l'état où ils le trouvent lors de leur entrée dans la procédure (15). Les actes procéduraux du cédant leur sont imputés comme s'ils avaient été les leurs (16). Le jugement est rendu pour ou contre eux.

La consorité simple naît d'une succession universelle entre vifs, lorsque le plaideur initial devient membre d'une indivision (17).

La consorité simple naît d'une succession universelle à cause de mort, lorsque le défendeur au procès initial, qui était recherché dans une action en paiement, est décédé et que ses héritiers prennent sa place dans la procédure (18). Les héritiers reprennent la procédure dans l'état où elle était lors de la substitution. Le tribunal saisi reste compétent à leur égard de sorte qu'ils ne peuvent invoquer la garantie du for du domicile. Le jugement sera prononcé à leur nom.

Le demandeur peut poursuivre le procès engagé contre tous les héritiers, mais peut également le réduire à un ou quelques-uns d'entre eux en se désistant de l'instance à l'égard des autres (19).

-
- 11) GE SJ 1976 169, 174. L'arrêt concerne la consorité nécessaire mais la jurisprudence semble applicable à la consorité simple.
 - 12) Privatrechtliche und prozessrechtliche Rechtsnachfolge.
 - 13) Ovari 16. TI Ottaviani 59: "...da una parte singola si passa ad una pluralità di parti...".
 - 14) Par ex. PCF 17/1, ZH 49/2, LU 103/3.
Il en est fait abstraction lorsque le cessionnaire fournit des sûretés pour l'exécution du jugement, par ex. BE 41, OW 47/1, ZG 21/2.
Matti Streitgenossenschaft 20: "Der Parteiwechsel, somit auch die Streitgenossenschaft, wird aber...erst möglich, wenn die Streitgenossen, die an Stelle der bisherigen Partei in den Prozess eintreten wollen, auf Verlangen der Gegenpartei, Prozesskostensicherheit geleistet haben", Wolff 122.
 - 15) ZH 49/3.
 - 16) Walter Bischofberger, Parteiwechsel im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und des zürcherischen Zivilprozessrechts, Thèse Zurich 1973, 89; Hans Kupfer, Die Veräusserung des Streitobjektes während des Prozesses im schweizerischen Recht, Thèse Zurich 1945, 133.
 - 17) CC 336ss. Monika Benner, Der Parteiwechsel im Zivilprozess als Folge des Privatrechts, Thèse-St-Gall 1992, 30.
 - 18) CC 560, 603.
Kummer ZFR 155, Matti Streitgenossenschaft 20, Geiger 14, BE Leuch ad 36 ch. 1, FR Deschenaux/Castella 66, Zimmermann ad 59-60 nm1. Trop absolu Maday 234 pour qui les héritiers sont toujours des consorts nécessaires.
 - 19) Peter Schwager, Die Nachfolge im Zivilprozess infolge Erbanges, Thèse Zurich 1958, 16.

CHAPITRE 4. PAR INTERVENTION

(1). La consorité naît de l'intervention indépendante en procédure neuchâteloise

La réglementation neuchâteloise n'est pas exempte de critiques. Elle suggère par la terminologie adoptée (2), l'existence d'une intervention principale, ce qui n'est pas l'intention du législateur. Elle est contradictoire, car elle dote le même plaideur de qualités incompatibles (3): le tiers qui devient consort acquiert la qualité de partie principale et ne peut être partie accessoire. Le législateur veut à l'évidence lui conférer une plus grande liberté d'action que l'intervenant dépendant pour compenser les rigueurs du droit de fond qui étend les effets des jugements. L'intention est louable, mais n'a rien à voir avec le fait que l'intervenant est ou n'est pas partie au procès et que le jugement est rendu au nom de toutes les parties en cause (4).

La réglementation neuchâteloise ne décrit qu'imparfaitement les facultés de l'intervenant. Elle l'autorise, en tant que l'état de la procédure le permet, à faire valoir des moyens particuliers d'attaque ou de défense (5). On ignore en revanche s'il doit suivre le procès dans l'état où il se trouve et si son intrusion est subordonnée à l'accord des parties principales alors qu'il se mêle à une instance qu'il n'a pas introduite ou qui n'est pas dirigée contre lui.

La qualité de partie ne serait pas nécessaire si le rôle de l'intervenant devait se limiter à aider la partie soutenue. Le législateur lui attribue donc logiquement des droits plus étendus. Il faut en conclure que le tiers peut déposer des conclusions et disposer de tous les moyens nécessaires à sa défense, y compris le droit de se réformer, ce qu'il aurait fallu préciser. Une telle conclusion s'impose "d'autant plus que la raison d'être de l'intervention est d'intégrer dans la même instance la situation litigieuse le plus complètement possible, dans toutes ses ramifications" (6).

En procédure bernoise, la consorité naît de l'intervention, lorsque, après dénonciation de litige, plusieurs tiers prennent la place du dénonçant dans la procédure avec l'accord des plaideurs initiaux (7).

- 1) NE n35: "le tiers peut se joindre à la partie qu'il soutient comme consort-demandeur ou comme conison-défendeur lorsqu'en vertu du droit applicable au fond du litige, le jugement aura un effet direct sur ses rapports avec la partie adverse. Il devient partie au procès".
- 2) "Intervention en qualité de partie".
- 3) *Georges Perrin*, La tierce-intervention en procédure civile française, allemande et vaudoise, Thèse Lausanne 1938, 57 n. 93: "Le procès principal doit être pendant entre des tiers. On ne peut intervenir dans son propre procès". Thomas/Putzo notes prélim. ad 50 II: "Wer Partei ist, kann in demselben Prozessverhältnis nicht Nebenintervenient...sein". Wiczorek ad 66 AIIA: "Dieser Rechtssatz ist ein Ausfluss des Zweiparteienprinzips der ZPO...". Holzhammer ZPR II 87: "Der Streithelfer darf nicht selbst Partei sein".
- 4) NE n37: "Le jugement est rendu au nom de toutes les parties en cause".
Le droit neuchâtelois reconnaît ainsi en d'autres termes qu'une personne puisse s'immiscer comme partie dans un procès qui sera tranché par un jugement qui lui aurait été opposable même si elle n'y avait pas été partie.
La même critique a été soulevée lors de la procédure de consultation.
- 5) NE n36: "Si l'intervenant entend faire valoir des moyens particuliers d'attaque ou de défense, le juge lui fixe, en tant que l'état de la procédure le permet, un délai pour produire un mémoire ou pour proposer des moyens de preuve. Un même délai est ensuite accordé à la partie adverse pour faire valoir ses propres moyens".
- 6) *Henri-Robert Schüpbach*, Le recours en cassation, spécialement en procédure civile neuchâteloise, Thèse Neuchâtel 1961, 242.
- 7) BE 49, Matti Streigenossenschaft 20, Flepp 81, Ovari 16, Matti Streigenossenschaft 20, Flepp 81.

Dans les autres cantons, la consorité ne peut naître ni de l'intervention dépendante (8), ni de l'intervention indépendante (9).

La consorité naît de l'intervention en procédure italienne (10). Le tiers qui aurait pu agir ou être actionné comme consort initial de l'une des parties principales peut faire valoir sa prétention ultérieurement par ce biais (11). Le système adopté est une forme intermédiaire entre l'intervention principale et l'intervention d'origine germanique, connue majoritairement dans notre pays. La méthode est à la consorité simple, ce que la mise en cause subséquente est à la consorité nécessaire (12). Elle provoque une double amplification. Au niveau des sujets, une partie nouvelle figure dans la procédure comme consort, au niveau des objets, ce nouveau plaideur principal déduit en justice une demande distincte et aux conditions de la consorité (13), un droit qui lui est propre. L'intervention est ainsi source de consorité subséquente d'où le vocable d'"*intervento litisconsortile*" (14).

La consorité simple peut naître de l'intervention principale (15).

-
- 8) Flepp 78-79. Eichenberger Beiträge 37.
 - 9) Flepp 79. Contra: Ovari 17, FR Deschenaux/Castella 71. Comp. ATF 56 II 112/JT 1930 457: "Lorsque le droit cantonal donne à un intervenant la qualité de partie au procès, le jugement a force de chose jugée également à l'égard de cet intervenant".
 - 10) CPCI 105: *Intervento litisconsortile, intervento adesivo autonomo*.
 - 11) Carpi/Colesanti/Taruffo 184 ad 105: "Questo, quindi, determina un fenomeno di pluralità di parti o litisconsorzio successivo...".
 - 12) Jürg Rordorf, *Die freiwillige Prozessintervention im italienischen Zivilprozess*, Thèse Zurich 1956, 70: "...Gegenstück zur obligatorischen Einberufung der notwendigen Streitgenossenschaft".
 - 13) La nouvelle demande doit être dans un rapport de connexité objective avec la demande originaire: "identità di petitum o di causa petendi". C 79/2489. C 70/1172. Carpi/Colesanti/Taruffo 184 ad 105.
 - 14) Jürg Rordorf, *Die freiwillige Prozessintervention im italienischen Zivilprozess*, Thèse Zurich 1956, 36: "Formell bildet sich mit der Intervention ein Litisconsortium zwischen dem einfachen Interventions und der von ihm unterstützten Partei", 72: "Im italienischen Recht sollte 'litisconsortile' nur auf die Tatsache hinweisen, dass der autonome Nebenintervenient Streitgenosse einer Hauptpartei wird", 73: "...Die selbständige Klage des autonomen Nebenintervenienten stellt sich im anfänglichen Streit parallel zur Klage der Hauptpartei, des Litisconsorten. Es entsteht kein objectiv neuer Streit, sondern nur eine nachträgliche Klagenkumulation...". Carpi/Colesanti/Taruffo 184 ad 105: "E litisconsortile...l'intervento del terzo che fin dall'inizio del processo, avrebbe potuto agire o essere convenuto come litisconsorte di una delle parti. Un esempio di intervento litisconsortile si ha nel caso in cui, nel giudizio, promosso da un conceditore in solido, intervenga un altro conceditore (C 86/103)...A seguito dell'intervento...il giudice prosegue con le caratteristiche proprie del processo caratterizzato dalla presenza di un litisconsorzio facoltativo...".
 - 15) Voir première partie, chapitre 6, § 4.

CHAPITRE 5. PAR DENONCIATION D'INSTANCE ET PAR APPEL EN CAUSE

La consorité simple peut naître d'une mise en cause en procédure fédérale en vertu de l'article 24 al. 2 PCF. La disposition vise avant tout la consorité nécessaire (1), mais son application à la consorité simple matérielle n'est à notre avis pas exclue (2).

La dénonciation d'instance à *plusieurs* dénoncés est source de consorité dans le canton de Beme. Les tiers dénoncés peuvent prendre la place du dénonçant dans la procédure avec l'accord des plaideurs initiaux. Ils ont qualité de consorts (3).

Dans les cantons romands, la consorité simple peut naître d'un appel en cause. Il en est ainsi à notre avis lorsqu'une partie principale appelle en cause une pluralité de tiers (4) et que les conditions de la consorité et de l'appel en cause sont remplies (5).

Lorsqu'en revanche une partie dénonce le litige à un tiers, il n'y a pas consorité entre le dénonçant et le dénoncé (6). Il n'en va pas de même à notre avis dans les cantons romands qui connaissent l'appel en cause. Ce dernier y étant soumis aux mêmes conditions que la consorité simple formelle (7), l'appel en cause peut ainsi être source de consorité entre la partie principale et le tiers appelé. Un débiteur solidaire peut par exemple évoquer en garantie ses coobligés (8). L'appel en cause peut créer consorité alternative (9).

La consorité naît également d'un appel en cause en droit français (10) et italien (11).

- 1) Habscheid ZPR II 157 nm288.
- 2) Contra: Guldener Beiladung 38-41.
- 3) BE 49, Muti Streitenossenschaft 20, Flopp 81, Ovari 16. De manière générale Stolz 139.
- 4) VD JT 1966 III 59: appel en cause de deux tiers par le demandeur.
- 5) VD JT 1965 III 19: Il doit exister un complexe de faits et de droits commun aux parties.
- 6) Comp. BL 48/1: "Ist...die dritte Partei bereit, sich an der Verhandlung der Streitsache zu beteiligen, so kann dies in der Weise geschehen, dass sie entweder den Prozess gemeinschaftlich mit dem Streitverkünder führt oder allein in dessen Namen...Das Urteil hat aber immer nur auf die Hauptparteien zu lauten, sofern nicht die Gegenpartei förmlich eingewilligt hat, die dritte Person als Hauptpartei gelten zu lassen".
- 7) Cependant VD JT 1980 III 66, 69: "On pourrait cependant se demander si la notion de connexité ne doit pas être interprétée plus strictement en matière d'appel en cause...".
- 8) GE 104: "Si une partie allègue un juste motif pour mettre en cause un codébiteur, un garant ou un sous-garant, il lui est accordé un délai suffisant en raison de leur domicile. Pendant ce temps il est sursis à la demande originaire. La compétence du tribunal saisi au fond pour connaître de l'appel en cause est régie par la loi sur l'organisation judiciaire; demeurent réservés l'article 59 de la constitution fédérale et les traités internationaux".
VD JT III 1921 50: "Aucune disposition du code de procédure civile vaudoise n'interdit à un codébiteur solidaire d'évoquer en garantie son ou ses coobligés. L'article 144 CO ne met pas non plus obstacle à une telle évocation en garantie".
- 9) VD JT 1976 III 112, 116: La possibilité d'actions alternatives ouverte par un demandeur contre un défendeur et un tiers réalise l'hypothèse de l'appel en cause.
- 10) Cornu/Foyer 400: "Mis en cause par le demandeur originaire, l'intervenant devient, incidemment, litisconsort du défendeur. Un lien direct et nouveau se crée entre demandeur et défendeur". Assignment en déclaration de jugement commun.
- 11) Carpi/Colesanti/Taruffo 185 ad 106: "In pratica è ammissibile la chiamata in causa di terzi che sarebbero legittimati ad intervenire...con intervento litisconsortile".

CHAPITRE 6. PAR ENTREE OU INCLUSION EN PROCEDURE D'UNE NOUVELLE PARTIE PRINCIPALE (1)

L'inclusion du tiers peut être assimilée à un changement de parties: Lorsque dans un procès opposant l'un de deux créanciers solidaires au débiteur, le demandeur réduit ses conclusions à la part qui lui reviendrait dans les rapports internes, la jurisprudence zurichoise autorise l'autre créancier solidaire à entrer dans le procès (2).

En procédure allemande, l'inclusion du tiers peut être provoquée le demandeur (3) qui, opposé à un défendeur unique, étend sa demande à une nouvelle partie (4). Le procédé n'équivaut pas à former une demande distincte contre ce dernier et à demander la jonction de cause, seule solution autorisée selon certains auteurs (5). Le défendeur initial et le nouveau défendeur deviennent consorts simples comme s'ils avaient d'emblée été actionnés par le demandeur (6).

L'inclusion du tiers est subordonnée à la réalisation des conditions de la consorité simple (7). Elle ne requiert pas l'accord du nouveau défendeur (8) et est possible même si le procès initial est suspendu (9). Elle est en revanche fonction de

- 1) Parteibeitritt. La terminologie allemande peut laisser croire que l'entrée du tiers ne peut se produire que du côté actif de la barre. Il n'en est rien. Aussi la doctrine a-t-elle inventé d'autres dénominations: Parteizuwachs, Parteivermehrung, nachträgliche Parteienhäufung, Klägerbeitritt, Beklagterbeitritt, Parteivermehrung, Parteiänderung. Prozessbeitritt (Vogel 132 nm64a).

Monika Benner, Der Parteiewechsel im Zivilprozess als Folge des Privatrechts, Thèse St-Gall 1992, 26: "Unter Parteibeitritt versteht man den Eintritt eines nicht am Prozess beteiligten Rechtssubjektes als Hauptpartei an die Seite des Klägers oder des Beklagten in das Verfahren. Die Hinzuziehung der neuen Partei erfolgt durch die sog. Beiladung, eine Aufforderung, als Streitgenosse am Prozess mitzuwirken. Die ursprüngliche Partei bleibt weiterhin am Prozess beteiligt und bildet mit der neu hinzutretenden Partei eine Streitgenossenschaft". Rosenberg/Schwab 224: "Parteiänderung ist entweder ein Parteiewechsel, wenn statt des bisherigen Klägers oder Beklagten eine neue Partei als Kläger oder Beklagter den Rechtsstreit fortsetzt, oder ein Parteibeitritt, wenn neben die bisherige Partei eine weitere auf der Kläger oder auf der Beklagtenseite in den Prozess eintritt; der Parteibeitritt führt zu einem Parteizuwachs (einer Parteivermehrung) und, wenn bisher nur ein Kläger oder Beklagter beteiligt war, zu einer Streitgenossenschaft", Thomas/Putzo notes prélim. ad 50 IV 1: "Parteiweiterung liegt vor, wenn eine weitere Partei als Streitgenosse einer Partei neu in den Rechtsstreit eintritt oder neu verklagt wird; damit wird ein neues Prozessrechtsverhältnis begründet".

- 2) ZH ZR 87 1988 120 no48.
- 3) Beklagtenvermehrung, Erstreckung auf einen Dritten, Erweiterung, Ausdehnung.
- 4) Battu par trois personnes, A ne découvre l'identité que d'un seul de ses agresseurs et l'actionne en dommages-intérêts. Pendant le procès, il apprend l'identité des deux autres et étend sa demande contre eux ("Zusatzverklagung").
Solution admise par Guldener ZPR 303.
- 5) Lent-Jeuernig §86 III.
- 6) Blomeyer 658: "Die Einbeziehung eines weiteren Beklagten in den laufenden Prozess geschieht dadurch, dass der Kläger die Klage auf ihn "erweitert" oder "erstreckt"...Die Klageerweiterung...ist...eine nachträgliche Klageerhebung und dann zulässig, wenn der Kläger beide Beklagte auch gleichzeitig hätte verklagen können".
- 7) VersR 1975 94, Anwbl 1974 275, MDR 1971 427, MDR 1958 849.
Rosenberg/Schwab 228: "Es liegt hier eine Streitgenossenschaft vor, die nicht nur zu Beginn des Prozesses durch eine gemeinsame Klage gegen die mehreren Streitgenossen begründet werden kann, sondern auch im Laufe des Prozesses durch Erstreckung der Klage auf den anderen Streitgenossen...". Blomeyer 658, 661, Thomas-Putzo notes préliminaires ad 50 5a, Baumbach/Lauterbach ad 263 3D, Schilken 416 nm765.
- 8) Zimmermann ad 263 nm9, Thomas/Putzo ad 50 5a.
- 9) Schellhammer 377 nm1483.

l'accord du tiers en deuxième instance (10) - car il perd un degré de juridiction (11) - et suppose un recours valable (12). L'instance de recours peut en faire abstraction lorsque le tiers abuse de son droit (13).

Le nouveau défendeur n'est pas obligé de suivre la procédure dans l'état où elle se trouve et n'est pas lié par l'état de l'instance au moment de son entrée dans la procédure (14). Il peut réclamer une nouvelle administration des preuves et exiger la réaudition des témoins. Il est en droit de proposer d'autres preuves (15).

L'inclusion du nouveau défendeur en seconde instance crée un lien d'instance indépendant soumis aux règles du procès de première instance (16). Elle ne confère pas au nouveau défendeur la qualité d'intimé, car le jugement entrepris ne le concerne pas (17). Elle crée une présomption: Le tiers est réputé avoir renoncé aux exceptions dont il serait forcloso alors que les autres lui restent ouvertes (18). Le retrait du recours ne le touche en rien. En revanche, lorsque le recours est admis et que l'affaire est renvoyée au premier juge pour jugement selon les considérants, le renvoi englobe également le lien d'instance qui touche le nouveau défendeur (19).

A titre de comparaison, on peut noter qu'en procédure anglaise, le demandeur peut joindre ("joinder") à l'instance un nouveau demandeur, si l'action met en cause une question de fait ou de droit commune à toutes les parties ou si la réparation demandée a pour origine le même fait générateur. Il convient toutefois de relever que si le demandeur joint des tiers à la cause en qualité de codemandeurs, ces derniers doivent être représentés conjointement par un même sollicitor et qu'en aucun cas des allégations contradictoires ne peuvent être présentées (20).

-
- 10) Zimmermann ad 263 nm12: "Einwilligung des Beklagten...durch rügelose Einlassung...oder ausdrücklich: sie ist Prozesshandlung...".
 - 11) Zimmermann ad 263 nm10, Grunsky 133-134, Schilken 417 nm766.
 - 12) NJW 1988 2298, JZ 1986 107/JuS 1986 655, MDR 1971 427. BGH 21 285, 288. Rosenberg/Schwab 228, Blomeyer 660, Arens/Luke nm110.
 - 13) NJW 1987 1946, MDR 1986 304, JZ 1986 107/JuS 1986 655, MDR 1971 427. Zimmermann ad 263 nm10: "Das ist der Fall, wenn ein schutzwürdiges Interesse des neuen Beklagten an der Weigerung nicht anzuerkennen, und ihm nach der gesamten Sachlage zuzunutzen ist, in den...schwebenden Rechtsstreit einzutreten, etwa wenn der neue Beklagte mit dem Sachverhalt vertraut gewesen ist, und die Führung des Rechtsstreits massgeblich beeinflusst hat...z.B. wenn die Person bereits als Vertreter der Partei beteiligt war, wie bei Aenderung des Beklagten von der GmbH an deren Geschäftsführer". Grunsky 134.
 - 14) Blomeyer 658: "Aber auch der Kläger braucht seine bisherige Prozessführung nicht zugunsten des neuen Beklagten gelten zu lassen", Roth NJW 1988 2977.
 - 15) Blomeyer 659, Zimmermann ad 263 nm5.
 - 16) Blomeyer 660.
 - 17) Blomeyer 660: "Für die Wirkungen der Klageerstattung im Berufungsverfahren ist charakteristisch, dass das neue Streitverhältnis vom Berufungsverfahren unabhängig ist; der neue Beklagte ist kein weiterer Berufungsbeklagter, das angefochtene Urteil betrifft ihn nicht. Auch eine spätere Zurücknahme der Berufung durch den Kläger gegenüber dem ersten Beklagten berührt nicht den Prozess gegen den neuen Beklagten...Formell bedarf es gegenüber dem neuen Beklagten einer Verurteilung oder Abweisung ("Die Berufung wird unter Abweisung der Klage gegen den Beklagten zu 2 zurückgewiesen").
 - 18) Blomeyer 660.
 - 19) Blomeyer 660: "...Eine besondere Lage ergibt sich, wenn das Berufungsgericht das angefochtene Urteil aufhebt, und die Sache zurückweist. Dann muss die Zurückverweisung auch das neue Streitverhältnis erfassen: Die Erstreckung im Berufungsverfahren wird ja nur zugelassen, damit beide Klageansprüche vor demselben Gericht verhandelt werden können. Dann darf man den neuen Beklagten aber (trotz seiner Zustimmung!) nicht im Berufungsverfahren festhalten, wenn der Prozess gegen den ersten Beklagten wieder in die Unterinstanz zurückversetzt wird. Das erfordert nicht nur sein Interesse, sondern auch das prozessökonomische Bedürfnis der einheitlichen Verhandlung und Entscheidung".
 - 20) *Sylvaine Poilliot/Peruzzetto*, Guide pratique de la procédure civile anglaise, Paris 1989, 230.

Le tiers peut venir à l'instance de sa propre initiative. La procédure allemande l'autorise à former en tout temps action contre un des plaideurs initiaux. Lorsque l'action est dirigée contre le défendeur initial, l'instance s'enrichit d'un nouveau demandeur (21), lorsqu'elle est dirigée contre le demandeur initial, l'instance s'enrichit d'un nouveau défendeur (22).

L'inclusion du tiers suppose que le tiers fasse formellement une déclaration d'entrée. Elle est subordonnée aux conditions de la consorité simple et à l'accord du demandeur initial, car il lui impose une consorité dont il ne voulait pas (23). A défaut d'accord, le tiers peut déposer une demande distincte et requérir du tribunal la jonction des causes (24). Le tiers ne doit pas prendre la procédure dans l'état où il la trouve (25) et peut selon la doctrine entrer dans l'instance alors même que le procès initial est en état d'être jugé (26).

L'entrée du tiers, couramment admise en procédure allemande, n'est que peu évoquée par la doctrine suisse. Les auteurs exposent souvent la règle allemande sans prendre position (27). Seuls M. Guldener, J. Ovari et H. Matti admettent que la consorité simple puisse être créée ainsi (28). On peut noter dans ce contexte une jurisprudence récente du Tribunal Fédéral autorisant, *en vertu du droit matériel*, un tiers à entrer dans la procédure et ce même au stade du recours. Cette jurisprudence a trait à l'article 271a al. 2 CO et permet au conjoint du preneur à faire valoir, fût-ce au stade du recours, un moyen que ce dernier n'aurait pas invoqué à ce moment là (29). La jurisprudence fédérale admet ainsi un mode de constitution de la consorité simple "sui generis", puisqu'il ne remplit ni les conditions de la dénonciation de litige, ni celles de l'intervention, en dépit de la terminologie utilisée (30).

- 21) Klägerbeitritt. Guldener ZPR 303. Blomeyer 661: "Konnten beide Kläger gemeinsam klagen, so muss auch die nachträgliche zusätzliche Klage möglich sein". Zimmermann ad 263 nm7. Schüklen 417 nm766.
- 22) Beklagtenbeitritt. Stein/Jonas ad 33 nm30. Blomeyer 661: "Auch hier ist der Beitretende nicht an die bisherigen Prozessergebnisse gegenüber dem Beklagten gebunden, schon weil er ihn auch gesondert hätte verklagen können".
- 23) NJW 1989 3225, NJW 1976 239. Rosenberg/Schwab 228. Blomeyer 658. 661. Thomas/Putzo ad 50 5a, Zöller ad 263 nm6. Zimmermann ad 263 nm8.
- 24) Blomeyer 661.
- 25) La question est controversée. Blomeyer 661-662, Roth NJW 1988 2977, Pohle MDR 1960 963. Grunsky 138.
- 26) Schellhammer 720 nm1437.
- 27) Leo Binkert, Die Klage und Parteiänderung im aargauischen Zivilprozessrecht, Thèse Fribourg 1950, 46 et 55-56; Walter Bischofberger, Der Parteiwechsel im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und des zürcherischen Zivilprozessrechts, Thèse Zurich 1973, 24.
- 28) Guldener ZPR 303, Matti Streitgenossenschaft 9, Ovari 10, 15.
- 29) CO 271a/2. ATF 115 II 361, 365: "Cette disposition n'oblige pas le conjoint à agir, elle ne lui donne qu'une faculté. Il peut l'exercer à n'importe quel stade de la procédure...Il n'y a ainsi pas abus de sa part à intervenir, fût-ce au stade du recours, pour faire valoir un moyen que le preneur n'aurait, jusqu'à ce moment, pas invoqué. En agissant ainsi, il ne fait qu'exercer une prétention découlant du droit matériel fédéral.
- 30) Vogel RJB 127 1991 277, 282ss: "Darüber, wie diese "Ausübung"...prozessual zu geschehen hat, sagt das Bundesgericht nichts, und die kantonalen Prozessgesetze stellen nur unzureichende Institute zur Verfügung: bei der Streitverkündung bedürfte es der Initiative einer der Parteien, und die Nebenintervention bedarf eines rechtlichen Interesses und der Zulassung durch das Gericht. Hier schuf das Bundesgericht - wohl ohne sich über seine prozessuale Erfindertätigkeit Rechenschaft zu geben - eine neues, und zwar...ein bundesrechtliches Institut des Prozessrechts: den Prozessbeitritt...Zu einem solchen kann es sonst nach einzelnen kantonalen Prozessrechten nur bei der notwendigen Streitgenossenschaft auf "Beiladung" seitens des Gerichtes hin kommen...Und wie verhält es

L'entrée du tiers n'est pas subordonnée à une base légale lorsqu'elle satisfait aux conditions de la consorité. Elle est analysée de diverses manières.

La jurisprudence allemande y voit une modification de la demande initiale (31). Or, l'inclusion du tiers ne provoque pas une variation quantitative des conclusions initiales, mais introduit dans la procédure des conclusions qui s'ajoutent aux conclusions primitives (32). L'instance porte sur un objet supplémentaire de sorte que les dispositions sur la modification de la demande ne peuvent s'appliquer que par analogie ou que dans la mesure où elles autorisent les parties à introduire des conclusions nouvelles (33) ou à déposer des demandes additionnelles (34). Les dispositions cantonales imposant l'immuabilité des conclusions constituent un

-
- sich, wenn der Ehegatte erst vor Bundesgericht beitreten und lediglich neue Rechtsausführungen einbringen will...? Streitverkündung und Nebenintervention wären nach Art. 53 Abs. 2 OG nicht mehr zulässig. Dieser Prozessbeitritt "à n'importe quel stade de la procédure" müsste aber zugelassen werden, wenn das Bundesgericht auf pied de la lettre verstanden werden darf!". Voir également Vogel ZPR 133 nm64ass.
- 31) Klageänderungstheorie. JZ 1986 107, JZ 1986 449, JuS 1986 655, NJW 1981 2642, NJW 1976 239, NJW 1975 1228, NJW 1966 1028, NJW 1961 1066, MDR 1977 410, MDR 1972 600, BGHZ 40 185/NJW 1964 44/MDR 1964 32, BGHZ 65 264, BGHZ 56 73, BGH 69 44, BGH 21 285, 288, Anwbl 1985 44, Anwbl 1978 143, RG 157 369, 377. Contra: MDR 1958 849, Ovari 15: "Vorausgesetzt, dass die betreffende kantonale ZPO eine solche Parteänderung zulässt", Matti Streitgenossenschaft 9, Grunsky 138.
La doctrine majoritaire rejette cette thèse. Notamment: Franz MDR 1981 977 et NJW 1982 15, Roth NJW 1988 2977, Schellhammer 720 nm1437, Hofmann NJW 1964 1026, Thomas/Putzo ad 50 6b.
- 32) Schellhammer 720 nm1437, Thomas/Putzo notes prël. ad 50 6b.
- 33) ZH 61, FR 131, GE 98/3, FR Deschenaux/Castella 87ss.
VD JT 1989 III 68, JT 1988 III 70, 76: Selon cet arrêt, la distinction entre conclusions nouvelles et conclusions modifiées tend à s'effacer. La loi autorise le défendeur à prendre des conclusions reconventionnelles. Un plaideur actif ou passif peut appeler un tiers en cause et prendre des conclusions contre lui. Le juge peut joindre à la cause initiale une cause parallèle. En dehors de ces cas, elle ne pose pas de règles précises qui prohibent l'introduction de conclusions nouvelles. Elle limite l'extension en exigeant que les conclusions reconventionnelles soient connexes aux conclusions principales. Elle pose la même condition pour l'appel en cause, elle sanctionne la jonction de causes indûment réunies, JT 1987 III 53, JT 1985 III 21, 23: Les conclusions nouvelles doivent avoir le même fondement que la demande initiale. Il s'agit d'une condition stricte qui exige une même cause juridique et non seulement une même origine. La doctrine vaudoise est d'avis contraire. Rognon 195, J.-F. Poudret JT 1979 III 37, Poudret/Wurzbacher 186 ad 267.
Comp. VS RVJ 1983 150: action en paiement introduite par le mari qui pendant toute l'instruction apparaît comme le seul demandeur. Le mari modifie ses conclusions au débat final de sorte que la demande tend au paiement du montant litigieux non seulement à lui-même mais également à sa femme: "...En l'espèce, la présente action en enrichissement illégitime a été ouverte ensuite de la nullité d'un acte juridique auquel étaient parties les deux époux...Tous deux se portaient...acquéreurs d'une surface de terrain par le contrat frappé de nullité...La procuration déposée en cause avait été signée tant par le mari que par l'épouse. La modification des conclusions n'entraîne ni complication, ni retard dans la procédure. Dans ces conditions, qu'il faille considérer cette modification des conclusions comme une simple rectification dans la désignation des parties ou comme un changement de parties, elle doit être admise sans restriction dans le cas particulier. Dès lors, les époux L. doivent être admis comme demandeurs à la présente action".
La doctrine majoritaire estime que les règles sur la modification de la demande ne permettent pas de prendre des conclusions supplémentaires, au motif que la Klageänderung consiste uniquement dans la faculté de modifier le fondement de la demande, voir son objet, mais nullement de formuler des conclusions supplémentaires, notamment Guldener ZPR 197, 234-237, 236 ch. 3e, 566-567 ch.2. Habscheid DJPS 283-286, Kummer 113-134 parle de conclusion complémentaire, ZH Sträuli/Messmer ad 61 nm4.
- 34) Les règles relatives aux demandes additionnelles permettent à un plaideur de lier à sa demande des prétentions indépendantes de celles qui ont été formées à l'origine. Les demandes nouvelles doivent être examinées au regard des dispositions sur la jonction de causes.

obstacle à l'inclusion du tiers (35), qui n'est possible que devant le premier juge, car il est exclu de former une demande nouvelle en deuxième instance (36).

La doctrine analyse l'inclusion du tiers comme une mutation volontaire de parties (37) subordonnée aux conditions de la consorité. Nous ne partageons que partiellement cette opinion. Le tiers ne se substitue pas à une partie initiale, mais vient se placer à ses côtés de sorte que les règles sur la substitution de parties ne peuvent que s'appliquer par analogie (38). Le procédé n'est pas admis dans tous les cantons (39).

Les dispositions autorisant un plaideur à corriger des inadvertances ne sont pas applicables, car l'inclusion du tiers a une plus grande portée (40).

La solution la plus classique consiste à renvoyer le plaideur à former une action distincte puis à demander la jonction des causes (41). La réunion des demandes implique la suspension du procès initial jusqu'à ce que le nouveau procès en soit arrivé au stade adéquat (42). Elle est exclue en deuxième instance, car le juge ne peut connaître d'une demande nouvelle (43).

La réforme constitue également une solution dans les cantons de Vaud et de Neuchâtel. "Droit à l'erreur garanti aux parties" (44), elle leur permet d'introduire au procès un élément subjectivement nouveau et d'ajouter des conclusions après l'audience d'instruction (45) lorsque les conditions de la consorité sont réunies. Le procédé est en droit neuchâtelois un droit discrétionnaire des parties, il dépend dans le canton de Vaud d'une autorisation du juge qui n'est accordée que si la partie justifie d'un intérêt réel. Lorsqu'elle porte sur la demande, la réforme a dans le canton de Neuchâtel les effets d'un désistement d'instance. Elle permet de renouveler la demande dans son intégralité. Cette dernière fondant une autre cause (46), il est possible à la partie d'ajouter au procès un nouveau sujet aux conditions de la consorité. Dans le canton de Vaud en revanche, la réforme ne reporte pas la cause à un moment antérieur à l'ouverture d'action et exclut son renouvellement (47). Les tribunaux vaudois admettent toutefois - contre la doctrine (48) - que soit jointe à la

35) Comp. Vogel 133 nm64b: "Der Prozessbeitritt widerspricht dem Grundsatz, dass die Parteien bei Eintritt der Rechtshängigkeit feststehen und nicht vermehrt werden können".

36) Lent/Jauremig §86 III.

37) Walter Bischofberger, Der Parteiwechsel im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und des zürcherischen Zivilprozessrechts, Thèse Zurich 1973, 24, 107ss. Schellhammer 720 nm1437.

38) Leo Binkert, Die Klage und Parteiänderung im argauischen Zivilprozessrecht, Thèse Fribourg 1950, 46: Il n'y a plus identité de parties.

39) Hormis par la substitution de parties, l'entrée subséquente d'une nouvelle partie dans la procédure n'est pas admise dans le canton de Bâle. BE RJB 71 1935 292: "...Auch die Bestimmungen der bernerischen ZPO über die Streitgenossenschaft führen zu keinem andern Ergebnis. Denn wenn danach sogar die Möglichkeit der Vereinigung getrennter Prozesse zwecks Schaffung einer Streitgenossenschaft fehlt... so verlangt das Institut der Streitgenossenschaft natürlich noch viel weniger, dass eine Partei ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung einfach mitten in einem andern Prozess einspringen und diesen als Streitgenossen weiterführen kann", RJB 61 1925 568: "Dem bernerischen Zivilprozess ist das Institut der Klagenvereinigung nicht bekannt; ebensowenig der nachträgliche Eintritt einer Partei in ein Streitverhältnis, abgesehen vom Falle der Nachfolge gemäss Art. 40 und 41 ZPO". BE Jolidon 80.

40) BE RJB 71 1935 292.

41) Vogel 133 nm64b.

42) Lent/Jauremig §86 III.

43) Lent/Jauremig §86 III.

44) NE Rapport CE du 11 mai 1988, 19.

45) NE Rapport CE du 11 mai 1988, 27.

46) NE RJN 31 208-209.

procédure engagée - qui n'est pas anéantie - une nouvelle instance portant sur un nouvel objet, par la prise de *conclusions nouvelles* en rapport de connexité - qui est celui de la consorité simple formelle (49), avec celles figurant déjà au procès. La réforme présente des avantages, mais également de nombreux inconvénients. Elle dispense les parties d'ouvrir un procès séparé et de requérir la jonction de causes (50) pour autant que la partie fasse la démonstration de son intérêt et de son absence de toute intention dilatoire (51). Jugée comme cette dernière en la forme incidente (52), elle est subordonnée à un intérêt réel qui doit être admis lorsque les conditions de la consorité sont remplies et que l'inclusion du tiers ne complique pas la procédure initiale. La réforme présente l'inconvénient de ne pouvoir se produire que jusqu'à la clôture des débats (53) ou de l'audience de jugement (54), alors que la jonction de causes peut être requise et prononcée en tout temps (55). Elle est subordonnée à l'avance des frais de la nouvelle procédure (56), la jonction des causes n'exige pas une telle avance. La partie ne peut se réformer qu'une (57) ou deux fois au plus (58), la jonction peut intervenir plus souvent.

47) VD JT 1974 III 6.

48) VD Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 153 ch. 5: "En l'absence d'une disposition légale, tel l'article 82 CPC NE, il nous paraît difficilement concevable que le demandeur puisse se réformer pour ajouter une conclusion à l'acte introductif d'instance ce qui revient à joindre une nouvelle instance à celle déjà pendante en éludant les règles...sur la jonction de causes...Si l'introduction de conclusions nouvelles peut certes contribuer à l'économie de la procédure, elle est aussi de nature à en compromettre l'unité, la sécurité et entraîner des difficultés et retards de l'instruction. C'est pourquoi...en accord avec Rognon (Thèse 191-193) et (Rapp 259-160), nous ne saurions approuver la jurisprudence récente de lege lata. Seule une modification de la loi permettrait d'autoriser l'adjonction de conclusions nouvelles moyennant certaines garanties inspirées des articles 75 et 76 CPC". Poudret JT 1988 III 83, JT 1987 III 42, JT 1987 III 62, JT 1985 III 112, JT 1979 III 37. *Patrice Girardet*, Le recours en nullité en procédure vaudoise, Thèse Lausanne 1986, 128 ch. 242.

49) VD JT 1988 III 70, 77: "Les conclusions nouvellement prises devront rester dans un rapport de connexité avec celles figurant déjà dans le procès. Sur ce dernier point en particulier, la conclusion nouvelle prise par le défendeur ne change pas la nature du procès et elle ne peut être soumise dans le cadre de la réforme à une condition plus rigoureuse que celle de la connexité prévue par l'article 272/1 (demande reconventionnelle), condition reprise notamment par le code aux articles 74 (consorité !), 76 et 83 et qui revêt une portée systématique". Les parenthèses sont une adjonction de notre plume.

50) VD JT 1988 III 70, 78: "Refuser d'autoriser la réforme des conclusions obligerait...le défendeur à ouvrir un autre procès...pour requérir éventuellement la jonction de cause,...laquelle ne pourrait lui être refusée. Cette complication ne procéderait d'aucun intérêt fondamental".

51) VD JT 1988 III 70, 79.

52) VD 76/1, 154/2.

53) NE n195, a78.

54) VD 153/1.

55) VD 76/1, NE n30, a42.

56) NE n197, a80/1.

57) NE n201, a77/2.

58) VD 157.

CHAPITRE 7. PAR TIERCE-RECONVENTION (1)

La jurisprudence allemande autorise depuis 1963 (2) le défendeur principal à agir reconventionnellement contre le demandeur principal et à procéder simultanément contre un tiers jusque-là étranger à l'instance (3). La tierce-reconvention confère la qualité de consorts au demandeur principal et au tiers et enrichit le procès principal d'une consorité reconventionnelle passive: actionné en paiement par l'entrepreneur, le maître de l'ouvrage actionne par exemple reconventionnellement l'entrepreneur et l'architecte en paiement de dommages-intérêts pour défauts de l'ouvrage (4). Certains auteurs sont favorables à l'hypothèse inverse, moins fréquente. Le défendeur unique forme conjointement avec un tiers une demande reconventionnelle contre le demandeur principal. On se trouve alors en présence d'une consorité reconventionnelle active: le détenteur d'une automobile forme simultanément avec son passager une demande reconventionnelle en paiement contre le détenteur d'un autre véhicule qui l'avait actionné au principal (5).

Alors qu'elle est largement admise en droit allemand, la tierce-reconvention reste théorique en droit suisse. Les rares auteurs (6) et tribunaux (7) qui se sont exprimés la rejettent sans grands développements.

- 1) *Drittwiderklage.*
Marianne Lessing-Blum, Die Zulässigkeit der Widerklage, Thèse Bochum 1978; *Michael Nieder*, Die Parteien der Widerklage, Thèse Munich 1969; *Michael Nieder*, Die Widerklage mit Drittbeteiligung, ZJP 85 1972 437ss; *Michael Nieder*, Sonderregelung der Widerklage in Fällen von Drittbeteiligung, MDR 1979 10ss; *Jochen Schröder*, Widerklage gegen Dritte?, Archiv für civilistische Praxis (AcP) 164 1964 517ss; *Eberhard Wieser*, Zur "Widerklage" eines Dritten gegen einen Dritten, ZJP 86 1973 36ss.
- 2) Arrêt du Bundesgerichtshof du 17 octobre 1963. BGH 40 185/NJW 1964 44/MDR 1964 32/JuS 1964 122, JZ 1964 295, Note Putzo NJW 1964 500, Note Hofmann NJW 1964 1026. L'état de faits était le suivant: A vend son magasin à B. B paie une partie du prix, mais conteste le solde au motif que A l'aurait trompé lors de la conclusion du contrat de concert avec deux autres personnes C et D. A ouvre action en paiement du solde du prix contre B qui conclut reconventionnellement et simultanément contre A, C et D à ce qu'il lui soit accordé un dédommagement pour le dommage résultant de la tromperie lors de la signature du contrat. Pour une longue critique de l'arrêt voir: *Nieder/Parteien der Widerklage* 10ss, *Nieder/Widerklage mit Drittbeteiligung* 442ss, qui approuve toutefois son résultat. Jurisprudence reprise dans NJW 1987 3139, NJW 1984 2104, NJW 1981 2642, NJW 1977 1637, NJW 1975 1228, JZ 1973 18 note Fenge, NJW 1971 466, NJW 1966 1028/MDR 1966 481/JZ 1966 448, MDR 1972 600, BHG 69 43, BGH 56 75.
- 3) La tierce-reconvention est également admise en droit italien en l'absence de base légale expresse, ce que les auteurs déplorent. *Federico Carpi/Vittorio Colesanti/Michele Taruffo*, Commentario breve al codice di procedura civile, Padoue 1988, 182 ad 103; *Giuseppe Tarzia*, Il litisconsorzio facilitativo nel processo di primo grado, Milan 1972, 44.
- 4) NJW 1971 466.
- 5) *Blomeyer* 320.
La question de savoir si un tiers peut agir reconventionnellement est en revanche controversée. *Schröder AcP* 164 1964 517, 534, *Stein/Jonas ad* 33 nm30, *Grunsky* 146, *Fenge JR* 1973 19.
- 6) *Peter Robert Reutlinger*, Die Voraussetzungen der Widerklage unter besonderer Berücksichtigung der Kantone Basel-Stadt, Baselland, Aargau und Solothurn, Thèse Bâle 1981, 146 présente la solution allemande, mais ne prend pas position.
Matti Streitgenossenschaft 13 n. 1: "Es sei...bemerkt, dass mit der Widerklage als solcher keine Streitgenossenschaft herbeigeführt werden kann. Der Widerkläger kann nur gegen die vorhandene Klagspartei Antrag stellen, somit, wenn diese nicht schon als Streitgenossenschaft in der Klage erscheint, keinen neuen Kläger in den Prozess hineinziehen...".
- 7) Contre la tierce-reconvention: *ZH ZR* 65 1966 271 no121, *LU Entsch.* 1962 130 no124. Implicite pour la tierce-reconvention: *VD JT* 1987 III 2: A actionne B qui appelle en cause C. B conclut reconventionnellement à la condamnation solidaire de A et C pour le cas où la demande de A contre B est déclarée bien fondée.

La tierce-reconvention est subordonnée à cinq conditions:

- Elle doit être le fait du défendeur principal (8).
- Elle doit être dirigée simultanément contre le demandeur principal et contre le tiers (9). Elle est irrecevable lorsqu'elle ne vise que le seul tiers (10), sauf si le demandeur principal lui a été substituée procéduralement (11).
- Elle n'est recevable que lorsque le défendeur reconventionnel et le tiers satisfont aux conditions de la consorité simple (12) qui sont interprétées extensivement (13). Lorsque les conditions de la consorité ne sont pas remplies, le juge doit diviser les causes (14). La tierce-reconvention peut être éventuelle à l'instar de la consorité éventuelle (15).
- Elle doit être avec la demande principale dans un rapport de connexité (16).
- Elle est subordonnée à l'accord du tiers manifesté par son entrée en matière sur le fond (17). La jurisprudence autorise toutefois le juge à en faire abstraction lorsque la tierce-reconvention est utile (18). Laissée à l'appréciation du juge, la condition est réalisée lorsqu'un nouveau procès distinct peut être évité. Les intérêts des parties ne sont pas déterminants (19). Il n'est pas nécessaire que le juge ait statué

-
- 8) Zimmermann ad 253 nm34.
- 9) NJW 1981 2642. Zöllner ad 33 nm19, Baumbach/Lauterbach ad 33 annexe p. 768. Nieder/Parteien der Widerklage 11 n. 33. Schellhammer 670-671 nm1329-1330, Zimmermann ad 253 nm34, Schilken 406 nm741.
- 10) NJW 1971 466, NJW 1970 51, VersR 1969 546. Lessing-Blum 105-106, Blomeyer 320, Schellhammer 670 nm1329, 671 nm1330.
Contra: Nieder/Parteien der Widerklage, 14-15, 17, 32, 33, Widerklage mit Drittbeteiligung, ZJP 85 1972 437ss, 454.
- 11) Blomeyer 320; Nieder/Widerklage mit Drittbeteiligung ZJP 85 1972 437ss, 449, 457; Nieder/Parteien der Widerklage, 21: "Sofern und soweit das auf die Hauptklage hin ergehende Urteil gegen Dritte Rechtskraft wirkt, können auch diese Dritten Aktiv oder Passivpartei einer im selben Verfahren zu erhebenden Widerklage sein", 26, 33: "Ist nun die Rechtskraftstreckung die Folge einer Prozessstandschaft im Hauptprozess, so kann der Dritte (der materiell Berechtigte) bedenkenlos Aktiv- wie Passivpartei der Widerklage sein"; Rosenberg/Schwab 593.
- 12) NJW 1975 1228.
Lessing-Blum 104, Putzo NJW 1964 500, Blomeyer 319, Stein/Jonas ad 33 nm30: "Die Widerklage gegen einen Dritten führt nachträglich zu einer subjektiven Klagenhäufung", Schellhammer 671 nm1330, Zimmermann ad 253 nm34.
- 13) NJW 1975 1228.
- 14) Stein/Jonas ad 33 nm30.
- 15) Contra: Stein/Jonas ad 33 nm30: "Unzulässig...ist eine eventuelle (bedingte) parteierweiternde Widerklage, da eine bedingte Streitgenossenschaft der ZPO fremd ist".
- 16) NJW 1975 1228, NJW 1971 466, NJW 1970 51, BGHZ 40 185/NJW 1964 44. Zimmermann ad 253 nm34, Grunsky 146, Schilken 406 nm741, Zöllner ad 33 nm19.
- 17) NJW 1984 2104, Zimmermann ad 253 nm34, Schilken 406 nm741.
- 18) "Sachdienlich": NJW 1987 3139, NJW 1985 1841. Zimmermann ad 253 nm34, ad 263 nm13: "Sachdienlichkeit liegt vor, wenn und soweit die Zulassung der Klageänderung bei objektiver Beurteilung den sachlichen Streitstoff im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits ausräumt und einem andernfalls zu erwartenden weiteren Rechtsstreit vorbeugt...es kommt also auf die Prozesswirtschaftlichkeit an. Unwesentlich ist, ob aufgrund der Zulassung der Klageänderung neue Parteierklärungen und Beweiserhebungen nötig werden und dadurch die Erlöschung des Rechtsstreits verzögert wird...Die Sachdienlichkeit ist im allgemeinen nur dann zu verneinen, wenn ein völlig neuer Streitstoff in den Rechtsstreit eingeführt werden soll, bei dessen Beurteilung das Ergebnis der bisherigen Prozessführung nicht verwertet werden kann". Schilken 406 nm741.
- 19) NJW 1975 1228.

sur le sort de la demande principale (20). La tierce-reconvention est admissible en seconde instance (21).

Les partisans de la tierce-reconvention, dont nous faisons partie, la justifient par le caractère indépendant de la demande reconventionnelle (22). Etant donné que cette dernière a, une fois introduite, une existence propre et que son sort ne suit pas celui de la demande principale (23), il faut traiter la tierce-reconvention comme n'importe quelle demande indépendante (24) et reconnaître au demandeur reconventionnel, en vertu du principe de l'égalité des armes, les droits et obligations reconnus à tout demandeur (25), parmi lesquels il faut compter celui d'ouvrir action contre plusieurs (26). La tierce-reconvention permet au demandeur et défendeur

- 20) NJW 1975 1228, 1229.
Sur la question de savoir si le tiers doit prendre le procès en l'état: Nieder, Parteien der Widerklage 45as.
- 21) VersR 1979 1033. Baumbach/Lauterbach annexe ad 253 ch. 1: "Der Dritte kann sogar in das Berufungsverfahren hereingezogen werden, wenn er zustimmt oder seine Zustimmung rechtsmissbräuchlich verweigert". Nieder, Parteien der Widerklage 44-45.
- 22) Arens/Lüke 176 nm239: "Dies bedeutet eine Ausnahme von dem für die Widerklage wesentlichen Grundsatz, dass nur der Beklagte sie lediglich gegen den Kläger erheben kann und dass sie die Rechtshängigkeit der Klage voraussetzt".
- 23) Notamment PCF 31/2, NE n308.
BGH 40 185, 189: "...Die dann eintretende Selbständigkeit der Widerklage wird daran deutlich, dass ihr Fortbestand...nicht mehr von der andauernden Rechtshängigkeit der Hauptklage...abhängt...Mit ihrer zulässigen Widerklage gegen die Klägerin haben die Beklagten daher die gleiche Rechtsstellung wie bei einer selbständig erhobenen Klage erlangt. Wie jeder andere Kläger können sie nunmehr unter gewissen Voraussetzungen auch eine bisher am Rechtsstreit nicht beteiligte Person verklagen".
- 24) Putzo NJW 1964 500: "...soweit die Beklagten im Rechtsstreit Klage erhoben haben, liegt eine Widerklage nur vor, soweit die Klägerin verklagt ist. Soweit aber die Beklagten neben der Klägerin auch noch zwei weitere Parteien...verklagt haben, handelt es sich nicht um eine Widerklage, sondern um eine gewöhnliche Klage, weil diese Parteien ihrerseits nicht vorher verklagt hatten. Es entstehen...neue Prozessrechtsverhältnisse, die mit den ursprünglichen bestehenden Prozessrechtsverhältnissen zwischen der Klägerin und den Beklagten nichts weiter zu tun haben, als dass sie zu gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung verbunden werden...da insoweit weder begrifflich, noch praktisch Widerklagen gegeben sind, brauchen nicht die besonderen Prozessvoraussetzungen der Widerklage verlangt zu werden...eine Widerklage ist ihrem Wesen nach eine gewöhnliche Klage, mit besonderen Voraussetzungen und Privilegien ausgestattet und zur Verbindung mit einer ersten Klage unter den Voraussetzungen der §§59, 60 ZPO bzw. des §147 ZPO uneingeschränkt geeignet...Für das Rubrum ergeben sich keine praktischen Schwierigkeiten; auf der einen Parteienseite unter Angabe dieser Parteistellung stehen die Klägerin und Widerbeklagte, sowie die neue Beklagte, auf der anderen Seite die Beklagten, Widerkläger und Kläger...". Schellhammer 670 nm1329. Nieder, Widerklage mit Drittbeteiligung, ZfP 85 1972 437. Parteien der Widerklage 1.
- 25) NJW 1964 44: "Es geht also darum, ob ein Widerkläger die volle Rechtsstellung eines selbständigen Klägers hat, der in den Grenzen der §§59-60 frei darüber entscheiden kann, wen er verklagen und miteinander in eine Prozessgemeinschaft zwingen will, oder ob ein Widerkläger noch zusätzlichen Beschränkungen unterliegt".
Wieser ZfP 86 1973 36ss, 39: "...die Möglichkeit, den Gegner des Hauptprozesses und einen Dritten als Streitgenossen zu verklagen, muss der Beklagte aus Gründen der Waffengleichheit ebenso haben wie der Kläger. Aus denselben Gründen kann es ihm auch nicht verwehrt sein mit einem Dritten als Streitgenossen zu klagen".
- 26) Nieder/Parteien der Widerklage 16-17: "Die Widerklage stellt sich...immer als (auf eine Verfahrensgemeinschaftlichkeit abzielender) Gegenangriff dar und wird stets in den Bereich eines schon gestörten Rechtsfriedens hineingestellt (Cf. Fenn AcP 163 1963 152-177). Ist somit...die Widerklagebefugnis nicht in dem formalen Moment einer durch die Hauptklage bereits erworbenen Parteistellung begründet, sondern materiell in dem bestehenden gerichtlichen Streit, dem ohnehin schon gestörter Rechtsfriedens, so ist ihre Beschränkung auf die Parteien der Hauptklage nicht länger haltbar. Vielmehr müssen dann Partei eines Widerklageprozesses all die Personen sein können, mit deren Streitsache das Gericht infolge der Hauptklage bereits und noch befasst ist. Und das Gericht ist mit einer Streitsache bereits

principaux d'aménager la procédure conformément à leurs intérêts (27). Elle s'impose par économie de procédure, car elle permet de vider entièrement et définitivement le litige et évite un nouveau procès. Elle se justifie par le souci d'éviter des jugements contradictoires (28).

La tierce-reconvention ne place ni le demandeur principal, ni le tiers dans une situation plus précaire que s'ils avaient été actionnés conjointement dans un procès distinct (29). Le demandeur principal a en effet rarement un intérêt à ne pas être actionné simultanément avec le tiers (30) et le tiers celui de ne pas figurer dans l'instance, car il aurait pu être actionné conjointement avec d'autres parties dans un procès séparé. D'autre part, le tiers, qui est actionné par le demandeur reconventionnel, se trouve dans la même situation que s'il avait conjointement procédé avec le demandeur principal et que le défendeur principal avait formé une demande reconventionnelle (31). Admettre la consorité dans cette hypothèse et la nier dans la première reviendrait à faire dépendre du hasard l'admission ou le rejet de la tierce-reconvention (32).

Les adversaires de la tierce-reconvention justifient leur rejet par un argument de texte et par la nature de la demande reconventionnelle. Le législateur subordonnant la reconvention à l'existence d'une prétention pendante du demandeur principal contre le défendeur principal (33), elle ne peut être exercée qu'à l'encontre du demandeur principal (34) et perd la qualité de demande reconventionnelle lorsqu'elle est dirigée contre un tiers qui n'a jusqu'ici pas participé à l'instance (35). Le demandeur

und noch befasst, sofern sie rechtshängig ist...Soweit die durch Erhebung der Hauptklage eingetretene Rechtshängigkeit in subjektiver Hinsicht reicht, also der ohnehin schon gestörte Rechtsfrieden vom Gesetz selbst als prozessual erheblich umrissen wird, muss auch eine Widerklage angestrengt werden können, und zwar gilt dies, vorbehaltlich etwaiger Ausnahmen, für die Passiv- wie die Aktivseite..."

- 27) Nieder/Parteien der Widerklage 6, Lessing-Blum 87, Schilken 407 nm741: "In der Praxis dient die Widerklage nicht selten auch der Ausschaltung eines Zeugen. War...der Kläger K zwar Eigentümer und Halter, aber nicht Fahrer des Unfallwagens und benennt K den Fahrer F als Zeugen, für den Hergang des Verkehrsunfalles, so kann der Beklagte als Eigentümer und Halter seines beschädigten Fahrzeuges Widerklage auch gegen F erheben, der damit als Zeuge ausscheidet".
- 28) BGH 40 185/NJW 1964 44. Nieder/Parteien der Widerklage 8, Lessing-Blum 87.
- 29) BGHZ 40 185, 190/NJW 1964 45: "Diese Regelung verletzt keine schutzwürdigen Interessen der Widerbeklagten. Denn sie stehen nicht schlechter als wären sie durch eine selbständige Klage als Gesamtschuldner, als Streitgenossen...verklagt und miteinander in eine Prozessgemeinschaft gezwungen worden". Nieder/Widerklage mit Drittbeteiligung ZJP 85 1972 437ss, 455. Comp. Arens/Luke 176 nm239: "Hinzu kommt, dass auch von den Interessen der Beteiligten her, die Lösung des Bundesgerichtshofes nicht ohne Bedenken ist. Die Widerklage bedeutet eine Privilegierung des Beklagten (etwa dass er den Kläger an einem anderen Gerichtsstand als dessen Wohnort verklagen kann...), die nur zu rechtfertigen ist, weil der Kläger den Prozess in Gang gebracht hat. Gegenüber bisher am Prozess Unbeteiligten erscheint diese Privilegierung unangebracht".
- 30) Ce peut être le cas pour des raisons liées à des secrets d'affaires par exemple.
- 31) Baumbach/Lauterbach annexe ad 33 p. 768.
- 32) NJW 1964 44-45.
- 33) Par ex, FR Extraits 1982 32. ZG RBOG 1979-80 99. Peter Robert Reutlinger, Die Voraussetzungen der Widerklage, Thèse Bâle 1981, 146: "Nach der schweizerischen Lehre und Praxis sind seit jeher die Parteien in Klage und Widerklageverfahren, jedoch mit getauschten Rollen gleich. Die Identität der Parteien wird demnach zugrunde gelegt. Dritte können im Prinzip keine Widerklage erheben oder mit einer solchen belangt werden".
- 34) Pour Nieder/Parteien der Widerklage 15 et 25, et Widerklage mit Drittbeteiligung ZJP 85 1972 437ss, 450, la limitation de la reconvention au demandeur principal a sa source dans le concept matériel de partie au procès, mais ne peut plus subsister puisque la procédure s'est rattaché au concept formel.

reconventionnel ne saurait la former contre un autre codéfendeur (36). Les adversaires de la tierce-reconvention y sont hostiles également au motif qu'elle introduit contre son gré le tiers dans l'instance et qu'elle amène dans le débat des questions étrangères au procès déjà pendant (37). La demande reconventionnelle elle-même encourt toutefois le même reproche. La tierce-reconvention est enfin rejetée en raison de son application limitée. Le tiers ne pouvant être actionné que si son domicile est au for de la demande principale, la tierce-reconvention n'est concevable que dans les relations *intracantonales*. L'article 59 Cst y fait obstacle au plan *intercantonal*. La tierce-reconvention n'y est possible que lorsque le domicile du demandeur principal coïncide avec celui du tiers, lorsque le tiers est entré en matière sur le fond ou que l'article 59 Cst ne s'applique pas.

Le droit suisse adopte une solution jugée "moins sûre" par la jurisprudence allemande (38). La méthode consiste pour le "demandeur reconventionnel" à former une action distincte contre le tiers et à demander la jonction des causes (39). Le procédé n'est admis dans le canton de Zurich qu'au stade de la conciliation (40) alors que le canton de Lucerne le prévoit sans réserve (41).

- 35) Dans ce sens, mais favorable à la tierce-reconvention Putzo NJW 1964 500. Le Bundesgerichtshof estime contre l'avis de cet auteur que la tierce-reconvention est une véritable reconvention et non une demande indépendante. L'argument lui permet d'appliquer à celle-ci le for de la reconvention (DZPO 33). NJW 1989 2717, NJW 1975 1228, NJW 1966 1028, BGH 40 185, BGH 69 37. Le for de la consorité ne s'applique pas. NJW 1966 1028, Zöller ad 33 nm22.
- 36) ZH ZR 65 1966 271 no121: "eine Widerklage kann sich nur gegen Kläger richten, nicht gegen Mitbeklagte". LU Entsch. 1962 130 no124: "Ansprüche der beklagten Partei, die sich nicht bloss gegen den Kläger, sondern auch gegen Mitbeklagte oder Dritte richten, sind nicht in Verbindung mit der Rechtsantwort als Gegenansprüche oder in Form einer Widerklage, sondern mit einer selbständigen, von der Rechtsantwort getrennten Klage, geltend zu machen...In allen diesen Fällen ist es eigentlich schon begrifflich notwendig, dass die Gegenansprüche sich gegen die klagende Partei richten müssen, auf deren Klage die beklagte Partei zu antworten hat. Richtet sich ein Anspruch gegen einen Dritten, der nicht Kläger ist, so handelt es sich nicht um einen Gegenanspruch, und ein solcher Anspruch kann nicht mit einer Rechtsantwort verbunden werden, ist doch auf keine Klage dieses Dritten zu antworten. §109 bringt das deutlich zum Ausdruck, wird darin doch bestimmt, dass die Widerklage die Verfolgung von Gegenansprüchen bezwecke, welche der Beklagte an den Kläger zu machen hat. Darauf, ob der Dritte am Prozess nicht beteiligt oder als Mitbeklagter teilnimmt, kann nichts ankommen, ist doch der Dritte in beiden Fällen nicht Kläger. Im vorliegenden Falle handelt es sich bei den von den Erstbeklagten geltend gemachten Eigentumsansprüchen nicht um derartige Gegenansprüche. Sie richten sich, wie aus der als Rechtsantwort und Klage bezeichneten Rechtsschrift der Erstbeklagten hervorgeht, nicht nur gegen die Klägerin, sondern auch gegen den Zweitbeklagten und die Drittbeklagte. Die Voraussetzungen dafür, sie auf eine im Gesetz vorgesehene Weise mit der Rechtsantwort auf die Klage der Klägerin zu verbinden, sind daher nicht erfüllt".
- 37) Pour Zöller ad 147 nm6, le défendeur impose une jonction de causes, ce qui est discutable.
- 38) BGHZ 40 185/NJW 1964 44, 45: "Hinzu kommt, dass die Beklagten das mit der Widerklage verfolgte Ziel auch durch die Erhebung einer selbständigen Klage und deren anschliessende Verbindung mit der Klage der Klägerin hätten erreichen können. Die...mögliche Verbindung steht zwar im Ermessen des Gerichts; sie kann daher weder erzwungen noch kann ihre Ablehnung angefochten werden. Die Stellung der Beklagten ist hier, rein rechtlich gesehen, schwächer als bei einer Widerklage, die durch Parteiakti- ohne richterliche Massnahme - zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung führt. Praktisch wird sich dieser Unterschied aber kaum auswirken. Denn es ist anzunehmen, dass jedes Gericht von dem Recht der Verbindung... wenn die Voraussetzungen vorliegen, Gebrauch macht".
- 39) Wicser ZJP 86 1973 36ss, 37 juge la solution plus simple.
- 40) ZH Sträuli/Messmer ad 61 nm5. Matti Streiten Genossenschaft 13 n. 1 se prononce contre la tierce-reconvention, mais ne donne pas de solution.
- 41) LU Entsch. 1962 130 no124.

La tierce-reconvention est analysée de la même manière que l'inclusion du tiers dans la procédure, présentée dans le chapitre précédent. Le Bundesgerichtshof, approuvé par quelques auteurs (42), y voit un changement de l'objet du litige (43). La doctrine allemande penche plutôt pour une forme de substitution de parties (44).

42) Grunsky 138, Hofmann ad NJW 1964 1026, Putzo ad NJW 1964 500.

43) BGH 69 44, BGH 65 268, BGH 56 75, BGHZ 40 185, NJW 1987 3149, NJW 1981 2642, NJW 1975 1228, NJW 1966 1028, RG 58 250.

Nieder/Parteien der Widerklage 25 n. 91: "Die Behandlung...des Parteibeitritts hat in der Regel den Zweck, die neue Partei an die bisherigen Prozessergebnisse für gebunden zu erklären...In diesem Falle ist jedoch zu bedenken, dass nach Ansicht des BGH die Widerklage gegen den Kläger, nicht aber die Hauptklage geändert wird. Konsequenz wäre daher nur, dass der Dritte an die Verhandlung über die Widerklage gegen den Kläger gebunden ist; dieser aber erfolgt gleichzeitig mit der Verhandlung über die Widerklage gegen ihn !".

44) Arens/Lüke 176 nm239: "Diese Konstruktion setzt voraus, dass man die nachträgliche Parteiänderung nach den Regeln der Klageänderung behandelt, wogegen vieles spricht". Hofmann NJW 1964 1026, 1027: "Die direkte und analoge Anwendung der Vorschriften über die Klageänderung auf den gewillkürten Parteiwechsel kann nicht richtig sein, denn das Vorliegen der Klageänderung hat zur Voraussetzung, dass die Parteien nach der Klageänderung dieselben sind, was beim Parteiwechsel gerade nicht der Fall ist, wo immer nur Teilidentität besteht...Der Unterschied zwischen der Klageänderung und dem Parteiwechsel liegt darin, dass im Falle der Klageänderung der neue Anspruch zwischen denselben Parteien, im Fall des Parteiwechsels von oder gegen eine am bisherigen Prozess unbeteiligte Partei erhoben wird". Zöller ad 33 nm23.

TITRE III. LES EFFETS DE LA CONSORITE SIMPLE

CHAPITRE PREMIER. LA CONSORITE SIMPLE ET LA MARCHE DU PROCES

§1. Le droit édicté

Les litisconsorts ne peuvent aménager librement la marche du procès (1). Le législateur leur confère des droits et leur impose des charges.

La loi fédérale de procédure civile se borne à mentionner que les plaideurs peuvent agir ou être actionnés dans la même demande (2), mais ne règle pas la marche du procès en cas de consorité.

Les codes récents distinguent la consorité simple et la consorité nécessaire et règlent la marche du procès en fonction de ces deux formes de consorité (3). Les cantons de Berne, Lucerne, Uri, Zoug, Fribourg, Soleure, Schaffhouse, Appenzell Rhodes Intérieures, Vaud, Valais, Neuchâtel et du Jura consacrent aux deux formes la même disposition, voire le même alinéa. Les cantons de Bâle-Campagne et de Genève n'ont pas légiféré sur cette question. La jurisprudence et la doctrine y ont suppléé.

ZH 40/2, 41	NW 43	BL	AG 51	GE
BE 39	GL 36	SH 85	TG 21/3	JU 38
LU 63	ZG 20	AR 112	TI 43, 48	
UR 55	FR 89	AI 60	VD 77	
SZ 37/2	SO 40	SG n47	VS 38-39	
OW 38/2	BS 16-17	GR 29	NE n28	

§2. Les conceptions

Le droit judiciaire suisse connaît en matière de consorité simple deux principes: le principe de l'indépendance des consorts, qu'on appelle aussi celui de la divisibilité de l'instance (I) (4) et celui de la procédure commune ou indivisible (II). Le législateur met, suivant les cantons, l'accent sur l'un ou l'autre principe tout en lui reconnaissant des exceptions: certains cantons partent du principe de la divisibilité mais prévoient l'indivisibilité d'une partie du procès dans certaines circonstances (I) (5); d'autres postulent l'indivisibilité mais reconnaissent l'indépendance des consorts dans certains cas (II) (6).

- 1) BS BJM 1961 280ss, 286: "Nachdem nun einmal 74 Klagen gegen 5 Beklagte eingereicht worden waren, hatten alle am Verfahren Beteiligten die sich zwangsläufig aus der ZPO ergebenden Folgen hinzunehmen; die Dispositionsbefugnis bezieht sich nicht auf die gesetzlichen Verfahrensregeln".
Jean Vincent, note ad Dalloz 1958 378ss, 384: "Le lien d'instance introduit tous ceux qui luttent du même côté de la barre dans un réseau de droits et d'obligations; il les place les uns par rapport aux autres dans une relative dépendance".
- 2) PCF 24/2.
- 3) ZH, SZ, OW, NW, GL, AR, AG, TI. En procédure allemande: DZPO 61.
- 4) Solus/Perrot T. III 19. Comu/Foyer 399. Zimmermann ad 61 nm1, Lindacher JuS 1986 380: "Trennungsprinzip". Pour Flepp 87, le principe vise les conséquences négatives de la consorité: "Negative Wirkungen der Streitgenossenschaft".
- 5) SO SOG 1980 20 n5: "Es ist denkbar, dass Streitgenossen den Prozess im allgemeinen unabhängig voneinander, für einzelne Bereiche jedoch gemeinschaftlich führen".
- 6) GR PKG 1948 84 n32: "Das Gericht liess die Streitgenossenschaft zu, was formal wohl die gemeinsame Prozessführung zur Folge hatte. Mit Bezug auf die Durchführung des Beweisverfahrens, die Einlegung von Rechtsmitteln und die Beendigung des Prozesses aber blieben die zusammengefassten Prozesse voneinander unabhängig, da die Vereinigung der Klagen vornehmlich der Prozessökonomie dient".

I. Le principe de la divisibilité de l'instance

Le principe de l'indépendance des consorts (7) "procède de l'idée que le litisconsortium, simple conjonction procédurale, n'affecte en rien les droits que chaque plaideur tient distinctement de sa qualité de partie. Il ne ferait en somme que grouper en un faisceau divisible autant de liens d'instance qu'il y a de demandeurs ou de défendeurs" (8).

Le principe de la divisibilité de l'instance n'implique pas que les consorts affichent une attitude unique et coordonnée (9). Il a pour conséquence la liberté d'action. Chaque consort est une partie distincte et libre dans son procès et seulement dans celui-ci (10). Il fait face à l'adversaire commun comme si le procès n'opposait que deux parties (11).

Le principe de l'indépendance des consorts a une composante positive et une composante négative.

Les principes de la *relativité de la demande* et de la *relativité des actes de procédure* (12) en constituent l'aspect positif (13). Chaque consort exerce pour lui seul les droits d'une partie à l'instance et en assure les obligations (14). Il organise son attaque ou sa défense comme il l'entend. Il assume les risques et la responsabilité de son affaire. La demande formée par lui ne profite qu'à lui-même et ne peut engendrer des charges qu'à son égard. Formée contre lui, elle ne peut produire d'effets qu'à son encontre (15). Le consort n'est pas lié par les initiatives procédurales de ses

- 7) ZH 40/2, UR 55/2, SZ 37/2, OW 38/2, NW 43/2, GL 36, ZG 20/2, SH 85 2e phrase, AR 112/1, AI 60 2e phrase, SG n47, GR 29, TG 21/3, DZPO 61.
- 8) Cornu/Foyer 399, Zimmermann ad 61 ch. 1, Lindacher JuS 1986 380.
- 9) Geiger 48, Holzhammer ZPR II 82: "Dieses eingeleisige Verfahren ändert...nichts an der Selbstständigkeit der verbundenen Prozesse".
- 10) NJW-RR 1989 1099, MDR 1989 899, MDR 1984 852.
Ovari 45, Thomas/Putzo ad 61 ch. 4, Baumbach/Lauterbach ad 61 2D, Zöllner ad 61 nm8, Schellhammer 677 nm1344, Wintz 2.
- 11) Geiger 5 et 48, Flepp 105, Baumbach/Lauterbach ad 61 ch. 1 et 2.
- 12) Cornu/Foyer 399. Comp. Solus/Perrot T. III 20: "Il est curieux d'observer que toutes ces règles ne datent que du début de ce siècle. Pendant longtemps, le principe inverse de l'indivisibilité de l'instance à l'égard de toutes les parties en cause fut admis de façon à peu près constante...Il faudra attendre la fin du XIXe siècle, pour que, sous l'impulsion vigoureuse de certains auteurs comme Glasson (note Dalloz 1886.1.105) et Tissier (Notes Sirey 1893.1.81; 1895.1.401 et 1910.1.81), parvienne à s'affirmer le principe de la divisibilité de l'instance, non sans difficulté d'ailleurs et sans laisser subsister encore quelques traces de l'ancien principe d'indivisibilité". (notamment en ce qui concerne la préemption d'instance).
- 13) Brückner 2 et 7. Selon cet auteur, la doctrine dominante effectue une relation erronée entre la règle selon laquelle les actes d'un consort n'affectent pas ceux de son co litigant et celle qui autorise les consorts à procéder librement. Les auteurs feraient découler à tort le second principe du premier.
- 14) Fasching ZPR 193 nm377: "Die Streitgenossenschaft soll die Führung eines gemeinsamen Verfahrens ermöglichen, ohne jedoch die Darstellungs- und Verteidigungsmöglichkeiten der einzelnen Parteien einzuschränken. Das Hauptproblem liegt also darin, den einzelnen Parteien die durch die Sache gebotene Bewegungsfreiheit im Prozess im gleichem Masse zu sichern wie im Fall selbständiger Einzelklage, andererseits aber doch einen Einsparungseffekt zu erzielen".
- 15) SH 85 2e phrase: "Jeder einzelne kann...ohne rechtliche Wirkung für den andern seine Rechte wahren...".
Geiger 48, ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm11, Brückner 2, Stein/Jonas ad 61 nm1, Thomas/Putzo ad 61 ch. 1, Rosenberg/Schwab 281, Lindacher JuS 1986 380, Gottwald JA 1982 65: "Bei einfacher Streitgenossenschaft sind die Prozesse faktisch miteinander verbunden, rechtlich sind sie aber unabhängig". Fasching ZPR 193 nm378, Holzhammer Parteienhäufung 122, Moreau 6, Solus/Perrot T. III 19.

partenaires et n'en bénéficie pas (16). Il n'a pas de droits dans le procès parallèle qui est pour lui une instance étrangère (17).

Le principe de l'indépendance des consorts a une composante négative: Il autorise chaque consort à exiger de ses partenaires de ne pas être entravé dans ses démarches, mais n'empêche pas les consorts de procéder en commun (18).

Selon la doctrine dominante, les dispositions sur la marche du procès en cas de consorité donnent une assise juridique aux composantes positive et négative du principe de l'indépendance des consorts. Pour Kl. Brückner en revanche, l'aspect positif de ce principe ne découle pas des dispositions relatives à la marche du procès en cas de consorité, mais constitue une règle de liberté inhérente au litige à deux parties. Cette règle figure déjà dans la loi de procédure de sorte qu'elle n'a plus à être reproduite dans les dispositions spéciales de la consorité (19). Là où elle l'a été, elle est superflue et risque d'entraver le principe de liberté précité.

Le principe de la divisibilité de l'instance quant aux parties développe ses conséquences principalement en matière d'actes de disposition (20) qui n'ont d'effets pour tous les consorts que s'ils les accomplissent conjointement d'où la règle qu'un consort ne peut procéder pour un autre sans mandat de représentation expresse (21).

Le principe de la divisibilité comporte des limites, légales et jurisprudentielles, qui sont inspirées par le souci d'éviter aux plaideurs des frais inutiles d'une part et par celui de prévenir des décisions contradictoires et de maintenir l'unité du procès d'autre part (22). Il est parfois difficile d'isoler l'impératif dominant, car certaines règles se ressentent des deux nécessités (23). La consorité simple a ainsi des conséquences individuelles et des conséquences communes (24).

Dans le but de garantir l'économie de procédure, le législateur prescrit aux consorts qui ont des moyens d'attaque ou de défense communs, de les présenter conjointement (25). Il peut prévoir une sanction à l'égard du consort qui veut s'écarter

16) Les actes d'un consort ne peuvent ni profiter ni nuire aux autres. Expressis verbis AG 51/2. DZPO 61. AZPO 13. NCPC français 324.

A moins qu'il n'y ait représentation ou ratification ou encore que le législateur lui-même étende les effets de l'acte à tous les consorts. Fasching ZPR 193 nm378, Holzhammer Parteienhäufung 116.

Dans l'action en paternité, la mère peut, en recourant à l'autorité tutélaire, s'en prendre à la manière de conduire le procès du tuteur ou du curateur, lorsque celle-ci ne respecte pas les intérêts de l'enfant. Hegnauer ad 261 nm59.

17) Geiger 48, Baumbach/Lauterbach ad 61 1D, Thomas/Putzo ad 61 ch. 3, Winte 3, Rosenberg/Schwab 281, Brückner 2, Fasching ZPR 193 nm378.

Le consort peut en revanche intervenir accessoirement en faveur de son partenaire.

18) Guldener ZPR 303; Andreas Edelmann, Zur Bedeutung des Bundesrechts im Zivilprozessrecht, Thèse Zurich 1990, 79, Brückner 2.

19) Brückner 3: (Diese Freiheit...) "folgt nicht erst...aus der gesetzlichen Regelung der Streitgenossenschaft, sondern sie ist die - ungeschmälert fortbestehende - Freiheit des Einzelprozesses" et 7.

20) Acquiescement, désistement, transaction, voies de recours. BB 1977 1493, Baumbach/Lauterbach ad 61 2D, Arens/Lüke 312 nm445, Fasching ZPR 193 nm378, Holzhammer ZPR II 82, Rechberger Simotta 72 nm136.

21) Rosenberg/Schwab 218, Winte 3.

22) Moreau 8.

23) La consorité simple peut également être limitée par le droit matériel. En Allemagne, les articles 423ss BGB notamment restreignent le principe de la divisibilité de l'instance.

24) Baumbach/Lauterbach ad 61 ch. 3, Arens/Lüke 311 nm445: "Bei der einfachen Streitgenossenschaft werden mehrere prozessuale Ansprüche zu gemeinsamer Verhandlung und Beweisaufnahme in einem Prozess zusammengefasst. Darüber hinaus besteht keine Verbindung".

25) LU 63/2, UR 55/2, ZG 20/2: "Soweit die Streitgenossen...einig gehen, sollen sie gemeinsam handeln".

de la procédure conjointe (26). Toujours par économie, les consorts sont invités à constituer un seul mandataire (27) et à fixer un domicile de notification. Le législateur autorise, dans certains cantons, le juge à statuer sur les rapports qui divisent les consorts, ce qui leur évite une nouvelle instance. Il est admis également qu'un consort puisse présenter une réquisition de procédure au profit de tous les consorts, par exemple demander l'appointement ou le report d'une audience (28). Chaque consort a ainsi une vocation égale à faire progresser l'instance.

Dans le but de garantir une instruction commune et uniforme et l'unité de jugement (29) spécialement lorsqu'il y a consortité simple matérielle, le législateur et les tribunaux confèrent aux actes ou aux déclarations des consorts des effets qui dépassent le cadre de leur activité personnelle. Un consort allègue valablement les faits communs aux consorts et propose valablement les preuves destinées à les établir (30). Il peut lui-même imprimer à ses actes un caractère collectif en représentant ses colitigants. L'interrogatoire d'un consort et la preuve requise de ce dernier profite à tous (31).

Le principe de la divisibilité de l'instance comporte également des limites de fait. L'existence de la procédure commune peut exercer sur le consort qui accepte de procéder avec d'autres dans la même instance une influence psychologique. Le fait même d'être réuni avec d'autres peut peser sur sa position, voir l'amener à adopter une attitude différente que celle qu'il aurait dans un procès distinct. L'association procédurale librement consentie peut ainsi réduire sa liberté d'action (32). Lorsqu'un fait de procédure se produit à l'égard d'un consort, il n'est ainsi pas toujours exact d'affirmer que ce fait reste absolument sans effet sur la situation des autres, car il se produit en réalité des phénomènes d'influence indirecte.

II. Le principe de la procédure commune

Pour imprimer à la procédure un caractère unitaire, le législateur enjoint les consorts dans d'autres cantons à procéder en commun (33). Ce sont les effets

- 26) LU 63/3: "Einem Streitgenossen, welcher in letzterer Beziehung unnötige Kosten verursacht, sind diese zu überbinden, ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses in der Hauptsache".
- 27) Comp. Zimmermann ad 61 nm3: "Da die Streitgenossen in der Regel einen gemeinsamen Rechtsanwalt haben, kommt unterschiedliche Prozessführung in der Praxis kaum vor". Voir Deuxième partie, Titre III, Chapitre 2.
- 28) Brückner 37, Zimmermann ad 63, Stein/Jonas ad 63 nm1, Fasching ZPR 193 nm377, Holzhammer ZPR II 84, Rechberger/Simotta 72 nm136, Ballon 78. Le législateur allemand prescrit dans ce but que chaque consort doit être cité à chaque audience.
- 29) OW 38/3: Le juge *peut* prononcer un seul jugement. Trop absolu: UR 55/1, NW 43/2 2e phrase, SO 40 2e phrase: le juge *doit* prononcer un seul jugement.
SH 85 première phrase, AI 60 première phrase: "Streitgenossen bilden insoweit eine Prozesspartei als die Sache in einem Verfahren behandelt und in einem Urteil erledigt wird". La disposition est un reliquat du droit commun.
- 30) Flepp 92: "Die Vorschriften über die Gemeinsamkeit des Verfahrens und über den gemeinsamen Urteilsspruch sind vom prozessrechtlichen Standpunkt aus die einzigen, die notwendigerweise die Selbständigkeit der einzelnen Prozesse einschränken. Ohne die Möglichkeiten einer gemeinsamen Verhandlung und eines gemeinsamen Endurteiles wäre die Bildung einer Streitgenossenschaft zwecklos...Die...Prozessvorschriften sind daher grundsätzlich überall dort anzuwenden, wo die Gesetze eine Streitgenossenschaft zulassen, ob sie expressis verbis darin enthalten sind oder nicht".
- 31) Brückner 38, Baumbach/Lauterbach ad 61 ch. 1.
- 32) Baumbach/Lauterbach notes préliminaires ad 59 ch. 1: "Jeder etwa bisher selbständige Prozess behält dabei seine Selbständigkeit ganz oder eingeschränkt bei".
- 33) BE 39/1, JU 38/1: "Les consorts sont tenus de procéder en commun". FR 89 première phrase, AG 51 première phrase, TI 43 in initio: "I litisconsorti procedono congiuntamente in tutti gli atti processuali...", VD 77/1, NE n28 (La règle date de 1848, projet Jacottet, art. 49). Comp. SO Projet du 16 avril 1948: art 40/1: "Die Streitgenossenschaft verpflichtet zur gemeinsamen Durchführung des Prozesses".

classiques de la consorité (34). Issue du droit commun qui ne reconnaissait que la consorité matérielle (35), la règle est jugée peu propice pour la consorité simple (36). Devant être interprétée conformément au droit fédéral, elle n'a trait qu'à l'aspect procédural de l'instance (Prozessbetrieb) (37) et ne vise pas les actes de disposition (Sachdisposition) (38). Chaque consort peut, indépendamment des autres, retirer son action, se soumettre à la demande, conclure une transaction ou interjeter un recours.

La règle n'est qu'une prescription d'ordre dépourvue de sanction (39). Les opérations qui y dérogent ne sont pas nulles (40). Le juge a des moyens indirects pour assurer son respect. Il peut fixer les mêmes délais pour les mêmes actes (41). Il peut condamner aux frais les consorts qui s'en écartent sans motif impérieux (42). Il peut diviser les causes pour opportunité (43).

Le principe de la procédure commune a de multiples conséquences. Les consorts qui adoptent la même attitude doivent établir et présenter conjointement les mémoires de demande, réponse, réplique, duplique ou de recours (44). Les consorts ont à constituer le même mandataire (45). Ils sont tenus d'indiquer à leur adversaire un domicile commun de signification (46). L'existence d'un dossier unique, de procès-

SO RBOG 1924 12; "Streitgenossenschaft. Grundsatz der Einheitlichkeit und Gemeinsamkeit der Prozessführung".

- 34) FR Deschenaux/Castella 67.
FR Extraits 1952 223: "A teneur de l'article 54 CPC, les consorts procèdent en principe simultanément. En procédure civile, ils sont réputés ne former vis-à-vis de leur adversaire qu'une seule partie".
- 35) Dans les cantons de Berne et du Jura, la consorité simple a les mêmes effets que la consorité nécessaire. Matti Streitgenossenschaft 93, Gysler 8, JU Ceppi 37: "La conduite du procès commun est réglée par l'article 38 CPC qui est applicable aux trois consorités (matérielle, formelle et nécessaire)". Il en était également ainsi sous l'ancien code zurichois: ZH Sträuli/Hauser ad a39 ch. 1: "§39 gilt für echte wie auch für unechte Streitgenossenschaft".
- 36) VD Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 77: "Bien que cette disposition ne distingue pas entre consorité nécessaire et consorité simple...l'obligation de procéder en commun ne s'applique à notre avis qu'à la première et non à la seconde, du moins s'agissant des défendeurs, par exemple à des débiteurs solidaires...".
- 37) Edelman 79, Matti Streitgenossenschaft 93 et ZPR 1066.
- 38) AG 51, BE Jolidon 80, Matti Streitgenossenschaft 95.
- 39) Les auteurs la considèrent pour ce motif comme imparfaite. Flopp 89, Ovari 54, Geiger 52-53, Gysler 10, Matti Streitgenossenschaft 93, ZH Sträuli/Hauser ad a39 ch. 3: "Ordnungsvorschrift, die Doppelspürigkeit des Verfahrens vermeiden soll", BE Leuch ad 39 ch. 1, AG Eichenberger Beiträge 42.
- 40) Gysler 10.
- 41) Ovari 54, Geiger 53, Matti Streitgenossenschaft 93.
- 42) Gysler 10, Matti Streitgenossenschaft 93-94, AG Eichenberger Beiträge 42.
- 43) Gysler 10.
- 44) LU Entsch. 1975 316 no258, 317: "...Zwang zu gemeinsamem Handeln, d.h. Zwang zu gemeinsamen Rechtsschriften und zu gemeinsamen sonstigen prozessualen Vorkehren". Matti Streitgenossenschaft 93-94: "Der Instruktionsrichter hat auch keine Mittel, um gesonderte Schriftsätze unter Androhungen von Verwirkungsfolgen zum Zwecke der Einreichung einer gemeinsamen Vorkehr zurückzuweisen" et ZPR 1066, Ovari 53, BE Leuch ad 39 ch. 1, AG Eichenberger ad 51 nm2 et Beiträge 42, Keller/Pfisterer ad a24 ch. 2 et a26 ch. 2, VD Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 77: "...obligation de procéder en commun, c'est-à-dire par actes de procédure communs à tous les consorts...", JU Ceppi 37.
- 45) Guldener ZPR 304, AG Keller/Pfisterer ad a26 ch. 3, JU Ceppi 37.
Contra: VD Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 77: "L'obligation de procéder en commun...ne prive pas ceux-ci du droit de se faire représenter séparément, le CPC n'imposant ni un mandataire commun, ni même une élection de domicile commune".
- 46) Pour Edelman 79, une telle prescription n'est compatible avec le droit fédéral que dans la mesure où la personne désignée n'a qu'une fonction purement formelle. En effet, la notification des jugements fait courir des délais qui ont une grande importance au plan

verbaux communs (47), de délais uniformes (48) ainsi que le prononcé d'un seul jugement sont également des conséquences de cette règle.

Pour imprimer à la procédure un fort caractère d'unité, les législateurs bernois et jurassien posent que le consort défaillant est réputé représenté par les autres dans tous ses actes, à l'exception des moyens d'attaque ou de défense particuliers ou de recours (49). Le procédé crée une indivisibilité procédurale par une présomption irréfragable (50). La loi tessinoise, indépendamment de la contumace, permettait dans le même but, à chaque colitigant de profiter des actes de son consort, à l'exception des recours (51). Pour s'aligner sur la doctrine dominante (52), la règle a été inversée lors d'une révision partielle du 2 novembre 1987 entrée en vigueur le 1er janvier 1988 (53).

Le principe de l'indivisibilité de l'instance comporte des exceptions. Le législateur autorise les consorts - et parfois les seuls défendeurs (54) - à procéder séparément lorsque les circonstances le justifient (55): les intérêts des consorts divergent (56), le consort a des moyens d'attaque ou de défense (57) qui n'appartiennent qu'à lui (58): il veut soulever une exception (59), agir

matériel. C'est pourquoi la jurisprudence exclut que les jugements soient notifiés à cette personne et prévoit une notification personnelle à chaque consort.

47) Geiger 52, Ovari 54.

48) Matti Streitgenossenschaft 93, Ovari 54.

49) BE 39/2, JU 38/2. La présomption de représentation vise dans ces deux cantons toutes les formes de consorité. Les autres cantons qui la connaissent la limitent à la consorité nécessaire.

50) Voir Deuxième partie, Titre III, Chapitre 11.

51) TI a48: "Nel litisconsorzio facoltativo, i litisconsorti profitano di tutti gli atti processuali compiuti da altri litisconsorti, eccezion fatta per le impugnazioni". Le projet (article 60) limitait la règle au défaut.

52) TI Messaggio concernente la modificazione di alcune disposizioni del Codice di procedura civile del 17 febbraio 1971 e del diritto giudiziario del 26 febbraio 1985, Raccolta dei Verbali del Gran Consiglio 1987 vol. I 122ss, 126.

53) TI n48: "Nel litisconsorzio facoltativo, i litisconsorti non profitano degli atti processuali, ivi comprese le impugnazioni, compiuti da altri litisconsorti".

54) AG 51/1 2e phrase, VD 77/2.

L'action conjointe ne posera en général pas de difficulté pour des demandeurs qui ont décidé de procéder ensemble. Cette unanimité ne va pas de soi pour les défendeurs actionnés dans des causes analogues. Ils peuvent en effet ne pas se connaître et leurs causes peuvent ne pas être suffisamment identiques pour les amener à se défendre conjointement. Lent ZPR 220.

55) AG 51/1 2e phrase: "Wo die Umstände es rechtfertigen, kann der Richter...getrennte Prozessführung bewilligen". TI 43/1: "I litisconsorti procedono congiuntamente in tutti gli atti processuali salvo che esistano ragioni particolari ad alcuno di essi". LU Entsch. 1975 316 no258.

Guldener ZPR 303 n. 37: "Wenn BE 39 ZPO die Streitgenossen zur gemeinsamen Führung des Prozesses verpflichtet, so findet diese Verpflichtung notwendigerweise ihre Grenze, wo sich die Streitgenossen nicht auf ein gemeinsames Vorgehen einigen können".

56) LU Entsch. 1975 316 no258: "...Zwang zu gemeinsamem Handeln...setzt...voraus, dass Streitgenossen im Angriff oder in der Verteidigung einig gehen...Daran fehlt es nicht schon dann, wenn einem Streitgenossen besondere Angriffs- oder Verteidigungsmittel zur Verfügung stehen, sondern nur, wenn der einzelne Streitgenosse mit den besonderen Angriffs- oder Verteidigungsmitteln Interessen verfolgt, welche denjenigen der übrigen widerstreiten...". SO SOG 1980 18 no5: "Eine unabhängige Prozessführung drängte sich schon von der Sache her auf, hatten doch die Beklagten nicht die gleichen Interessen". Matti Streitgenossenschaft 95, JU Ceppi 37.

57) BE Leuch ad 39 ch. 2, AG Keller/Pfisterer ad a25 ch. 3: "Angriffs- und Verteidigungsmittel sind die Klaggründe, Einreden, Replikbehauptungen, Tatsachen und Beweismittel", VD Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 77.

58) BE 39/1, LU 63/2, FR 89/1, TI 43/2, VD 77/2, VS 39/1, NE n28, JU 38/1.

reconventionnellement (60), présenter des conclusions personnelles, avancer des allégués propres (61) et produire les preuves pour les établir.

Le consort qui procède séparément peut produire ses moyens dans un mémoire séparé - dans la réponse et même encore dans la réplique (62) - et par l'intermédiaire de son propre avocat (63). Il peut également les présenter dans une section distincte du mémoire commun (64) présenté par l'avocat commun (65).

Le consort qui veut procéder séparément ne peut décider de présenter ces moyens de son propre chef. Il doit en demander l'autorisation au juge (66). La décision relève du pouvoir d'appréciation du magistrat. Ce dernier peut refuser l'autorisation (67). A défaut de décision judiciaire expresse, les consorts défendeurs doivent procéder conjointement (68). S'ils procèdent séparément de manière injustifiée, ils sont réputés avoir provoqué des frais inutiles qu'ils doivent supporter quelle que soit l'issue de la procédure (69).

59) LU Entsch. 1975 316 no258: "...wenn es zur Geltendmachung einer prozesshindernden Einrede geschieht, die nicht allen Streitgenossen gemeinsam ist...".
BE Leuch ad 39 ch. 2, Matti Streitgenossenschaft 95-96.

60) Matti Streitgenossenschaft 96.

61) VS RVJ 1988 167, 168: "Pour justifier des conclusions différentes ou semblables, prises séparément contre le demandeur, deux codéfendeurs peuvent parfaitement adopter des positions différentes ou contraires concernant les faits allégués par le demandeur ou soutenir des thèses juridiques opposées. Il se peut enfin que deux ou plusieurs codéfendeurs s'opposent séparément à une action, tout simplement parce que chacun d'eux conteste rien devoir au demandeur, en affirmant que les débiteurs sont les autres codéfendeurs, mais non lui-même".

62) Matti Streitgenossenschaft 95. Un délai supplémentaire peut lui être accordé. BE 92-93.

63) VD 77/2.

Matti Streitgenossenschaft 95, AG Keller/Pfisterer ad a26 ch. 5, TI Ottaviani 64.

64) BE RJB 51 1915 265 no8: "Es ist...Sache der passiven Streitgenossen ihre selbständigen, dh nicht gemeinsamen Verteidigungsmittel persönlich oder durch einen gewählten Vertreter in der für alle Beteiligten gemeinsamen Verteidigungsvorkehr anzubringen..., durch gemeinsame Redaktion eines des von allen Streitgenossen abzufassenden und zu unterschreibenden Schriftsatzes oder...durch Beifügung in der gemeinsamen aufzunehmenden Vorkehr und gesondert zu unterzeichnenden Nachtrages zur gemeinsamen Vorkehr...". BE Leuch ad 39 ch. 2.

65) AG Keller/Pfisterer ad a26 ch. 5, TI Ottaviani 64.

66) BE 39/1, FR 89/1, AG 51/1, JU 38/1.

BE RJB 51 1915 265 no8, RJB 51 1915 321 no17: "Wie...der Appellationshof schon wiederholt entschieden hat..., ist...ein besonders prozessleitendes Dekret des Richters erforderlich, dessen Erlass die Anbringung eines Gesuches beim Richter von Seiten desjenigen Streitgenossen, der eine gesonderte Vorkehr erwirken will, zur Voraussetzung hat...". RJB 50 1914 620 no55, RJB 48 1912 345 no12, RJB 26 1890 396 no2.
Gysler 11: "...schon bei Prozessbeginn...". Matti Streitgenossenschaft 96, BE Jolidon 80, OW Stöckli 76, JU Ceppi 37.

SO L'autorisation du juge prévue dans le projet n'a pas été retenue dans la version finale: Projet du 15 avril 1948: art. 40/2: "Stehen einem einzelnen Streitgenossen besondere Angriffs- und Verteidigungsmittel zu, so kann er sie mit Bewilligung des Instruktionsrichters gesondert anbringen. Auch in diesem Fall wird die Streitsache in einem Urteil entschieden".
AG L'exigence de l'autorisation du juge est nouvelle.
VD, VS et NE ne subordonnent pas l'activité individuelle du consort simple à une autorisation du juge.

67) C'est une faculté du juge: FR 89/1, AG 51/1.

BE RJB 50 1914 620 no55, RJB 48 1912 345 no12, RJB 26 1890 396 no2.

68) BE RJB 51 1915 321 no17.

69) LU Entsch. 1975 316 no258, 317.

§3. La marche du procès pour le juge et l'adversaire des consorts

Les dispositions sur la marche du procès ne règlent pas les pouvoirs du juge. L'existence même de la consorité lui impose toutefois des droits et obligations. Ses pouvoirs résultent des principes généraux de la procédure, mais également de ceux applicables à la consorité. Les dispositions relatives à la marche du procès concernant les consorts peuvent ainsi être appliquées mutatis mutandis au juge lui-même, la règle étant de favoriser l'unité et non de provoquer la division.

Relativement à la libre disposition des plaideurs, les pouvoirs du juge ne sauraient sans violer l'indépendance des plaideurs être plus étendus que ceux des consorts eux-mêmes. De même qu'un acte de disposition d'un consort ne saurait ni nuire, ni profiter à un autre consort, de même le magistrat saisi ne saurait en étendre les conséquences purement individuelles. Relativement à ses prérogatives, les pouvoirs du juge sont en principe les mêmes que dans tout procès. Il doit veiller à l'ordre de la procédure et à ce que l'égalité soit maintenue entre toutes les parties, non seulement entre le ou les adversaires, mais également entre les consorts eux-mêmes. Il doit respecter le droit d'être entendu de chacun. Relativement à la marche de la procédure, l'impulsion du juge ne peut être que la même pour tous les consorts. Il doit veiller à des frais et longueurs inutiles et éviter une distorsion dans le temps pour les consorts (70). Comme pour toute partie, il peut faire supporter à un consort les frais qu'il a inutilement provoqués.

Les pouvoirs du juge dérogent dans certaines circonstances au principe de la divisibilité de l'instance. Il en est notamment ainsi en matière de récusation. Inhabile ou récusable face à un consort, le juge doit se récuser face à tous. La dérogation la plus importante à la divisibilité de l'instance concerne principalement la phase probatoire relative aux faits communs aux consorts. L'existence de la consorité l'autorise à fonder son jugement sur des faits que tous les consorts n'ont pas allégués formellement, ni prouvés conjointement. Le juge peut également faire profiter les consorts de l'interrogatoire de l'un ou de certains d'entre eux, ou de l'aveu de l'un d'eux.

L'indivisibilité et la divisibilité sont laissées parfois à la discrétion du juge. Au regard de l'opportunité, ce dernier peut en effet dans certaines circonstances limiter ou étendre la procédure à l'un ou quelques des consorts (71). Il en est notamment ainsi en cas de suspension judiciaire. Le juge peut suspendre toutes les causes des consorts lors même qu'un seul consort réalise un motif de suspension.

Les règles sur la marche du procès ne visent pas non plus l'adversaire des consorts. Ce dernier est toutefois également concerné par le principe de la divisibilité de l'instance. Il peut limiter ses actes à l'un ou certains consorts (72). Il peut se désister face à un consort et poursuivre le procès contre les autres. Il peut retirer son recours contre l'un d'eux et le maintenir contre un autre (73). Lorsque l'adversaire des consorts procède sans préciser s'il limite ses actes à l'un ou quelques-uns de ces contradicteurs, il est présumé avoir procédé identiquement à l'encontre de tous (74).

70) TI 124/5: "Riservati i casi in cui procedono congiuntamente, ai litisconsorti il giudice intima gli atti di causa contemporaneamente". Geiger 52-53.

71) Holzhammer Parteienhäufung 116.

72) BE RJB 44 1908 45 no3.
Matti Streitgenossenschaft 95, Flepp 108, Geiger 48.

73) Ovari 57, Flepp 108.

74) Thomas/Putzo ad 61 ch. 3, Holzhammer Parteienhäufung 116-117: "Was also Gericht und Gegner von sich aus unternehmen, erfasst die ganze Streitgenossenschaft, falls sie nicht ausdrücklich nur einen bestimmten Genossen ansprechen...Daraus ist zu entnehmen; Im Zweifel handeln jeder Streitgenosse nur in seinem Rechtsstreit, Gericht und Gegner aber im gemeinsamen Rechtsstreit".
En procédure allemande, l'adversaire doit toujours citer tous ses contradicteurs, DZPO 63.

CHAPITRE 2. LA REPRESENTATION DES CONSORTS SIMPLES

§1. Le mandataire ad litem

La représentation étudiée dans le présent paragraphe implique une attribution de pouvoir de la part des consorts, préalable à toute initiative procédurale. La notion de représentation est toutefois également utilisée dans le cadre de la consorité dans un sens plus large pour rendre compte de situations où ne se retrouve pas l'exigence de pouvoirs expresses. Dans le cantons de Berne et du Jura, la présomption de représentation est un procédé technique destiné à éviter un jugement contumacial lorsqu'un consort est défaillant (1). De manière plus générale, et indépendamment du défaut, il est admis qu'un consort puisse alléguer et offrir de prouver les faits communs aux consorts au profit de tous (2). De même, un consort a-t-il qualité pour soulever un moyen au profit de tous les consorts lorsque l'irrégularité affecte la procédure commune (3).

Les consorts peuvent procéder sans représentant (4). Ils procéderont toutefois le plus souvent avec le concours d'un ou de plusieurs mandataires.

Le droit fédéral ne comporte aucune disposition sur la question. Chaque consort peut se faire représenter individuellement devant le Tribunal fédéral (5).

Six cantons règlent la représentation des consorts, souvent traitée dans les autres par voie jurisprudentielle. Dans le canton de Zurich, tant et aussi longtemps que les consorts n'ont pas désigné un représentant, le juge a la faculté de désigner l'un d'entre eux pour recevoir les actes de la procédure (6). Dans le canton de Lucerne, le législateur dispose que tous les actes de la procédure doivent être notifiés au représentant des consorts (7). Les cantons de Zoug (8) et du Valais (9) exigent des consorts qu'ils désignent un représentant commun dans le premier acte de la procédure. Le canton de Bâle-Ville autorise les consorts à procéder par l'intermédiaire d'un représentant commun ou personnel à chacun d'eux (10). Le canton de Vaud fait

1) Voir Deuxième partie, Titre III, Chapitre 11.

2) Voir Deuxième partie, Titre III, Chapitre 6.

3) Voir Deuxième partie, Titre III, Chapitre 4.

4) *Expressis verbis* BS 16-17, Ovari 45.

Les plaideurs peuvent procéder sans mandataire dans les causes qui présentent une valeur litigieuse minime, à Neuchâtel jusqu'à Fr. 2000.- (NE n47/2).

5) ATF 43 II 366/JT 1918 I 226 sous l'empire des art. 7 et 53 de la loi fédérale provisoire sur la procédure à suivre par devant le Tribunal fédéral en matière civile de 1850 (rec. off. 1851, 73ss).

Poudret/Sandoz COJ 151 ad 29 ch. 2. 1.

6) ZH 42: "Haben die Streitgenossen keinen gemeinsamen Vertreter bestellt, kann das Gericht einen von ihnen als Zustellungsempfänger bezeichnen. An ihn ergehen die weiteren Zustellungen mit Wirkung für sämtliche Streitgenossen, bis diese einen gemeinsamen Vertreter bestellt oder ausdrücklich gesonderte Zustellung verlangt haben".

7) LU 63/1: "Mehrere Streitgenossen haben in der ersten Rechtsschrift einen Vertreter zu bezeichnen, dem die gerichtlichen Akten mitzuteilen sind".

8) ZG 20/1: "Die Streitgenossen haben in der ersten Rechtsschrift einen gemeinsamen Vertreter zu bezeichnen. Im Unterlassungsfall bezeichnet der Gerichtspräsident ihn aus der Zahl der Streitgenossen".

9) VS 38: "...lorsque plusieurs personnes se trouvent en cause comme demandeurs ou défendeurs, elles doivent désigner une personne pour les représenter dans tous les actes de la procédure...La partie qui néglige de faire cette désignation est passible des frais occasionnés par son omission". "Sind mehrere Personen in einem Rechtsstreit als Kläger oder Beklagte beteiligt, so hat jede Partei eine Person zu bezeichnen, um sie in allem, was den Prozess anbelangt zu vertreten...Unterlässt es eine Partei, dieser Verpflichtung nachzukommen, so hat sie die dadurch veranlassenden Kosten zu tragen".

10) BS 16: "Wenn mehrere Personen einen Anspruch gegen einen andern aus einem und demselben Klaggrund herleiten, so sind sie berechtigt, gemeinsam Klage zu erheben und

une double restriction. La représentation individuelle n'est permise qu'aux consorts passifs et à la condition qu'ils fassent valoir des moyens personnels (11).

ZH 42	NW	BL	AG	GE
BE	GL	SH	TG	JU
LU 63/1	ZG 20/1	AR	TI	
UR	FR	AI	VD 77/2	
SZ	SO	SG	VS 38	
OW	BS 16-17	GR	NE	

4.

Le représentant dont il est question occupe deux fonctions distinctes. Il peut assister les consorts et accomplir les actes de la procédure en leur nom (12). Il peut n'être chargé que de recevoir les pièces de la procédure, les citations et les notifications (13). Il remplit le plus souvent les deux fonctions (14). Le législateur vaudois précise qu'il doit s'agir d'un avocat (15). Les travaux préparatoires valaisans vont dans le même sens: "C'est à un tiers, et notamment à un avocat, que pensait le législateur, qui y évoque un défenseur commun" (16). Le représentant peut toutefois être également un des consorts, moyennant procuration (17) ou un pouvoir de représentation légale (18).

den Prozess durchzuführen, sei es, dass jeder durch einen besonderen Vertreter seine Sache führt, sei es, dass sie einen gemeinschaftlichen Vertreter bestellen" et 17: "In gleicher Weise kann auch ein Anspruch, der gegen mehrere aus demselben Rechtsgrund erhoben wird, gegen diese gemeinsam eingeklagt werden. Die mehreren Beklagten haben ebenso das Recht, jeder für sich oder durch einen gemeinsamen Vertreter die Verteidigung zu führen".

- 11) VD 77/2: "Si l'un des consorts défendeurs a des moyens qui n'appartiennent qu'à lui seul, il peut les présenter séparément et se faire assister d'un avocat".

- 12) Le législateur utilise le terme de "Vertreter". L'expression suggère l'absence du représenté et paraît exclure l'assistance du représentant. Kummer ZPR 65: "Erscheint wie üblich, die Partei zusammen mit ihrem Anwalt vor Gericht, so wird gelegentlich von Verbeiständung gesprochen...weil Vertretung gemeinhin den Sachverhalt meint, dass der eine für einen nicht anwesenden handelt. Rechtlich Unterschiedliches bedeuten hier die Ausdrücke Vertretung und Verbeiständung...nicht". Sur la différence entre Vertretung et Verbeiständung FR Extraits 1984 15.

Jean Vincent, Procédure civile, 19e éd. Paris 1978, 480-481 ch. 372. 1: "L'assistance d'une partie consiste à la conseiller et à présenter sa défense devant le juge. Celui qui assiste un plaideur ne peut pas l'obliger envers son adversaire par ses propos ou ses écrits...Le mandat de représentation en justice confère à celui qui le reçoit le pouvoir et le devoir d'accomplir pour son mandant et en son nom les actes de la procédure...On admet que quand une partie a donné mandat pour la représenter, ce mandat, sauf disposition ou convention contraire, s'accompagne de la mission d'assistance. Mais à l'inverse, le fait de se faire assister par une personne ne fait nullement présumer qu'elle ait reçu mandat de représenter", Solus/Perrot T. III 40.

- 13) LU 63/1. Voir également §2.

- 14) ZH 42.

- 14) VD 77/2.

- 16) VS RVJ 1987 302, 308, RVJ 1977 32, 38 qui renvoient à l'Exposé des motifs in RVJ 1971 171.

- 17) VS RVJ 1977 32, 38: "Lorsqu'il s'agit de plusieurs demandeurs, le problème d'un représentant commun ne se pose que dans le cas plutôt rare où il n'est pas recouru aux services d'un avocat et où les consorts demandeurs signent tous, vu l'interdiction faite par l'article 66 CPC de se faire représenter par une personne qui est dépourvue de la qualité d'avocat. Il faut bien alors savoir par souci d'économie de frais, à qui devront être notifiés les mémoires et écritures émanant de la partie adverse ou du juge".

Ovari 46, Geiger 65, Matti Streitgenossenschaft 95, Rosenberg/Schwab 281, Thomas/Putzo ad 61 ch. 4c, Zimmermann ad 61 nm1, Stein/Jonas ad 61 nm1.

- 18) Un plaideur agissant à la fois en son nom personnel et comme représentant de ses enfants mineurs est fondé à poursuivre contre un débiteur par un seul et même exploit le

Les consorts doivent-ils avoir un représentant commun ou peuvent-ils avoir chacun un représentant ? On peut tirer du principe que les consorts doivent procéder en commun la règle qu'ils doivent se faire représenter par un avocat commun (19) et ne faire une exception, expresse (20) ou implicite (21), que lorsqu'un consort a des moyens particuliers d'attaque ou de défense. La démarche inverse est de reconnaître l'indépendance des consorts et corrélativement de leur conférer la faculté de confier la défense de leurs intérêts au représentant de leur choix (22). Le stade intermédiaire consiste à postuler l'indépendance des colitigants, mais à les contraindre dans certaines circonstances à désigner un représentant commun (23). La solution la plus large est de leur laisser le choix (24). Les deux types de représentation ont des avantages (25). La représentation par un *mandataire commun* se justifie pour des motifs d'économie. La représentation par *plusieurs mandataires* permet de répartir le travail dans une cause complexe, mais justifie une réduction des honoraires de chaque avocat pour cette raison même (26).

Pour l'opinion dominante, le *droit* des consorts de se faire représenter par le mandataire de leur choix est le corollaire de leur indépendance (27) et procède de

recouvrement de sa créance, alors même que cette créance serait divisible entre le demandeur pris personnellement et les mineurs représentés par lui.

- 19) FR Extraits 1952 223.
JU Ceppl 37: "Les consorts doivent en principe procéder en commun. Cela implique...un avocat commun". AG Keller/Pfisterer ad a26 ch. 3: "Die Streitgenossen haben ihre Rechtsvorkehren gemeinschaftlich vorzunehmen, dh sie müssen einen gemeinschaftlichen Vertreter (Anwalt) mit der Führung des Prozesses beauftragen". Guldener ZPR 304: "Soweit die Streitgenossen im Angriff oder in der Verteidigung einig sind, sollen sie aber im Interesse der Vereinfachung des Verfahrens gemeinsam handeln, sei es, dass sie den Prozess durch einen gemeinsamen Vertreter führen lassen, oder dass sich im Hauptverfahren nur ein Streitgenosse äussert und sich die andern seinen Ausführungen anschliessen". Comp. AG Eichenberger Beiträge 42: "Für die Streitgenossen soll also der Grundsatz, dass es einen Anwaltszwang nicht, gibt nicht gelten ? Wäre das der Wille des Gesetzes, so hätte ausdrücklich gesagt werden müssen, dass ein gemeinsamer Anwalt zu bestellen sei".
- 20) VD 77/2.
- 21) Par ex. FR 89/1.
Zimmermann ad 91 nm34.
- 22) MDR 1971 312.
SG Lutz ad a104 ch. 2. Schellhammer 677 nm1344, Zöller ad 61 nm8, Stein/Jonas ad 61 nm2.
- 23) ZG 20/1.
Lent ZPR 220: "Eine einheitliche Vertretung aller ist nicht vorgeschrieben, aber möglich und bei gemeinsamer Klage üblich".
- 24) BS 16-17.
Gottwald JA 1982 66: "Es steht ihnen...frei, gegenüber dem Gegner einheitlich, etwa durch einen gemeinsamen Prozessbevollmächtigten aufzutreten".
- 25) Il arrive qu'en cours de procédure, les consorts qui avaient un mandataire commun, prennent chacun un mandataire: JurBüro 1986 923, JurBüro 1979 266, JurBüro 1978 1394, MDR 1981 149, AnwBI 1988 73.
- 26) ZH ZR 67 1968 186 no51, ZR 3 1904 271 no164, LU Entsch. 1975 316 no258.
Comp. 11a LPA (RS 172.021): "Si plus de 20 personnes présentent des requêtes collectives ou individuelles pour défendre les mêmes intérêts, l'autorité peut exiger d'elles qu'elles choisissent, pour la même procédure, un ou plusieurs représentants. Si elles ne donnent pas suite à cette exigence dans un délai suffisant à cet effet, l'autorité leur désigne un ou plusieurs représentants".
- 27) SO RBOG 1958 91 no6, RBOG 1931 109 no9: "Die Vertretung der Streitgenossen durch besondere Anwälte bzw. Bevollmächtigte ist...nur eine Konsequenz des allgemein anerkannten Grundsatzes, dass jeder Streitgenosse für sich selber auftreten und seine Angriffs- und Verteidigungsmitteln selbständig und gesondert vorbringen kann". NJW 1990 2124, JurBüro 1988 1187, MDR 1984 852, MDR 1981 149, MDR 1971 312.

l'idée qu'ils doivent avoir les mêmes droits que s'ils avaient intenté des procès séparés (28). Le droit à un avocat individuel est donné même si les consorts ont le même intérêt dans le procès. Le consort qui mandate un avocat n'a ainsi pas à consulter son colitigant sur cette question. Ni le juge, ni l'adverse partie ne peuvent contraindre les consorts à constituer un mandataire commun, même si cela simplifie la procédure et diminue les frais (29).

Les *législateurs* zougais et valaisans obligent les consorts à constituer un mandataire commun. La disposition vise la consorité simple matérielle (30) active (31). Les cantons qui postulent une activité commune des consorts ont la même exigence (32). La contrainte y est alors indirecte. Elle est critiquée. On la rejette parce qu'elle impose aux consorts un mandataire qui peut ne pas correspondre aux vœux de chacun d'eux. On veut l'écarter d'autre part parce qu'elle viole le droit fédéral (33). On lui reproche enfin d'être trop rigide. Les tribunaux ont écarté le premier argument en affirmant que le plaideur qui entend être assisté du mandataire de son choix doit être prêt à en assumer les conséquences financières de sorte que le droit au libre choix du mandataire doit céder le pas devant le principe d'économie de procédure (34). Le second reproche n'est admissible que si le droit matériel confère aux consorts un droit individuel de se faire représenter. La critique semble plutôt viser la consorité nécessaire. La disposition est enfin jugée contraire au principe de l'indépendance des consorts (35) qui les autorise à faire valoir séparément leurs moyens d'attaque et de

Ovari 45, Geiger 49 et 65, Matti Streitgenossenschaft 95: "Da aber die gemeinsame Prozessführung am besten erreicht wird, wenn die Streitgenossen einen gemeinsamen Anwalt bestellen, so darf der Richter zweifellos durch Verweigerung des vollständigen Kostenersatzes...eine durch mehrere Prozessbevollmächtigte bewirkte unnötige Weiterung ahnden". ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm12, Sträuli/Hauser ad a39 ch. 2, BE Leuch ad 39 ch. 1, FR Deschenaux/Castella 68, SG Lutz ad a104 ch. 2, TG Böckli ad 30 ch. 1, Thomas/Putzo ad 61 ch. 4, Baumbach/Lauterbach ad 61 2B, Zöller ad 61 nm2 et 8, Schlosser 232 nm271, Schilken 375 nm668, Schellhammer 677 nm1344, Stein/Jonas ad 61 nm2, Zimmermann ad 61 nm2.

- 28) ZH ZR 3 1904 271 no164, MDR 1981 149: "Zwar entspringt dem Prozessrechtsverhältnis die Pflicht jeder Partei, die Kosten im Rahmen des Verständigen möglichst niedrig zu halten. Diese Pflicht geht aber nicht so weit, auf die Beteiligung an einer Klage verzichten zu müssen, nur weil der Streitgenosse denselben Anspruch wie andere Streitgenossen hat...Eine gegenseitige Auffassung würde verkennen, dass jeder Streitgenosse für sich in Anspruch nehmen kann, mit dem Anwalt seines Vertrauens den Rechtsstreit erfolgversprechender zu führen, als ein anderer Streitgenosse mit dem Anwalt seiner Wahl". MDR 1971 312.
- 29) Geiger 65, Guldener ZPR 304, Schilken 376 nm670: "In der Praxis...ist die Vertretung durch einen gemeinsamen Prozessbevollmächtigten wohl eher die Regel, die dann auch meist einen einheitlichen schriftlichen und mündlichen Sachvortrag nebst Beweisbeiträgen und sonstigen Anträgen zur Folge hat".
- 30) Et la consorité nécessaire. ZG 20/1, VS 38.
- 31) VS RVJ 1987 302, 308: "Der Anwendungsbereich von 38 ZPO ist...sehr eng und bezieht sich namentlich nicht auf beklagte einfache Streitgenossen, zumal deren Interessen durchaus entgegengesetzt sein können". RVJ 1977 32, 38, RVJ 1971 171.
- 32) BE 39/3, JU 38/3, AG 55, LU Entsch. 1975 316 no258.
- 33) Ainsi VD Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 259.
- 34) LU Entsch. 1975 316 no258, 318: "Die...Vorschrift erklärt jeden Bürger als berechtigt, seine Rechtsachen entweder selber zu verfechten oder durch andere verfechten zu lassen. Dieses Recht ist auch dann gewährleistet, wenn unökonomische Prozessführung die Belastung mit daraus entstehenden Mehrkosten nach sich zieht, ganz abgesehen davon, dass sich die vertragliche Vertretung nach Massgabe "eidgenössischer oder kantonaler Gesetze zu richten hat". Comp. MDR 1979 676: "Missbräuchliche Bestellung mehrerer Anwälte", MDR 1978 849.
- 35) Walder ZPR 157, Flepp 93: "Die herrschende Ansicht ist heute die, dass die Streitgenossen nicht genötigt werden sollen, einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen. Dies gilt für alle Arten von Streitgenossen...die Parteien dürfen nicht durch Vorschriften, die ihren Interessen unter Umständen widerlaufen, von der Bildung einer Streitgenossenschaft abgehalten werden". ZH Sträuli/Hauser ad a39 ch. 2, BE Leuch ad 39 ch. 1.

défense (36). Aussi la *jurisprudence* a-t-elle été amenée pour ces raisons à relativiser le principe. Les tribunaux reconnaissent que la désignation d'un mandataire commun ne peut être exigée dans des situations qui par leur nature conduisent les consorts à faire valoir des points de vue différents (37). Les consorts ne sauraient ainsi être contraints à constituer le même conseil lorsque leurs rapports internes font l'objet du procès, lorsque les consorts ne formulent pas les mêmes conclusions, principales, voire subsidiaires ou encore lorsque l'un seul d'entre eux seulement entend soulever une exception (38). L'obligation de constituer un mandataire commun viole l'ordre public dans les cas précités, car elle contraint le mandataire à servir des intérêts contradictoires (39). Même expresse, la règle est ainsi sans application dans ces hypothèses (40).

Les consorts ont dans les cantons de Soleure et du Valais l'obligation de constituer un mandataire commun lorsqu'ils n'arrivent *pas* à se mettre d'accord sur la conduite à tenir dans le procès (41). Il semble que le législateur cantonal ait voulu introduire une règle analogue à l'article 602/3 CC qui prévoit la nomination d'un représentant des héritiers (42). Les deux règles diffèrent par leur objet mais également par le fait que le représentant des héritiers est nommé par l'autorité, alors que celui des consorts est désigné par les consorts eux-mêmes (43). L'obligation de constituer un mandataire commun lorsqu'il y a divergence sur la conduite du procès doit être rejetée. On voit en effet mal comment les consorts arriveraient à se mettre d'accord sur la personne du représentant alors qu'ils ne le sont pas sur la stratégie à suivre. Comprise a contrario, l'obligation précitée permettrait aux consorts de constituer individuellement le mandataire de leur choix lorsqu'ils *s'accordent* sur la conduite à suivre, ce qui est illogique et contraire à l'économie de procédure.

La désignation du mandataire commun doit se faire dans l'acte introductif d'instance pour les demandeurs et, pour les défendeurs, dans le premier acte de procédure (44). Les consorts qui - *sans motif valable* (45) - négligent de la faire sont

- 36) SO RBOG 1931 109 no9.
- 37) SO RBOG 1931 108 no9.
- 38) LU Entsch. 1975 316 no258, SO RBOG 1960 85 no6.
BE Leuch ad 39 ch. 2.
- 39) Geiger 65 n. 64: "Eine gemeinsame Vertretung ist natürlich...ausgeschlossen, als gegenseitige Prozesse der Streitgenossen von ihr betroffen würde" et n. 65.
- 40) ATF 43 II 369/IT 1918 228.
SO RBOG 1960 85 no6, RBOG 1958 91 no6, RBOG 1931 108 no9.
VS RVJ 1981 325, 328: "...Les articles 65ss ont toujours été interprétés comme donnant droit à toute partie de choisir son propre avocat, différent de celui choisi par d'autres consorts, surtout lorsque comme en l'espèce, l'argumentation de chaque codéfendeur consiste à soutenir en fait et en droit que l'autre doit couvrir le dommage subi par le demandeur...". RVJ 1977 32: "S'agissant de consorts simples et de demandes en soi indépendantes, avec moyens éventuellement propres, l'art. 38 CPC ne trouve pas application". RTC 1936 23: "Lorsque malgré la demande formulée, la responsabilité solidaire des défendeurs est exclue, il ne peut être question pour eux de consorts au procès. En conséquence, chacun d'eux est en droit de constituer un avocat pour la sauvegarde de ses intérêts...Ne sont pas consorts au procès dans le sens de l'article 37 les parties qui n'ont pas entre elles une communauté de droits et d'obligations, chacune d'elles exerçant somme toute une action personnelle pour la sauvegarde de sa propriété. Dès lors l'article 38 CPC et la jurisprudence selon laquelle les consorts n'ont droit d'être assistés que par un seul avocat n'est pas applicable".
ZH Striuli/Messmer ad 40 nm12.
- 41) SO RBOG 1931 109 no9, VS Exposé des motifs RVJ 1971 171.
- 42) La règle tirée du code civil a trait à la consoulté nécessaire. Le législateur cantonal ne fait pas cette restriction.
- 43) Le code solcoirois de 1839 le disait clairement en son article 12, disposition reprise en 1891, art. 11: "Wenn Streitgenossen unter sich...nicht übereinkommen, wie der Prozess geführt werden soll, so haben sie zur Führung desselben einen Bevollmächtigten zu bestellen."

passibles des frais occasionnés par leur omission quel que soit le sort du procès (46): "Il s'agit...des frais frustratoires que représente l'établissement en nombre supérieur d'exemplaires, des mémoires, exploits, copies de pièces...et les frais de port supplémentaire qu'entraîne chaque notification" (47). La jurisprudence les tient pour des plaideurs de mauvaise foi (48) et n'accorde, lorsqu'ils ont obtenu gain de cause, le remboursement des dépens que d'un seul avocat, les consorts devant supporter les honoraires des avocats supplémentaires (49).

Les pouvoirs du mandataire commun valent pour tous les actes de la procédure (50). Ses actes sont imputables aux consorts.

Le mandataire commun doit suivre les instructions des consorts qu'il représente. En vertu du principe de l'indépendance des consorts qui prévaut même s'ils sont représentés par le même conseil, il peut être amené à procéder de manière différente (51). Il peut exposer les faits personnels à chaque consort, mais ne saurait admettre pour l'un d'eux des faits *communs* aux consorts et les contester pour un autre.

S'il est lui-même consort, le mandataire doit mettre en évidence les actes qu'il accomplit comme représentant et ceux qu'il effectue comme partie au procès (52). *S'il est consort intervenant*, il conviendra de distinguer soigneusement les actes effectués en l'une et l'autre qualités (53).

Le mandataire commun peut être tenu de justifier ses pouvoirs. Il ne peut agir au nom de mandants indéterminés (54). Sa procuration peut être tacite. Ainsi peut-on inférer du fait qu'il a en mains le dossier de la cause (55) ou que ses clients comparaissent avec lui qu'il est habilité à représenter tous les consorts.

Können sie sich auch darüber nicht verständigen, so wählt der Amtsgerichtspräsident den Bevollmächtigten aus der Zahl der beeidigten Führsprecher".

- 44) ZG 20: A défaut, le juge désigne un des consorts, VS 38/2, VS RTC 1944 18.
- 45) VS RVJ 1977 32, 38.
- 46) Expressis verbis LU 63/3, VS 38/3.
BE Leuch ad 39 ch. 1, ad 58 ch. 4 et 66 ch. 2.
- 47) VS RVJ 1977 32, 37-38.
- 48) ZH ZR 67 1968 186 no51.
- 49) LU Entsch. 1975 316 no258, JurBüro 1985 1876; rechtsmissbrauch, wenn Aufspaltung sachlich nicht gerechtfertigt, JurBüro 1988 762, AnwBl 1981 70, MDR 1980 324.
- 50) VS 38.
- 51) Geiger 66.
Contra: Ovari 46: "Der gemeinsame Vertreter darf sich nicht in Bezug auf die einzelnen Streitgenossen verschiedenartig verhalten. Er darf nicht für einen Streitgenossen eine Tatsache zugestehen und sie in Bezug auf den andern bestreiten, oder für einen Streitgenossen eine Wissenserklärung abgeben, während er sich in Bezug auf den anderen anders verhalten will".
- 52) ¹Geiger 66, Stein/Jonas ad 61 nm1: "Ist der eine Streitgenosse zugleich Vertreter des anderen, so hängt die Wirkung seiner Handlungen für beide davon ab, dass er sie in dieser doppelten Eigenschaft vornimmt", Zimmermann ad 61 nm1.
- 53) Ovari 46 n. 2.
- 54) Par exemple des héritiers inconnus ATF 79 II 113/JT 1954 I 5 c. 3.
GE SJ 1979 12: le mandataire ne saurait représenter des personnes désignées uniquement par des numéros de compte bancaire ("Cause no 135.340 et 6 autres titulaires de comptes bancaires à numéros contre Banque de financement Genève Finabank").
OJF Poudret/Sandoz ad 29 ch. 2. 1, ZH Sträuli/Messmer ad 29 nm5.
- 55) VS RVJ 1987 330, 336, VS RVJ 1977 32, 38, RVJ 1967 170.

§2. Le mandataire ad significationem

Lorsqu'il y a consorité, le législateur exige par économie de procédure (56), pour assurer un dies a quo identique pour les délais ainsi que pour protéger les consorts contre une notification irrégulière (57), la désignation d'une personne chargée de recevoir toutes les communications, citations et notifications (58).

L'article 53/2 de la loi fédérale provisoire sur la procédure à suivre par devant le Tribunal fédéral en matière civile du 11 novembre 1850 (59), auquel renvoyait l'article 85 de la loi d'organisation judiciaire du 22 mars 1893 (60), prévoyait cette obligation. L'article 24 al. 2 PCF n'a pas repris la règle (61).

La désignation d'un mandataire ad significationem, expresse dans de nombreux cantons, est implicite dans d'autres, le législateur ne l'ayant plus jugée suffisamment importante pour la maintenir dans la nouvelle loi de procédure (62).

ZH 42	NW	BL 63/2	AG 55	GE
BE 39/3	GL	SH	TG	JU 38/3
LU 63/1	ZG 20/1	AR	TI	
UR	FR 89/2	AI	VD	
SZ	SO	SG	VS	
OW	BS	GR	NE 28/3	

Obligatoire (63), la désignation d'un mandataire ad significationem est exigée quelle que soit la forme de la consorité (64).

Elle n'implique jamais la constitution d'un mandataire ad litem commun (65) et pour des raisons évidentes, ne trouve pas application lorsque les consorts ont constitué le même avocat, car ce dernier a simultanément qualité de mandataire ad

- 56) Geiger 67.
Rechberger/Simotta 202 nm508: "Eine solche Anordnung ist zu treffen, wenn daraus eine Verfahrensvereinfachung oder Beschleunigung zu erwarten ist".
Pour Holzhammer 120, 145, la mesure permet de fixer un délai uniforme et un dies a quo identique pour les consorts. Critique de Geiger 67 n. 7: "Diese Argumentation entbehrt einer triftigen Grundlage, denn die gleichzeitige Zustellung der Schriftstücke kann ohne weiteres auch auf andere Weise erreicht werden. Des Insinuationsmandatar bedarf ist hierzu nicht".
- 57) Holzhammer Parteienhäufung 118.
- 58) Zustellungsbevollmächtigter, Insinuationsmandatar, Zustellungsempfänger.
- 59) Rec. off. 1851 73ss, 85.
- 60) ROLF vol. XIII 1893 457ss, 482.
- 61) Poudret/Sandoz COJ ad 29 ch. 6. 3: "Bien que ni l'OJ, ni la PCF ne comportent de disposition en ce sens, il serait raisonnable d'appliquer le principe, consacré notamment par le §42 ZH...selon lequel l'autorité peut désigner l'un des consorts pour recevoir les notifications qui leur sont destinées, aussi longtemps qu'ils n'ont pas désigné un mandataire commun...".
- 62) Projet soleroids du 16 avril 1948, art. 40/4 qui n'a pas été retenu dans le code actuel. TI a46/3, SZ a73/1, a22/2, NW a21/4.
La règle neuchâtelaise date de 1848, Projet Jacottet, art. 49.
- 63) BE 39/3, LU 63/1, FR 89/2, AG 55, NE n28/3, JU 38/3.
Holzhammer Parteienhäufung 118. Comp. Fasching ZPR 193 nm377: "Ist eine Prozesshandlung von oder gegen mehrere Personen vorzunehmen, die keinen gemeinsamen Vertreter haben, kann (im Fall des §97/3 ZPO muss) das Gericht den Auftrag erteilen, einen gemeinsamen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen. Dieser Auftrag hat zu unterbleiben oder ist, falls schon erteilt, aufzuheben, wenn die Streitigen glaubhaft machen, dass sie ein rechtliches Interesse daran haben, nicht gemeinsam vertreten zu werden".
- 64) FR 89/2: "Dans tous les cas...".
ZH Sträuli/Messmer ad 42, AG Eichenberger ad 55, Geiger 134, Rechberger/Simotta 74 nm137, Holzhammer ZPR II 82.
- 65) ATF 43 II 366/JT 1918 I 226.

significationem (66). Elle s'impose en revanche lorsque les consorts ont chacun un mandataire ad litem (67).

La désignation du mandataire ad significationem peut (68) être le fait du juge (69) lui-même dans une décision non susceptible de recours dans le canton de Zurich (70) et qui n'est effective que lorsque les consorts en ont eu connaissance (71). Le juge doit entendre toutes les parties avant de statuer. Il ne saurait, lorsqu'un consort donne suite à une citation qui lui est destinée mais qui a été irrégulièrement adressée à un autre consort, admettre, sans l'accord expresse du premier, que le second est le mandataire ad significationem (72).

La désignation qui doit être communiquée à leur adversaire (73) est le plus souvent le fait des consorts eux-mêmes (74) dans leur premier acte de procédure (75). Les commentateurs Sträuli et Messmer jugent souhaitable qu'elle ait lieu avant que le juge conciliateur ait rédigé l'autorisation de citer (76). La notification des actes est personnelle aussi longtemps que les consorts n'y ont pas procédé (77). L'inaction des consorts est assimilée au défaut dans le canton de Bâle-Campagne (78). Dans le canton d'Argovie en revanche, le juge y supplée en désignant l'un d'eux (79). Dans d'autres cantons encore, la règle imposant constitution d'un mandataire ad significationem est considérée comme une prescription d'ordre de sorte que la carence ne peut être sanctionnée. Tout au plus le juge peut-il conférer un second délai pour procéder à cette formalité (80). En droit autrichien, le juge y procède aux frais des consorts (81).

-
- 66) Geiger 68, Flepp 93, Matti Streitgenossenschaft 94, BE Leuch ad 39 ch. 4, AG Keller/Pfisterer ad a96 ch. 3; *Rio Kamber*, Das Zustellungswesen im schweizerischen Zivilprozessrecht, Thèse Zurich 1957, 77, Holzhammer ZPR II 82.
- 67) ATF 43 II 369/JT 1918 I 226, ZH ZR 19 1920 334 no185, ZH ZR 3 1904 271 no164, LU Entsch. 1975 316 no258.
ZH Sträuli/Messmer ad 42, FR Deschenaux/Castella 68.
- 68) "Kannvorschrift", ZH 42, AG 55. Sous l'ancien code zurichois, c'était une obligation pour le juge.
- 69) Le président. ZH GVG 122.
- 70) ZH Sträuli/Messmer ad 42.
Et en droit autrichien: Holzhammer Pandeinhäufung 118.
- 71) ZH RBOG 1877 74,
Geiger 67, ZH Sträuli/Hauser ad a130 ch. 3; *Rio Kamber*, Das Zustellungswesen im schweizerischen Prozessrecht, Thèse Zurich 1957, 77.
- 72) ZH RBOG 1967 246 no21.
- 73) BE 39/3.
- 74) AG 55.
- 75) LU 63/1, ZG 20/1.
- 76) ZH Sträuli/Messmer ad 100 nm2.
- 77) BE Leuch ad 39 ch. 4; *Rio Kamber*, Das Zustellungswesen im schweizerischen Prozessrecht, Thèse Zurich 1957, 77.
SG Gerichtsgesetz, 2.4.87 (RS 941.1), art. 74/3: "Bezeichnen Streitgenossen...keine gemeinsame Zustelladresse, so kann der Richter die Zustellung an einem Beteiligten zuhanden der übrigen oder auf Begehren Einzelzustellung verfügen".
- 78) BL 63/2: "Streitgenossen müssen einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten...bezeichnen, welchem alle Ladungen und sonstige Mitteilungen gültig zugestellt werden können, alles dies bei Vermeidung der Folgen des unentschuldigtem Ausbleibens im Unterlassungsfalle".
- 79) AG 55: "Kommen sie dieser Aufforderung nicht nach, bezeichnet er einen von ihnen als Zustellungsempfänger".
- 80) Gysler 11, AG Keller/Pfisterer ad a96 ch. 4.
- 81) AZPO 97: "Ist eine Prozesshandlung durch oder gegen mehrere Personen vorzunehmen, die keinen gemeinschaftlichen Vertreter oder Zustellungsbevollmächtigten haben, so kann ihnen

Le mandataire ad significationem doit avoir son domicile dans le canton dans le ressort judiciaire où la cause est pendante (82). Lorsque la désignation est le fait du juge, il ne peut être qu'un consort (83) et ne peut transférer le mandat à un tiers (84). Lorsque la désignation est le fait des consorts, il peut être un tiers (85) et est en droit de transférer le mandat à autrui (86).

La représentation ad significationem est limitée à la réception d'actes judiciaires (87) à l'exception des jugements dont chaque consort reçoit un exemplaire aux frais de la cause commune (88). Elle n'empêche pas les consorts de réclamer en tout temps une notification personnelle (89) qui est nulle aussi longtemps qu'ils ne l'ont pas réclamée (90).

Le représentant ad significationem ne peut accomplir des actes de procédure que si les consorts lui ont donné procuration à cet effet (91). Il ne peut déléguer ses pouvoirs, pas même à son propre mandataire (92) et le juge ne peut lui confier une autre tâche ou conférer la charge à une autre personne que s'il en informe toutes les parties (93).

das Gericht auf Antrag des Gegners oder von Amtes wegen auftragen einen von ihnen oder einen Dritten als gemeinschaftlichen Zustellungsbevollmächtigten namhaft zu machen. Wird dieser Auftrag nicht befolgt, so hat das Gericht ihnen auf Antrag des Gegners oder von Amtes wegen auf ihre Gefahr und Kosten einen gemeinschaftlichen Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen. Das Gericht hat eine solche Anordnung dann zu treffen, wenn zu erwarten ist, dass dadurch das Verfahren vereinfacht oder beschleunigt wird. Es hat sie zu unterlassen, zu ändern oder aufzuheben, wenn erkennbar ist oder diese Personen glaubhaft machen, dass sie ein rechtliches Interesse daran haben, nicht gemeinsam vertreten zu werden". Fasching ZPR 193 nm377.

- 82) BE 39/3. NE n28/3. Si la cause est pendante devant le Tribunal cantonal, cela peut être dans n'importe quel district.
- 83) "Einen von ihnen" ZH 42, AG 55.
- 84) Geiger 67, ZH Sträuli/Hauser ad a130 ch. 2.
- 85) Geiger 67.
- 86) Geiger 67.
- 87) ZH RBOG 1978 310 no15: "Die Zustellung an den Zustellungsempfänger erfolgt mit Wirkung für die Prozesspartei". RBOG 1877 74. Geiger 68, ZH Sträuli/Messmer ad 42, Hauser/Hauser GVG ad 191 ch. 1.
- 88) GL 33/3: "In allen diesen Fällen ist jeder einzelnen der am vereinheitlichten Prozesse beteiligten Personen auf ihr Begehren eine Urteilsausfertigung auf Kosten der Prozessrechnung auszuhändigen". ZH ZR 3 1904 169 no102.
Geiger 49, ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm12, Sträuli/Hauser ad a39 ch. 2, Hauser/Hauser GVG ad 199 ch. 4, SG Lutz ad a104 ch. 2.
- 89) ZH 42.
Pour Edelmann 79, la désignation du mandataire ad significationem est contraire au droit fédéral. La notification faisant courir des délais importants pour chaque consort, il faut selon cet auteur les autoriser à demander une notification personnelle. H. Walder 157 n. 18 estime que la désignation du mandataire ad significationem est contraire au principe de l'indépendance des consorts et partant inadmissible. Pour Sträuli/Messmer ad 42 nm1 et Edelmann 79, le droit zurichois autorise les consorts à réclamer une notification personnelle de sorte que leur indépendance est préservée.
- 90) La sanction s'explique selon Holzhammer Parteienhäufung 118 par le fait que les actes judiciaires ne sont jamais notifiés directement à un consort.
- 91) ZH RBOG 1887 74.
Geiger 68, ZH Sträuli/Hauser ad 130 ch. 2, Hauser/Hauser ad 191 GVG ch. 1.
- 92) ZH Sträuli/Hauser ad 130 ch. 2.
- 93) ZH Sträuli/Hauser ad 130 ch. 3.

Lorsque les consorts ont un représentant ad significationem, le tribunal adresse les communications, citations et notifications à ce dernier (94).

Lorsque les consorts n'ont ni représentant ad significationem, ni représentant ad litem, les citations sont adressées à chacun d'eux (95) même s'ils ont le même domicile (96). Le tribunal qui a notifié l'acte à un consort ne saurait lui remettre le soin d'aviser les autres (97), ni présumer que tous les consorts l'ont reçu (98) pour le double motif que la notification n'a d'effet que pour le consort qu'elle concerne (99) et que la communication privée d'un consort à un autre ne remplace pas la notification régulière de l'acte par l'autorité et ne fait notamment pas courir le délai de recours (100). Le juge ne peut de même pas opposer à un consort le fait d'avoir eu fortuitement connaissance de l'acte notifié par erreur à un autre consort, car l'acte ne lui a pas été notifié dans les formes légales (101). Il y a présomption de non-signification dont le consort peut se prévaloir sans que l'on puisse lui opposer un abus de droit (102). La règle comporte une exception. Le consort qui se comporte et agit comme si la notification avait été régulière est déchu du droit de se prévaloir de l'irrégularité. Le fait qu'il donne suite à l'acte judiciaire que lui a transmis son consort n'autorise pas le juge à déduire que le premier a tacitement désigné le second comme son représentant ad significationem (103).

Lorsque les consorts n'ont pas de représentant ad significationem, mais chacun un mandataire, le tribunal doit notifier les actes à tous les avocats constitués (104).

94) AZPO 99: "...der gemeinschaftliche Zustellungsbevollmächtigte hat, wenn nicht durch Vereinbarung etwas anderes bestimmt ist, unverzüglich den Personen, für welche er die Zustellung übernommen hat, Einsicht in die empfangenen Schriftstücke zu gewähren und die Herstellung von Abschriften davon zu ermöglichen".

95) TI 121 lit. f.: "Gli atti giudiziari sono notificati...nel caso di una comunione o di un litisconsorzio al loro rappresentante quando ne consti l'esistenza, o singolarmente ad ogni membro". TI 124/5: Forma della notificazione: Riservati i casi in cui procedono congiuntamente, ai litisconsorti, il giudice intima gli atti di causa contemporaneamente". VS RTC 1930 19: "Dans un litige où les défendeurs consorts au procès se trouvaient être au nombre de 101, le demandeur a porté en compte de frais soit pour exploits de conciliation soit pour mémoire introductif d'instance autant de doubles qu'il y avait d'intéressés. Cette manière de faire est admise par le motif que le recourant a établi avoir renté préalablement d'obtenir des intimés qu'ils désignent des représentants pour recevoir la notification et que ceux-ci n'ont donné aucune suite à cette demande". BE Leuch ad 39 ch. 4. Baumbach/Lauterbach ad 61 3A.

96) Siese 353.

97) Moreau 7. La pratique concède une exception lorsque certains consorts sont inconnus. VD JT 1963 III 34: la communauté héréditaire ne constituant pas une personne morale, il faut désigner nommément tous les héritiers pour autant qu'ils soient connus. Dans le cas contraire, il suffit des désigner comme héritiers légaux inconnus du défunt et leur notifier un exploit par remise à l'un des héritiers connus à charge de communication à ses indivis, soit par remise au juge de paix à l'intention d'un curateur à désigner.

98) Comp. LU Entsch. 1952 93 no125. Pour l'action en paternité: Hegnauer ad 261 nm61: "Im Prozess des Kindes ist die Mitteilung an die Mutter, der die elterliche Gewalt nicht zusteht unwirksam...Aber auch wenn die Mutter elterliche Gewalt hat, sind die Mitteilungen für das klagende Kind an dessen Beistand gemäss Art. 309 ZGB zu richten".

99) Thomas/Putzo ad 61 ch. 6 d.

100) TFSJ 1982 303.

101) TFSJ 1982 303, ATF 103 III 117/SJ 1978 552.

102) TFSJ 1982 303.

103) ZH RBOG 1967 246 no21: "Aus dem Umstand, dass ein Beklagter einer rechtungsgültig an die Adresse eines Mitbeklagten zugestellten Vorladung zur mündlichen Verhandlung widerspruchslos Folge leistet, darf nicht geschlossen werden, dass er den Mitbeklagten auch für die Zukunft als Zustellungsbevollmächtigten anerkenne, solange dies nicht durch Befragung klargestellt ist".

104) Flepp 93. Baumbach/Lauterbach ad 189 1B.

Lorsque les consorts ont un mandataire commun, le tribunal lui adresse les notifications, à charge pour lui d'en informer ses clients (105).

Le représentant ad significationem reçoit autant d'actes à notifier que de consorts (106). Le mandataire commun (107) et le consort qui représente un autre consort (108) ne reçoivent qu'un seul exemplaire.

Le dépôt d'un nombre suffisant d'exemplaires n'est pas prescrit à peine de nullité (109). Lorsqu'il manque des exemplaires, le greffe du tribunal impartit dans de nombreux cantons aux intéressés un délai (110) pour les produire ou pour avancer les frais de copies (111). Le mémoire déposé en nombre insuffisant est réputé non avenu (112) ou non déposé (113). L'acte est éliminé du dossier ou n'est pas pris en considération (114). La sanction est disproportionnée et entraîne des tracasseries inutiles (115). Elle est constitutive de formalisme excessif (116) et ne saurait conduire à l'irrecevabilité de l'acte. La cour d'appel tessinoise se charge pour ces motifs de réparer l'omission, mais inflige les frais de l'opération au plaideur négligent en lui

-
- 105) Baumbach/Lauterbach ad 61 3A, ad 189 1A, Stein/Jonas ad 61 nm8, Zöller ad 61 nm2, ad 189 nm1.
- 106) ZH Kreisschreiben des Obergerichtes vom 1.4.1940 über die Zahl der Ausfertigungen von Rekurschriften, RBOG 1940 111.
BE 124, UR 132/1, NW 103/2, ZG 83/3, FR 16/2, SO 70, BS 42, AG 135/4, TG 138/2, TI 116, TI 309/1, TI 313, VS 91/2, 146, 275, NE n85/2, GE 300/2.
Geiger 68, Matti Streitgenossenschaft 94, Zöller ad 189 nm3.
- 107) PCF 20, FR 16/2, AR 134/4, VD 16/1, NE n85/2, DZPO 189/1.
Geiger 68, BE Leuch ad 124 ch. 2, Matti Streitgenossenschaft 94, Baumbach/Lauterbach ad 61 3A, Stein/Jonas ad 61 nm8.
- 108) Der Deutsche Rechtspfleger 1973 416.
Baumbach/Lauterbach ad 61 3A, ad 189 1A.
- 109) GE Bertossa ad 300 nm10.
- 110) OJF 30, VD 16/2, TI 116/2.
- 111) FR 16/3, GE Mermoud ad 58 LPC.
- 112) FR 16/3.
- 113) TI 116/2, VD 16/2.
- 114) OJF 30 (RO 1992 290).
Pour la procédure vaudoise, voir Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 16.
- 115) Dans le même sens déjà l'Obergericht de Zurich: Kreisschreiben, 1.4.1940, RBOG 1940 111-112: "...Bisher musste jeweils die Rekursinstanz den Rekurrenten auffordern, die fehlenden Exemplare nachzuliefern. Waren solche nicht vorhanden, so musste die Rekurschrift neu geschrieben werden. Das führte zu Verzögerungen und Weiterungen, die zweifellos vom Gesetzgeber nicht gewollt sind. Es muss vielmehr als im Sinne des Gesetzes liegend erachtet werden, dass der Partei, die als Rekurrent in Frage kommt, von vornherein aufgegeben wird, die Rekurschrift in der erforderlichen Anzahl von Ausfertigungen einzureichen. Demgemäss weisen wir Sie an, künftig im Dispositiv der Entscheide, gegen welche Rekurs erhoben werden kann, eine entsprechende Bestimmung aufzunehmen. Ist durch den Entscheid nur eine Partei beschwert und daher nur mit einem Rekurs von ihrer Seite zu rechnen, so empfiehlt sich folgende Formulierung: 'Ein Rekurs gegen diesen Beschluss kann unter Beilegung desselben sowie allfälliger Belege und unter Aufführung der Gründe binnen...Tagen von der schriftlichen Mitteilung an bei der...Kammer des Obergerichtes schriftlich in m-facher Ausfertigung eingereicht werden. Sind Kläger und Beklagte beschwert und rekursberechtigt, so wird zweckmässig folgende Formulierung gewählt: 'Ein Rekurs...schriftlich eingereicht werden, von den Klägern in m-facher, von den Beklagten in n-facher Ausfertigung'".
Poudret/Sandoz COJ ad 30 ch. 2: La fixation d'un délai supplémentaire entraîne une perte de temps hors de proportion avec celui nécessaire pour tirer des photocopies.
- 116) TI Rep 1946 81, GE Memorial 1977 3996.

facturant les photocopies (117). La récidive peut justifier une sanction disciplinaire (118).

Chaque exemplaire tient lieu d'original pour ceux à qui il est signifié et doit pour cette raison avoir la même teneur (119). Il ne suffit pas qu'il mentionne le seul plaideur à qui l'acte est destiné. La jurisprudence a admis des exceptions. Il a été jugé qu'étant donné que l'original énumérait les personnes assignées l'indication des noms de tous les défendeurs dans chaque exemplaire n'était pas formellement exigée par la loi dans la mesure où les défendeurs n'étaient pas des inconnus les uns pour les autres (120). A l'ère des photocopies et de l'informatique, la jurisprudence précitée qui date de 1912 n'a plus l'importance qu'elle avait à l'époque. Lorsque les actes comportent des différences et ne sont pas conformes les uns par rapport aux autres, l'acte "transmis à la partie adverse fait règle" (121). Lorsqu'il y a plusieurs défendeurs, il faut considérer que le tribunal ne peut apprécier le mérite de l'argumentation du récipiendaire qu'au vu de l'exemplaire qu'il a reçu et en tenant compte du principe de la confiance.

117) TI Rep. 1946 81.

118) Poudret/Sandoz COJ ad 30 ch. 1.5.

119) VD JT 1961 III 45; Demande déposée en deux exemplaires dont l'un conservé au greffe portant la signature du conseil des deux demandeurs, l'autre notifié au défendeur ne portant aucune signature.
VS Fux 103: "...in soviel gleichlautenden Ausfertigungen...".

120) GE SJ 1912 397.

121) VD 16/3.

CHAPITRE 3. LA CONCILIATION

La conciliation en cas de consorité fait l'objet de règles particulières. Elle est suivant les cantons expressément prescrite (1) ou exclue (2) selon les cas.

La conciliation est tentée au for déterminé par les règles générales dans les relations intercantionales (3), au for de la consorité passive au plan intracantonal (4). Elle débute en principe par le dépôt d'un exploit unique, mentionnant tous les consorts (5) et les conclusions (6). Rien n'empêche toutefois les demandeurs de citer séparément et d'agir ultérieurement de concert (7). Le demandeur unique peut de même notifier ou faire notifier autant de citations qu'il a d'adversaires à charge par lui ou par le tribunal de les réunir ultérieurement (8).

Lorsqu'il y a consorité au stade de la conciliation, il n'y a en principe qu'une audience (9). Des séances séparées peuvent toutefois avoir lieu (10) qui n'affectent pas la validité de la conciliation pour peu qu'elle ait été tentée pour chaque consort (11). Les consorts comparaissent personnellement (12). La règle est tempérée par l'admission de la représentation (13) et par celle d'une dispense pour des motifs d'empêchement valables (14). Le consort ni présent, ni représenté supporte les frais de sa non-comparution (15). Son absence ne constitue pas renonciation à l'exception

- 1) Par exemple: VD 128.
- 2) La conciliation est exclue pour les actions en paternité: ZH 196 ch. 3, NW 20 ch. 8, ZG 70/3 ch. 2, FR 142 lit. a, AG 136 lit. a. L'intervenant principal est dispensé de la conciliation: ZG 22.
La conciliation est exclue de manière générale lorsqu'il y a consorité dans le canton de Soleure (SO 117 lit. a: "Eine Aussöhnungsverhandlung vor dem Friedensrichter findet nicht statt bei einer Streitgenossenschaft") au motif semble-t-il que les consorts ne sont pas domiciliés dans la même commune: *Michael Beglinger*, Der Friedensrichter im solothurnischen Recht, Thèse Bâle 1985, 77 n. 35. La dispense n'a pas de raison d'être. Si l'existence de la consorité complique la procédure, le juge conciliateur peut disjoindre les causes. Dans le même sens: *Peter Schnyder*, Der Friedensrichter im schweizerischen Zivilprozessrecht, Thèse Zurich 1985, 114.
- 3) FR 144.
- 4) *Hans Schibli*, Ueber den Friedensrichter nach aargauischem Recht, Thèse Zurich 1973, 93. Voir Quatrième partie, Titre I.
- 5) BE RJB 42 1906 218 no7: "Zum Aussöhnungsversuch sind sämtliche Beklagte, auch wenn sie solidarisch haften, vorzuladen".
AG Schibli 110-111, Eichenberger Beiträge 37, Keller/Pfisterer ad a24 ch. 2.
- 6) VD 130/1.
- 7) Pour un exemple: GR PKG 1957 21 no3.
- 8) TG Bockli ad a29 ch. 4.
- 9) TG Bockli ad a29 ch. 4.
- 10) *Hans Mahnig*, Der Friedensrichter im luzernischen Recht, Thèse Berne 1959, 30.
- 11) La conciliation tentée par ou contre quelques-uns est dans certains cantons considérée comme nulle au motif que les consorts doivent procéder en commun: AG VJS 1925 129 no38, BE RJB 45 1909 434 no29, BE Leuch ad 161 ch. 2, SG Lutz ad a104 ch. 1, AG Keller/Pfisterer ad a106 ch. 11, Schibli 110. La sanction est à notre avis contraire à la loi, car l'obligation de procéder en commun n'est qu'une prescription d'ordre: Flepp 89, Ovari 54, Geiger 53, Gysler 10, ZH Sträuli/Hausser ad a39 ch. 3.
- 12) AG VJS 1925 129 no38.
- 13) Comp. SH CPC 1869 178 ch. 5: "Vor Friedensrichteramt haben die Parteien persönlich zu erscheinen. Stellvertretung findet nur ausnahmsweise durch...Bevollmächtigte statt, in Sachen von Streitgenossen durch einen Streitgenossen".
VD JT 1979 III 71.
- 14) Par ex. ZH 31/1, FR 147.

d'incompétence (16) et n'anéantit pas l'interruption de prescription provoquée par le dépôt de la citation (17). Le défaut de demandeurs est susceptible de relief (18). Le défaut de défendeurs équivaut à l'échec de la conciliation.

La conciliation qui aboutit pour tous les consorts est inscrite au procès-verbal, signé par les parties et le juge (19).

En cas d'échec de la conciliation, le juge établit l'acte de non conciliation et signe l'autorisation de citer (20). Lorsque la conciliation a échoué pour tous les consorts, le juge établit un document unique (21) ou délivre autant d'actes qu'il y a de consorts (22). L'autorisation de citer doit mentionner tous les consorts même lorsqu'elle est délivrée individuellement (23). Lorsque la conciliation a échoué pour partie des consorts seulement, le juge ne délivre une autorisation de citer qu'à ces derniers (24).

De l'échec de la conciliation, le demandeur dispose d'un délai pour agir (25). La conciliation tentée conjointement n'empêche pas une inchoation séparée. Le dépôt de mémoires distincts n'affecte pas la validité de la conciliation qui ne doit pas être réitérée (26). Il en va de même lorsque, après inchoation commune, le juge prononce la division de causes (27) ou rejette la demande d'un consort. Des tentatives de conciliation séparées n'excluent pas la consorité ultérieure. Elles ne font pas obstacle à une inchoation commune et n'empêchent pas le juge de joindre les causes (28). La consorité subséquente est toutefois subordonnée à l'existence d'autant d'autorisations de citer que de consorts (29).

VS RVJ 1987 302: "Signification de l'obligation de comparaître personnellement en cas de consorité simple". L'arrêt concerne le débat préliminaire en procédure accotée, mais nous paraît applicable à la conciliation.

- 15) SG Lutz ad a104 ch. 1: "Bleibt am Vermittlungsvorstand...ein Streitgenosse aus, so ist auf seine Kosten zu peremptorisieren".
- 16) ATF 52 I 131, 134.
- 17) *Charles Rathgeb*, L'action en justice et l'interruption de la prescription, Mélanges François Guisan, Lausanne 1950, 233ss, 263-264.
- 18) VD JT 1979 III 71. Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 135/2 et /3.
- 19) Par ex. AG 143/4, VD 131, VS 131/3.
- 20) Weisung, Klagebewilligung, Leitschein, Akzessschein.
- 21) TG Böckli ad a29 ch.4.
- 22) VD JT 1979 III 71.
- 23) VD JT 1979 III 71, 74: Le juge ne saurait établir un acte de non conciliation à "la partie instante".
Le contenu de l'autorisation de citer ne supplée pas aux omissions du mémoire de demande: AG VJS 1914 62 no37.
- 24) Schnyder 114.
- 25) De 1 mois (VD 137, GE 64/3) à 6 mois (BE 153).
- 26) LU Entsch. 1908 no589, Entsch. 1875 no110. Mahnig 30.
- 27) LU Entsch. 1908 no589, Entsch. 1875 no110. Mahnig 30.
- 28) GR PKG 1963 84 no17, PKG 1957 22 no3.
- 29) TG RBOG 1918 no5. Böckli ad a29 ch. 4.

CHAPITRE 4. LES EXCEPTIONS, LES OBJECTIONS ET LES INCIDENTS

§1. En général

Les défendeurs peuvent adopter le même système de défense et soulever conjointement une ou plusieurs exceptions (1). Ils doivent être attentifs à l'ordre dans lequel ils les font valoir. Ainsi doivent-ils sous peine de déchéance présenter l'exception d'incompétence avant celle de division de causes (2).

Chaque défendeur peut également se défendre individuellement (3). Le droit de soulever des exceptions personnelles découle de la faculté de mener le procès de manière indépendante (4). Il est admis subsidiairement dans certains cantons lorsque la défense n'est pas commune (5), plus restrictivement dans d'autres lorsque le moyen est propre au consort (6). Il est parfois subordonné à l'autorisation du juge (7). Il autorise les consorts à faire valoir des exceptions différentes (8) dans l'acte commun ou dans des mémoires distincts (9) par l'intermédiaire de l'avocat commun (10) ou d'un mandataire personnel (11). Il peut amener le juge à diviser les causes pour opportunité (12). L'exception opposée par un défendeur seulement ne requiert pas la suspension du procès à l'égard des autres (13).

La défense individuelle interdit à un consort de soulever une exception personnelle à un colitigant. Ainsi, un défendeur ne saurait-il se plaindre d'une

- 1) Ils contestent par exemple l'existence de la consorité. AG AGVE 1950 65 no13, BS BJM 1961 189ss, 190.
- 2) VD JT 1983 III 71, 72: (La division de causes) "fait l'objet de la première conclusion, prise sous lettre a de la requête, de telle sorte que le déclinatoire n'a pas été soulevé d'une manière conforme aux exigences de la jurisprudence". Comp: *Paul Bonard*, Les sanctions des règles de compétence, Thèse Lausanne 1985, 170: "Le juge doit en principe soulever le déclinatoire d'office - que celui-ci soit ou non partiel- préalablement à la division de causes".
- 3) BE RJB 27 1891 151 no5: Un consort conteste la compétence. BS BJM 1961 189ss, 190; un codéfendeur excipe de la prescription. GR PKG 1945 88 no33, 90, TI Rep. 1985 334. *Matti Streitgenossenschaft* 96, *Domenig* 5 n. 8, BS/BL *Stahelin/Sutter* 87, VS *Fux* 65. *Lent ZPR* 220.
- 4) ZH 40/2, UR 55. SZ 37/2, OW 38/2, NW 43, GL 36, SO 40, AR 112, AI 60, GR 29, TG 21/3. *Baumbach/Lauterbach* ad 61 2D: "Jeder Streitgenosse darf Angriffs- und Verteidigungsmittel gebrauchen, selbst wenn sie solchen des Streitgenossen widersprechen".
- 5) LU 63/2, ZG 19, TI 43.
- 6) VD 77/2, VS 39/1, BS 17, SH 85, NE n28/2.
- 7) BE 39, JU 38, FR 89, AG 51/1. *Matti Streitgenossenschaft* 96.
- 8) Pour un exemple: NE 5 I 130: Les deux défenderesses A et B ont conclu préjudiciellement à la nullité de la demande, la seconde à l'incompétence à raison du lieu.
- 9) FR Extraits 1957 119, 120: "...L'énoncé de moyens particuliers d'attaque ou de défense n'aurait pas pour résultat de rendre le recours (commun) irrecevable, car l'article 89 admet que l'un des consorts peut être autorisé par le juge à les produire séparément. Mais cela ne va pas jusqu'à l'obliger à déposer un mémoire de recours distinct, pour que son pourvoi en appel ou en cassation soit recevable". *Matti Streitgenossenschaft* 95.
- 10) BS 17.
- 11) VD 77/2.
- 12) LU *Entsch.* 1970 789 no766: "Der Richter kann die Trennung eines gegen zwei Personen gerichteten Befehlsgesuches verfügen, wenn damit zu rechnen ist, dass diese nicht die gleichen Einwendungen gegen das Gesuch erheben". *Matti Streitgenossenschaft* 96.
- 13) VD JT 1941 III 22, *Poudret/Wurzbacher/Haldy* ad 143. *Comira: Claude Bonnard*, Les moyens de fond et l'exception de procédure en droit vaudois, JT 1955 III 33ss, 65: "Le déclinatoire suspend la cause au fond dans son ensemble, même s'il n'est que partiel, c-à-d ne vise que certaines conclusions. En effet, il serait trop difficile de procéder simultanément à

violation du droit d'être entendu dont le partenaire aurait été victime (14). De même, ne peut-il invoquer l'irrégularité des conclusions dirigées contre ce dernier. Seul le consort intéressé est fondé à le faire (15). *Un défendeur peut en revanche - au profit l'ensemble des colitigants - soulever une exception pour un motif qui les affecte tous.* La consorité implique ainsi l'existence d'exceptions communes. Il suffit dès lors qu'un des consorts les fasse valoir pour qu'elles soient réputées soulevées par tous (16). Un codéfendeur peut exciper par exemple, avec effets pour les autres, du vice de forme qui entache la demande. La nullité subjectivement partielle de l'acte (annulé dans la relation AB et valable dans la relation AC) nous paraît trop artificielle (17).

Lorsque l'un ou l'ensemble des défendeurs a omis de soulever l'exception ou l'a soulevée tardivement, l'omission et le retard ont pour effet de guérir le vice. Lorsque l'exception est personnelle, le juge doit examiner pour chaque consort individuellement s'il a renoncé à la soulever ou l'a opposée tardivement (18). L'abstention du consort peut être tacite. Il en est ainsi lorsque, victime de l'irrégularité, il participe au débat et présente sa défense au fond (19).

L'admission d'une exception commune profite à tous les codéfendeurs (20). L'admission d'une exception individuelle n'a d'effets que pour le consort qui l'a soulevée et contre la partie contre laquelle il la soulève. Le juge ne saurait rendre une décision sur exception contre le partenaire du consort qui a soulevé l'exception, car il n'est pas partie à la procédure incidente. Ainsi, lorsqu'un consort soulève avec succès le déclinatoire, le juge ne peut pas - sans violer une règle essentielle de procédure (21) - se déclarer incompétent à l'égard des autres (22). L'admission d'une exception individuelle appelle division de cause (23).

l'instruction des questions de fond et à celle des questions de compétence", Rapp 200 no221, Bonard 159.

- 14) GE AJC 78/1980 du 6 mars 1980 P. Althaus contre Wild Frères & Cie SA, 8.
- 15) GE AJC 78/1980 du 6 mars 1980 P. Althaus contre Wild Frères & Cie SA, 8-9.
- 16) Matti Streitgenossenschaft 97, Geiger 52, Ovari 55, Guldener ZPR 304, AG Eichenberger Beiträge 42, Blomeyer 628 n. 8, Lindacher JuS 1986 380: "Angriffs- und Verteidigungsmittel von potentieller Gesamtwirkung sind mangels eines einschlägigen Vorbehalts bzw. Widerspruchs als für alle...Streitgenossen vorgebracht zu crachten". Holzhammer Parteienhäufung 14.
- 17) Contra Fabbrini 835.
- 18) Wiczeorek ad 274 CIVa.
- 19) VD JT 1973 III 74: Action de A contre B et C. B répond et conclut à libération. C soulève l'exception d'incompétence.
- 20) Fabbrini 835 opère une nouvelle distinction. Lorsque le moyen relève de la maxime d'office, il est commun à tous les consorts et rend la demande irrecevable à l'égard de tous. Lorsque tel n'est pas le cas, il n'a d'effets que pour le consort qui l'a soulevé.
- 21) VD Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 3 ch. 2.
- 22) VD JT 1973 III 74. Le premier juge s'était déclaré incompétent à l'égard des deux défendeurs au motif que l'admission du déclinatoire soulevé par le codéfendeur avait pour effet de disjoindre l'action le concernant de celle dirigée contre l'autre, alors que tous deux avaient été mis en cause solidairement, leurs obligations dérivant de la même cause juridique et du même fait dommageable. Pour le premier juge, la disjonction apparaissait incompatible avec les exigences d'une instruction sûre, prompte et économique, l'obligation d'instruire deux actions mettant en cause les mêmes parties et les mêmes conclusions devant deux tribunaux différents présentait des inconvénients pratiques graves liés aux difficultés de l'instruction simultanée et au risque de divergences et de contradictions entre les états de faits des deux jugements. Il était donc conforme à une saine administration de la justice de reporter devant la cour civile les deux actions se trouvant disjointes par l'effet du déclinatoire, Fabbrini 835.
- 23) Geiger 53, BE Leuch ad 39 ch. 1.

Opposé à des codemandeurs, le défendeur unique peut opposer une ou plusieurs exceptions de procédure (24). Lorsque l'irrégularité ne touche qu'un consort, il doit la soutenir formellement contre ce dernier. Lorsque l'irrégularité affecte tous les consorts, il doit l'opposer à tous ses contradicteurs. Dans le doute, l'exception est présumée être opposée à tous (25).

L'exception dirigée contre un demandeur déterminé n'a d'effets qu'à son égard (26). Le juge doit rejeter l'exception formée à tort contre le consort qui n'est pas affecté par le vice et omise contre celui dont l'acte est entaché d'irrégularité. Lorsque l'irrégularité touche tous les consorts, l'exception a des effets pour tous (27). Il en va de même lorsque le vice constaté à l'égard d'un codemandeur prive le défendeur de ses moyens de défense dans la suite de la procédure contre les autres (28).

§2. L'exception d'incompétence

Dans la consorité passive, chaque défendeur peut soulever l'exception d'incompétence ratione loci (29). La règle est générale pour la compétence intercantonale. Elle subit des exceptions en ce qui concerne la compétence intracantonale.

Au plan intracantonale, les consorts actionnés devant un tribunal qui n'est pas celui de la majorité des défendeurs peuvent exciper avec succès de l'incompétence du tribunal (30). Dans le canton de Zurich, les règles relatives au for de la consorité passive enlèvent toute efficacité à l'exception d'incompétence soulevée par un codéfendeur et le prive virtuellement de ce moyen. Le législateur prévoit en effet la fixation du for de la consorité par une instance supérieure dans une décision sans recours. Le codéfendeur actionné devant le tribunal déterminé par le tribunal supérieur et qui soulèverait l'exception d'incompétence verrait son déclatoire rejeté. Il en va de même dans les cantons où la fixation du for est laissé au choix du demandeur. Le consort domicilié dans le canton et actionné devant un des tribunaux de district ne peut exiger d'être poursuivi dans un autre ressort cantonal (31). Lorsqu'il est recherché dans un arrondissement hors de son domicile, il n'a pas le recours de l'article 59 Cst et ne peut que se référer à l'article 4 Cst (32).

- 24) BE RJB 27 1891 151 no5, SG KGE 1934 II no4: Le défendeur soulève simultanément l'exception de litispendance et celle tirée de l'irrecevabilité de la consorité. La faculté du défendeur de soulever des exceptions n'a pas d'incidence sur l'examen de l'admissibilité de la consorité active. ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm10, Sträuli/Hauser ad a38 ch. 1.
- 25) Wicczorek ad 274 CIVa: "Regelmässig wirkt sie...gegenüber allen (weil sie dem Gericht zu erklären ist!). Wird sie aber ausnahmsweise beschränkt oder lässt sie sich nur gegenüber einen von mehreren Streitgenossen richten, so wirkt sie nur gegen die, denen gegenüber sie erhoben worden ist".
- 26) NE ATC V 169.
Geiger 53: "Betrifft der Einwand...nur das Verfahren bezüglich eines einzelnen Prozesses, so kann diese Vorkehr auch nur bezüglich des betreffenden Prozesses getroffen werden, was je nach Umständen zur vorübergehenden oder definitiven Trennung der Prozesse führen kann. In der Regel wird der Richter aber gerade im letzteren Fall auf eine Beschränkung auf die Vorfrage nach Möglichkeit verzichten, um die Gemeinsamkeit des Verfahrens nicht unnötig in Frage zu stellen". Fabbri 835.
- 27) Geiger 52: "Im Sinne der Gemeinsamkeit des Verfahrens liegt es auch, dass die in einem Prozess vorgebrachten formellen Einwände gegen das Verfahren gegenüber sämtlichen Prozessen wirken, sofern diese das gemeinsame Verfahren betreffen". Matti Streitgenossenschaft 96.
- 28) GE ACJ 335/1984 non publié UBS c/Drake System Limited et autres du 19 octobre 1984, 13.
- 29) BE RJB 27 1891 151 no5, VD JT 1973 III 74, JT 1941 III 22, Bonard 135.
- 30) Voir Quatrième partie, Titre I.
- 31) Voir Quatrième partie, Titre I.
- 32) ATF 69 I 5, VD JT 1973 III 114, JT 1974 III 44.

L'exception d'incompétence doit être soulevée avant tout autre incident de procédure, en particulier la division de cause. Elle doit être opposée à l'occasion de la jonction et non après celle-ci (33). Lorsqu'elle est le fait d'un défendeur, elle ne suspend pas le procès à l'égard des autres (34).

Dans les cantons qui ignorent la règle de l'addition des conclusions prises contre les consorts pour déterminer la *compétenceratione valoris*, le codéfendeur actionné à tort devant un tribunal dont le seuil de compétence dépasse la valeur de la prétention élevée contre lui excipera avec succès de l'incompétence du tribunal (35). Dans les cantons qui postulent l'addition des valeurs dès l'instant où les conditions de la consorité sont réunies (36), le tribunal dont le seuil est atteint suite à cette addition rejettera le déclinatoire du consort qui conteste sa compétence au motif que la prétention élevée contre lui a une valeur inférieure à ce seuil.

Comme l'exception d'incompétence *ratione loci*, l'exception d'incompétence *ratione materiae* doit être soulevée à l'occasion de et non après la jonction (37).

L'exception d'incompétence *ratione valoris* dirigée par le défendeur contre un codemandeur dont la prétention est inférieure au seuil de compétence du tribunal saisi doit être rejetée lorsque la valeur litigieuse résultant de l'addition des prétentions des demandeurs dépasse le seuil de compétence du tribunal (38).

Le juge qui se déclare incompétent à l'égard du consort qui a soulevé l'exception d'incompétence prononce un *déclinatoire partiel* (39). L'admission du moyen entraîne la rupture de l'unité du procès comme la division de cause (40).

Lorsqu'il statue sur l'admissibilité de l'exception, le juge doit tenir compte des conditions spécifiques de la consorité (41). Il doit rejeter l'exception d'incompétence, lorsqu'il y a consorité simple matérielle au plan intracantonal, car elle implique l'unité de juridiction. En revanche, il ne peut qu'admettre le moyen au plan intercantonal, car la jurisprudence ne concède une exception à la garantie du for du domicile du défendeur que lorsqu'il y a consorité nécessaire (42).

Pour concilier le droit d'un défendeur à l'exception d'incompétence avec le droit du demandeur au cumul subjectif, des auteurs proposent d'exclure l'exception d'incompétence partielle tant pour la consorité matérielle que formelle. La cause

33) Paul Bonard, Les sanctions des règles de compétence, Thèse Lausanne 1985, 135 et 159. Rapp 219-220. Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 58 al. 2 et 3: "S'il est exact que celle-ci doit être prononcée par le juge compétent donc après déclinatoire, il existe à notre avis des cas où le déclinatoire peut ou même doit être prononcé après une décision incidente, notamment en cas de jonction de causes. Peut-on d'ailleurs introduire une déchéance allant au delà du texte légal?"

34) VD JT 1941 III 22.

35) Voir Quatrième partie, Titre II.

36) Voir Quatrième partie, Titre II.

37) Bonard 135, 159.

38) LU RJB 76 1940 464.

39) Rapp 220 à 224; Bonard 169.

40) Bonard 169-170: la requête qui comprend des conclusions de division de cause et des conclusions en déclinatoire doit être analysée comme un déclinatoire partiel. Le déclinatoire partiel n'a pas toujours les mêmes effets que la division de causes: Lorsqu'il y a division de causes, les causes restent pendantes devant le même juge. En cas de déclinatoire partiel, elles sont tranchées par deux juges distincts. La décision de déclinatoire est susceptible de recours dans le canton de Vaud (VD 60) à l'inverse de la décision de division de causes.

41) Rapp 221 no222, Bonard 170.

42) Voir Quatrième partie, Titre I.

entière devrait en d'autres termes être reportée devant le juge compétent, lors même que le moyen n'aurait été soulevé que par un défendeur (43).

§3. L'exception tirée d'un vice de forme

Chaque défendeur peut exciper d'un vice de forme (44).

Lorsque la demande des consorts est irrégulière, le *défendeur unique* peut exciper du vice ou de la nullité de la procédure. L'abus de droit est réservé. Lorsque par exemple les consorts sont nombreux et que le mémoire omet l'adresse de l'un d'eux, le défendeur unique ne saurait selon la jurisprudence se prévaloir de l'informalité qui "n'a plus l'importance qu'elle peut avoir quand elle est l'oeuvre d'un demandeur unique" (45). L'irrégularité non contestée par le défendeur unique est validée (46).

Lorsqu'il y a consorité active, tous les consorts doivent figurer dans l'acte pour que "la partie défenderesse soit mise en situation de connaître, par la demande, le nombre et la qualité de chacune des personnes qui se présentent comme demandeurs, de manière à pouvoir répondre, en ce qui concerne chacune d'elles, avec une entière connaissance de cause" (47). Le fait qu'ils aient constitué le même mandataire ou indiqué une adresse de notification ne les dispense pas d'indiquer leur identité avec précision (48). Les mêmes règles sont applicables lorsqu'il y a consorité passive (49). Les consorts doivent figurer dans l'en-tête ou le texte du mémoire de demande (50). Le renvoi aux mentions figurant dans l'autorisation de citer ne suffit pas (51). Par application de la règle que "nul ne plaide par procureur" (52), ils doivent être désignés

43) Bonard 135 pour le déclatoire ratione valoris, mais le raisonnement est tout aussi valable pour le déclatoire ratione loci.

44) *Matti Streitgenossenschaft* 96: "Wenn der Mangel des ganze Verfahren betrifft, so kann der Instruktionsrichter für alle Streitgenossen die Beschränkung der Antwort auf die Vorfrage anordnen. Betrifft es nur ein einzelnes Streitverhältnis, so kann dem betreffenden Streitgenossen eine gesonderte Vorkehr mit Beschränkung auf die Vorfrage gestattet werden. Unter Umständen führt dies zu einer vorübergehenden Trennung der Prozesse um...die Vorfrage gesondert zu erledigen. Wenn die spezielle Einwendung abgewiesen wird, so kann später eine Wiedervereinigung erfolgen".

45) *GE SJ 1976 169*: Il s'agissait d'une demande introduite par 104 demandeurs, tous membres de la même société simple. L'indication du domicile du demandeur no2 faisait défaut. Le défendeur a excipé du vice de forme et demandé que la nullité constatée emportât la nullité de l'acte entier. La Cour de justice a tranché la question en octroyant au demandeur un délai raisonnable pour compléter son adresse, à défaut de quoi il serait mis hors de cause. L'arrêt concerne un cas de consorité nécessaire, mais est applicable à la consorité simple.

46) *GR PKG 1964 66 no23*: 4 demandeurs actionnent leur employeur en dommages-intérêts. L'autorisation de citer mentionne leurs noms, leurs prénoms par leurs initiales et leurs dates de naissance. L'acte ne dit rien sur leur nationalité, leur domicile ou leur résidence. Déclarée nulle par le président du tribunal de district, l'autorisation de citer est reconnue valable sur recours, au motif que le défendeur connaissait les demandeurs et qu'il n'avait pas contesté l'informalité. *PKG 1977 109 no32*.

47) *NE ATC V 169, 171-172*.

48) La jurisprudence identifie parfois les consorts non désignés nommément aux signataires de la procuration produite avec la demande ou le recours (*VD JT 1949 III 402*) ou les recourants aux sociétés mentionnées dans la demande et ayant mandaté l'avocat signataire du recours (*TF SJ 1950 565*).

49) *SG KGE 1907 42 no26*: "Schon die Frage des örtlichen Gerichtsstandes, der für die einzelnen Erben in ihrer Stellung als Beklagte ein ganz verschiedener sein kann, verlangt ohne weiteres diese Lösung". Moreau 6.

50) "Im Rubrum der Klage oder im Text". *AG VJS 1922 55 no14, VJS 1914 63 no3, AR Ehrenzeller 78 annexe ad 59, AG Keller/Pfisterer ad a24 ch. 2*.

51) *VJS 1914 62 no37, AG Keller/Pfisterer ad a24 ch. 2*.

52) *Claude Giverdon, "Actes de procédure", Encyclopédie Dalloz, no83*.

nommément (53). Ne remplit pas ces conditions la requête formée au nom de personnes désignées par des numéros de comptes bancaires et signée du seul mandataire, car l'anonymat de la désignation crée le doute sur l'identité des demandeurs (54). Une dénomination générale servant de désignation collective pour plusieurs plaideurs n'est pas conforme aux prescriptions légales. Il ne suffit pas d'inscrire le nom d'un plaideur et de le faire suivre des expressions "et consorts", "et autres", "et compagnie", car la désignation tait l'identité des autres demandeurs ou défendeurs (55) et empêche le défendeur de savoir qui s'en prend à lui. La désignation collective peut en revanche suivre les noms des consorts et être utilisée dans le corps du mémoire par simplification (56). Le procédé n'entache pas l'acte d'irrégularité (57).

Le mémoire commun doit mentionner le domicile des consorts. Il doit indiquer l'adresse exacte de tous les demandeurs ou défendeurs pour permettre de les identifier, d'examiner pour les demandeurs s'ils remplissent les conditions de la cautio judicatum solvi et vérifier pour les défendeurs s'ils se prévalent avec raison de la garantie du for du domicile. Le consort qui n'indique que le domicile de notification et tait son adresse personnelle est assimilé à un plaideur étranger et peut être contraint à fournir caution (58). Les consorts qui ont élu domicile à l'Etude de leur conseil ne sont pas dispensés de mentionner leur domicile effectif dans l'acte. L'indication du domicile effectif est en effet importante s'agissant de l'exécution du jugement (59). Il en va de même pour les consorts dans les cantons qui leur imposent l'obligation d'indiquer une adresse de notification dans le ressort du tribunal devant lequel la cause est pendante (60).

La demande doit indiquer le détail de la valeur litigieuse pour permettre au juge d'examiner sa compétence.

-
- 53) AG VJS 1914 62 no37, SO SOG 1968 73 no15.
AG Keller/Pfisterer ad a24 ch. 2.
- 54) GE SJ 1979 11: Cause "no 135.340 et 6 autres titulaires de comptes bancaires à numéros contre Banque de financement Finabank en liquidation concordataire". Le fait que le défendeur ne conteste pas l'identité des demandeurs n'y change rien. Il n'y a pas en procédure d'action par ou contre une personne inconnue.
- 55) BLSchK 1982 144 no37: Main-levée demandée par plusieurs personnes physiques "et consorts". Requête rejetée au motif que le poursuivi n'aurait pas su exactement contre qui introduire l'action en libération de dette.
Civ. 2.8.1921, Gaz. Pal. 1921.2.586. "L'acte est nul à l'égard des demandeurs dont les noms ont été omis, encore bien qu'au nom des demandeurs désignés, les mots "et consorts" aient été ajoutés". Giverdon no83.
- 56) VS RVJ 1987 330, 336: "...Die Benennungen Hauseigentümergeinschaft, Hausgemeinschaft oder sogar Stockwerkeigentümergeinschaft wurden nur der Einfachheit halber benützt, um die prozessführenden Streitgenossen, bestehend aus den vier Stockwerkeigentumsinhabern, zu bezeichnen, vielleicht in der irrümlichen Annahme (die aber keine Folgen nach sich zieht), es handle sich um eine notwendige Streitgenossenschaft, obwohl es sich um eine einfache Streitgenossenschaft zwischen den Klägern handelt, die nicht einmal Solidargläubiger sein konnten, da ihre Gewährleistungsansprüche auf vier völlig voneinander unabhängigen Kaufverträgen gründen...".
- 57) Tout au plus l'acte peut-il être rectifié: ZH ZR 50 1951 128 no65: Codemandeurs, associés d'une société simple, désignés nommément et suivis de l'adjonction "Firma". Selon cet arrêt, le tribunal peut rectifier d'office le libellé en radiant la mention superflue. L'arrêt concerne un cas de consorité nécessaire, mais est applicable à la consorité simple.
- 58) ZH 74.
- 59) Comp. SJ 1908 187, SJ 1927 284: L'indication d'un domicile élu rend superflue l'indication du domicile effectif de la partie sur l'identité de laquelle on ne peut avoir aucun doute, SJ 1941 135ss: Action de 5 demandeurs sans indication de leurs domiciles personnels, mais indication du domicile élu. L'exception de nullité d'exploit a été admise. Le jugement a été confirmé sur appel. La note conclusive à cet arrêt rappelle que si le défendeur n'a aucun doute sur l'identité de chacun des demandeurs, l'indication du domicile élu peut suppléer à l'absence d'indication du domicile effectif.
Voir également GE Bertossa ad 75 nm2.
- 60) Voir Deuxième partie, Titre III, chapitre 2, §2.

Les règles formelles sur la rédaction des actes de procédure doivent être respectées quel que soit le nombre des consorts (61). La jurisprudence genevoise atténue ces exigences pour des raisons d'ordre pratique dans les cas où le procès réunit un grand nombre de personnes. Elle relativise la notion de formalité essentielle pour empêcher l'unique défendeur de tirer abusivement profit de l'inadvertance d'un seul codemandeur (62). Ce dernier est autorisé à y remédier dans un certain délai et mis hors de cause si la régularisation n'intervient pas à temps. La jurisprudence précitée, moins rigide et plus souple dans l'application des règles relatives au contenu des mémoires, est jugée peu conforme à la loi par la doctrine (63).

Lorsque le mémoire commun comporte une inadvertance, le juge peut fixer un délai à l'auteur pour y remédier. A défaut, la demande sera déclarée irrecevable. Lorsque le mémoire commun comporte un vice majeur qui ne concerne que l'un des consorts, le juge rend une décision d'irrecevabilité partielle. L'acte étant irrecevable ab initio, il n'est pas nécessaire de prononcer formellement la mise hors de cause du consort (64). L'acte est valable pour les autres consorts (65) qui restent en cause (66).

§4. Les exceptions de chose jugée et de litispendance

I. L'exception de chose jugée

Chaque codéfendeur peut soulever l'exception de chose jugée. La chose jugée est partielle lorsque le premier procès contre un débiteur solidaire a fait l'objet d'un jugement définitif et que le créancier a ultérieurement et conjointement ouvert action contre celui-ci et d'autres codébiteurs. Le juge du second procès doit accueillir l'exception.

Le défendeur unique peut exciper de la chose jugée contre un ou l'ensemble des consorts. Il n'est pas recevable à opposer l'exception au consort qui, réintroduisant une seconde demande après s'être désisté de l'instance, sollicite et obtient jonction des causes. Il en va autrement en cas de désistement d'action.

II. L'exception de litispendance

Le moyen tiré de la litispendance appartient à chaque défendeur (67) et peut être invoqué en tout temps (68).

61) GE SJ 1976 169 où ils dépassaient la centaine !

62) GE SJ 1976 169.

63) GE Bertossa ad 7 nm3.

64) GE ACJ 335/1984 non publié UBS contre Drake Systems Limited et autres du 19 octobre 1984, 13.

65) GE SJ 1894 535. L'exploit tancé au nom de plusieurs parties dont l'une est décédée est nul en ce qui concerne cette dernière. Il reste valable pour les autres consorts. Le nom du plaideur décédé sera radié, voire remplacé par celui de ses héritiers, si ceux-ci entendent poursuivre la procédure.

66) GE ACJ 335/1984 non publié UBS c/ Drake Systems Limited et autres du 19.10.1984, 13: la validité de l'acte doit être constatée au profit de la partie qui s'est conformée aux exigences de la loi, les demandes des autres parties devant simplement être déclarées irrecevables. In casu seul un codemandeur avait exposé ses moyens de fait et de droit et pris des conclusions. Bertossa ad 7 nm11.
Trop absolu: GE SJ 1933 349 où la Cour de Justice expose que l'acte entaché d'irrégularité ne peut être rejeté que dans son entier bien que l'irrégularité n'affecte que l'un des consorts solidaires.

67) VD JT 1978 III 34, 41: Il appartient à toute partie.

68) Jean-Marc Reymond, L'exception de litispendance. Thèse Lausanne 1991, 304.

Le moyen tiré de la litispendance peut être partiellement accueilli et aboutir à une invalidation ou une suspension pro parte du second procès (69) lorsqu'existe une identité subjective partielle entre les procès pendants, lorsque les conditions de la triple identité sont remplies pour la section commune entre les deux procès. Le second procès se heurte alors à l'exception de litispendance pour cette section qui peut être le second procès dans son entier mais aussi seulement une fraction de celui-ci. Il en est ainsi, lorsqu'un demandeur actionne, dans un premier procès, une pluralité de défendeurs en qualité de consorts et que dans un second procès, une partie de ces derniers, devenus codemandeurs, actionnent le demandeur. Ce dernier peut exciper de la litispendance. Il importe peu en effet pour l'admission du moyen que d'une affaire à l'autre le rôle des parties soit inversé et que les demandeurs au second procès aient été actionnés en consorzi avec d'autres défendeurs dans le premier (70).

Il en va de même lorsque un créancier ouvre dans un premier procès action en paiement contre l'un des débiteurs solidaires et que dans un second procès, il formule des conclusions identiques, mais cette fois conjointement contre tous. Une telle hypothèse peut fonder l'exception de litispendance, en ce qui concerne l'un des deux défendeurs malgré la solidarité invoquée entre eux et entraîne l'invalidation (71) ou la suspension partielle de la seconde instance. Le défendeur partie aux deux instances ne peut en effet ni être condamné dans l'une et libéré dans l'autre, ni être condamné dans les deux. L'invalidation partielle du second procès laisse progresser les deux actions, chacune dirigée contre l'un des débiteurs solidaires. La situation n'est ainsi pas différente de celle qui aurait prévalu si le créancier avait choisi d'actionner séparément ses codébiteurs (72). L'exception de litispendance doit être rejetée si le demandeur s'est désisté de l'instance dans le premier procès (73).

Il n'y a en revanche pas identité subjective partielle lorsque dans un premier procès un demandeur actionne un défendeur unique - le second formant contre le premier une demande reconventionnelle - et que dans un second procès, le défendeur dans la première instance, devenu demandeur, ouvre action contre deux codéfendeurs non parties au premier procès. Le second tribunal saisi ne saurait accueillir l'exception de litispendance soulevée dans la seconde instance au motif qu'il y a solidarité entre le demandeur reconventionnel du premier procès et les deux codéfendeurs principaux du second (74).

Le Tribunal cantonal vaudois a jugé en ce sens. Le propriétaire d'une voiture avait ouvert action contre un défendeur qui aussitôt avait formé une demande reconventionnelle. Le défendeur avait ultérieurement ouvert action devant le même tribunal contre le conducteur et l'assureur de la voiture. Statuant sur l'exception de litispendance, la chambre des recours a suspendu le second procès en raison de la litispendance, pour le double motif qu'il y avait identité entre l'assureur et le propriétaire, le premier étant le répondant du second (75) et qu'il y aurait chose jugée

69) Raymond 155.

70) ATF 105 II 229/JT 1980 I 280: Dans le premier procès ouvert en Allemagne, la caution actionne une pluralité de créanciers en qualité de consorts. Dans le second procès ouvert en Suisse, une partie de ces créanciers actionnent la caution en paiement. La caution oppose l'exception de litispendance.

71) GE SJ 1964 193, 197-198: "Le fait qu'il y ait deux défendeurs dans la présente cause alors qu'il n'y en avait qu'un à Munich ne saurait faire obstacle à l'exception de litispendance en ce qui concerne tout au moins l'un des deux défendeurs et nonobstant la solidarité invoquée entre les deux défendeurs. Juger autrement serait permettre éventuellement condamnation de l'un des défendeurs dans l'un des pays et déboulement dans l'autre ou condamnation dans les deux".

72) VD JT 1971 III 3. Les juges vaudois confrontés à la même situation ne se prononcent pas sur la sanction. La chambre des recours a pleinement accueilli l'exception de litispendance malgré l'absence au premier procès de l'une des parties au second, au motif que la condition d'identité subjective est limitée aux parties principales.

73) SG KGE 1934 II no 4.

74) Raymond 249. Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 120 ch. 4.

du premier jugement à l'égard de l'assureur, puisque le propriétaire, défendeur reconventionnel dans le premier procès, et l'assureur, défendeur principal dans le second, codébiteurs solidaires, devaient être considérés comme une même partie. L'arrêt est critiqué avec raison par J.-F. Poudret, A. Wurzbürger, Jacques Haldy (76) et Ch. Rathgeb (77). Le Tribunal cantonal admet en effet une identité subjective entre des instances totalement distinctes, les défendeurs dans la seconde n'étant pas parties dans la première. Le seul élément commun consiste en ce que l'un des plaideurs est défendeur dans le premier procès et demandeur dans le second. La décision viole d'autre part le droit fédéral, car elle fait obstacle à l'exercice des droits que le défendeur dans la première instance entend exercer dans un second procès contre des tiers non parties à la première instance (78). Enfin, la solidarité entre des débiteurs assignés dans des instances différentes (l'un en qualité de défendeur reconventionnel, l'autre comme défendeur principal) ne permet pas d'opposer la décision à intervenir dans la première procédure aux défendeurs dans la seconde, car l'autorité de la chose jugée d'une décision rendue contre l'un des débiteurs solidaires ne s'étend pas au rapport existant entre le créancier et l'autre débiteur solidaire (79). La solidarité parfaite ou imparfaite existant entre des parties à deux procès séparés - en tout point identique - ne permet ainsi pas d'opposer l'exception de litispendance dans l'un d'eux. Pour J.-M. Reymond, l'hypothèse examinée autorise une jonction des causes. C'est exact. Cet auteur ajoute toutefois que cela aurait permis au juge de statuer sur l'exception de litispendance (80). Nous lui objectons que si l'exception de litispendance suppose comme la jonction de causes, l'existence simultanée de deux instances distinctes devant un même tribunal, la jonction de causes réunit ces instances dans un seul cadre et exclut l'exception de litispendance.

La nature du litige exige parfois l'unité du procès et exclut l'admission même partielle de l'exception de litispendance (81). Des demandeurs ouvrent action en rétablissement du tracé d'une servitude de passage contre des défendeurs qui prennent de leur côté des conclusions reconventionnelles tendant à la construction d'une avenue de six mètres de large. Dans un second procès, ces mêmes défendeurs, devenus codemandeurs, formulent des conclusions principales identiques à leurs conclusions reconventionnelles antérieures, contre les demandeurs au premier procès d'une part, et contre treize consorts, propriétaires voisins intéressés à ladite servitude d'autre part. Saisie d'une exception de litispendance, la cour l'a rejetée au motif que les parties n'étaient pas les mêmes. La meilleure solution consiste selon J.-M. Reymond à joindre les causes. La suspension partielle du second procès risquait d'aboutir à des décisions divergentes relatives aux modalités du droit de passage sur des terrains contigus. La suspension du premier procès, requise par les demandeurs au second procès, aurait violé selon cet auteur les "pouvoirs d'instance des demandeurs" et le principe de la priorité. Les défendeurs au premier procès auraient appelé en cause tous les propriétaires des fonds servants et requis la suspension du second procès pour cause de litispendance (82).

-
- 75) VD JT 1971 III 3ss, 6: "...Pour le surplus, l'arrêt invoqué par le recourant...n'est pas topique en l'espèce, puisqu'on n'a pas affaire à des débiteurs solidaires différents dans les deux actions, mais à une même partie présente directement dans la première cause et indirectement dans la seconde".
- 76) VD Poudret/Wurzbürger/Haldy ad 120 CPC ch. 4. Deux des conditions de la triple identité ne sont en effet pas remplies.
- 77) Note ad JT 1971 III 7.
- 78) Rathgeb note ad JT 1971 III 7.
- 79) ATF 93 II 329/JT 1969 I 130.
- 80) Reymond 249. Rathgeb note ad JT 1971 III 7.
- 81) VD JT 1973 III 70. Les parties étaient les mêmes à côté d'autres mises en cause dans le second procès.
- 82) Reymond 254.

§5. La compensation et la prescription

Lorsqu'il y a consorité passive, chaque débiteur peut opposer la compensation (83). Un défendeur ne peut pas se réclamer de la compensation opposée par un autre en raison du caractère personnel du moyen (84). En revanche, lorsqu'il y a solidarité passive, un codéfendeur peut faire valoir les moyens de tous. Actionné en paiement d'une dette successorale, le cohéritier peut ainsi opposer compensation et faire valoir les moyens appartenant à la communauté (85). Les codébiteurs recherchés par le codébiteur qui a payé peuvent invoquer la compensation contre ce dernier.

Lorsqu'il n'y a pas de rapport de solidarité entre les défendeurs, le demandeur et le défendeur qui a invoqué la compensation deviennent débiteurs l'un envers l'autre jusqu'à concurrence du montant le plus faible. La compensation peut éteindre la créance du demandeur contre le consort (86).

Lorsque les défendeurs sont liés par un rapport de solidarité passive, le débiteur solidaire dont la compensation éteint la dette en partie libère les autres jusqu'à concurrence de la portion éteinte (87). Lorsque la compensation éteint la dette en totalité, elle produit un effet extinctif à l'égard de tous les codébiteurs (88).

83) Schellhammer 677 nm1344. Rechberger/Simotta 72 nm136, Holzhammer Parteienhäufung 116, Holzhammer ZPR II 84, Fasching ZPR II 193 nm378, Fabbri 836.

84) Cass. req. 29.11.1938, Sirey 1939 I 31.

Didier Martin, Contrats et obligations, Compensation, effets de la compensation, Jurisclasseur civil, art. 1294 à 1299, no14.

85) ATF 60 II 172, 176: "La responsabilité des héritiers de l'usufruitier du chef de l'article 751 CC est une responsabilité solidaire;...d'où il suit qu'ils peuvent opposer à l'action du nu-propriétaire, conformément à l'article 145/2 CO, toutes les exceptions qui leur sont communes, alors même qu'ils ne sont pas tous en cause. Parmi les exceptions qui leur sont communes, il y a lieu de comprendre l'exception de compensation tirée d'une créance appartenant à la communauté héréditaire. Certes, le droit de disposer de cette créance n'appartient en principe qu'aux héritiers conjointement. Mais l'article 145/2 CO fait exception à cette règle; et cette exception est justifiée par le fait même que l'article 603 CCS, dérogeant au principe de la dette en main commune, a institué chaque héritier débiteur solidaire de toutes les dettes du défunt. A cette dérogation, du côté passif de la succession, devait correspondre une dérogation du côté actif, autrement les héritiers recherchés isolément par le créancier se trouveraient privés de leurs meilleurs moyens de défense...La créance que les défendeurs prétendent exercer contre les demandeurs du chef des apports de Darne Kaufmann est manifestement indivise. Si cette créance existe, le droit de la compenser avec les dettes de la défunte constitue donc une exception commune à tous les héritiers et peut être invoquée par les défendeurs dans le présent procès sans limitation à leur part présumable du produit de ce bien et jusqu'à concurrence des conclusions de la partie adverse".

BE RJB 97 1961 400: "Celui des héritiers à qui est réclamé une dette du de cujus, est en droit d'opposer la compensation avec une créance, elle-même exigible qu'il a personnellement contre ledit créancier. Une décision contraire viole le droit de façon évidente...C'est à tort que le premier juge a considéré qu'il n'y avait pas identité de personne. En effet, chaque membre de l'hoirie B, en sa qualité de débiteur solidaire, est tenu du paiement entier de la facture K. Dès lors, du fait de cette solidarité entre les débiteurs, la dette est personnelle à chacun d'eux. C'est pourquoi, chaque héritier peut faire valoir la compensation pour le tout s'il est lui-même au bénéfice d'une créance exigible et issue de ses rapports personnels avec le créancier. Le fait que le demandeur ait actionné en justice deux des débiteurs est irrelevante, car il n'en demeure pas moins que chacun d'eux est responsable du paiement de toute la facture et non seulement de la moitié...les créances existent effectivement entre les mêmes personnes".

86) FR Extraits 1933-1935 62ss, 66.

87) CO 147.

88) FR Extraits 1933-35 66: La compensation invoquée par un codéfendeur solidaire profite au coobligé. Si l'indemnité due par les défendeurs au demandeur est inférieure à celle due par le demandeur au codéfendeur qui invoque la compensation, l'autre codéfendeur est complètement libéré. Le codéfendeur qui invoque la compensation peut exiger du

Le *défendeur unique* peut opposer compensation à l'un ou l'ensemble des consorts. Actionné par des créanciers solidaires, il peut exciper de la compensation contre un codemandeur et non contre l'autre (89). Le moyen peut lui permettre d'être libéré envers tous (90).

Lorsque le débiteur est actionné pour des obligations partielles par une pluralité de créanciers non solidaires, il ne peut opposer la compensation contre le demandeur qui n'est pas lié par la relation de compensation. Le débiteur qui est poursuivi simultanément par deux créanciers ne peut dès lors pas opposer au premier la compensation d'une créance de celui-ci avec la créance qu'il a contre l'autre.

Dans la consorité passive, chaque défendeur peut exciper de la *prescription* (91). Lorsque les consorts sont liés par un rapport de solidarité passive, le moyen est commun (92). Il suffit dès lors que l'un des codébiteurs solidaires l'invoque (93).

§6. Les objections

Dans la consorité passive, chaque défendeur peut soulever des objections de manière indépendante (94).

Un codéfendeur peut faire valoir des objections personnelles ou communes (95). Soulève des objections individuelles le codéfendeur, débiteur solidaire, qui invoque à l'encontre du demandeur les moyens qui résultent de ses rapports personnels avec ce dernier et qui n'appartiennent qu'à lui (96). Un autre codébiteur solidaire ne peut les faire valoir pour lui (97). Le codéfendeur, débiteur solidaire, qui fait valoir des moyens résultant de la cause ou de l'objet de l'obligation solidaire invoque des objections communes (98). Un seul défendeur peut les soulever. Toutefois, le droit matériel le rend responsable envers ses coobligés s'il ne les fait pas valoir (99). Actionné seul, et pour éviter cette conséquence, il peut évoquer en garantie ses coobligés.

demandeur la différence entre les deux montants. Dans le cas inverse, les deux codéfendeurs doivent chacun l'exédent de la créance du demandeur.

- 89) BE Leuch ad 170 ch. 2 lui dénie le droit de compenser aux motifs que la créance compensable est une créance commune aux demandeurs, alors que la créance compensante est une créance personnelle entre le défendeur et un codemandeur et qu'il n'y aurait pas de relation de compensation entre les codemandeurs et le défendeur commun.
- 90) CO 150/2. ATF 101 II 117/JT 1976 329. ATF 94 II 313/JT 1970 46.
- 91) BS BJM 1961 189ss: prescription invoquée par tous.
- 92) *Theo Guhl/Alfred Koller/Jean Nicolas Druey*, Das schweizerische Obligationenrecht, Zurich 1991, 32.
- 93) Guhl/Koller/Druey 32.
- 94) GR PKG 1945 88 no33, 90. Lenz ZPR 220.
- 95) ATF 57 II 518, 521/JT 1932 I 430: exceptions d'un codébiteur solidaire contre le recours d'un codébiteur.
- 96) Guhl/Koller/Druey 32. Existence d'un vice de la volonté, défaut de capacité de conclure, existence d'une condition ou d'un terme. Un codébiteur solidaire peut par exemple demander la réduction du dommage en vertu des art. 43/1 CO et 44/2.
- 97) Guhl/Koller/Druey 32: "Diese persönliche Einreden stehen nur demjenigen Solidarschuldner zu, in dessen Person sie entstanden sind; die andern Solidarschuldner können sich nicht darauf berufen".
- 98) Guhl/Koller/Druey 32. vice de forme du contrat, contrat immoral, impossible, exception d'inexécution (CO 82), impossibilité de l'exécution (CO 119), désintéressement du créancier (CO 147/1), survenance d'un empêchement à l'exécution...
- 99) CO 145. VD JT 1921 III 50.

Certaines objections ont un caractère variables suivant qu'elles ne peuvent être invoquées par un codébiteur solidaire ou ne peuvent l'être que par tous (100). La transaction conclue entre un codébiteur et le créancier n'a en principe d'effets qu'entre eux. Les autres codébiteurs peuvent toutefois invoquer les circonstances qui ont prévalu lors de la conclusion de la transaction pour en tirer bénéfice (101).

Les codéfendeurs peuvent soulever conjointement la même objection (102).

L'admission de l'objection à l'encontre d'un consort n'empêche pas la continuation du procès à l'égard des autres et ne met pas fin à la consorité de ces derniers (103).

§7. Les incidents

Chaque consort simple peut soulever un incident (104). Lorsque l'incident porte sur l'organisation de l'instance commune, il entraîne la suspension de la procédure. Lorsqu'il ne porte que sur les relations qui divisent un consort et l'adversaire commun et qu'il entrave à l'excès le procès, le juge prononcera la division des causes pour opportunité.

Au chapitre des incidents, il faut mentionner *l'incapacité et la récusation du juge*.

L'incapacité du juge est déterminée par les règles générales. Le juge consort est frappé d'exclusion (105). Il en va de même du juge parent ou allié d'un ou plusieurs consorts (106). Est également inhabile le juge qui participe au rapport litigieux même s'il n'y a pas extension de la chose jugée à son égard (107), ainsi lorsqu'il se trouve

100) CO 147/2. Guhl/Koller/Druey 32: "...variable Einreden, die je nach den Umständen von allen Solidarschuldnehmern oder nur von einem einzelnen erhoben werden können. Hierher gehören namentlich die Einwendungen die beim Untergang des Schuldverhältnisses ohne Befriedigung des Gläubigers entstehen".

101) ATF 107 II 226/JT 1981 I 614. ZH ZR 81 1982 48 no18.

102) VS RTC 1958 96, 97: "...les trois défendeurs se trouvent bien dans un rapport de communauté de droits ou d'obligations relativement à l'objet du litige et l'exception de défaut de légitimation soulevée par eux constitue bien un cas commun de procédure pour lequel ils répondent solidairement des frais".

103) GR PKG 1945 88 no33: "Fallen bei der passiven Streitgenossenschaft einzelne Streitgenossen aus, so geht der Prozess gegenüber den anderen Streitgenossen dessenungeachtet weiter". 90: "Im vorliegenden Falle sind zwei Personen ins Recht gefasst worden, von denen die eine passiv nicht legitimiert ist. Damit ist noch nicht gesagt, dass die Klage nun auch mit Bezug auf die als legitimiert erscheinende Beklagte, wegen Nichtbestehens der ins Recht gefassten passiven Streitgenossen zurückzuweisen sei...Wenn...aus Gründen der Prozessökonomie...die Bildung der Streitgenossenschaft gefördert wird, so darf andererseits hinsichtlich der Veränderung in der Zusammensetzung dieser Streitgenossenschaft nicht gegen den praktischen prozessualen Sinn und Zweck der Art. 40 und 41 ZPO verstossen werden. Würde aber der Grundsatz aufgestellt, dass bei Ausscheiden eines oder mehrerer Streitgenossen auf der Passivseite die Klage gegen alle ins Recht gerufenen abzuweisen sei, so widerspräche dies offensichtlich dem, durch die Zulassung der Streitgenossenschaft verfolgten Zweck, indem in schwerster Weise gegen das Prinzip einer gesunden Prozessökonomie verstossen würde".

104) Lorsque le juge lui-même n'a pas statué en vertu de son pouvoir de direction de procès.

105) Poudret/Sandoz COJ ad 22 ch. 2.1.

106) Matti Streitgenossenschaft 67, Stein/Jonas ad 41 nm11: "Es genügt, dass der Richter mit einem von mehreren Streitgenossen...verwandt oder verschwägert ist". Contra: Baumbach/Lauterbach ad 41 2C: "Nicht ausreichend ist eine Verwandtschaft mit einem anderen Prozessbeteiligten".

107) Il est codébiteur ou créancier solidaire. DRiZ 1991 99. Stein/Jonas ad 41 nm8. Baumbach/Lauterbach ad 41 2A.

dans un rapport de cointéressé ou de coobligé d'une des parties (108). La notion de cointéressé ou de coobligé équivaut à celle de consort matériel (109). Participe également au rapport litigieux le juge qui répond directement du sort du procès envers une des parties, en qualité de caution ou de garant (110) ou qui est l'objet d'une évocation en garantie (111). Ne participe en revanche pas au rapport litigieux le juge qui est dans un rapport de coobligé ou de cointéressé avec un témoin au procès, sauf si ce témoin est lui-même consort. La consorité peut être à l'origine de l'incapacité du juge; le magistrat qui représente par ailleurs un coobligé comme avocat dans un procès ne saurait statuer dans la cause d'un autre coobligé.

La faculté de *réfuser* n'est pas limitée au consort qui aurait lieu de craindre la partialité du juge. Chaque consort simple peut demander le départ du juge (112). Il n'est pas nécessaire qu'il ait un motif de récusation. Il faut mais il suffit que l'un des colitigants puisse faire valoir un tel motif (113). Chaque consort simple peut également recourir contre la décision refusant la récusation (114). La récusation est susceptible de renonciation expresse ou implicite (115). Le juge récusable, mais non récusé a qualité pour fonctionner si les consorts n'ont pas demandé sa récusation ou s'ils l'ont demandée trop tard. Le consort qui a un motif de récusation n'est pas présumé y avoir renoncé lorsqu'un colitigant a, en temps utile, formé une requête en ce sens. La récusation est proposée d'entrée de cause avant tout débat ou dès qu'elle est connue avant tout nouvel acte de procédure. Elle doit être soumise non seulement à l'adversaire, mais également au consort, car chaque partie a le droit de se déterminer à ce sujet (116).

Christian Stemmli, Befangenheit im Richteramt, Eine systematische Darstellung der Ausschluss- und Ablehnungsgründe unter Berücksichtigung des gesetzlichen Richters als materielles Prinzip, Thèse Tübingen 1975, 125: "Für den Zivilprozess, in dem eigenes wirtschaftliches Interesse am Verfahrensausgang (zB als Mitberechtigter) in aller Regel das Misstrauen gegen die Unbefangenheit rechtfertigt..., ist die Anerkennung eines abstrakten Ablehnungsgrundes grundsätzlich nach dem Mass des mittelbaren Interesses des Richters zu entscheiden".

- 108) VS 21 qui a la même teneur que les articles 20 ch. 1 AZPO et 41 ch. 1 DZPO.
- 109) Stemmli 23: "Beteiligt ist..., jeder für oder gegen den die Entscheidung wirkt bzw. vollstreckbar ist...Bei Gesamtparteien...ist jeder formel beteiligt, der der Gesamtpartei angehört, also Gesellschafter der klagenden oder verklagten Gesellschaft ist...Danach beteiligt (ist) jeder, der in einem früheren Stadium des Rechtsstreits ...als...Streitgenosse...beteiligt war...". 25: "Materiell beteiligt...soll danach nur derjenige sein, dessen Rechte und Pflichten durch die Entscheidung über das in Streit befindliche Rechtsverhältnis...unmittelbar betroffen werden können, ohne Rücksicht darauf, ob er an dem Verfahren teilnimmt, bzw. Rechtskraft für oder gegen ihn in Frage steht...Als materiell beteiligt nennen die Verfahrensordnungen...den Mitberechtigten, Mitverpflichteten und Regresspflichtigen, in den anderen Verfahrensordnungen auch bestimmte enge familienrechtliche Beziehungen...".
- 110) Fasching Komm. 1 202: "Im allgemeinen wird man den Begriff des Mitberechtigten oder Mitverpflichteten dem Begriff des materiellen Streitgenossen gleichsetzen können".
- 111) Poudret/Sandoz COJ ad 22 ch. 2.1, Birchmeier ad 23 ch. 4, BE Leuch ad 10 ch. 3, AG Keller/Pfisterer ad a17 ch. 7; ZH Hauser/Hauser ad 112 GVG ch. 12.
- 112) VS 21.
- 113) ZH Hauser/Hauser ad 118 GVG ch. 2, Siein-Jonas ad 41 nm7 et 8, Wicczorek ad 42 B1: "Das Ablehnungsrecht steht nur der Partei als solcher, da jedem Kläger und jedem Beklagten für sich, mag er allein oder...in gewöhnlicher Streitgenossenschaft stehen".
- 114) Matti Streitgenossenschaft 67, Wicczorek ad 44 cIIa.
- 115) Geiger 122 n. 14 pour la consorité nécessaire, mais a fortiori pour la consorité simple.
- 116) Jean-François Egli/Olivier Kurz, La garantie du juge indépendant et impartial dans la jurisprudence récente, RJN 1990 10ss, 28-29. De nombreuses lois cantonales sanctionnent la tardiveté de la requête par la condamnation aux frais frustraires et non par la déchéance du droit de récusation comme le prévoit la jurisprudence fédérale en application de l'article 58 cst.
- 116) Wicczorek ad 44 D.

L'inhabilité ou la récusation du juge à l'égard d'un litige s'étend à toutes les causes jointes (117). Le juge doit se récuser pour l'ensemble de la procédure (118). Il ne peut se récuser à l'égard du consort qui met en doute sa partialité et continuer à fonctionner pour les colitigants. Il en est ainsi tant que les causes ne sont pas disjointes (119). Le juge reste inhabile lors même que la partie qui en est la cause s'est désistée (120). L'inhabilité a des effets ex tunc et affecte tous les actes auxquels le juge a participé. La récusation a des effets ex nunc et ne touche que les opérations postérieures à la demande de récusation. Chaque consort et non seulement celui qui a requis la récusation (121) peut demander l'annulation des actes accomplis par le juge inhabile ou récusable. Il peut dans le canton de Berne, requérir la cassation d'office ou attaquer en nullité le prononcé du juge qui a fonctionné au mépris des règles de récusation (122).

-
- 117) Un tribunal collégial ne saurait ainsi statuer dans son ancienne composition à l'égard d'un consort et dans sa nouvelle composition à l'égard du consort qui a provoqué la récusation.
 - 118) Matti Streitgenossenschaft 67.
 - 119) Thomas/Putzo notes préliminaires ad 41 ch. II 1, Zöllner ad 41 nm4.
 - 120) GL 22: "Treten eine oder mehrere Parteien aus dem Rechtsstreit vor Obergericht zurück, verbleiben alle Gerichtspersonen im Ausstand, wie wenn der Rücktritt nicht erfolgt wäre".
 - 121) Et même l'adversaire. Poudret/Sandoz COJ ad 24 ch. 1.
 - 122) Matti Streitgenossenschaft 67.

CHAPITRE 5. LA DEMANDE RECONVENTIONNELLE ET L'INTERVENTION

§1. La demande reconventionnelle

La qualité pour agir reconventionnellement appartient au défendeur et en cas de consorité passive à chacun d'eux. Chaque consort agit de manière indépendante (1).

Les codéfendeurs peuvent former conjointement des demandes reconventionnelles en déposant un mémoire de réponse et demande reconventionnelle commun. La consorité reconventionnelle (2) est alors subordonnée à la fois aux conditions de la consorité et celles de la reconvention. Le juge de la demande principale doit vérifier les conditions de la consorité reconventionnelle, mais n'a plus à examiner celles de la demande principale, car l'opération a déjà été effectuée lors de l'introductio du procès. Son prononcé sur l'une ne préjuge pas celle de l'autre. La consorité peut être donnée au principal, mais pas au regard de la reconvention. Lorsque les conditions reconventionnelles ne sont pas remplies, il n'y a dans le procès que des reconventions distinctes.

La reconvention d'un défendeur en cas de consorité passive n'affecte que les rapports juridiques entre ce consort et le demandeur principal. Le partenaire du demandeur reconventionnel n'est pas concerné (3), même si les codéfendeurs sont liés par un rapport de communauté (4). Lorsqu'elle comporte une valeur litigieuse supérieure à celle qui fonde la compétence matérielle du juge de la demande principale, le juge renvoie le consort devant le juge compétent (5).

La qualité pour défendre reconventionnellement appartient au demandeur principal et en cas de consorité active à chaque consort. Le défendeur peut agir reconventionnellement contre tous les demandeurs (6) ou certains d'entre eux seulement (7). Il ne peut en revanche procéder reconventionnellement contre son propre consort (8) sauf si ce dernier a pris des conclusions actives contre lui. Lorsque

1) AG VJS 1944 100 no32, 104.

Martin Koenig, Die Widerklage im Eheprozess, Thèse Zurich 1977, 14; August Keller, Beiträge zur Lehre von der Widerklage, Thèse Zurich 1940, 30; Peter Robert Reutlinger, Die Voraussetzungen der Widerklage, Thèse Bâle 1981, 161; Ovan 50, ZH Sträuli/Messmer ad 60 nm6, BE Leuch ad 170 ch. 2c, AG Eichenberger ad 51 nm2, ad 180 nm2 et Beiträge 140, TI Ottaviani 73, Stein/Jonas ad 33 nm14, Zöller ad 33 nm18, Fabbri 836. Le moyen est semble-t-il subordonné dans certains cantons à l'autorisation du juge. Matti Streitgenossenschaft 96.

Comp. ZG art. 18 ZPO du 15.10.1863 (RS 4 169): "Eine Widerklage findet einzig dann statt, wenn sie mit der Vorfrage aus dem gleichen Rechtsgeschäft entspringt, und kann nur von allen Mitbeklagten gegen alle Mitkläger gerichtet werden".

2) J. F. Th. Hassler, Die Zulässigkeit der Widerklage nach geltendem Recht, Thèse Rostock 1914, 86 et 95: "Widerklagenstreitgenossenschaft".

Stahelin 153 et Stolz 131 pour les consorts actionnés par l'intervenant principal.

3) Matti Streitgenossenschaft 97, Marianne Lessing-Blum, Die Zulässigkeit der Widerklage, Thèse Bochum, 1978, 75.

4) Reutlinger 161, BE Leuch ad 170 ch. 2c.

5) Matti Streitgenossenschaft 115 et les références citées.

6) AG Eichenberger ad 180 nm2.

7) AG VJS 1944 100 no32, 104, Flepp 108, BE Leuch ad 170 ch. 2c, AG Eichenberger ad 180 nm2, Zöller ad 33 nm18.

8) ZH ZR 65 1966 271 no121, LU Entsch. 1962 130 no124, 133: "...Ob der Dritte am Prozess nicht beteiligt ist, oder als Mitbeklagter teilnimmt, kann nichts ankommen, ist doch der Dritte in beiden Fällen nicht Kläger".

ZH Sträuli/Messmer ad 60 nm6, Lessing-Blum 75: "...Denn die Widerklage setzt eine Klage der Gegenseite voraus, die in einem solchen Fall nicht vorhanden wäre". Rosenberg/Schwab 594, Thomas/Putzo ad 33 ch. 3b, Stein/Jonas ad 33 n. 70.

tel n'est pas le cas, le défendeur ne peut qu'intenter une action distincte contre le codéfendeur (9).

Le juge peut prononcer la division de causes pour opportunité lorsque la reconvention d'un ou contre un consort inflige aux autres une procédure longue ou qui ne les concerne en rien (10).

La tierce-reconvention (11) est-elle admissible dans le cadre de la consorité ? Un codéfendeur peut-il agir reconventionnellement contre le demandeur principal et simultanément contre son propre consort ? L'hypothèse combine la consorité, la reconvention et l'appel en garantie. La doctrine allemande la rejette pour le double motif que la tierce-reconvention ne peut être dirigée que contre un plaideur étranger à l'instance - ce que n'est pas le consort du demandeur reconventionnel - et que la tierce-reconvention aurait pour effet de réunir en consorité des plaideurs antagonistes (12). Nous sommes d'avis contraire. S'il est en effet exact que la tierce-reconvention crée une consorité passive entre le demandeur principal et l'un de ses adversaires, elle est en revanche à l'origine d'un procès indépendant qui conserve ce caractère même lorsqu'elle est formée dans le cadre de la consorité (13) de sorte qu'il est possible d'être antagoniste dans une relation juridique et cointéressé dans l'autre. La tierce-reconvention dirigée par un codéfendeur contre le demandeur principal et contre son consort est ainsi admissible aux conditions cumulées de la reconvention et de la consorité. Le juge ne peut que diviser les causes pour opportunité lorsqu'elle entrave à l'excès le procès initial.

§2. L'intervention

1. L'intervention dépendante

Un tiers peut être intéressé au succès du procès des consorts. Débiteur solidaire, il désire par exemple soutenir le ou les coobligés seuls recherchés en faisant valoir une créance et en se prévalant de la compensation. Le tiers peut être intéressé au succès des plaideurs recherchés par un intervenant principal (14). L'intervenant principal lui-même peut être l'intervenant indépendant de ces plaideurs (15). Le tiers peut assister l'ensemble des consorts ou l'un d'eux seulement. Son intervention est subordonnée aux conditions ordinaires (16) et simultanément aux conditions de la consorité. Il en va de même lorsque plusieurs entendent intervenir.

Le tiers qui assiste un consort ne peut soutenir simultanément l'adversaire, car il servirait des intérêts opposés. Selon la jurisprudence, il peut en revanche abandonner en cours de procès le ou les consort(s) soutenu (s) pour se placer aux côtés de l'adversaire. Sa volte-face n'est subordonnée à l'accord ni des consorts, ni de

9) LU Entsch. 1962 130 no124.

10) BE Leuch ad 170 ch. 2c.

11) Le défendeur agit reconventionnellement contre le demandeur principal et contre un tiers étranger au procès qui a les mêmes intérêts que le demandeur, les deux acquérant la qualité de consorts. Voir Deuxième partie. Titre II, Chapitre 7.

12) Stein/Jonas ad 33 nm29 et n. 70: "Drüter ist hierbei eine Person, die weder Kläger noch Beklagter des anhängigen Verfahrens ist; eine Widerklage gegen den aus derselben Seite stehenden Streitgenossen, zB. zwischen den Klägern oder zwischen den Beklagten, scheidet daher aus", Rosenberg/Schwab 594.

13) Par exemple dans le canton de Neuchâtel: n308.

14) Stachelin 155.

15) Stachelin 158.

16) L'intervenant doit signifier au juge et aux parties une déclaration indiquant notamment celle des parties aux côtés de laquelle il souhaite intervenir. BE 45, UR 62, OW 40, ZG 24, FR 92, SO 42, TI 51/3: "L'intervento accessorio si propone mediante domanda scritta contro

l'adversaire des consorts, mais doit être manifestée formellement selon les formes de l'intervention (17).

Un consort peut assister un autre alors même qu'il est partie au procès (18). Le fait qu'il soit partie principale n'exclut pas qu'il soit intervenant (19), car le cumul des qualités ne se produit pas dans le même rapport d'instance (20). L'intervention peut être la conséquence d'une dénonciation de litige d'un consort à son partenaire (21).

Les auteurs sont laconiques sur l'utilité du procédé. L'intervention dépendante permettrait selon certains d'entre eux d'accorder au consort assisté plus de droits que la consorité elle-même ne lui en procure (22). Elle est pour d'autres un moyen de suppléer à l'inaction d'un autre consort et de le relever de sa déchéance. Le consort intervenant pourrait ainsi déposer un mémoire de réponse lorsque le consort dont il est l'auxiliaire a omis de le faire (23). Il pourrait également interjeter un recours en lieu et place du partenaire. Il pourrait de même prétendre à l'octroi ou à la prolongation d'un

tutte le parti in lite, contenente l'indicazione precisa del preteso interesse e la designazione della parte in favore della quale l'intervento ha luogo", JU 44. RJN 3 I 196.

- 17) BGHZ 18 110, 112-113/NJW 1955 1316, RG 56 290. Stein/Jonas ad 66 nm3, ad 70 nm7.
- 18) La personne qui est déjà partie à l'instance ou qui y est représentée n'a en principe pas qualité pour intervenir, GE SJ 1980 493. Schellhammer 699 nm1384, Schilken 376 nm671.
- 19) ZH ZR 55 1956 17 no8; où chacun des demandeurs est l'intervenant de l'autre. NJW 1977 1013, BGH 68 85, NJW 1950 704, BGHZ 8 72/NJW 1953 420, JW 1896 176.
Ovari 47, Geiger 151, Baumbach/Lauterbach ad 61 2C et ad 66 2B, Stein/Jonas ad 61 nm1, ad 66 nm9, Thomas/Putzo ad 61 ch. 4, Lent ZPR 224 et ad NJW 1950 704, Rosenberg/Schwab 262, Brückner 33, Blomeyer 642, Zölter ad 66 nm6, Gotwald JA 1982 66, Fasching ZPR 194 nm378, Holzhammer ZPR II 87.
Chaque consort actionné par l'intervenant principal peut être l'intervenant accessoire de l'autre. Stahelin 155.
Dans l'action en paternité, chaque consort peut être l'intervenant accessoire du partenaire. Hegnauer ad 261 CC nm64.
- 20) Geiger 151. Marti Streitgenossenschaft 27 n. 2, Zölter ad 66 nm6, Lent ZPR 224, Wiczorek ad 66 Allb.
RGZ 151 210, 212: "Da es sich hiernach um einen zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreit handeln muss, so spricht der Wortlaut der Bestimmung an sich dagegen, dass ein Streitgenosse in demjenigen Rechtsstreit in dem er selbst Partei ist, überhaupt als Streitgehilfe auftreten kann", NJW 1950 704.
- 21) HRR 1940 214 in fine, JW 1896 176. Ovari 47, Rosenberg/Schwab 275 et 281, Baumbach/Lauterbach ad 61 2C.
- 22) Blomeyer 642: "Doch ist hier zu beachten, dass der Prozess einfacher Streitgenossen als Mehrheit von Prozessen anzusehen ist, und deshalb kann ein Streitgenosse dem anderen beitreten, um für ihn noch (wenn nötig !) in weiterem Umfange tätig zu werden, als es die Streitgenossenschaft selbst ermöglicht". Geiger I: "So wird die Nebenintervention im streitgenössischen Verfahren dann aktuell, wenn die im Rahmen der streitgenössischen Prozessführung erzeugbaren Rechtswirkungen allein nicht mehr ausreichen, um die Bedürfnisse der Streitgenossen befriedigen zu können", 146 n. 2: "Zu beachten bleibt..., dass sich die Nebenintervention...insoweit nicht als notwendig erweist, als gemeinsame Tatsachen in Frage stehen. Wenn dank der notwendigerweise einheitlichen Überzeugung des Richters gemeinsame Tatsachen nur einheitlich gewürdigt werden können, kann sich der Streitgenosse damit begnügen, den Beweis im eigenen Prozess zu erbringen, und dennoch den gewünschten Erfolg im anderen Prozess zu erzielen".
Stahelin 161 pour les parties au procès initial actionnées par l'intervenant principal: "Die Wirkungen der Nebenintervention treten ein, wenn sich der eine Streitgenosse am Prozess des andern als Interveniient beteiligt: er kann allerdings im eigenen Rechtsstreit gegen den Interventanten nicht mehr Einreden vorbringen, die ihm ohne Beitreit noch zustehen würden. Das Gleiche gilt auch für den Streitgenossen, der als Litisdonanzist am Prozess der andern Erstpartei teilnimmt".
- 23) OW 41/1: "Der Interveniient ist berechtigt, die Prozessführung der unterstützten Partei zu ergänzen. Soweit diese Ergänzungen nicht mit den Prozesshandlungen der Hauptpartei im Widerspruch stehen, gelten sie als von ihr selbst vorgebracht". Idem GL 41, ZG 25/2, SO 43/1, SH 89/1, AR 54/2, IR 65/2, AG 57/1, TI 52/1.

délai (24). L'intervention serait également un moyen de faire porter le procès sur les rapports internes des consorts (25).

La position du consort intervenant est identique à celle de tout tiers qui désire user de ce moyen (26). Les conditions de son intervention - parmi lesquelles la litispendance dont la consorité elle-même est à l'origine - s'apprécient selon les règles générales (27).

Un codéfendeur peut être intéressé au succès du demandeur ou un des demandeurs à celui du défendeur. Lorsqu'un codéfendeur n'a pas pris de conclusions contre ses partenaires pour faire trancher les rapports internes, la jurisprudence et la doctrine lui confèrent le droit de les évoquer dans le procès commun en l'autorisant à soutenir le demandeur par le biais de l'intervention (28). L'intervention peut être la conséquence d'une dénonciation de litige du demandeur à un des défendeurs ou du défendeur à son partenaire (29).

L'intervention du codéfendeur aux côtés du demandeur a d'abord été rejetée par la doctrine et la jurisprudence (30) au motif qu'il servait des intérêts contradictoires (31). Elle était en revanche admise lorsque le consort avait perdu sa qualité de partie principale par désistement d'instance ou jugement (32). Considérant que l'intervention ne présente pas les dangers évoqués ci-dessus, et que le codéfendeur peut avoir un intérêt légitime à intervenir (33), par exemple pour obtenir qu'un autre défendeur succombe dans une proportion plus large (34), la jurisprudence et la doctrine, tant en Allemagne (35) qu'en Suisse (36), admettent aujourd'hui unanimement le procédé - même en seconde instance (37) aux motifs que d'une part

- 24) Encore faut-il qu'il agisse lui-même dans les délais. Le juge peut lui impartir un délai pour procéder, mais il peut aussi le renvoyer à observer le délai déjà fixé au consort soutenu.
- 25) Pour les rapports entre l'intervention d'un consort en faveur de son partenaire et l'article 66 LCR, Geiger 149-151.
- 26) Geiger 146: "Der einzelne Streitgenosse ist...bezüglich der Nebenintervention nicht besser und nicht schlechter gestellt als ein beliebiger Dritter".
- 27) Geiger 146-147, Wiczeorek ad 66 III f: "Mittelbares Interesse (bloss wirtschaftliches...) des Streitgehilfen reicht nicht aus. Deshalb kann auch nicht von der Zulässigkeit der Streitgenossenschaft nach § 859, 60 auf die der Streitgehilfenschaft geschlossen werden".
- 28) *Streithilfe für den eigenen Gegner gegen den eigenen Streitgenossen*. ZH ZR 62 1963 113 no 41. VersR 1985 80. Le défendeur C intervient aux côtés du demandeur contre ses codéfendeurs A et B. Guldener ZPR 304 n. 38, 307 n. 6, Geiger 152. Stachotin 87. Holzhammer ZPR II 87.
L'intervention dépendante en faveur du partenaire peut se transformer en cours de procédure en intervention en faveur de l'adversaire commun: le consort intervenant peut abandonner en cours de procès son consort pour se placer aux côtés de l'adversaire. Solution rejetée par Wiczeorek ad 66 AII c2.
- 29) BGH 8 72, 80/NJW 1953 420.
- 30) RGZ 163 361ss, RGZ 151 210, 212. Schönke DR 1940 1326; Wiczeorek ad 61 AIIa, AIIb1.
- 31) RGZ 151 210, 212: "Insbesondere aber ist es verfahrensrechtlich nicht anhängig, dass dieselbe Person in demselben Rechtsstreit in beiden Parteirollen auftritt, wenn auch auf der einen Seite nur zur Unterstützung des Prozessgegners. Denn dadurch...besteht die Gefahr, dass seine eigenen Erklärungen widerspruchsvoll werden und damit die notwendige scharfe Trennung der Parteirollen wird gefährdet".
- 32) RGZ 151 210, 212.
Contra de manière générale Wiczeorek ad 61 AIIa1.
- 33) Brückner 34: "Die Gegenmeinung lässt berechnete Interessen des Streitgenossen am Beitritt auf seiten des Gegners ausser acht und verstösst allgemein gegen dessen Handlungsfreiheit".
- 34) NJW 1950 705.
- 35) VersR 1985 80, MDR 1958 342, ZPR 71 261ss, BGHZ 8 72/NJW 1953 420.

l'intervenant ne cumule pas les qualités de demandeur et de défendeur dans le même procès en raison de l'indépendance des liens d'instance (38) et que d'autre part il ne peut accomplir que des actes en accord avec ceux du demandeur (39). La jurisprudence et la doctrine paraissent toutefois prêter à l'intervention du codéfendeur une connotation négative en autorisant le juge à tirer des conclusions défavorables à son égard en raison même de son intervention. Le codéfendeur ne peut selon les auteurs échapper à ce risque qu'en requérant la division des causes (40). La question de savoir si l'admission de l'intervention doit être examinée d'office par le juge est controversée. Le Bundesgerichtshof a laissé la question ouverte (41). La doctrine est laconique (42). Nous sommes pour notre part favorables à ce que ce type d'intervention subisse un régime différent et soit soumis à la maxime d'office. Garant de la bonne marche de la procédure, le juge doit en effet veiller à ce que l'intervention ne complique pas un procès qui l'est déjà suffisamment.

II. L'intervention indépendante

L'intervention indépendante est source de consorité en procédure neuchâteloise. Le sujet ayant été déjà traité relativement aux modes de constitution de la consorité simple, nous n'y reviendrons pas.

La doctrine admet l'intervention indépendante d'un consort au profit d'un autre (43). Cette dernière suppose que l'on distingue la qualité de consort qui confère celle de partie et la qualité d'intervenant indépendant qui ne la confère pas. Le cas devrait être rare. L'intervention indépendante permettrait de maintenir en cause le consort assisté et de coordonner les positions des consorts lorsque celles-ci sont divergentes.

III. L'intervention principale

Lorsque un tiers A est intervenu principalement contre les parties B et C d'un premier procès pour prétendre un meilleur droit sur celui qu'elles se disputent, la

Brückner 34, Stein/Donas ad 66 nm9, Rosenberg/Schwab 281, Lent note ad NJW 1950 704, note ad NJW 1953 420 et ZPR 223, Zöllner ad 66 nm6, Thomas/Putzo ad 61 ch. 4a et ad 66 ch. 3a, Baumbach/Lauterbach ad 66 2B, Bioneyer 642, Goutwald JA 1982 66, Schilken 376 nm671.

- 36) ZH ZR 62 1963 113 no41: "Unzulässigkeit von Anträgen und Rechtsmitteln einer Partei gegen ihre Mitpartei (derselben Parteiseite)..., es sei denn, sie schliesse sich vor rechtskräftiger Erledigung des Prozesses als Nebenintervenientin der Gegenpartei an". Possibilité refusée in casu au codéfendeur de soutenir le demandeur contre son colitigant, car le demandeur avait renoncé à recourir et le jugement avait acquis force exécutoire: "Einen Beklagten über solchen Verzicht hinweg gegen einen Mitbeklagten selbständig vorgehen zu lassen, hiesse den Prozess über den ihm durch das Rechtsmittelbegehren gezogenen Rahmen hinaus ausdehnen, was nach allgemeinen Grundsätzen nicht angeht". Guldener ZPR 304 n. 38, Geiger 152, Contra Ovari 47.
Consorts actionnés par l'intervenant principal intervenant à titre accessoire aux côtés de ce dernier: Sträuli/Messmer ad 44 nm3.
- 37) NJW 1950 705. Zöllner ad 66 nm6.
- 38) Lent ad NJW 1950 705: "Hier liegt keineswegs eine Vereinigung beider Parteirollen in einem Prozess, sondern verschiedene Rollen in zwei zusammengefassten, aber unabhängigen bleibenden Prozessen".
- 39) RGZ 163 361, BGHZ 8 78/NJW 1953 420.
- 40) Lent ad NJW 1950 705.
- 41) NJW 1950 704, RGZ 163 361.
- 42) Schönke DR 1940 1326 se prononce pour la maxime d'office.
- 43) Matti Streitgenossenschaft 27 n. 2.

doctrine reconnaît à un autre tiers X la faculté d'intervenir principalement simultanément contre tous ces plaideurs, savoir A, B et C (44).

44) Stachelin 155.

CHAPITRE 6. LES ALLEGATIONS ET LA PROPOSITION DES PREUVES

§1. Les allégations des consorts

A l'instar de tout procès, les mémoires introductifs d'instance doivent lorsqu'il y a consorité contenir, les faits, moyens de droit et les conclusions (1). En ce qui concerne l'allégation des faits, il faut distinguer les allégués personnels à un consort et les allégués communs.

Chaque consort peut alléguer des *faits personnels* de sorte que chacun d'eux peut articuler des faits différents (2). Les allégations ne lient pas les autres.

Un consort n'est pas en droit d'alléguer les faits personnels d'un autre, mais peut parfois obtenir de son partenaire le retranchement de certains de ses allégués (3).

En ce qui concerne l'allégation des *faits communs*, quatre procédés, privilégiant alternativement ou cumulativement les principes de l'indépendance des procès et de la maxime des débats ou y dérogeant simultanément, sont envisageables.

Respectant le principe de la divisibilité de l'instance et la maxime des débats, la solution extrême consiste à exiger de *chacun* des consorts l'allégation des faits communs de sorte qu'aucun d'eux ne peut profiter des allégués de l'autre et que chacun doit supporter les conséquences des insuffisances entachant sa présentation des faits (4). Bien que portant sur les mêmes faits, la demande pourrait être rejetée pour un des consorts faute par lui de les avoir régulièrement ou suffisamment allégués et admise pour un autre. La situation ne serait ainsi pas différente de celle qui prévaudrait si des procès distincts avaient été ouverts. Le procédé permet aux consorts d'exposer différemment les mêmes faits (5). Il ne nuit pas, car le juge peut apprécier

- 1) GE ACJ 335/1984 non publié UBS c/ Drake Systems Limited et autres du 19 octobre 1984: à peine de nullité.
- 2) VD JT 1958 III 47, 56.
Marti Streitgenossenschaft 97: "Tatsachen, die nicht für alle Streitgenossen Bedeutung haben..., sind nur demjenigen gegenüber zu berücksichtigen, der sie angebracht hat", Ovan 49.
Rosenberg/Schwab 282: "Der Prozessstoff braucht nicht in allen Prozessen derselbe zu sein". Holzhammer Parteienhäufung 15 n. 31: "Weil unterschiedliche Behauptungen aufgestellt und Beweise angetreten werden..., muss noch nicht die Gemeinschaftlichkeit des Verfahrens enden. Die Beweisaufnahme kann immer noch dasselbe Ergebnis für alle zeitigen".
- 3) Action de X contre A et B. Conclusions libératoires de B contre X et récursoires de B contre A. Conclusions incidentes du consort B en retranchement de plusieurs allégués de son codéfendeur A. VD JT 1967 III 58.
- 4) TI Rep. 1985 334.
Walder ZPR 157-158, Habscheid ZPR II 152 nm279: "Der Vortrag eines Streitgenossen betrifft nur seine Sache".
Brückner 20: "...Die Freiheit im Tatsachenvortrag ist...die Folge übergreifender Wertungen aus dem materiellen Recht, sondern bedeutet darüber hinaus auch generell die Achtung der Entscheidungsfreiheit der Parteien, die aus berechtigten, teils rein materiellen Interessen (z. B. Rücksicht auf weitere Geschäftsbeziehungen), teils sogar ausdrücklich grundgesetzlich geschützten persönlichen Interessen (z. B. Schutz der Intimsphäre; Vermeidung eines Gewissenskonfliktes bei Zeugen) auf den Vortrag bestimmter Tatsachen oder Beweismittel verzichten wollen". 26: "Jede Partei hat ganz allgemein die Freiheit, allein durch Nichtvortragen von Tatsachen und Beweismitteln den Prozess zu verlieren".
Fabbrini 836: "Ciascuna parte del procedimento litisconsortile rimane libera, senza condizionamento di sorta, di allegare e provare qualunque fatto che sia rilevante ai fini del contenuto di merito da dare alla sentenza circa il rapporto sostanziale che le fa capo, e ciò tanto nel caso che quel fatto sia rilevante solo per il suo rapporto, quanto nel caso che sia rilevante anche per gli altri rapporti connessi, che fanno capo agli altri litisconsorti".
- 5) TI Rep. 1985 334, 335-336: "Inammissibilità di conservare in causa gli allegati del litisconsorte dimesso...litisconsorti liberi nelle loro affermazioni...l'uno può contraddire l'altro...La sorte di ciascun litisconsorte è determinata dal contegno che egli ha tenuto e da quello che è stato tenuto a suo riguardo...E poiché in forza del principio generale che regola

librement les contradictions de l'allégation lors de l'appréciation des preuves (6). Il est toutefois peu conforme à l'économie de procédure.

Une deuxième solution consiste à imposer aux consorts une action concertée et à exiger d'eux une allégation conjointe des faits communs, les consorts supportant ensemble les conséquences des insuffisances dans l'allégation des faits. Simple et claire, mais dépourvue de sanction - la règle étant une prescription d'ordre - , la solution interdit aux consorts de présenter un éclairage différent des mêmes événements.

Dérogeant à la fois à la maxime des débats et au principe de la divisibilité de l'instance, une troisième solution consiste à faire profiter chaque consort des allégués de l'autre (7). Elle permet à chacun d'exposer sa version des faits communs et lui confère la faculté de combler au profit de tous les lacunes dans l'allégation d'un autre (8). Elle permet au juge de fonder sa décision, à l'égard d'un consort, sur des faits que

il litisconsorzio facoltativo ogni litisconsorte conserva nella causa un'individualità propria e per ogni altro aspetto indipendente, ne discende che gli atti processuali dei singoli litisconsorti né giovano, né pregiudicano la posizione degli altri litisconsorti...applicando questa regola generale agli allegati del litisconsorte dimesso, ben si conviene come gli stessi debbano essere stralciati dall'incarto...per evitare questo rischio, la convenuta avrebbe dovuto allestire una risposta unica per i due convenuti o quanto meno immettere nei suoi allegati i fatti dai quali pretende derivare quelle eccezioni liberatorie che ora le torna impossibile di attingere dagli allegati del litisconsorte dimesso".

Holzhammer Parteienhäufung 121-122: "Jeder wird nur in seiner Sache tätig. Was er vorbringt, wirkt zunächst nur in seinem Prozess, auch wenn es sich um Behauptungen und Beweismittel handelt, die für alle Prozesse in derselben Weise bedeutsam sind. Derartige Gemeinsamkeiten genügen für sich noch nicht, um den Willen der anderen Genossen zu erübrigen. Vielmehr müssen sich alle auf die gemeinsame Tatsache stützen, damit diese für die alle verhandelt wird. Widerstreit indessen ein Genosse solchem Sachvorbringen, dann schalten sich die §§13 AZPO und 63 DZPO ein: Was die eine Partei unternimmt, darf die andere weder belasten noch begünstigen. Abgesehen davon, schliesst die Gemeinsamkeit der Tatsachen nicht aus, dass zu deren Beleg die einzelnen Genossen unterschiedliche Mittel anbieten; Jeder muss das Recht haben, Beweisanträge der Mitstreiter für seinen Prozess abzulehnen. So können Geständnis und Gegenbeweis derselben Tatsachen nebeneinander treten und eine gemeinsame Würdigung unterbinden, füglich zur Trennung der Prozesse führen".

- 6) Habscheid ZPR 152 nm279, ZPR 154 nm283 (pour la consorité nécessaire, mais a fortiori pour la consorité simple): "Von den Streitgenossen stets überstimmenden Sachvortrag und idemische Beweisanträge zu verlangen, erscheint uns zu dogmatisch. Bei widersprechenden Vorbringen entscheidet das Gericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung".
- 7) Dans ce sens TI a48: "Nel litisconsorzio facoltativo, i litisconsorti profitano di tutti gli atti processuali compiuti da altri litisconsorti...". Le code tessinois conserve la règle contraire depuis une modification du 2.11.1987, entrée en vigueur le 1.1.1988. Roberto Haab, Rep. 1986 176-177: "...si tratta sempre di mitigare ragionevolmente le conseguenze tratte dalla natura giuridica del litisconsorzio facoltativo. Da noi ci ha già pensato il nostro saggio legislatore. Giova anche considerare che spesso in un litisconsorzio facoltativo non tutti i litisconsorti...conoscono compiutamente i fatti rilevanti e sono quindi in grado di attirare efficacemente. La facoltà di usufruire reciprocamente dei rispettivi atti processuali ha quindi notevole rilevanza pratica".
- 8) VD JT 1958 III 47, 55: "Cette interprétation méconnaît un principe essentiel de la procédure, à savoir que dans tout procès quels que soient le nombre et la nature des parties, il n'y a jamais qu'un seul jugement et parant un seul état de fait...cet état de faits est établi sur la base des allégués, des déterminations et des preuves de toutes les parties...Les allégués et les preuves n'appartiennent pas à la partie qui les a annoncées...La jurisprudence considère les allégués et les preuves annoncées comme un espèce de contrat de procédure liant les parties une fois la procédure préliminaire terminée...elle n'autorise pas une partie dès ce moment, à retirer des allégués ou des preuves sans l'assentiment des autres parties...Sauf s'il s'agit d'allégués concernant exclusivement les rapports de droit entre une partie et une des autres parties en cause - auquel cas ces allégués et les preuves annoncées à leur égard peuvent être retirés ou modifiés avec l'accord des deux parties intéressées - aucun allégué et aucune preuve ne peuvent être retirés...que de l'accord de toutes les parties...Chaque allégué intéresse chacune des parties, chacune d'elles...peut se prévaloir de tel ou tel fait allégué par une autre partie et entreprendre sa preuve même si l'auteur de

celui-ci n'a pas formellement allégués et ne plus considérer le procès d'un consort comme une unité distincte. Il en est ainsi dans le canton de Vaud où l'article 307 al. 2 du code de procédure civile permet au comparant de prendre à son compte les offres de preuve du défaillant. La disposition autorise implicitement le comparant à se prévaloir des allégués du défaillant.

Très proche de la précédente et dérogeant également à la maxime des débats et au principe de l'indépendance des procès (9), la solution majoritaire est celle qui consiste, même sans base légale (10), à autoriser un consort à présenter les faits communs au profit de l'ensemble des consorts (11). Il suffit en d'autres termes qu'un consort allègue les faits communs pour que l'on admette que tous en aient fait de même. Le juge ne saurait en conséquence écarter la demande des consorts qui n'ont pas formellement allégué au motif que l'allégation est irrégulière. L'application du principe de la présomption de représentation aux allégués en est une variante: le consort qui n'allègue pas formellement, présumé défaillant, est censé être représenté par le consort qui allègue dans les cantons de Berne et du Jura (12). Le système consacre en quelque sorte la maxime inquisitoire dans le cadre de l'ensemble des allégués. Lorsque les allégués sont contradictoires, le juge les apprécie librement dans le cadre de l'appréciation des preuves (13). La solution a pour effet que le consort, qui n'a pas formellement allégué, est présumé avoir accepté la présentation des faits par son colitigant et est privé du droit de les remettre en cause. Le jugeant trop absolu, certains auteurs ont cherché à atténuer le procédé. Pour les uns, les faits allégués par un consort valent pour les autres dans la mesure où ces derniers ne s'en distancent pas expressément (14). A défaut, ils sont réputés admettre les faits articulés. Pour les autres, les faits allégués par un consort ne valent pour les autres consorts que s'ils y adhèrent expressément. A défaut, ils sont réputés contester les faits articulés (15). Pour d'autres encore, les faits allégués par un consort ne valent pour les autres que s'il y a doute (16). Lorsque les consorts ont manifesté leur volonté de se distancer de

l'allégué renonce à le faire, ce qui impose une instruction commune et un exposé des faits unique...".

- 9) C'est la critique fondamentale de Brückner 10.
- 10) Roberto Haab Rep. 1986 176.
La question est controversée. Voir la longue critique de Brückner 9ss qui exige une base légale expresse.
- 11) Matti Streitgenossenschaft 97: "Gemeinsame Tatsachen, d. h. solche Tatsachen, die für alle Streitgenossen Bedeutung haben, sei es aus prozessualen Gründen, weil z.B. davon die Zulässigkeit der gemeinsamen Klage abhängt, sei es aus materiellrechtlichen Gründen, wenn zB das eine Rechtsverhältnis vom andern abhängt (Bürgschaft), sind gegenüber allen Streitgenossen zu berücksichtigen, auch wenn sie nur von einem vorgebracht werden". Ovari 54: "Die sog. gemeinsamen Tatsachen sind diejenigen Tatsachen, die für alle Streitgenossen oder für mehrere Streitgenossen Bedeutung haben". Geiger 61, Guldener ZPR 304, AG Eichendorfer ad 51 nm3. Zöller ad 61 nm3, Lent ZPR 220, Blomeyer 628, Fasching Komm. II 178.
- 12) Matti Streitgenossenschaft 109.
- 13) Habscheid ZPR 154 nm283 pour la consorité nécessaire, mais a fortiori la consorité simple.
- 14) MDR 1961 675.
Ovari 55, Thomas/Putzo ad 61 ch. 7: "Tatsachenvorbringen eines Streitgenossen gilt grundsätzlich auch in den Prozessen der anderen, sofern nicht der Vortragende oder der Betroffene die Geltung ausdrücklich verneint". Wieczorek ad 61 Alb2, Stein/Jonas ad 61 nm9: "...Soweit...die übrigen nicht selbst eine Erklärung abgeben...". Implicitement Zöller ad 61 nm8: "...Wenn die Umstände nicht etwa anderes ergeben...". Rosenberg/Schwab 282: "...sofern das irgendwie zum Ausdruck gebracht wird...", et 284.
Comp. Schellhammer 678 nm1344: "Die verbreitete Ansicht, Angriffs- und Verteidigungsmittel des einen seien auch dem anderen Streitgenossen zuzurechnen, solange er nicht widerspreche, findet im Gesetz keine Stütze. Da jeder Streitgenosse...nur seinen Prozess führt, geht ihn das Prozessverhalten des anderen nichts an. Im Zweifel muss der Richter...fragen, ob der eine Streitgenosse sich die Angriffs oder Verteidigungsmittel des anderen zu eigen mache".

leurs partenaires et qu'ils n'ont pas formellement allégué certains faits, ils ne profiteront pas des allégués de leur colitigant et verront leur demande déclarée irrecevable pour défaut d'allégation. On retrouve ainsi la première solution évoquée dans ce chapitre (17).

Chaque défendeur est en droit de se déterminer.

Contestant uniquement les assertions du demandeur, il peut renoncer à soulever d'autres points que ceux qui fondent la demande et accepter que le litige soit circonscrit par les termes de la demande. Il peut également reconnaître l'exactitude d'un fait allégué par le demandeur et l'accompagner de nouveaux faits qu'il doit énoncer en détail pour appuyer ses conclusions. Il doit de même indiquer tous les faits de nature à justifier ses moyens de défense.

Un consort pouvant alléguer au profit de tous, il peut de même dénier au profit de tous. Les variantes exposées pour l'allégation des faits sont applicables à leur dénégation (18).

Chaque codéfendeur peut adopter une attitude différente. Un consort peut contester un allégué, un autre admettre ce même allégué, le troisième laisser ce fait sans réponse (19).

Un consort ne saurait contester un fait qui ne concerne que son colitigant, car il n'est pas partie dans la cause parallèle (20).

La présentation des allégués doit permettre de se rendre compte à simple lecture des moyens et motifs invoqués. L'exposé des faits et des conclusions doivent être séparés.

Les demandeurs ne déposent en principe qu'un seul mémoire (21) qui pour plus de clarté, comportera deux sections au chapitre des allégués. La première section a trait aux allégués communs. Si par exemple des consorts ont été lésés par le même acte dommageable, les faits communs seront les faits constitutifs de ce dommage. Les consorts n'ont pas à scinder le chapitre des allégués en autant de subdivisions qu'il y a de codemandeurs et à reproduire dans chacune d'elles les circonstances constitutives identiques du dommage dont ils demandent réparation. La deuxième section a trait aux allégués personnels des consorts. Pour reprendre notre exemple, l'étendue et la nature du dommage peuvent différer d'un lésé à l'autre. Aussi chacun d'eux doit-il indiquer avec précision les éléments relatifs à ce dommage. La seconde section du

-
- 15) Baumbach/Lauterbach ad 61 3D: "Bei einer gemeinsamen Tatsache ist...häufig anzunehmen, dass sich ein Streitgenosse die Erläuterungen des anderen zu eigen macht", Zimmermann ad 61 nm3.
 - 16) Lent/Jauremig §81 III. Lindacher JuS 1986 380: "Der Rationalisierungsfunktion des Verfahrens und dem typischen Parteiwillen entspricht es, dem Tatsachenvorbringen sowie Beweisanträgen einzelner Streitgenossen im Zweifel auch Geltung für die Parallelprozesse beizumessen: Angriffs- und Verteidigungsmittel von potentieller Gesamtwirkung sind mangels einschlägigen Vorbehalts bzw. Widerspruchs als für alle erschienenen Streitgenossen vorgebracht zu crachten". Le tribunal peut lever le doute en interrogeant les consorts. Ovari 55, Stein/Jonas ad 61 nm9, MünK 461 nm4.
 - 17) Baumbach/Lauterbach ad 61 3D, Thomas/Puozzo ad 61 ch. 7, Zöller ad 61 nm8, Stein/Jonas ad 61 nm3, Schlosser 232 nm271. Selon la doctrine, le juge peut toutefois, même dans ce cas, considérer les allégués individuels comme un indice en faveur ou au détriment des autres dans la phase d'appréciation des preuves en vertu de son pouvoir de libre appréciation.
 - 18) Schellhammer 678 nm1344: "Nichtbestreiten eines Streitgenossen haben im Prozess des anderen...Indizwirkung...". Contra Holzhammer Parteienhäufung 14.
 - 19) Ovari 58, Zimmermann ad 61 nm3, Stein/Jonas ad 61 nm3, Rosenberg/Schwab 282, Ballon 78.
 - 20) VS RVJ 1988 167. ATC non publié du 29.5.1981 Tonossi SA et Morand c/Gaudin.
 - 21) JU Ceppi 37: "...Les consorts doivent en principe procéder en commun. Cela implique un mémoire commun...", moins péremptoire Stein/Jonas ad 61 nm8: "...die Schriftsätze können gemeinsam sein..."

chapitre des allégués comprendra ainsi autant de subdivisions que de demandeurs (22).

Les demandeurs sont à notre avis en droit de déposer chacun un mémoire présentant leurs allégués personnels, de développer leur argumentation commune dans l'un d'eux et de s'y référer dans les autres. Le procédé permet de mettre en évidence ce qui est commun aux consorts et ce qui ne l'est pas. Les défendeurs peuvent déposer un mémoire commun exposant leurs moyens de défense (23). Lorsqu'ils adoptent des attitudes distinctes, on leur reconnaît le droit de déposer chacun un mémoire distinct (24). Lorsque des conclusions récursoires divisent les défendeurs, le juge peut exiger de l'un d'eux ses déterminations sur les allégations de l'autre (25).

- 22) GE ACJ 335/1984 UBS contre Drake Systems Limited et autres du 19 octobre 1984. La demande a été formée par 15 sociétés, énumérées dans l'en tête de l'exploit puis par simplification sous le vocable "groupe Drake". La demande contient un décompte des dommages subis par le groupe Drake dont la réparation est requise. L'indication des divers postes du préjudice est globale, le préjudice propre à chacune des sociétés faisant partie du groupe n'est pas allégué. La défenderesse a fait valoir que l'acte introductif d'instance ne faisait pas ressortir l'intérêt de chacune des 15 sociétés à introduire l'action en paiement dirigée contre elle. La lecture de l'acte ne permettait pas de discerner le dommage dont la plupart des sociétés avait à se plaindre, ni qu'elle était la réparation qu'elles demandaient.
- 23) BE RJB 51 1915 265: "Es ist Sache...der passiven Streitgenossen ihre selbständigen, d.h. nicht gemeinsamen Verteidigungsmittel persönlich oder durch einen gewählten Vertreter in der für alle Beteiligten gemeinsamen Verteidigungsschrift einzubringen. Dies kann geschehen entweder durch gemeinsame Redaktion des von allen Streitgenossen abzufassenden und zu unterschreibenden Schriftsatzes oder durch...Beifügung eines in der gemeinsamen Vorkehr aufzunehmenden und gesondert zu unterzeichnenden Nachtrages zu gemeinsamer Vorkehr...".
- 24) VS RVJ 1976 261. TI Rep. 1985 334 où le demandeur s'était désisté de l'instance face à un codéfendeur, ce qui a privé le consort resté au procès de profiter des allégués de l'autre, les deux défendeurs ayant déposé chacun un mémoire de réponse. La solution s'explique surtout par le fait que le tribunal n'a, dans cet arrêt, reconnu qu'une allégation individuelle, et non une allégation au profit de tous.
- 25) VS RVJ 1981 328: "...l'art. 11 CPC autorise le cumul subjectif de demandes d'un demandeur contre plusieurs défendeurs et les articles 65ss CPC ont toujours été interprétés comme donnant droit à toute partie à son propre avocat, différent de celui choisi par d'autres consorts, surtout, lorsque comme en l'espèce, l'argumentation de chaque codéfendeur consiste à soutenir en fait et en droit que l'autre doit couvrir le dommage subi par le demandeur...En pareil cas, on ne peut s'en tenir au texte des articles 157 et 159-160, pour poser...qu'il ne peut y avoir qu'une seule réponse et cas échéant une seule réplique puis une seule duplique. C'est à nouveau l'indication que le nombre de mémoires déposés varie avec les particularités de chaque cas...Ainsi en vient-on à admettre que si les particularités de l'espèce le justifient, un juge-instructeur en partant du texte de l'article 158 CPC puisse exiger à bon droit que l'un des codéfendeurs dépose une écriture portant ses déterminations sur les faits nouveaux du mémoire-réponse de l'autre codéfendeur...Il faut par ailleurs considérer que lorsque les arguments de deux codéfendeurs s'opposent, ce n'est pas leur seul intérêt et leur droit d'être entendu qui justifient que chacun se détermine sur les nouveaux faits allégués par l'autre: il y va aussi de l'intérêt du demandeur, à qui il n'est pas indifférent que les parties adverses aient sur certains faits une position identique ou dissimilable...Il faut aussi tenir compte que la jurisprudence autorise un codéfendeur à prendre des conclusions récursoires contre l'autre codéfendeur...enfin, l'institution de l'appel en garantie...autorise également sous certaines conditions, un procès dit triangulaire, qui exige que l'appel en garantie se prononce sur les faits de l'appelant...Il peut donc y avoir des cas où une situation initiale de deux codéfendeurs s'opposant séparément à un demandeur, évolue au point que ces codéfendeurs puissent en venir aussi à s'opposer entre eux, non plus seulement aux thèses soutenues, mais encore pour des conclusions prises réciproquement par chaque codéfendeur contre l'autre...Pour l'ensemble de ces raisons, il faut admettre que l'ordonnance du juge instructeur imposant au codéfendeur de donner, avant débat préliminaire, ses déterminations sur des faits allégués par l'autre codéfendeur n'est pas critiquable en tant qu'elle correspond au pouvoir d'appréciation conféré par l'article 58 CPC; ensuite ce n'est pas excéder les limites de ce pouvoir d'appréciation que d'avoir procédé en l'espèce, à l'endroit du défendeur Etat du Valais alors que ses thèses sont diamétralement opposées à celles du codéfendeur Barmas...Pour s'opposer à cette solution, le recourant objecte à tort que cette ordonnance serait dépourvue de sanction et que l'Etat du Valais

§2. Les allégations de l'adversaire

La règle selon laquelle un plaideur ne saurait alléguer simultanément des faits contradictoires ne s'applique pas lorsqu'il y a consorité éventuelle. Faisant valoir contre les codéfendeurs des prétentions - principales et subsidiaires - distinctes et qui peuvent avoir un objet différent, le demandeur unique peut devoir les fonder sur des faits différents (26).

En l'absence de précisions, les déterminations du défendeur valent pour tous les demandeurs. Le défendeur qui entend contester les allégués d'un demandeur particulier doit l'indiquer expressément (27).

Le défendeur peut développer ses moyens dans un mémoire unique. Il peut également déposer autant de documents qu'il a d'adversaires et y énoncer les moyens qu'il a contre chacun. Il peut développer ses moyens communs dans un mémoire principal et dans les autres opérer un renvoi aux motifs développés et énumérés dans le premier. Le procédé, prohibé par la jurisprudence fribourgeoise en l'absence de jonction de causes, paraît a contrario admissible en cas de jonction (28). La consorité permet ainsi de déroger aux conditions de fond et de forme exigées pour le défendeur à l'égard de chaque demandeur pris isolément en l'absence de cumul.

§3. Allégations omises et faits nouveaux

Dans les causes qui dépendent de la seule volonté des parties, le juge doit s'en tenir à l'état de fait existant à l'ouverture de l'action. Il n'est pas en droit de combler les lacunes des parties. Il ne peut ni suppléer, ni suggérer des faits qui n'ont pas été spontanément allégués. Il ne peut prendre en considération des faits qu'il connaît autrement que par les pièces versées au dossier.

L'absence totale d'allégués met le tribunal dans l'impossibilité de juger une demande qui est en réalité inexistante (29). Statuant sur le fond, le juge doit tenir le fait pour inexistant (30). Il n'a pas à l'examiner, ni à en tenir compte.

Lorsque tous les consorts ont omis d'alléguer un fait commun, le juge doit tenir ce fait pour inexistant. Le fait commun allégué par un consort n'est pas inexistant dans les causes parallèles.

Le fait propre à un consort, non allégué par lui, est inexistant à son égard et ne concerne pas les autres consorts.

La partie qui, sans sa faute, a été dans l'impossibilité de le faire dans sa dernière écriture, est dans certains cantons en droit d'alléguer de nouveaux faits. Lorsqu'il y a consorité, la question de la faute s'examine pour chaque consort séparément dans les systèmes qui ne reconnaissent qu'une allégation des faits exclusivement individuelle (31). Dans les autres systèmes, le consort habilité à

pourrait s'y soustraire à loisir; cet argument serait de quelque poids si seuls étaient en cause, pour ces déterminations, les intérêts des deux codéfendeurs...".

26) ZH Sträuli/Messmer ad 113 nm10.

27) Rosenberg/Schwab 282.

28) FR Extraits 1959 125.

29) NE RJN 615.

30) NE RJN 5117, RJN 4164, 65.

31) Alfred Bühler, Das Novenrecht im neuen aargauischen Zivilprozessrecht, Thèse Zurich 1986, 28: "Demgemäss ist für die Frage der Entschuldigbarkeit verspäteten Vorbringens auf das Verschulden/Nichtverschulden des einzelnen Streitgenossen allein abzustellen. Die gemeinsame Prozessführung aller Streitgenossen schliesst nicht aus, dass einem Streitgenossen für besondere Angriffs- oder Verteidigungsmittel, mit denen er eigene Interessen oder Einreden geltend macht, das Novenrecht zusteht, obwohl die rechtzeitige Geltendmachung von einem andern Streitgenossen in vorwerfbarer Weise versäumt wurde", 64: "Eine stellvertretende Wirkung des von einem Streitgenossen ausgeübten Novenrechts für die andern setzt...eine entsprechende Ermächtigung voraus".

alléguer les faits communs au profit de tous doit a fortiori pouvoir alléguer de nouveaux faits.

§4. La proposition des preuves

Chaque consort a la charge de prouver les faits qui lui sont *personnels* et proposer des preuves différentes (32). Les variantes exposées pour l'allégation des faits *communs* sont applicables à leur preuve (33).

En procédure vaudoise, lorsque des faits ont été allégués par des consorts et que l'un d'eux fait défaut, le juge écarte les offres de preuves du défaillant (34). Le consort comparant peut toutefois reprendre à son compte et avec effet pour le défaillant les offres de preuve du consort défaillant (35). La solution, inutile lorsque le consort comparant a régulièrement offert les preuves sur ses propres allégués se justifie si le comparant avait jugé inutile d'alléguer certains faits sachant que le défaillant les avait invoqués et offert de les prouver (36).

Le juge peut retenir à l'égard d'un des consorts la preuve offerte par tous et l'écarter à l'encontre d'un autre consort. Ainsi doit-il écarter la preuve testimoniale à l'égard des consorts qui ont des liens de parenté avec le témoin (37).

Un consort peut *renoncer* aux preuves destinées à établir les faits personnels. La renonciation d'un consort aux preuves destinées à établir les faits communs est sans effet lorsque le fait a été établi par la preuve apportée par un autre consort.

Lorsque la preuve porte sur des faits personnels et que le consort concerné consent sans réserve à la clôture de la procédure, il est réputé avoir renoncé aux preuves proposées mais non administrées. Lorsque l'offre de preuves du consort a trait aux faits communs, le consort qui n'a pas offert la preuve du fait commun bénéficie de l'offre de preuve de son colitigant et ne saurait être considéré comme ayant renoncé à l'offre de celui-ci.

La proposition de preuve de *l'adversaire des consorts* vaut pour l'ensemble de ces consorts, sauf lorsqu'elle tend à prouver un fait personnel à l'un d'eux.

32) TI Rep. 1987 1985 334: "Le peculiarità distintive del litisconsortio facoltativo sono: ...litisconsorti liberi nelle loro...offerte di prove".

33) Voir *supra*.

34) VD 307/2.

35) VD 307/3.

36) *Philippe Mercier*, Le jugement par défaut en procédure civile vaudoise, Thèse Lausanne 1974, 176.

37) LU Entsch. 1951 25 no33/RSJ 50 1954 213 no116. Action de A contre B, C et D. Ces derniers demandent que le frère de B soit entendu comme témoin. A demande la récusation de ce témoin, parce qu'il considère le rapport de parenté comme un facteur de partialité. Le tribunal de district admet la récusation pour le consort B (le témoin est son frère), mais accepte le témoignage pour C et D qui n'ont aucun lien de parenté avec le témoin.

CHAPITRE 7. LES CONCLUSIONS

§1. Les conclusions des consorts

La consorité simple n'implique pas que les consorts forment des conclusions communes (1), mais le droit matériel peut avoir cette conséquence. Des créanciers solidaires qui choisissent l'action concertée ne peuvent conclure que conjointement. Toutefois, la demande qui comporte des conclusions distinctes mais identiques n'est pas entachée d'un vice de forme.

Le plus souvent, les consorts simples concluent *individuellement* (2).

Les consorts peuvent cumuler dans le même procès des conclusions individualisées et des conclusions communes (3). Ainsi, des conclusions distinctes en dommages-intérêts et des conclusions communes sur les frais et les dépens (4). Un consort peut prendre des conclusions subsidiaires en sus de ses conclusions principales.

Les conclusions *pécuniaires* des consorts doivent être précises.

Lorsqu'ils sont créanciers solidaires, ils prendront des conclusions communes (5). Le juge ne peut répartir la dette entre eux, car il statuerait *ultra petita* (6). Doivent également prendre des conclusions communes les consorts dont les créances portent sur une prestation indivisible (7).

Lorsque les consorts ne sont pas créanciers solidaires (8), lorsqu'ils réclament des indemnités pour perte de soutien (9) ou qu'ils sont titulaires de créances partielles (10), ils ne peuvent prendre que des conclusions *individuellement* chiffrées.

- 1) Trop restrictifs: BS 16-17.
Pour un ex. VS RVJ 1988 167: Les demandeurs ont pris conjointement des conclusions négatives de droit contre la défenderesse.
- 2) Trop absolu: GE ACJ 335/1984 non publié UBS c/ Drake System Limited et autres du 19 octobre 1984, 10: "En cas de pluralité de demandeurs, ceux-ci doivent...présenter des conclusions motivées, lesquelles...seront...individuelles, s'ils se prévalent d'une consorité simple et qu'ils désirent la faire admettre pour des raisons d'opportunité ou d'économie de procédure..." et GE Bernosa ad 6 nml. Sur l'exigence tirée de l'analogie des conclusions pour la consorité simple formelle, voir Deuxième partie, Titre I, Chapitre 3.
- 3) NE RJN 51130.
- 4) Pour un exemple TF SJ 1984 209 (action directe).
- 5) Les consorts sont: par exemple titulaires d'un compte-joint.
- 6) GR PKG 1969 40 no8, 41: "Aus diesen Ausführungen erhellt, dass das Gericht den Streitgenossen, die in ihrem gemeinsamen Rechtsbegehren lediglich eine Gesamtforderung geltend gemacht haben, nicht einzeln einen gewissen Teil davon zusprechen kann. Das Gericht hat in seinem Urteil vielmehr nur darüber zu befinden, inwiefern, die Klage, die von den mehreren Streitgenossen anhängig gemacht wurde, zu schützen sei oder nicht...Klagen A und B gegen C auf Erfüllung einer Forderung im Betrag von X Franken, so muss das Gericht entscheiden, ob der Bestand dieser Forderung im Betrage von X Franken rechtsgenüglich nachgewiesen wurde oder nicht; schützt es die Klage in vollem Umfange, so hat es den Streitgenossen A und B zusammen insgesamt X Franken zuzusprechen; es kann also nicht - falls die Klage eben auf jenen Betrag von X Franken geht, dem A und dem B je einen bestimmten Teil dieser Summe X zusprechen".
- 7) CO 70/1. Theo Gohl/Alfred Koller/Jean Nicolas Druey, Das schweizerische Obligationenrecht, 8e éd. Zurich 1991, 27.
- 8) VD JT 1983 III 71: 3 demandeurs poursuivent leur ancien employeur en paiement de montants salariaux différents.
- 9) NE RJN 51130.
- 10) Gohl/Koller/Druey 25: "Mehrere Gläubiger sind an der Leistung zu einem Bruchteil (pro rata) berechtigt. Im Zweifel ist dies bei teilbaren Leistungen zu vermuten...Die einzelnen Teilforderungen sind voneinander nach Bestand und Ausübung unabhängig...Lediglich die Gemeinsamkeit des Schuldners und die Gleichartigkeit der Leistungen, häufig auch der

La demande qui ne comporte pas des conclusions distinctes est nulle pour vice de forme (11). L'irrégularité peut entraîner nullité partielle. La sanction a été prononcée dans une affaire genevoise UBS contre Drake System Limited du 19 octobre 1984. La demande avait été formée par 15 sociétés, nommées dans l'en tête de l'exploit, puis par simplification sous le seul vocable de "groupe Drake" dans le corps du texte. La demande contenait un décompte des dommages subis par le "groupe Drake" dont il demandait réparation. Elle indiquait globalement les divers postes du préjudice allégué, mais ne mentionnait pas le préjudice propre à chacune des sociétés faisant partie du groupe. La défenderesse a fait valoir à juste titre que l'acte introductif d'instance ne faisait pas ressortir l'intérêt de chacune des sociétés à introduire l'action en paiement dirigée contre elle. De fait, la lecture de l'acte ne permettait pas de discerner le dommage dont la plupart des sociétés avait à se plaindre. La nullité a été prononcée, car la formulation des conclusions donnait à croire qu'elles avaient été prises au nom de la demanderesse citée en premier lieu agissant pour elle-même et pour le compte d'autres sociétés (12).

Les consorts peuvent exiger des montants différents (13), mais ne sauraient additionner les sommes réclamées et les présenter en bloc, car ils feraient croire que la créance est commune ce qui n'est pas le cas (14). La présentation globale ne permet pas de distinguer les créances individuelles (15).

tatbeständlich gleiche Rechtsgrund der Entstehung, stellen ein verbindendes Element dar, das aber auf die Stellung des einzelnen Gläubigers keinen Einfluss hat".
Les copropriétaires d'une chose recherchent l'acheteur en paiement du prix.

11) NE RJN 51130.

12) GE ACJ non publié UBS contre Drake System Limited et autres du 19 octobre 1984, 11-12: "...En l'espèce, les 15 sociétés qui se prétendent demanderesse n'ont pas pris de conclusions communes. Il ne suffit pas que dans l'acte introductif d'instance il soit indiqué qu'elles sont toutes ci-après désignées: la demanderesse ou le groupe Drake. Cette formulation est ambiguë à plusieurs égards. Elle laisse...planer l'incertitude sur la question de savoir s'il s'agit d'une simplification d'ordre rédactionnel qui se rapporte seulement à l'exposé des motifs...ou également aux conclusions. Si telle était l'intention des dites sociétés, elles auraient dû écrire "agissant ci-après sous la désignation de" et non pas seulement "désignées", ou encore reproduire la formule incriminée dans le texte même des conclusions de la demande, pour bien faire comprendre qu'elles prenaient bien les mêmes conclusions que la "demanderesse"...A la lecture de cet acte, seul Drake System Limited apparaît comme agissant à titre individuel...Aucune des autres sociétés n'a formulé de conclusions pour son propre compte. Il ressort, il est vrai de l'exposé de fait et de droit qu'elles se prétendent toutes impliquées dans les conséquences des actes ou des omissions qui sont reprochées à l'UBS, mais rien ne permet d'en déduire, sur le plan de la procédure comme sur celui du droit matériel, ce que chacun de ces plaideurs attend du tribunal auquel il s'est adressé...Dès lors, la question se pose de savoir s'il convient de prononcer la nullité de l'acte, ou si la validité de celui-ci doit être néanmoins constatée au profit de la partie qui s'est conformée aux exigences de la loi, les demandes des autres parties devant simplement être déclarées irrecevables. Cette dernière solution s'impose, car l'assignation déposée...n'est pas formellement viciée dans la mesure où la demanderesse Drake Systems Limited y a exposé ses moyens de fait et de droit et pris des conclusions précises, en ce qui la concerne. Il faudrait en effet, pour que l'acte soit déclaré nul, que les irrégularités constatées aient causé un dommage irréparable à l'appelante...Cette condition n'est pas d'avantage réalisée puisque l'UBS ne sera pas privée de ses moyens de défense si le procès se poursuit. Il suffit donc d'écarter simplement l'ingérence des autres sociétés du groupe Drake en la déclarant irrecevable, faute de pouvoir déterminer la nature de leurs prétentions..." 14: "Il convient...de mettre la totalité des dépens à la charge de toutes les sociétés du groupe Drake désignées dans l'assignation, y compris Drake System Limited, car, en ayant accepté de réunir leurs noms dans cet acte, en tant que demanderesse virtuelles, elles doivent supporter solidairement les conséquences de son irrégularité".

13) VS RVJ 1968 188: 20 demandeurs contre deux défendeurs. 3 demandeurs exigent une somme supérieure à Fr. 1000.-, 16 autres réclament une somme inférieure à ce montant, le demi-cir fait valoir une prétention inférieure à FR. 200.-. VD JT 1938 III 16.

14) GR PKG 1969 40 no8, 41: "Anders liegt der Fall, wenn A und B gemeinsam gegen C auf Erfüllung einer Forderung klagen, dabei aber jeder einen Betrag in einer bestimmten Höhe geltend macht, was dann zusammen die totale Summe von X Franken ergibt. Hier muss das

Les conclusions distinctes permettent au tribunal d'examiner si sa compétence ratione valoris est atteinte par tous les consorts lorsque la compétence du juge est fonction de chaque prétention (16).

Les codéfendeurs qui adoptent une position commune doivent selon la jurisprudence prendre des conclusions communes. Ainsi lorsqu'ils prennent tous des conclusions libératoires (17).

Les conclusions communes peuvent être subsidiaires: Les codéfendeurs peuvent conclure principalement au rejet de la demande, subsidiairement à la répartition de la somme due dans les relations internes (18).

Les codéfendeurs peuvent soutenir des thèses juridiques opposées et formuler des conclusions différentes. Un défendeur peut prendre des conclusions libératoires contre le demandeur et récursoires contre son partenaire (19).

§2. Les conclusions de l'adversaire

Le demandeur qui s'en prend à des débiteurs solidaires (20), à une pluralité de responsables (21) ou à des débiteurs d'une prestation indivisible (22), ne peut prendre en principe que des conclusions communes contre tous les consorts.

Lorsque sa demande porte sur des obligations partielles (23) ou sur une prestation solidaire au prorata, qu'il s'en prend à plusieurs codéfendeurs sur la base de contrats analogues (24) ou qu'il y a obligation cumulative (25), l'adversaire des consorts prendra des conclusions distinctes. Ces dernières seront de même teneur lorsqu'il s'en prend à plus d'une personne pour la même prétention (conсорité alternative). Lorsqu'il prend à tort des conclusions indivises alors qu'il aurait dû prendre des conclusions individuelles, il ne place pas les consorts du point de vue de la procédure dans la situation de consorts nécessaires. Il faut au contraire lui accorder un délai pour rectifier l'irrégularité (26).

Gericht entscheiden, wieweit die Klage des Einzelnen auf einen bestimmten Betrag zu schützen sei oder nicht".

15) FR Extraits 1974 113. NJW 1981 2462. NJW 1954 716 = BGHZ 11 181, 183.

16) Voir Quatrième partie, Titre II.

17) LU Entsch. 1975 316 no258.

18) TF SJ 1971 289, 290-291.

19) Pour un exemple: VD JT 1967 III 58.

20) Pour un exemple: VD JT 1945 III 12: Action en paiement contre des défendeurs recherchés solidairement et tendant à la publication du jugement dans la presse.

Lorsque la solidarité n'existe que jusqu'à concurrence de la dette la moins élevée, le montant de l'obligation de chacun des débiteurs solidaires peut différer. Ex. A promet Fr. 10'000.- et B, comme caution solidaire, Fr. 6'000.-. Même si le créancier ne reçoit de A que Fr. 6'000, B est libéré. Si B paie Fr. 6'000.-, A est libéré à concurrence de ce montant.

21) Plusieurs individus sont responsables envers le lésé en vertu d'une faute commune (solidarité parfaite) ou de fautes distinctes (concours d'actions, solidarité imparfaite) et sont recherchés en dommages-intérêts.

22) Guhl/Koller/Druwy 29.

23) Les obligations partielles sont réparties par tête sauf stipulation contraire. Lorsque X vend une chose à A et B pour Fr. 100.-, chacun d'eux lui doit Fr. 50.-, à défaut d'accord contraire.

24) Pour un exemple: VS RVJ 1975 55: Invoquant une erreur essentielle identique dans chacun de leurs contrats respectifs, un acquéreur actionne trois vendeurs d'immeubles en restitution du prix payé dans chacune des ventes.

25) Deux débiteurs s'engagent à verser Fr. 100.- à un même créancier.

26) Contra: FR Extraits 1952 130, 138: (les codéfendeurs) "n'ont pas soulevé d'exception et ils ont accepté l'instance dans la forme où elle était introduite.", 139: "Si largement qu'on

L'adversaire des consorts formulera le plus souvent des conclusions condamnatoires contre tous. Il peut prendre des conclusions constatatoires contre l'ensemble des consorts. Ainsi, peut-il faire constater judiciairement que les codébiteurs sont tenus solidairement.

Il peut prendre des conclusions différentes et agir en condamnation contre un des consorts et en constatation contre un autre (27). Il en est ainsi lorsqu'il intervient à titre principal et qu'il fait valoir un meilleur droit sur la créance disputée par les parties du procès originaire (28).

Il peut prendre des conclusions principales et subsidiaires contre tous les consorts (29). Dans la consorité éventuelle, il prend des conclusions principales contre un consort et subsidiaires contre un autre. Les conclusions subsidiaires sans conclusions principales sont en revanche irrecevables (30).

§3. Les conclusions entre consorts

Le juge ne peut trancher les rapports entre les consorts (31) que dans la mesure où ils ont pris des conclusions (32), ne serait-ce que subsidiaires (33) en ce sens (34) dans leur premier acte de procédure (35) ou à un stade ultérieur (36) et où le législateur fédéral (37) ou cantonal (38) les y autorise.

veille interpréter les dispositions de la loi de procédure relatives à la réforme.... on ne peut admettre qu'à la fin de l'instruction, toutes preuves administrées, la partie défenderesse veille obliger la partie demanderesse à convertir une action en constatation de droit en une action en exécution d'une prestation, surtout lorsque cette conversion nécessiterait la disjonction de conclusions prises d'une manière indivise contre les consorts et leur remplacement par des conclusions distinctes contre chacun d'eux...". 141: "La convention judiciaire...est celle qui leur a fait accepter de résister en commun à l'action dans les formes où elle a été ouverte contre eux. Cette convention est, dans la mesure où elle apparaît aux yeux du juge, une convention de procédure qui règle la position des défendeurs dans le présent procès...Le juge n'a pas à s'inquiéter...des bases matérielles sur lesquelles pourrait reposer cette convention de procédure. Il lui importe peu de savoir si les défendeurs ont acquiescé à la consorité où les avaient placés les demanderesses..."

- 27) Wiczeorek ad 59 AUB: "Die unterschiedliche Klageart (auf Leistung, Gestaltung, Duldung, auf Feststellung) ist für die Streitgenossenschaft ohne Befang. Im besonderen darf deshalb gegen den einen Streitgenossen die Klage auf Feststellung, den andern auf Leistung gehen".
- 28) Stachelin 151.
- 29) VD JT 1973 III 74: Conclusions tendant à ce que les défendeurs soient les débiteurs solidaires du demandeur, subsidiairement à ce qu'ils soient les débiteurs du demandeur dans la proportion que fixera le jugement.
BE RJB 75 1939 371, 372: "Die Beklagten...seien solidarisch, eventuell jede für sich und unabhängig voneinander zu verurteilen, an den Kläger Fr. 9662.05 nebst Zins zu 5% seit 1. Oktober 1938 zu bezahlen, unter Kostenfolge".
- 30) BE RJB 73 1937 575.
- 31) ZH 41, SZ 38, GR 28/3, SG n48, TG 21/4.
- 32) Geiger 146: "In diesem Zusammenhang darf...auch nicht unerwähnt bleiben, dass die gegenseitige Prozessführung der Streitgenossen im allgemeinen nicht ratsam sein dürfte: die gegenseitige Prozessführung der Streitgenossen bedingt deren kontroverse Stellungnahme zu Sachverhalten, die auch in den Prozessen gegen den gemeinsamen Gegner von Bedeutung sind. Die Gefahr, dass auf diese Weise dem gemeinsamen Gegner Tatsachen, Argumente und Beweise in die Hände gespielt werden, ist nicht zu übersehen".
- 33) ZH Strätti/Messmer ad 41 nm1: "Dazu bedarf es eines eventuellen Feststellungsantrages eines Streitgenossen". Guldener 305 n. 43: "Solange keiner der Streitgenossen an den Schaden etwas geleistet hat, kommt nur eine Feststellungsklage in Frage".
- 34) ATF 58 II 438, 441: "Quant aux défendeurs, ils auraient pu demander au juge de statuer dans le procès aussi sur leur droit de recours, mais ils auraient dû formuler ces conclusions conformément aux prescriptions de la procédure cantonale...Le recours étant une action, il appartient à l'ayant droit de l'exercer; le juge ne saurait en connaître d'office. Or, l'Etat de Neuchâtel n'a pas formulé de conclusions recevables en ce sens".
ZH ZR 62 1963 113 no41.

Les conclusions d'un consort contre un autre en font des adversaires (39) et ne concernent en rien l'adversaire commun (40). Un consort ne peut faire condamner un

GR PKG 1969 40 no8, 41-42: "...Mit anderen Worten bedeutet das, dass das Gericht über Rechte und Pflichten der Streitgenossen unter sich nur entscheiden kann, wenn diesbezüglich Klage erhoben worden ist...Kann sich die obstehende Streitgenossenschaft über die Höhe der den Einzelnen zustehenden Teilbeträge nicht einigen, so müssen sie den Richter anrufen; damit beginnt ein neues Verfahren, das über die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Streitgenossen entscheiden wird".

VS RVJ 1981 326, 329: "...La jurisprudence du TC autorise un codéfendeur à prendre des conclusions récursoires contre l'autre codéfendeur", TC non publié Gaudin c/Morand et Tonossi SA du 27 octobre 1978.

35) GR 28/3: "In der ersten Rechtsschrift".

36) Guldener ZPR 304-305.

37) Le CO n'a pas institué de recours entre les créanciers solidaires. Mais leurs rapports internes peuvent faire naître un droit de recours: ainsi lorsque les créanciers ont acquis la créance solidaire en leur qualité de membre d'une société ou que l'un d'eux a adhéré au contrat, comme créancier solidaire en vertu d'un mandat de l'autre. Von Tuhr/Thilo 710. LCR 66. Guldener 304 n. 38.

38) La jurisprudence tessinoise ne permet pas les conclusions entre consorts, même par économie de procédure. TI Rep. 1968 6 c. 4, Rep. 1961 89, 96: "Nel processo del danneggiato contro due responsabili solidali del danno, un convenuto non può prendere conclusioni contro l'altro per far valere il proprio diritto di regresso a sensi dell'art. 58/2 CO. L'ordinamento legale suggerisce invece che tale regresso dovrebbe venire giudicato già nelle liti del danneggiato verso gli obbligati in di lui confronto, ma all'attuazione di questo modo di procedere si oppongono norme processuali. Infatti per se per un'unica soluzione di tutti i rapporti, esterni ed interni, sta il principio della economia dei giudizi, d'altra parte l'esigenza della chiarezza processuale non consente che nel processo del danneggiato verso i responsabili si inserisca un secondo processo, quello fra i convenuti. La domanda del regresso è perciò da rinviare ad un processo successivo...rilevando che nella nostra legge processuale un convenuto non ha la possibilità di proporre domande proprie contro suoi coconvenuti".

Le juge ne peut pas non plus trancher les rapports internes des consorts dans le canton d'Argovie: AG Eichenberger ad 51 nm3.

Il en va de même en procédure allemande: RGZ 37 376. JW 1898 6, JW 1895 601.

39) VS RVJ 1988 167, 168: "Lorsque deux codéfendeurs ont poursuivi séparément une cause, en se bornant à prendre des conclusions contre la partie demanderesse, il ne vient à l'idée de personne de les traiter l'un par rapport à l'autre, comme parties adverses, alors même que leurs moyens et arguments auraient été différents, divergents, voire opposés. Pour justifier des conclusions différentes ou semblables, prises séparément contre le demandeur, deux codéfendeurs peuvent parfaitement adopter des positions différentes ou contraires concernant les faits allégués par le demandeur, ou soutenir des thèses juridiques opposées. Il se peut enfin que deux ou plusieurs codéfendeurs s'opposent séparément à une action, tout simplement parce que chacun d'eux conteste rien devoir au demandeur, en affirmant que les débiteurs sont les autres codéfendeurs, mais non lui-même. Rien de tout cela n'en fera des parties adverses...parce qu'elles ne s'affrontent pas, parce que le procès ne s'est pas noué entre elles, mais bien seulement entre le demandeur et chacune d'elles: le cumul subjectif opéré par le demandeur n'y change rien. Il en résulte que ce qui confère la qualité de parties adverses à des personnes prenant part à un procès, c'est l'existence de conclusions prises par les unes contre les autres: tant que, séparément et parallèlement, deux codéfendeurs se limitent à prendre des conclusions contre le demandeur, ils n'ont pas par rapport à l'autre, cette qualité". APTC non publié du 29 mai 1981 Tonossi SA et Morand c/Gaudin. Il y a attraction de compétence: ZH Sträuli/Messmer ad 41 nm2.

40) ATF 15 419, 423: "La question de savoir si celui qui a payé a un droit de recours contre son codébiteur ne se pose et ne doit être résolue qu'entre ces deux personnes et non point entre le débiteur solidaire qui a payé et le créancier satisfait".

partenaire au profit du demandeur (41), mais peut en revanche recourir contre son partenaire sur cette question lorsqu'il n'a pas obtenu gain de cause (42).

Le juge peut ordonner un échange d'écritures entre les consorts (43).

Le juge n'est jamais tenu de trancher les rapports internes des consorts (44). A défaut de conclusions, il ne peut les connaître même par opportunité. Les consorts restent des tiers les uns par rapport aux autres (45). Leurs rapports internes ne peuvent faire l'objet que d'un procès distinct, cas échéant à un autre for (46).

Les conclusions entre consorts peuvent également prendre la forme d'une dénonciation de litige (47) ou d'une évocation en garantie (48). Le consort qui veut s'en prendre au partenaire peut intervenir aux côtés de l'adversaire commun pour faire trancher les rapports internes. Un codéfendeur peut ainsi soutenir le demandeur contre

- 41) ATF 58 II 438, 440: "Lorsqu'un débiteur B répond envers A aux termes de l'article 58 et qu'un débiteur C répond envers A du même dommage en vertu de l'article 41, B attaqué par A aura un droit de recours plus ou moins étendu contre C, mais il n'a aucun moyen de le faire condamner à payer une indemnité au créancier A". ZH ZR 62 1963 113 no41. Guldener 304 n. 38.
- 42) ZH Sträuli/Messmer ad 41 nm3.
- 43) ZH Sträuli/Messmer ad 41 nm2.
- 44) "Kannvorschrift". ZH 41, SZ 38, GR 28/3, TI 21/4.
ZH Sträuli/Messmer ad 41 nm2: "Aufgabe des Gerichts kann allerdings nicht sein, Leistungsurteile zwischen den Streitgenossen zu fällen, weil deren Inhalt davon abhängt, wie das Urteil gegen den gemeinsamen Gegner erfüllt wurde und wie sich demnach die konkreten Ansprüche oder Pflichten der Streitgenossen zueinander gestalten. Möglich ist aber ein Feststellungsurteil, das grundsätzlich die Quoten oder die Regressansprüche ordnet".
- 45) ZH ZR 62 1963 113 no41: "Der Prozess bleibt doch nur ein solcher zwischen den Klägern einerseits und den Beklagten andererseits und wird nicht zu einem solchen zwischen den Beklagten (über ihr Innenverhältnis). Nach allgemeinen Grundsätzen im gewöhnlichen zweiseitigen Zivilprozesse können die Parteien aber nur Anträge stellen, die ihr Prozessverhältnis zur Gegenpartei betreffen. In einem solchen stehen hier die Beklagten nur je zu den Klägern, nicht aber zueinander oder bezüglich des Prozessverhältnisses der andern Beklagten zu den Klägern. In diesen Beziehungen ist jede Beklagte zur andern Beklagten oder zu den Klägern Dritte, die im Prozesse grundsätzlich keine Anträge stellen kann. Das Verhältnis der Beklagten zueinander (ihr Innenverhältnis) wird durch den vorliegenden Prozess nur insoweit betroffen, als ihr Verhältnis zu den Klägern zu regeln ist. Darüber hinaus können die Beklagten gegeneinander, und soweit es das Verhältnis der andern Beklagten zu den Klägern trifft, keine Anträge stellen...".
Guldener ZPR 303-304 et n. 38: "Da der Richter über die Verteilung zu entscheiden hat, kann der Versicherer die Klage eines Geschädigten nicht zum Nachteil der übrigen Geschädigten anerkennen".
Geiger 47: "Die allfälligen Beziehungen der Streitgenossen untereinander sind...für Verfahren und Urteil ohne Bedeutung, denn das angesprochene Urteil hat eine solche Beziehung nicht zum Gegenstand". Baumbach/Lauterbach ad 61 ch. 1: "Eine Streitgenossenschaft hat auf die rechtlichen Beziehungen der Streitgenossen im Innenverhältnis untereinander keinen Einfluss. Kein Streitgenosse kann gegen den anderen ein Urteil erwirken oder gegen ein solches Urteil einen Rechtsbehelf einlegen", Stein/Jonas ad 61 nm5.
- 46) Vogel 133 nm64, Guldener 304, ZH Sträuli/Messmer ad 41 nm1.
- 47) BE 48ss, UR 56ss, SZ 42ss, OW 42ss, NW 46ss, GL 42ss, ZG 26ss, FR 97ss, SO 44ss, BS 19ss, SH 90ss, AR 56ss, BL 46ss, IR 67ss, GR 30ss, 32: "Das Gericht kann...über den Rückgriffsanspruch des Streitverkünders gegenüber dem Eingefurtenen entscheiden, wenn die Parteien es beantragen", AG 58ss, TI 56ss, JU 48ss.
Lorsque le créancier actionne l'un des débiteurs solidaires en lui réclamant plus que sa part, ce dernier peut dénoncer le litige aux autres et rendre ainsi son recours plus sûr. Ovari 49.
- 48) VD 83a, VS 48ss, 58: "Le jugement rendu contre le garanti sur le fond de la cause est exécutoire contre le garanti et réciproquement à condition que l'appel en garantie soit reconnu fondé".

un autre (49). Il ne saurait en revanche acquiescer à la demande puis se joindre au demandeur dans l'action contre le consort (50).

Lorsqu'il y a consorité alternative, un défendeur ne peut conclure à des dépens contre l'autre, car la partie succombante est par définition le demandeur (51).

§4. La modification et l'interprétation des conclusions

Chaque consort peut modifier ses conclusions aux conditions ordinaires de la procédure civile (52). En procédure neuchâteloise, la modification doit intervenir durant l'échange des écritures et jusqu'à l'audience d'instruction (53). La modification des conclusions en seconde instance peut entraîner la recevabilité du recours (54). Elle peut donner à lieu à déclinatoire (55).

Les demandeurs peuvent en cours d'instance corriger leur demande et fractionner les conclusions communes initiales. Ainsi transformeront-ils par exemple, dans un procès portant sur des créances à prestation indivisible, leurs conclusions communes en conclusions individuelles lorsque la prestation devient divisible (56).

Un codemandeur peut ajouter des conclusions individuelles aux conclusions communes, mais ne saurait en prenant de nouvelles conclusions remettre en discussion une conclusion qui a été reconnue par la partie adverse (57).

L'entrée en cause d'un consort simple en cours de procédure ne modifie pas les conclusions du procès initial.

Chaque consort peut diminuer ses conclusions (58). La réduction ne peut entraîner renvoi de la cause à un autre juge (59). Elle peut modifier en revanche la procédure à suivre (60) et entraîner l'irrecevabilité du recours conjoint lorsque la valeur litigieuse est atteinte par addition des unités litigieuses.

TF SJ 1965 599. Actionné par X, A, défendeur, entend faire condamner son consort B. afin qu'il le relève de toute condamnation éventuelle envers le demandeur X, et prend à cette fin des conclusions récursoires contre B.

49) ZH ZR 62 1963 113 no41: "Unzulässigkeit von Anträgen und Rechtsmitteln einer Partei gegen ihre Mitpartei (derselben Parteiseite) im gewöhnlichen Zivilprozesse, es sei denn, sie schliesse sich, vor rechtskräftiger Erledigung des Prozesses als Nebenintervenientin, der Gegenpartei an...". Guldener ZFR 304 n. 38. Geiger 146.

50) FR Extraits 1952 130, 134.

51) ATF 103 Ia 104/JT 1988 I 85: Le demandeur, qui avait la faculté de réunir les actions, supporte le risque que l'une d'elles soit rejetée ou déclarée sans objet.

52) Gysler 9, Stein/Jonas ad 61 nm3, Zöller ad 61 nm8, Rechberger/Simotta 72 nm136, Fasching ZPR 193 nm378. Staehelin 153 pour les consorts recherchés par l'intervenant principal.

53) NE n313 (procédure écrite).

54) Poudret/Sandoz COJ ad 46 ch. I, 5.

55) VD Poudret/Wurzburg/Haldy ad 266 et les références citées.

56) La solidarité formelle est en effet remplacée par des créances partielles ordinaires. Guhl/Koller/Druy 27.

57) FR Extraits 1952 130, 136.

58) Rechberger/Simotta 72 nm136, Fasching ZPR II 193 nm378.

59) La modification des conclusions ne peut donner lieu à déclinatoire: VD Poudret/Wurzburg/Haldy ad 266 et les références citées.

60) Pour des ex. VD JT 1946 III 1. Arrêt applicable à la consorité bien que relatif à un autre sujet, VS RVJ 1987 248.

L'adversaire qui réduit des conclusions se désiste partiellement à l'égard de l'un ou d'une partie des consorts (61).

Les conclusions doivent parfois être interprétées (62). Les conclusions des consorts omises dans la demande peuvent découler des allégués. N'a ainsi pas été jugée irrecevable la demande comportant des conclusions globales, mais indiquant dans les allégués les montants individuels réclamés par les consorts, car ces conclusions pouvaient être précisées et rectifiées grâce aux allégués (63).

61) GR PKG 1948 84 no32, 85: "Im vorliegenden Fall...wo die Streitgenossenschaft auf Solidarität beruht, ist eine Aenderung der Klage im Sinne einer Reduktion der Streitgenossen in jedem Stadium des Verfahrens zulässig". AG Eichenberger ad 185 nm5.

62) VD JT 1938 III 18, JT 1930 III 105.

63) NE RJN 5 I 130: Il s'agissait d'une action intentée par le père, les frères et soeurs ainsi que les grand-parents maternels du défunt pour perte de soutien et pour tort moral. La demande n'indiquait pas quelle somme chacun des demandeurs réclamait pour perte de soutien, mais précisait dans les allégués comment se décomposait l'indemnité pour tort moral.

CHAPITRE 8. LA REFORME

La partie qui entend corriger ou compléter ses actes a, dans les cantons de Neuchâtel et de Vaud (1), le droit de se réformer jusqu'à la clôture des débats (2), respectivement de l'audience de jugement (3).

Lorsqu'il y a consorité, il faut distinguer suivant que la réforme porte sur des faits personnels, des faits communs ou les conclusions.

Lorsque la réforme porte sur des faits personnels, seul le consort concerné peut se réformer. Lorsqu'elle porte sur des faits communs, il faut reconnaître à un consort vocation pour se réformer au profit de tous. Ayant en effet qualité pour alléguer valablement au profit de tous, il doit a fortiori pouvoir compléter les faits par la réforme.

Lorsque la réforme porte sur des conclusions personnelles, seul le consort concerné peut se réformer. Lorsqu'elle porte sur des conclusions communes, elle ne peut être déclarée que conjointement par les consorts, l'un d'eux n'ayant pas qualité pour conclure au profit de tous (4). La réforme permet aux consorts de transformer des conclusions communes en conclusions individuelles.

Lorsqu'il y a eu réforme, le juge doit laisser à l'adversaire des consorts le temps nécessaire pour se prononcer sur les allégations nouvelles, proposer d'éventuelles contre-preuves et formuler des conclusions nouvelles.

Dans le canton de Neuchâtel, la réforme en entier jusqu'à et y compris la demande est un désistement d'instance lorsqu'elle n'est pas suivie du dépôt d'une nouvelle demande dans un délai de dix jours (5). L'introduction de la nouvelle demande laissant subsister l'instance originale, le consort qui se réforme et dépose une nouvelle demande dans le délai fixé n'a pas à requérir la jonction des causes. Lorsqu'il laisse passer le délai, l'instance est annulée et réputée non introduite par lui (6). Le consort qui veut réintégrer la cause peut déposer une nouvelle demande dans la mesure où elle n'est pas périmée et requérir sa jonction avec le procès initial.

Le consort ne peut se réformer qu'une fois à Neuchâtel et deux fois dans le canton de Vaud (7). Il n'en va pas différemment lorsque la réforme profite à tous les consorts.

L'adversaire des consorts peut se réformer de tout ou partie des actes de la procédure ouverte par lui (8). Il peut se réformer à l'égard d'un des consorts et choisir de maintenir ses actes à l'égard d'un autre. Toutefois, lorsque l'acte à anéantir concerne tous les consorts et a notamment trait à des faits communs, la réforme déclarée à l'égard d'un consort est présumée valoir à l'égard des autres.

1) NE n194ss, VD 153ss.

2) NE n195/2.

3) VD 153/1.

4) Comp. VD JT 1965 III 119: "Selon la jurisprudence, les frais de réforme doivent couvrir tous les actes que celle-ci annule, alors même qu'un acte annulé demeure utilisable ultérieurement (JT 1960 III 104). Si un acte annulé par la réforme ne l'est qu'à l'égard de la partie qui se réforme et subsiste à l'égard d'un codéfendeur qui ne se réforme pas et dont la cause est suspendue (faillite), la partie qui subit la réforme doit être couverte de tous ses frais, quitte à ce que les actes utilisés par la suite ne soient plus indemnisés".

5) NE 200. En procédure vaudoise, la réforme ne reporte pas la cause à un moment antérieur à l'ouverture d'action. VD JT 1974 III 6.

6) NE RJN 3 I 208.

7) NE n201, VD 157.

8) FR Extraits 1952 130.

L'adversaire des consorts peut se réformer aux seules fins d'agir contre un *nouveau* consort dans la mesure où les conditions de la consorité sont remplies (9). L'autorisant à prendre des conclusions nouvelles, la réforme lui permet en effet d'intégrer à la procédure engagée une nouvelle instance dirigée contre un nouveau plaideur et portant sur un nouvel objet (10). La méthode est admissible dans les limites de la réforme: l'adversaire des consorts ne peut y recourir qu'une fois, respectivement deux selon que le procès se déroule dans le canton de Neuchâtel ou de Vaud.

9) Voir Deuxième partie, Titre II, Chapitre 6.

10) VD JT 1988 III 70, 76-77: "L'institution de la réforme...n'exclut pas expressément la formulation de telles conclusions...La partie qui, par la suite d'une impossibilité qui ne lui est pas imputable ou par suite d'une erreur de sa part, n'a pas pris une conclusion relevant du même rapport de droit...doit donc pouvoir introduire cette conclusion aux mêmes conditions que d'autres éléments de sa procédure omis en temps voulu. Il lui faudra cependant...justifier d'un intérêt réel (153/2 CPC) et sa démarche ne devra pas procéder de fins dilatoires (153/3 CPC)".

CHAPITRE 9. L'INSTRUCTION

Le juge ne peut passer à une phase ultérieure de la procédure que lorsque tous les consorts ont achevé la précédente. Ainsi, l'instruction ne peut commencer que lorsque la phase d'échange des écritures est terminée (1).

La preuve doit être pertinente et porter sur les faits non constants, contestés ou admis, mais dont le juge doit vérifier la réalité en vertu de la maxime d'office. Relativement aux droits disponibles, elle n'a pas trait aux faits avoués, présumés constants. Elle n'a pas non plus trait aux allégués retirés (2).

Elle ne porte pas sur les faits notoires. Un fait considéré comme notoire à l'égard de l'un d'eux ne saurait sans arbitraire perdre cette qualité à l'égard d'un autre. Le fait commun établi par un consort devient-il notoire à l'égard des autres ? La question ne se pose pas dans les systèmes qui autorisent un consort à alléguer et prouver pour tous, car le fait commun prouvé par un consort n'a plus à être établi. La question soulève en revanche des hésitations dans les systèmes qui ont la règle contraire. On pourrait y répondre positivement au motif que les faits officiellement connus du tribunal pour s'être produits devant lui au cours de la même procédure sont notoires. La réponse est à notre avis toutefois négative. La pratique confère en effet au juge, dans une phase ultérieure et en vertu du principe de la libre appréciation des preuves, le pouvoir de considérer le fait comme un indice dans les causes parallèles. La règle démontre à l'évidence que les parties ne sont pas dispensées de la preuve de sorte que la question de la notoriété ne peut se poser (3).

La phase d'instruction est unique (4). Les preuves sont administrées en audience(s) (5) commune(s) aux consorts (6). Les parties ont le droit d'y assister et de prendre connaissance des pièces produites. Le juge peut ordonner, s'il y a lieu, d'office ou sur requête, les preuves complémentaires qui lui paraissent indispensables à la manifestation de la vérité. Il peut en ordonner partiellement à l'égard d'un consort.

§1. Le témoignage

Un consort peut-il requérir le témoignage de son partenaire ? Sa qualité pour témoigner fait l'objet de quatre conceptions.

En application d'une règle souvent sous-entendue par le législateur au motif qu'elle va de soi - il faut être tiers pour témoigner (7) -, la conception extrême rattache

1) BE RJB 51 1915 407 no57: "Gegen Streitgenossen kann der Schluss des Hauptverfahrens und die Einleitung der Beweisführung erst erfolgen, wenn die Parteianbringen aller Streitgenossen beendet sind...". Marti Streitgenossenschaft 93.

2) VD JT 1937 III 31.

3) Voir §5 infra.

4) Ovari 54, Thomas/Putzo ad 61 ch. 8, Blomeyer 628.

5) TI 43/3: "Se il giudice non dispone altrimenti l'istruttoria ed il giudizio avvengono in comune".

6) Le droit allemand prescrit pour cette raison de citer tous les consorts à toutes les audiences. DZPO 63. Arens/Lüke 312 nm445.

7) Expressis verbis FR 213.

ZH RSJ 58 1962 285 no151, 286: "...Im übrigen gilt...der ungeschriebene (weil selbstverständliche) Grundsatz, dass keine Prozesspartei in eigener Sache Zeugnis ablegen kann...". SO RBOG 1935 154 no29: "Personen, die als Kläger auftreten, können nicht als Zeugen einvernommen werden". SH ABOG 1989 75, VD JT 1968 III 93.
Ed. Barde, SJ 1937 314ss, 317: "Que les parties elles-mêmes soient exclues du témoignage au sens étroit du terme et cela même en l'absence d'une disposition légale expresse, le fait va de soi: Les notions de partie et de témoin s'excluent".

l'incapacité de témoigner du consort à sa qualité de plaideur et met l'accent sur le procès (8). Rejeté comme témoin, il ne peut être qu'interrogé (9). Le juge qui l'entend comme témoin viole selon certains auteurs et tribunaux une disposition claire de la procédure. La déposition doit être écartée du dossier (10). La solution est trop sévère (11). Le juge peut en revanche tenir compte de la déposition de celui qui a acquis qualité de consort par jonction de causes si le témoignage est intervenu avant la naissance de la consorsité. L'immixtion du tiers comme partie dans la procédure ne compromet ainsi pas la validité de sa déposition antérieure (12). Le consort n'a qualité pour témoigner que si une division de cause est prononcée ou qu'un jugement définitif est rendu à son égard (13). La solution est rejetée par la doctrine et la jurisprudence, car elle peut inciter un plaideur à mettre en cause des personnes dont il redoute le témoignage (14).

Le fait de figurer en nom dans une instance suffit à exclure la possibilité d'être témoin, alors même que les intérêts des défendeurs ne seraient pas identiques à ceux des autres parties à l'instance. Il est fait exception du cas où un tiers est mis en cause sans autre motif que de l'empêcher d'apporter son témoignage. RTDC 1960 536 no3.

- 8) ZH ZR 62 1963 126 no 49/RSJ 58 1962 285 no151. 286: "...Betrachtet man den Streitgenossen schlechthin als Partei, so könnte er nicht zum Zeugnis zugunsten eines anderen Streitgenossen zugelassen werden". BE RJB VII 496: "Die Mitbeklagten können auch bei getrennter Verteidigung den Streitgenossen nicht als Zeugen anrufen". SeuffA 86 201. RGZ 91 37: "Wo mehrere Streitgenossen die Partei bilden, ist jeder Streitgenosse nicht nur im Verhältnis zur Gegenseite, sondern auch zum eigenen Streitgenossen Partei. Deshalb kann der Streitgenosse auch nicht als Zeuge vernommen werden...". RGZ 76 313. RGZ 72 218. RGZ 34 237. RGZ 29 370. RGZ 19 319. JW 1914 155.
JW 1930 3328: Le consort, qui représente un autre consort, n'a pas qualité pour témoigner tant que dure la représentation.
Ovan 51: Le consort simple qui soutient un autre consort en qualité d'intervenant dépendant ne peut témoigner.
Wieczorek ad 449 A: "Bei einer Streitgenossenschaft... gibt es nur die Parteivernehmung; nicht die Zeugenvernehmung, selbst dann wenn der Streitgenosse, soweit er vernommen werden soll, nicht an der Entscheidung beteiligt ist".
- 9) Peter Birkenmaier, Die Zeugnisfähigkeit in den schweizerischen Zivilprozessordnungen. Thèse Zurich 1966. 8: "Nicht wer Partei ist, sondern wer der Parteibefragung untersteht ist zeugnisunfähig. Und nicht wer Zeuge sein kann, sondern wer der Zeugeneinvernahme untersteht, ist zeugnisfähig, wobei jeweils das Gesetz umschreibt, wer der Parteibefragung oder der Zeugeneinvernahme unterworfen ist. Da meist nur die Zulassung zur Parteivernehmung im Gesetz geregelt ist, nicht auch aber jene zum Zeugnis, kann auch so formuliert werden: wer nicht der Parteibefragung untersteht ist zeugnisfähig. Denn beide Beweismittel müssen sich ergänzen, damit keine Lücke entsteht und keine Aussage dem Prozess verloren geht".
- 10) LU Entsch. 1949 581 no677. SG GVP 1951 70 no48: "Zeugenaussagen von Personen die in einem Zivilprozess nicht hätten einvernommen werden dürfen, sind ungültig". Eugen Weber, Der Rekurs wegen Verletzung klarer Prozessvorschriften im zürcherischen Zivilprozess, Thèse Zurich 1956 153.
- 11) Dans le même sens JBI 1962 614. NJW 1965 2254.
Schellhammer 306: "Die falsche Vernehmung einer Partei als Zeuge oder eines Zeugen als Partei ist...heilbar und belastet nur selten eine Partei". Zöller ad 373 nm5.
- 12) Schellhammer 306: "Die Zeugenaussage einer Person, die später Partei wird, bleibt als Zeugenaussage verwertbar, hat für die Beweiswürdigung aber nur noch den Wert einer Parteiaussage". Zöller ad 373 nm6: "Eine zulässige Aussage des Zeugen oder der Partei bleibt als solche wirksam, auch wenn die Eigenschaft als Zeuge oder Partei sich nach der Aussage ändert".
- 13) Baumbach/Lauterbach ad 61 2E.
- 14) BE RJB 49 1913 477. 478: "Was schliesslich den von den Prozessgegnern des Beschwerdeführers erhobenen Einwand betrifft, der Kläger bezwecke mit seiner gemeinschaftlichen Klage, dem Solidarbeklagten T, die Eigenschaft eines Zeugen zu nehmen, so erledigt sich derselbe mit dem Hinweis darauf, dass auch im Falle der subjektiven Klagenhäufung jedem Beklagten im Falle richterlicher Bewilligung das Recht zu gesonderter Verteidigung zusteht". MDR 1973 169. Geiger 62. Rosenberg/Schwab 282. Brückner 33.

La conception opposée met l'accent sur la réunion formelle des instances et sur la relation litigieuse. Les consorts restent tiers les uns par rapport aux autres et ont qualité pour témoigner (15). Fondée sur la qualité pour témoigner, cette approche ne tient pas compte de la portée des déclarations du témoin.

La troisième solution, celle de la doctrine dominante, met l'accent sur le fait litigieux. Elle reconnaît au consort la qualité pour témoigner, mais la subordonne à la portée de ses déclarations. *Le consort ne peut témoigner que sur des faits personnels à un colligant* (16). Il ne peut qu'être interrogé comme partie *sur des faits qui le concernent également* (17). La solution oblige le consort à désigner avec exactitude les témoins qu'il veut faire entendre et viser les faits sur lesquels portera l'audition (18). Le consort simple formel a qualité pour témoigner que la consorité soit initiale ou subséquente. Le consort simple matériel en revanche ne peut être entendu que

15) Jauchmig §81 III et n. 6, Grunsky 275, Lindacher JuS 1986 381: "Interessenparallelität tangiert die Glaubwürdigkeit der Aussage, nicht die Zulässigkeit", Gouwald JA 1982 65, Baur ZPR 5e éd. 1985 nm123 et n. 13, Brückner 33: "Nicht die Zulässigkeit, die Glaubwürdigkeit seiner Aussage ist zweifelhaft", Planck 412-413, Holzhammer Parteienhäufung 122ss.

16) ZH ZR 62 1963 126 no49, 129/RSJ 58 1962 285 no151, 286: "Dass ein Streitgenosse nicht über Tatsachen, die auch für seine eigene Klage bedeutsam sind, als Zeuge aussagen kann, beruht darauf, dass das Gesetz seine Befangenheit vermutet... Diese Auffassung erscheint als begründet, dass der Streitgenosse in diesem Falle, auch wenn er formal Partei ist, mit seiner Zeugaussage den Entscheid über seinen eigenen Rechtsstreit nicht beeinflusst, und deshalb nicht in eigener Sache aussagt... In einem wie im andern Fall ist der Aussagende zwar als Streitgenosse formal Partei, aber als Zeuge befindet er sich nicht in Parteistellung...". LU RJB 21 1885 283 no11: "Streitgenossenschaft - passive - macht die Streitgenossen nicht unfähig, gegenseitig als Zeugen angerufen zu werden, wenn der Streitgenossenschaft keine materielle Interessengemeinschaft zu Grunde liegt". NJW-RR 1991 256, NJW-RR 1986 392, NJW 1986 391, NJW 1983 2508, VersR 1979 973, VersR 1973 285, OLGZ 1977 245, FamRZ 1975 101, JZ 1973 58, BB 1972 1455, MDR 1984 47, MDR 1982 372, MDR 1981 765, MDR 1973 169, MDR 1971 56: "Der entscheidende Grund liegt darin, dass Zeugen alle Personen sein können, die im konkreten Prozess nicht den Vorschriften über die Parteivernehmung unterstehen... denn das Gesetz will grundsätzlich jedermanns Tatsachenkenntnis für den Rechtsstreit verwendbar machen", MDR 1965 106, MDR 1965 890. Ovari 54: "die sogenannten gemeinsamen Tatsachen sind diejenigen Tatsachen, die für alle Streitgenossen oder für mehrere Streitgenossen Bedeutung haben", Flepp 107, Geiger 61, Matti Streitgenossenschaft 97, Guldener ZPR 341 n. 14e, ZH Sträuli/Messmer ad 157 nm6, BE Leuch ad 36 ch. 1 et ad 243 ch. 1, SG Lutz ad a104 ch. 4, AG Eichenberger ad 264 nm6. Stein/Jonas ad 61 nm11 et n. 17: "Dass der zu vernehmende Streitgenosse am Prozesse des anderen interessiert ist, steht der Zeugenvernehmung nicht entgegen", Thomas/Putzo ad 61 ch. 4 et notes préf. 3a ad 373, Zöller ad 61 nm4 et ad 373 nm5, Baumbach/Lauterbach ad 61 2B et notes préf. ad 373 2B, Rosenberg/Schwab 282, Lent ZPR 220, Schellhammer 678 nm1344, Zimmermann ad 61 nm3, Schönke 98, Schilken 376 nm671.

17) MDR 1984 47: "Werden einfache Streitgenossen auf Schadenersatz in Anspruch genommen und einer von ihnen ausserdem auf Herausgabe von Gegenständen, so dürfen die vom Herausgabebegehren nicht betroffenen Streitgenossen gleichwohl als Zeugen nicht vernommen werden, wenn Herausgabeanspruch und Schadenersatzanspruch auf ein und demselben Sachverhalt (arglistische Täuschung) beruhen. Dies gilt auch, wenn über den Herausgabeanspruch durch Teilurteil entschieden und der Rechtsstreit in diesem Umfang in die Rechtsmittelinstanz gelangt ist, in der die anderen Streitgenossen als Zeugen vernommen werden sollen". NJW 1983 2508. Egon Schneider, Der Streitgenosse als Zeuge, MDR 1982 372-373, Zöller ad 373 nm5: "...Betroffen in der Sache ist der als Zeuge benannte Streitgenosse im Fall der Anspruchshäufung (DZPO 260) bei Identität des Streitgegenstands der mehreren Klageansprüche; dabei genügt für Betroffenheit bei unterschiedlichen Klageansprüchen aber bereits Identität des Anspruchsgrundes".

18) Stein/Jonas ad 449 nm1: "Ausnahmsweise gelten nicht die Vorschriften über die Parteivernehmung, sondern diejenigen über den Zeugenbeweis, wenn das Beweisthema Tatsachen betrifft, die ausschliesslich für die Entscheidung den anderen Streitgenossen gegenüber massgebend sind... Ist in einem solchen Fall der Antrag auf Parteivernehmung gestellt, so ist er sinngemäss als Antritt des Zeugenbeweises aufzufassen".

comme partie, car l'objet du procès est le plus souvent le même pour tous (19). Le consort simple matériel peut toutefois être entendu comme témoin pour l'ensemble des faits de la cause, y compris pour ceux qui le concernent, lorsque sa qualité de partie ou de personne assimilée à une partie a disparu pendant l'instance, ainsi lorsqu'il a été mis hors de cause par une décision définitive (20). Le consort a dans cette hypothèse qualité pour témoigner même si le juge n'a pas encore statué sur les frais et dépens à son égard (21). La majorité de la doctrine et une partie de la jurisprudence allemandes sont d'avis contraire (22).

Proposée par J. Geiger (23) et approuvée par H. Sträuli et H. Messmer (24) qui se sont inspirés de la pratique zurichoise en matière d'action en paternité (25), une quatrième solution met l'accent sur la portée du fait et la relativité du témoignage. Elle consiste à conférer au consort la qualité pour témoigner, même si la déposition doit porter sur des faits communs aux consorts, mais à l'empêcher de tirer bénéfice de ses déclarations pour écarter le risque de suspicion qui y est attaché. Le consort témoin doit en conséquence faire administrer d'autres preuves pour que soit établi à son égard aussi, le fait dont il a apporté la preuve à ses colitigants. La solution est selon ses concepteurs dans l'intérêt des plaideurs et de ce fait même devrait les encourager à procéder en consorité.

- 19) Stein/Jonas ad 61 nm11, Schlosser 232 nm270, Rechberger/Simotta 70 nm133, Fasching ZPR 193-194 nm 377-378, 484 nm1027.
- 20) Le plaideur qui perd sa qualité de partie par l'effet d'un désistement, d'une transaction, d'un acquiescement ou d'un jugement par défaut peut être entendu comme témoin, VD JT 1954 III 66.
Flopp 107; Baumbach/Lauterbach ad 61 3E et notes prél. ad 373 2B, Zöller ad 61 nm4.
- 21) NJW-RR 1991 62, FamRZ 1975 100.
Zöller ad 373 nm5: "Geht man wie hier davon aus, dass niemand Zeuge in eigener Sache sein kann, so ist "Sache" in der Sache nur der Streitgegenstand in seinem Bezug zum Beweisthema...Die hiervon zu trennende Frage, ob einem Zeugen zuzutrauen ist, über den ihm nicht (mehr) selbst betreffenden Gegenstand seiner Aussage allein aus Gründen der Kostenkonsequenz nicht mehr unbefangen und glaubwürdig auszusagen, ist Gegenstand der Beweiswürdigung, nicht der Zeugenfähigkeit".
- 22) MDR 1981 765: "Die Zeugenvernehmung eines Streitgenossen ist auch dann noch ausgeschlossen, wenn er - beispielsweise nach Ergehen eines sich auf ihn beziehenden Teilurteils - nur noch an der zu treffenden Kostenentscheidung beteiligt ist. Ist die gegen einen gewöhnlichen Streitgenossen gerichtete Klage abgewiesen, und die dagegen vom Kläger eingelegte unselbständige Anschlussberufung zurückgenommen worden, so kann dieser Streitgenosse unbeschadet der im Urteil des Berufungsgerichts noch festzustellenden Kostenfolge...in weiteren Berufungsverfahren als Zeuge vernommen werden", RGZ 91 38, RGZ 41 37.
Baumbach/Lauterbach notes prél. ad 373 2B, Wiczeorek ad 373 BIIa3 et les développements de Schneider MDR 1982 373.
- 23) Geiger 62-63.
- 24) ZH Sträuli/Messmer ad 157 nm6: "Das rechtfertigt sich auch in andern Fällen einfacher Streitgenossenschaft, weil eine Zusammenfassung von Klagen, die im Belieben des Klägers oder im Ermessen des Gerichts liegt, die Beweismöglichkeiten...nicht verändern sollte".
- 25) La mère a qualité pour témoigner dans le procès en paternité, mais son témoignage n'est pris en considération que dans le procès de l'enfant, ZH ZR 62 1963 126 no49/RSJ 58 1962 285 no151: "Zeugnisfähigkeit der als Streitgenössin des Kindes auftretenden Mutter im Vaterschaftsprozess. Der Streitgenosse kann nicht als Zeuge eines Mitstreitgenossen sein, ausser wenn er mit seiner Zeugenaussage den Entscheid über seinen eigenen Rechtsstreit nicht beeinflusst und deshalb nicht in eigener Sache aussagt. Die Mutter des die Vaterschaftsklage anhebenden Kindes kann auch dann, wenn sie neben dem Kinde als Klägerin auftritt, ohne Einschränkung auf ein bestimmtes Thema Zeugnis ablegen, soweit die Klage des Kindes in Frage steht. Ihr Zeugnis darf aber beim Entscheid über ihre eigene Klage nicht als Beweismittel berücksichtigt werden", ZR 63 1964 91 no42.
La jurisprudence vaudoise admet également que dans les actions en constatation et contestation de la filiation, le juge se fonde sur les déclarations des parties à l'audience (Poudret/Wurzburg/Haldy ad 378a et les références citées), mais pas la jurisprudence genevoise (GE SJ 1970 318 en raison des liens de parenté entre les parties et les témoins).

Le consort peut *refuser de témoigner* dans les cas prévus par le législateur (26). Le juge doit examiner pour chaque consort la réalisation des conditions autorisant le refus (27). Le consort qui satisfait à la condition à l'égard de tous les autres colitigants ne peut être entendu comme témoin. Le consort qui satisfait à la condition à l'égard d'un ou de quelques-uns seulement peut être appelé à témoigner (28). La question est toutefois controversée. D'aucuns affirment que le refus du consort affecte tous les colitigants et qu'il ne peut être contraint à déposer. L'opinion est justifiée par le fait que le juge ne peut qu'apprécier uniformément les preuves (29).

Les témoins sont entendus à l'audience du juge ou par commission rogatoire s'ils résident hors du canton. Les consorts ont le droit d'assister à l'audition, même si le témoin est consort. Ils ne peuvent poser ou faire poser au témoin que les questions qui entrent dans le cadre de leur offre de preuves.

§2. L'interrogatoire

L'interrogatoire des consorts n'est pas réglementé dans la procédure fédérale actuelle. La loi fédérale du 22 novembre 1850 sur la procédure à suivre devant le Tribunal fédéral, issue du droit commun, y consacrait une disposition (30).

Les procédures cantonales, exception faite des cantons de Lucerne (31), de St-Gall (32), des Grisons (33), du Tessin (34) et du Valais (35) sont muettes. Le droit étranger fait contraste (36). Les cantons d'Uri (37), de Schwyz (38), d'Obwald (39),

Voir également Hegnauer BK ad 261 nm58.

- 26) Baumbach/Lauterbach ad 383 ch. 1: "Es genügt, dass die Beziehung zu einem von mehreren Streitgenossen...besteht, es sei denn, dass die Beweisfrage diesen gar nicht berührt".
- 27) Brückner 33.
- 28) Brückner 33: "Eine einheitliche Gesamtwürdigung würde in der Tat dazu führen, das Zeugnisverweigerungsrecht aufzuheben. Die Konsequenz kann aber nur in der Verneinung der Gesamtwürdigung, nicht in der Ausdehnung des Verweigerungsrechts auf alle Prozesse bestehen".
- 29) ZH ZR 67 1968 191 no54, ZR 62 1963 17 no8.
ZH Siruli/Messmer ad 158 nm6: "Verwandtschaft mit einem von mehreren Streitgenossen erlaubt Zeugnisverweigerung allen gegenüber, sofern das Beweisthema nicht nur die anderen betrifft...Ist der Zeuge selbst als Streitgenosse am Prozess beteiligt, steht ihm gegebenenfalls das Zeugnisverweigerungsrecht nach §158 wie im eigenem Interesse dasjenige nach §159 Ziff. 1 zu...Daran ändert auch nichts, dass dieser Zeuge in seiner Parteistellung nach Treu und Glauben dem Gegner die Beweisführung erleichtern müsste".
- 30) Rec. off. 1851, 73ss. an, a147 ch. 3: "Celui qui fait la preuve ne peut déférer le serment à une tierce personne, mais seulement à sa partie adverse et celle-ci doit prêter serment elle-même. Cependant cette règle subit les exceptions suivantes: ...Lorsque plusieurs individus se trouvent impliqués dans la même affaire, chacun d'eux prête serment. Cependant le même serment d'un seul suffit dans le cas où par sa position il oblige les autres".
- 31) LU 198: "Ist eine...solidarische Streitgenossenschaft Partei, so bezeichnet das Gericht nach Anhörung der Parteien eine oder mehrere Personen, welche namens der Partei befragt werden sollen".
- 32) SG n121/1: "Gesetzliche Vertreter (CC 304, 407), Gesellschafter (CO 530ss, 552ss, 594ss) und Organe einer Partei (CC 55) sowie Gemeinschaftsdner (LP 197ss) und Konkursverwalter (LP 240ss) werden als Parteien befragt". Les parenthèses sont une adjonction de notre plume.
- 33) GR 202/2: "Handelt es sich um...eine gesetzliche umschriebene Personengemeinschaft...bestimmt der Richter, wer für sie zu befragen ist".
- 34) TI 273/2: "Il giudice designa quale delle persone deve essere sottoposta all'interrogatorio se la facoltà d'obligare la persona giudica spetta a più persone fisiche insieme o separatamente; egli procederà nel medesimo modo se la parte è un litisconsorzio".
- 35) VS 253/4: "Les consorts au procès peuvent, de même, être astreints à subir l'interrogatoire". "Die Streitgenossen können ebenfalls verhalten werden, ein Verhör zu bestehen". La disposition, introduite dans le code actuel, ne figurait pas dans le code précédent de 1856.

Bâle-Ville (40), Bâle-Campagne (41) ont abandonné dans leurs codes actuels la règle qu'ils consacraient à la question. Dans les cantons qui ne disposent rien, l'interrogatoire est régi par les règles générales (42).

Chaque consort a vocation pour être interrogé (43) dans la mesure où il ne peut être entendu comme témoin (44). Le consort simple *matériel* est entendu comme partie (45). Lorsque l'interrogatoire porte sur des faits personnels ou sur des faits communs, le consort simple *formel* est entendu comme partie (46). Il peut les contester ou les avouer. Lorsque l'interrogatoire porte sur des faits personnels à un autre consort, il est entendu comme témoin (47). Il ne saurait ni contester, ni avouer ces faits, car il n'est pas partie au procès parallèle. L'audition comme témoin d'un consort qui ne peut être entendu que comme partie ne constitue pas une violation d'une règle essentielle de procédure (48).

Lorsque l'interrogatoire a lieu d'office et porte sur des faits communs, il est subordonné à la condition qu'un fait soit contesté à l'égard de tous ou de la majorité des consorts (49). Le juge peut interroger une minorité, une majorité ou la totalité des

-
- 36) DZPO 449: "Besteht die zu vernehmende Partei aus mehreren Streitgenossen, so bestimmt das Gericht nach Lage des Falles, ob alle oder nur einzelne Streitgenossen zu vernehmen sind". Thomas/Putzo ad 449: "Der Gesetzestext müsste richtig etwa lauten: Stehen auf einer Seite mehrere Streitgenossen...".
 - AZPO 373/4: "Können hienach, oder weil auf Seiten einer Partei Streitgenossen auftreten, mehrere Personen vernommen werden, so hat das Gericht zu bestimmen, ob alle, oder welche, unter diesen Personen anzuhören sind".
 - 37) UR a204. Même teneur que LU 198.
 - 38) SZ a295/4: "Bei...Streitgenossen hat der Richter zu entscheiden, welche Personen zu befragen sind".
 - 39) OW a164/3: "Streitgenossen haben, jene Person zu bezeichnen, die mit dem Inhalt den im Streit liegenden Verhältnissen am besten vertraut sind".
 - 40) BS a143.
 - 41) BL a187.
 - 42) ZH Sträuli/Messmer ad 151 nm7.
 - 43) ZH Sträuli/Messmer ad 151 nm7: "Sie können...alle persönlich befragt werden, soweit sie eigene Wahrnehmungen machen".
 - 44) MDR 1971 56.
Margrit Spillmann, Das Beweisrecht, Thèse Zurich 1973, 171; Edwin Blöchliger, Das Untersuchungsverfahren im sankt-gallischen Zivilrechtspflegegesetz, Thèse Zurich 1961, 100: "Im Falle der einfachen dagegen, weil jeder Beteiligte nur für sich selbst handeln und deshalb auch persönlich gehört werden muss". Zöllner ad 449 nm3: "Bei einfacher Streitgenossenschaft...muss das Gericht prüfen, ob das Beweishema den namentlich benannten Gegner selbst betrifft, weil dieser andernfalls als Zeuge zu vernehmen ist". MünK ad 449 nm1.
 - 45) Stein/Jonas ad 61 nm11. Fasching ZPR 194 nm378, Rechberger/Simova 70 nm133.
 - 46) Ovari 50, Blomeyer 629.
 - 47) Ovari 50, ZH Sträuli/Messmer ad 151 nm7, ad 157 nm6, AG Eichenberger ad 264 nm6, Baumbach/Lauterbach ad 449, Blomeyer 629. Fasching ZPR 193 nm377, 194 nm378, Holzhammer ZPR II 82.
 - 48) Juristische Blätter 1962 614. NJW 1965 2254. Schellhammer 306. Zöllner ad 373 nm5: "Die Einvernahme der Partei als Zeuge oder umgekehrt ist...verzichtbarer Verfahrensmangel". Contra: LU Entsch. 1949 581 no677, LU RJ 86 1950 48: "Wird eine Partei als Zeuge abgehört, so dürfen ihre Aussagen in keiner Weise berücksichtigt werden". SG GVP 1951 no48 70. Eugen Weber, Der Rekurs wegen Verletzung klarer Prozessvorschriften im zürcherischen Zivilprozess, Thèse Zurich 1956, 153.
 - 49) Flepp 95: "Nach den allgemeinen Grundsätzen des Prozessrechtes ist Voraussetzung, dass die Tatsachen über die die Streitgenossen befragt werden...gegenüber allen, zum mindesten gegenüber mehreren Streitgenossen beweisbedürftig sind. Denn auf Grund der

consorts. Il n'est pas tenu de les interroger tous (50), mais doit entendre toutes parties avant d'y procéder (51). Il doit motiver son choix, lorsqu'il ne résulte pas déjà d'emblée des faits établis (52). Il interrogera le consort qui lui paraît le mieux connaître la cause (53) et s'abstiendra d'entendre celui dont la déposition apparaît superflue (54). Lorsque l'un des consorts se trouve à l'étranger et que l'autre assiste à l'audience, il n'entendra que ce dernier.

Lorsque l'interrogatoire a lieu d'office et porte sur des faits personnels à un consort, le juge ne peut interroger que le consort concerné. La règle qui l'autorise à interroger le consort de son choix est inapplicable (55).

Lorsque l'interrogatoire a lieu à requête, chaque consort peut demander l'interrogatoire de l'adverse partie (56). Peut-il demander l'audition du partenaire ? La jurisprudence zurichoise contre la doctrine (57) lui dénie ce droit au motif que ce dernier n'est pas adversaire et que le consort qui requiert l'interrogatoire d'un autre se trouve dans la même situation qu'une partie qui veut prouver son droit par sa propre déposition (58). Il faut l'approuver. Le consort qui a conclu contre son consort doit en revanche avoir le droit d'en requérir l'interrogatoire (59).

Verhandlungsmaxime kann es zutreffen, dass der Richter eine Tatsache nicht für alle Rechtsstreitigkeiten überprüfen muss".

- 50) LU 198, DZPO 449, AZPO 373/4, Thomas/Putzo ad 449, MünK ad 449 nm1.
- 51) LU 198: "nach Anhörung der Parteien".
- 52) Wieczorek ad 449 Allc2: "Die Auswahl ist zu begründen, wenn sie sich nicht aus dem sonst festgestellten Tatbestand schon von selbst ergibt".
- 53) Stein/Jonas ad 449 nm2: "Das Gericht hat nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob es alle oder nur einzelne Streitgenossen vernehmen will. Dabei ist vor allem zu bedenken, bei welchem Streitgenossen die *sicherste Kenntnis* von der zu beweisenden Tatsache (z.B. auf Grund unmittelbarer Wahrnehmung) erwartet werden kann. Bei einer Parteivernehmung von Amtes wegen...ist die Auswahl stets in das Ermessen des Gerichts gestellt". Wieczorek ad 449 11b, MünK ad 449 nm2.
Comp. OW a164/3: "Streitgenossen haben, jene Person zu bezeichnen, die mit dem Inhalt den im Streit liegenden Verhältnissen am besten vertraut sind".
- 54) Baumbach/Lauterbach ad 449: "Das Gericht bemüht nicht diejenigen Streitgenossen umsonst, denen von vornherein jede Kenntnis abgehen muss, ebensowenig diejenigen auf deren Bekundung von vornherein nichts zu geben wäre".
- 55) Flepp 95, Thomas/Putzo ad 449, Zöller ad 449 nm 1: "Nur bei der Parteivernehmung von Amtes wegen...besteht ein Wahlrecht des Gerichts, das aber allenfalls und erst dann in Betracht kommt, wenn die vom Beweisführer benannte Partei vernommen wurde".
- 56) NE n225/1: "Toute partie peut être interrogée sur demande de la partie adverse...". GL ABOG 1984 307.
- 57) ZH Sträuli/Messmer ad 151 nm7.
- 58) ZH ZR 59 1960 334 no130: "Die Beklagten berufen sich zum Beweise ihrer Behauptungen erneut auf die persönliche Befragung der Mitbeklagten, die im Interesse der Findung des richtigen Rechtes gemäss §172 Abs. 2 ZPO von Amtes wegen vorzunehmen sei. Wie schon im Rückweisungsbeschluss ausgeführt, ist ihnen diese Berufung auf ihre Mitbeklagten versagt. Nach §172 Abs. 1 ZPO kann zur Feststellung einzelner erheblicher tatsächlicher Verhältnisse jede Partei die persönliche Befragung der Gegenpartei verlangen. Zu ihren eigenen Gunsten - worauf die persönliche Befragung der Beklagten im vorliegenden Falle nur hinauslaufen könnte - kann sich keine Partei auf ihre persönliche Befragung berufen. Das gilt auch für solidarisch mithaftende Mitbeklagte - wie sie hier nach Art. 759 Abs. 1 OR in Betracht fallen -, sonst würde jeder Haftpflichtige daraus, dass neben und mit ihm noch solidarisch Mithaftende bestehen, Vorteile ziehen, was Sinn und Zweck der Solidarhaftung und der persönlichen Befragung im Sinne der §§172 ff. ZPO widerspräche. Dass §172 Abs. 2 ZPO die persönliche Befragung einer Partei auch von Amtes wegen vorsieht, heisst nicht, dass sie in diesem Falle für die eigene Partei oder für auf derselben Parteiseite Mitbeteiligte beweisbildend sein könne, sondern hebt nur den Unterschied im Anlass zum Beweismittel der persönlichen Befragung einer Partei hervor. Statt normalerweise auf Antrag der Gegenpartei, soll sie auch von Amtes wegen erfolgen können. Aber auch die von Amtes wegen vorgenommene persönliche Befragung einer Partei kann nicht zur deren Gunsten beweisbildend sein".

Lorsque l'interrogatoire a lieu à requête de l'adversaire, il appartient à ce dernier de désigner le ou les consorts à interroger (60). Sa détermination lie le tribunal, qui ne saurait entendre un autre consort, sauf accord de toutes parties (61) et sauf procès soumis à maxime d'office (62). En l'absence de précision, la requête doit s'interpréter comme portant sur l'audition de tous les consorts. Le juge peut la restreindre (63). La requête doit être communiquée à toutes les parties pour observations dans tous les cas dans le canton de Lucerne (64), en l'absence de précision en droit allemand (65). Lorsque l'adversaire des consorts désigne le consort à interroger, seul peut se prononcer en procédure allemande, le consort dont l'interrogatoire est demandé. Les autres n'ont pas à être consultés (66).

Comp. Salvatore Sattal/Carmine Punzi, Diritto processuale civile, Padone 1992, 366 ch. 193: "L'interrogatorio può essere deferito da qualunque parte (non dal convenuto ad altro convenuto che non si trovi con lui in posizione di contraddizione...)", Mandrioli 182, Carpi/Colesanti/Taruffo ad 230 CPC II.

- 59) Romano Vaccarella, Enciclopedia del diritto, vol. XXII, "Interrogatorio delle parti", 353ss. 373.
- 60) Jan Feliks Kwiatek, Die Parteibefragung als Beweismittel im Zivilprozess, Thèse Berne 1926, 68: "Es ist anzunehmen, dass bei einer Mehrheit von Klägern oder Beklagten die Befragung jedes einzelnen begehrt und angeordnet werden kann", ZH Sträuli/Hauser ad a172 ch. 2, Wicczorek ad 449 All; "Der Antrag auf Parteivernehmung...braucht nur allgemein gestellt zu werden, dh keine Auswahl über die zu Vernehmenden zu treffen", ad 449 AllA: "Doch darf er auch auf einen Teil der Streitgenossen beschränkt werden, wenn diese damit einverstanden sind...In diesem Fall hat das Gericht nur noch unter der beschränkten Zahl die Auswahl (die ihm nach §449 nicht genommen werden darf), darf also auf sonstige nicht zurückgreifen", ad AllB: "Beschränkt die Partei die Auswahl und widerspricht die nicht benannte Partei (die benannte darf nicht widersprechen, weil sie dadurch nicht belastet wird), so muss das Gericht entscheiden, ob es die Auswahl der Partei billigt (entweder durch Erlass des Beweisbeschlusses, durch Zwischenurteil...oder in den Gründen des Endurteils; doch darf die Partei, welche die Vernehmung beantragt, nicht überrascht werden", MünK ad 449 nm1.
- 61) Zöllner ad 449 nm1, Thomas/Putzo ad 449: "Absehen von ihrer und statt dessen Vernehmung anderer würde den Verhandlungsgrundsatz verletzen", Stein/Jonas ad 449 nm2: "Handelt es sich um eine Parteivernehmung auf Antrag (§§445, 447), so gilt §449, wenn der Antrag nicht auf die Vernehmung bestimmter Streitgenossen gerichtet ist, wenn sich also z.B...die beweisführende Partei darauf beschränkt, die Vernehmung der Gegenpartei zu beantragen...Bezieht sich dagegen der Antrag auf die Vernehmung bestimmter Streitgenossen, so ist das Gericht nicht befugt, von der Vernehmung dieser Personen abzusehen und statt dessen andere Streitgenossen zu vernehmen...Die als Partei zu vernehmende Person soll über ihre eigene Tatsachenwahrnehmung aussagen und ist deshalb grundsätzlich ebenso wenig austauschbar wie ein Zeuge. Dem Sinn des Antragsrechts sowie dem Verhandlungsgrundsatz...entspricht es daher, der Partei auch die Bestimmung der Beweisperson zuzubilligen. §449 ist insoweit einschränkend zu interpretieren und bei einem auf die Vernehmung bestimmter Streitgenossen gerichteten Beweis Antrag nicht anzuwenden. Das Gericht kann...von Amtes wegen zusätzlich auch noch andere Streitgenossen vernehmen, auf die sich der Parteiantrag nicht bezog", MünK ad 449 nm2. Contra: Wicczorek ad 449 AllA.
- 62) Zöllner ad 449 nm1.
- 63) Zöllner ad 449 nm2, Thomas/Putzo ad 449: "Sind alle benannt oder die Parteiseite schlechthin, kann das Gericht wählen. Ausnahme, vom Grundsatz, dass angebotene Beweise zu erschöpfen sind", MünK ad 449 nm1.
- 64) LU 198.
- 65) Wicczorek ad 449 B.
- 66) Stein/Jonas ad 449 nm3: "Die Aufforderung sich über die beantragte Vernehmung zu erklären (§446) hat das Gericht nur an diejenigen Streitgenossen zu richten, deren Vernehmung es für sachgerecht hält bzw. (bei einem bestimmten Antrag) deren Vernehmung beantragt ist", Wicczorek ad 449 B: "Auf den allgemeinen Antrag der Gegenpartei haben sich alle Streitgenossen zu erklären...Auf den beschränkten nur die genannten; die anderen werden sich indes ebenfalls dazu äussern müssen, wenn sie nicht ihr Rüge recht verlieren wollen", Bl: "Erklären sich ein Teil nicht, so braucht diesen das Gericht

Lors de l'interrogatoire proprement dit, chaque consort simple peut poser ou faire poser à l'adversaire les questions propres à éclairer les circonstances de la cause. Ce dernier est interrogé sur les circonstances personnelles au consort qui a requis son audition et sur les circonstances communes. Il ne peut être interrogé sur les faits personnels au consort qui n'a pas demandé son interrogatoire. Les consorts peuvent assister à l'interrogatoire.

Lorsqu'il concerne un consort simple formel, l'interrogatoire porte uniquement sur les faits personnels au consort interrogé (67). Pour les autres faits, le consort est entendu comme témoin de sorte qu'un consort simple peut, suivant la nature de sa déposition, être entendu en deux qualités différentes (68). Le juge établit des procès-verbaux distincts. Le consort simple étranger au litige sur lequel porte l'interrogatoire est écarté de l'audition. Lorsque l'interrogatoire porte sur des faits communs, est alors jugé suffisant, voire est seul autorisé, l'interrogatoire d'un consort, parce qu'il porte nécessairement sur des circonstances communes. Il n'est pas nécessaire d'entendre tous les consorts (69). Le refus de déposer d'un consort n'empêche pas l'interrogatoire des autres. Le juge l'apprécie librement (70). L'audition d'un seul ou de quelques consorts ne constitue pas un vice de procédure. Les consorts non interrogés ne peuvent être entendus comme témoins (71).

Les consorts peuvent assister à l'interrogatoire du partenaire interrogé (72).

§3. L'aveu

Acte personnel qui peut être retenu contre son auteur (73), l'aveu (*Geständnis, confessione*) judiciaire ne peut émaner que d'une partie au procès (74). Lorsqu'il y a consorité simple, l'aveu peut être le fait de chaque consort simple indépendamment des autres (75). L'aveu du consort peut résulter d'une déclaration du représentant - le

indes nur dann aufzufordern, wenn es seine Auswahl auch auf ihn richtet, nicht soweit es ihn von vornherein ausnimmt".

67) Blomeyer 629, Stein/Jonas ad 449 nm1.

68) Ovari 50; Margrit Spillmann, Das Beweisrecht, Thèse Zurich 1973, 171. Holzhammer Parteienhäufung 122: "Doch weil er hier ein Prozesssubjekt, dort aussenstehender Dritter ist, kommt ihm als Aussageperson eine Doppelstellung zu: in seiner Rechtssache wird er als Partei, in der fremden als Zeuge vernommen", ZPR II 84.

69) ZH Sträuli/Messmer ad 151 nm7: "Dagegen entspricht es wohl der Konzeption von §150 Abs. 1, dass zum gleichen Thema nur ein einziger der Streitgenossen der eigentlichen Beweisaussage unterworfen werden darf". Holzhammer Parteienhäufung 123 et ZPR II 84.

70) Stein/Jonas ad 449 nm3: "Die Weigerung sich vernennen zu lassen...durch einzelne Streitgenossen" (schliesst) "die Vernennung anderer Streitgenossen nicht aus. Das Gericht hat aber die Verweigerung der Aussage...auch im Verhältnis zu den übrigen Streitgenossen frei zu würdigen...Das Gericht muss sich aber deutlich vor Augen halten, dass es sich nicht um Ungehorsamsfolgen, sondern nur um... Ueberlegungen der Beweiswürdigung handelt". Rosenberg/Schwab 284.

71) Zentralblatt für juristische Praxis 1927 no269.
Fasching Komm. III, 523 ad 373 ch. 6.

72) ZH Sträuli/Messmer ad 151 nm7: "...da §161 nicht anwendbar ist, dürfen...alle den Befragungen beiwohnen". Sträuli/Hauser ad a172 ch. 2: "...Da die Parteien das Recht haben, allen Verhandlungen beizuwohnen, geht es dabei nicht an, bei der Befragung eines Beteiligten, die andern in Abstand treten zu lassen".

73) Aubry-Rau, Droit civil français, 6e éd., 1956, §751, 91: "L'aveu est la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai et comme devant être tenu pour avéré à son égard un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques".

74) Dalloz-Sirey 1977 I.R. 25.

75) AG AGVE 1974 25 no5, 31.

AG Eichenberger Beiträge 42. Thomas/Putzo ad 288 ch. 2. Rosenberg/Schwab 707, Stein/Jonas ad 61 nm3. Lindacher JuS 1986 381. Schlosser 232 nm271. Lent ZPR 220. Schellhammer 677 nm1344. Holzhammer Parteienhäufung 14.

mandataire commun, un mandataire individuel, voire même un autre consort - à condition qu'il en ait reçu le pouvoir.

L'aveu résulte le plus souvent d'une déclaration expresse. Il peut être fait à l'audience, mais aussi dans les mémoires lorsque la procédure est écrite. Il peut être tacite: un fait non contesté peut être tenu parfois pour un aveu (76). Manifestation de volonté unilatérale, l'aveu du consort n'est pas subordonné à l'acceptation de l'adversaire (77).

L'aveu du consort est en procédure neuchâteloise irrévocable. Le consort ne peut se rétracter que s'il apporte la preuve que l'aveu est le résultat d'une erreur ou qu'il a été provoqué par le dol de l'adversaire (78). Le consort ne peut le rétracter en se réformant (79).

Lorsqu'il y a maxime des débats, l'aveu restreint la saisine du juge, car il rend la preuve inutile (80). Il enlève au fait sa qualité de fait contesté et relève l'adversaire de l'obligation de prouver la véracité de l'allégation y relative. Il dispense le juge de rechercher la vérité et lui interdit de tenir compte de pièces ou témoignages qui iraient à l'encontre des faits admis (81). Lorsqu'il y a maxime d'office, l'aveu d'un fait constitutif d'un droit indisponible ne dispense pas l'adversaire de la preuve et ne délie pas le juge de la recherche de la vérité (82).

L'aveu du consort simple peut porter sur un fait personnel ou sur un fait commun.

Lorsque l'aveu d'un consort porte sur un fait personnel, il supprime le caractère litigieux de ce fait et décharge l'adversaire du fardeau de la preuve à son égard (83). L'aveu portant sur un fait personnel à un autre consort est sans objet (84). L'aveu d'un consort ne lie pas les autres qui sont des tiers par rapport à lui (85).

Lorsque l'aveu d'un consort porte sur un fait commun, il est fait application du principe de la relativité de l'aveu (86). L'aveu est opposable au consort avouant dans

76) La procédure fédérale (PCF 36/2) en particulier autorise le juge à se fonder sur l'attitude des parties pour en déduire un aveu. Le code vaudois en revanche subordonne toujours l'aveu à une déclaration formelle. VD 166. Poudret/Wurzbürger/Haldy ad 166.

77) René Greninger, *Das Zugeständnis im Zivilprozessrecht*, Thèse Zurich 1981, 22.

78) NE n232/3.

79) NE n196/la, VD 155/2.

80) VD JT 1967 III 58, JT 1932 III 79; L'aveu judiciaire n'est pas un mode de preuve, mais un acte judiciaire qui dispense de la preuve.

81) VD JT 1940 III 20, JT 1927 III 69. Poudret/Wurzbürger/Haldy ad 164/3.

82) Principe de la vérité matérielle.

83) Gysler 11 n. 6. ZH Sträubli/Messmer ad 151 nm7, BE Leuch ad 215 ch. 3, AG Eichenberger ad 51 nm3.

84) Ovari 50.

85) Greninger 42, Ovari 50, Guldener ZPR 304, Walder ZPR 158: "Das ist bloss insofern eine Selbstverständlichkeit, als es sich um Tatsachen handelt, welche nur das Rechtsverhältnis zwischen dem betreffenden Streitgenossen und dem Gegner betreffen. Weniger selbstverständlich ist, dass diese Regel auch für Tatsachen gilt, die sich gegenüber sämtlichen Streitgenossen auswirken". AG Eichenberger ad 51 nm3 et Beiträge 159. Comp. TI a152: "La confessione giudiziale è la dichiarazione del fatto che la parte o il suo speciale procuratore fa dinanzi un giudice...Essa formal piena prova contro il suo autore e contro gli aventi causa del medesimo, non contro i liteconsorti".

86) Gilles Goubeaux/Philippe Bähr, *Encyclopédie Dalloz*, "Preuves", ch. 1281: "...La règle semble à première vue contredire l'idée d'une présomption de conformité de l'aveu à la vérité: Ce qui est vrai pour les parties ne le serait donc pas pour les tiers?...Si l'aveu est opposable aux tiers, d'autres explications deviendraient plausibles, un plaideur pouvant délibérément sacrifier ses intérêts dans un litige déterminé pour mieux les assurer dans une autre affaire. Dès lors, déclarer l'aveu inopposable aux tiers garantis sa sincérité en éliminant des mobiles qui pourraient le rendre suspect".

ses relations avec l'adversaire. Il n'a pas d'effet envers les autres consorts simples (87). Le juge doit tenir le fait commun pour exact à l'égard du consort, mais le fait reste contesté dans les causes parallèles (88). L'adversaire doit le prouver et le juge procéder à l'administration des preuves (89). L'adversaire des consorts n'est pas tenu d'entreprendre la preuve à l'égard des autres consorts. Il peut se contenter de l'aveu du consort. Les colligants de l'avouant ne peuvent le contraindre à entreprendre à leur égard la preuve du fait commun (90).

Lorsque l'adversaire apporte la preuve de l'allégué à l'encontre des consorts, la preuve produit effet à l'égard de tous et détruit l'aveu du consort (91).

Lorsqu'il n'apporte pas la preuve du fait, le juge peut, en vertu du principe de la libre appréciation des preuves, considérer l'aveu du consort comme un indice dans les procès parallèles (92). Lorsqu'il agit en ce sens, il ne peut conférer à l'aveu une valeur d'indice qu'à l'égard de tous les consorts. Il ne saurait diviser son appréciation et contraindre l'adversaire des consorts à entreprendre la preuve à l'égard d'une partie des consorts (93). Lorsqu'il n'agit pas en ce sens, il ne peut, sous couleur d'interprétation, étendre l'aveu au delà de la relation juridique auquel il s'applique (94).

Lorsque l'aveu de l'adversaire porte sur un fait personnel, il ne profite qu'au consort à qui incombait le fardeau de la preuve. Les autres consorts ne sont pas

87) Greninger 42: "Ein Zugeständnis wirkt nur gegenüber dem erklärenden Streitgenossen und nicht auch gegenüber den andern". Habscheid DJPS 180, ZH Sträubli/Messmer ad 151 nm7, BE Leuch ad 215 ch. 3, AG Eichenberger ad 51 nm3, Blomeyer 629, Arens/Lüke 312 nm445.

88) Matti Streitgenossenschaft 97, Thomas/Futzo ad 61 nm8, Stein/Jonas nm3, Zöller ad 61 nm8.

89) Ovari 56, Geiger 60: "Wir kommen...zu dem Ergebnis, dass das Zugeständnis einer Partei bezüglich gemeinsamer Tatsachen von der Beweisführung im betreffenden Prozess befreit und die Parallelprozesse mehr oder weniger zu beeinflussen vermag". Matti Streitgenossenschaft 97: "Das Geständnis eines Streitgenossen hat in der Regel volle Wirkung für ihn, während es für die andern unmittelbar nicht zur Wirkung kommt", Gysler 11 n. 6: "Die von einzelnen Streitgenossen zugestandene Tatsache ist diesen gegenüber nicht beweisbedürftig", Guldener ZPR 304 n. 39: "So macht das Zugeständnis eines Streitgenossen den Beweis nur gegenüber diesen Streitgenossen überflüssig, nicht auch gegenüber den andern", Walder ZPR 158, SG Schneider 88, TI Ottaviani 73: "La sua confessione rende superflua la prova solo contro di sé", Zöller ad 61 nm8: "Gesteht ein Streitgenosse, so wirkt §288 nur gegen ihn; bestreitet ein anderer, so ist frei zu würdigen...so dass die gleiche Tatsache verschieden verwertet werden muss", Gottwald JA 1982 65.

90) VD JT 1967 III 58: Soit un procès ouvert par A et B contre C. B ne peut pas empêcher C de se contenter de l'aveu de A et de renoncer à entreprendre une preuve supplémentaire, car C aurait pu laisser ses allégués sans preuves. VD Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 164/1: "Cette solution nous paraît difficilement conciliable avec l'unité de l'état de fait du jugement rendu entre plusieurs parties, unité consacrée par l'article 307/3 CPC. En tout cas, le fait admis ne serait alors opposable qu'à la partie qui a passé l'aveu dans ses relations avec l'auteur de l'allégué et non avec le tiers".

91) Geiger 60.

92) JW 1903 21.

Geiger 60, BE Leuch ad 215 ch. 3, AG Eichenberger ad 51 nm3 et Beiträge 159, Stein/Jonas ad 61 nm10, Blomeyer 629, Rosenberg/Schwab 282, Schellhammer 678 nm1344, Gottwald 1982 65, Lindacher JuS 1986 381. Contra: Wiczorek ad 61 Alb2 refuse d'accorder cet effet à l'aveu au motif que l'on ignore les motifs de l'avouant.

93) RG 41 415, 419. Rosenberg/Schwab 284, Stein/Jonas ad 61 nm10.

94) Gilles Goubeaux/Philippe Bühr, Encyclopédie Dalloz, "Preuves", ch. 1284.

concernés (95). Lorsque l'aveu porte sur un fait commun aux consorts, il les dispense tous de la preuve (96).

Déclaration faite dans une autre instance ou hors procédure judiciaire, l'*aveu extrajudiciaire* n'a ce caractère que par rapport au procès dans lequel il est intervenu (97). Il en découle que lorsqu'il y a jonction de procès contre le même adversaire dont l'un inclut un aveu, il faut considérer les déclarations de l'avouant comme un aveu judiciaire dans ses relations avec l'adversaire commun, mais comme un aveu extrajudiciaire pour les autres consorts, car elles ont été faites dans un procès auquel ils n'ont pas participé (98). De même, les déclarations d'un consort dans l'instruction commune constituent un aveu judiciaire dans ses relations avec l'adversaire commun, mais ont caractère d'aveu extrajudiciaire dans ses relations internes avec un autre consort. Le juge apprécie librement leur valeur probante en fonction des circonstances dans lesquelles l'aveu est intervenu et des preuves réunies au cours du procès. Il décide jusqu'à quel point il dispense de la preuve (99).

§4. La preuve par titre et la preuve par experts

Les consorts peuvent requérir d'un tiers la *production d'un titre* (100). Un consort peut requérir d'un autre la production d'un titre. Le consort requis, placé dans une situation analogue à celle d'un témoin, est considéré comme un tiers par rapport au premier (101).

Les règles sur l'édition de documents n'autorisent pas un consort à profiter des allégués de son partenaire dans les systèmes qui connaissent une allégation des faits exclusivement individuelle. Lorsqu'ainsi le demandeur s'est désisté de l'instance face à l'un des codéfendeurs, le codéfendeur resté en cause ne peut, par le truchement de l'édition de documents, demander le maintien au dossier des actes procéduraux du consort à l'égard duquel le demandeur s'était désisté (102).

95) Guldener ZPR 304, Greninger 42.

96) Ovari 55.

97) GE SJ 1937 502.

98) GE SJ 1953 223, SJ 1937 502.

99) GE Bertossa ad 188 nm3.

100) Geiger 52: "Das Editionsverfahren zur Herausgabe von Urkunden erfolgt gemeinschaftlich".

101) Comp. UR 183: "Dritte sind zur Vortage der in ihren Händen befindlichen Urkunden verpflichtet. Sie sind dieser Verpflichtung enthoben, wenn und soweit der Inhalt dieser Urkunden sich auf Tatsachen bezieht, über welche sie als Zeugen die Aussage verweigern können..."

Matti Streitgenossenschaft 97: "Hinsichtlich der Editionsspflicht wird es ebenfalls auf die Stellung der Streitgenossen zu den in Betracht fallenden Ansprüchen ankommen, ob sie als Partei oder Dritte editionspflichtig ist".

Paul Kaufmann, Die Edition von Urkunden, 1939, 51: "Editionsantrag: Die Streitgenossen besitzen dieses Recht als selbständige Prozessparceien. Sie sind voneinander unabhängig, sie können den Antrag nur aus eigenem Recht und nicht aus dem Recht eines anderen stellen". Theodor Keller, Die Edition von Urkunden im zürcherischen Zivilprozess, Thèse Zurich 1963, 35: "Ebenso sind die Streitgenossen antragsberechtigt... der einfache Streitgenosse kann den Prozess unabhängig von den anderen und selbständig führen und damit auch selbständige Editionsanträge stellen". Stein/Jonas ad 61 nm11, ad 421 nm3, Zöller ad 61 nm8.

Contra Wiczorek ad 61 Ala3: "Bei dem Urkundenbeweis darf ein Streitgenosse nicht als dritter behandelt werden".

102) TI Rep. 1985 334, 336: "Né infine la domanda di conservazione all'incanto dei citati allegati può trovare ascolto sotto il profilo del richiamo di documenti dalla controparte o da terzi. Dal momento che i terzi possono essere tenuti alla produzione di documenti che sono in loro possesso nei casi in cui può esservi tenuta la controparte..., il richiamo avanzato dalla litisconsorte superstita non può che non essere accolto. In effetti a prescindere dal fatto che la convenuta non può vantare né un diritto di proprietà o di comproprietà o pretendere la consegna in forza di un disposto di diritto materiale o per controllo, è appena il caso di

Un consort ne peut fonctionner comme *expert* dans la mesure où il ne peut être témoin (103), car tout comme le témoin, l'expert doit être un tiers. En application des règles générales, il faut, pour déterminer la qualité du consort à fonctionner comme expert, se référer dans la plupart des cantons aux causes de récusation des juges (104).

§5. L'appréciation des preuves

En ce qui concerne l'appréciation des preuves, il faut distinguer suivant que le procès est soumis à la maxime d'office ou à la maxime des débats. Il faut également distinguer selon que le fait à reconstituer est personnel ou commun aux consorts et vérifier qui des consorts ou de leur adversaire avait le fardeau de la preuve.

Dans les causes soumises à la maxime inquisitoire, le juge reconstitue tous les faits, communs ou personnels, de sorte que la consorité ne joue aucun rôle.

Dans les causes soumises à la maxime des débats, il faut distinguer suivant que le fait à prouver est personnel ou commun.

Lorsque le fait est personnel, le juge doit retenir ceux qui sont prouvés et pour ceux qui ne le sont pas, la version de la partie déchargée de la preuve (105).

Lorsque le fait est commun, la consorité consacre une exception au principe dispositif (106). Appliqué strictement, ce dernier dispense le juge de rechercher la vérité matérielle à l'égard d'un consort, mais non à l'égard des autres, lorsque le fait commun a été établi par un codemandeur ou qu'il a été simultanément contesté par un codéfendeur et admis par un autre (107). La consorité active ou passive déroge à cette règle et permet au juge de fonder sa décision sur des éléments de conviction puisés indifféremment dans toutes les instances jointes (108). *Lorsque les codemandeurs* avaient le fardeau de la preuve et que l'un d'eux a établi le fait commun, ce dernier en a apporté la preuve pour tous. L'apport de la preuve du fait commun autorise le juge à retenir ce fait à l'égard des autres colitigants qui ne l'ont ni allégué, ni prouvé (109).

rilevare che gli allegati in discussione non possono essere neppure qualificati quali documenti comuni alle parti in causa. Documenti comuni sono invero quelli redatti per un interesse comune alle due parti o attestanti loro reciproci diritti od obblighi. La definizione di comune nel senso qui indicato è data dalla legge medesima...ed è di per sé tanto chiara da non abbisognare di altre delucidazioni. Essa comunque non ammette interpretazioni estensive".

103) Matti Streitgenossenschaft 97.

104) Par ex. PCF 58, FR 252, NE n271, VS 242, GE 258.

105) Matti Streitgenossenschaft 97: "Tatsachen, die nicht für alle Streitgenossen Bedeutung haben, (zB Widerklage, Einreden) sind nur demjenigen gegenüber zu berücksichtigen, der sie angebracht hat". Walder ZPR 158 n. 20: "Unzulässig ist...einen für mehrere durch subjektive Klagenhäufung zusammengefasste Parteien erhobenen Beweis bei der Beurteilung der Klage des oder gegen den einen anders zu würdigen als bei Beurteilung der Klage des oder gegen den andern".

106) Geiger 59.

107) Dans ce sens Brückner 23: "Der Richter darf Tatsachen, die nur ein Streitgenosse für seinen Prozess vorgetragen hat, nicht von sich aus im Prozess des anderen verwerten, selbst dann nicht, wenn er diese für erwiesen erachtet. Beweismittel sind nur innerhalb des Prozesses beachtlich, in dem sie vorgebracht sind...Das Gericht hat die Freiheit der...Partei zu respektieren. Das Material der Parallelprozesse ist "gerichtskundig", darf aber nicht ohne Parteivortrag verwertet werden...Die Gesamtwürdigung der Erklärungen aller Streitgenossen und ihrer Beweisanträge in dem Verfahren des einzelnen Streitgenossen verzieht...im Ergebnis die Kompetenzverteilung zwischen Gericht und Parteien in der Herbeischaffung der Beweistatsachen und führt dazu, dass ein Streitgenosse unter Umgehung seiner mangelnden Verfügungsbefugnis durch seine Prozessführung in die Rechtsstellung der Mitgenossen eingreifen kann". Carpi/Colesanti/Taruffo 182 ad 103: "...il materiale probatorio e gli elementi di giudizio acquisiti in relazione ad una causa non possono essere utilizzati per la decisione di un'altra delle cause cumulate". Tarzia 187. C 75/2446.

Lorsque le demandeur opposé à des codéfendeurs avait le fardeau de la preuve et qu'un codéfendeur a contesté le fait commun alors que l'autre l'a reconnu, le juge peut considérer ce fait comme un indice dans la cause parallèle et tenir le comportement du codéfendeur qui a admis le fait comme donnant à ce dernier un caractère de vraisemblance (110). L'extension ne déroge pas au principe de l'indépendance des procès.

Lorsque la loi ne fixe pas la force probante d'une preuve ou ne fixe pas au juge une ligne de conduite dans certaines circonstances, l'appréciation des preuves est libre. La réserve vise toutes les dispositions légales qui prescrivent au juge de contrôler d'office les faits ou prévoient que le juge apprécie librement les faits sans être lié par les règles cantonales sur les preuves (111). Le juge peut considérer un fait comme prouvé ou écarter ce fait pour insuffisance de preuves. Retenant un fait contesté, il indiquera les éléments probatoires qui l'ont amené à sa conviction, les indices contraires qu'il a écartés ainsi que les raisons de la préférence donnée aux premiers sur les seconds. Il peut tenir compte de tous les éléments qui se dégagent des débats, prendre par exemple en considération l'attitude des parties en cours de procès et tenir compte de l'impression de mensonge ou d'imposture qui peut se dégager de leur attitude à l'audience. Il peut ne pas se fier à la déclaration d'une partie lorsque certains indices objectifs viennent étayer ses déclarations. Il peut tirer des faits régulièrement allégués et établis des déductions ou appréciations alors même que celles-ci ne seraient pas elles-mêmes alléguées par les parties.

La consorité consacre également une exception à ce principe. Elle exige du juge une conviction unique et lui interdit sous peine d'arbitraire (112) d'avoir à l'égard des consorts une certitude différente sur l'existence ou l'inexistence du même fait (113). C'est le principe de la commune appréciation des preuves qui est un des buts de consorité simple (114). L'appréciation des preuves doit être uniforme (115). Les faits communs ne peuvent être qu'établis ou rejetés pour l'ensemble des consorts. Le juge

- 108) Solus/Perrot T. III 934.
- 109) Geiger 59: "Das Prinzip der Gemeinsamkeit des Beweisergebnisses bezüglich gemeinsamer Tatsachen steht demnach wohl im Widerspruch zur Verhandlungsmaxime, schränkt diese jedoch im Umfange ihres Wirkungsbereichs ein".
- 110) JW 1903 21, Ovari 58, Matti Streitgenossenschaft 98, BE Leuch ad 215 ch. 3, AG Eichenberger ad 51 nm3 et Beiträge 159, Zimmermann ad 61 nm3, Stein/Jonas ad 61 nm10, Blomeyer 629, Rosenberg/Schwab 282, Thomas/Putzo ad 61 ch. 8, Brückner 30-31 exige une base légale expresse.
- 111) LCR 86 par exemple.
- 112) Schellhammer 678 nm1344.
- 113) RGZ 41 415, 419, Geiger 60, Wintz 3, Blomeyer 628, Baumbach/Lauterbach ad 61 3C, Thomas/Putzo ad 61 nm8, Stein/Jonas ad 61 nm10, ad 449 nm3, Zöllner ad 61 nm5.
- 114) GR PKG 1969 40 no8: (Die Bedeutung der einfachen Streitgenossenschaft) "liegt nicht nur darin, dass das Führen verschiedener Prozesse überflüssig gemacht wird, sondern garantiert auch gleiche Rechtsanwendung und Beweiswürdigung gegenüber allen Streitgenossen". TI Rep. 1979 335: "Dal lato pratico, il litisconsorzio oltre a semplificare la procedura evitando procedimenti separati, garantisce uniformità nell'applicazione del diritto e nella valutazione delle prove". VS RVJ 1978 63, 65: "Sie verbürgt zudem und vor allem, dass die Rechtsanwendung und Beweiswürdigung allen Streitgenossen gegenüber im gleichen Sinne erfolgt, soweit im Verhältnis zu den einzelnen Streitgenossen die gleichen Tatsachen in Betracht fallen", RVJ 1967 436, Geiger 58, Gysler 11, Ovari 56, Stein/Jonas ad 449 nm3, Rosenberg/Schwab 284.
- 115) Matti Streitgenossenschaft 92: "Einheitliche Beurteilung (nicht zu verwechseln mit der identischen Beurteilung der vereinigten Klagen)"...et 98: "Es ist klar, dass der gleiche Richter nicht den für den einen Streitgenossen aufgenommenen Beweis oder die von ihm abgegebenen Erklärungen ausser acht lassen kann, wenn er dieselben tatbeständlichen oder rechtlichen Fragen im parallelen Prozesse zu entscheiden hat. Der Grundsatz der Erforschung materiellen Wahrheit...und der freien richterlichen Beweiswürdigung...bringen mit sich, dass die der Feststellung des Sachverhaltes dienenden Handlungen eines

ne saurait retenir le même fait à l'égard d'un consort et l'écarter à l'égard d'un autre (116). Il doit retenir contre tous les consorts un fait avoué par l'adversaire (117) ou un fait prouvé (118). Il peut faire profiter la cause commune de la déposition d'un consort lorsqu'elle a trait aux mêmes allégués (119) et ce même dans certaines circonstances lorsqu'un consort est défaillant (120). Les consorts non interrogés peuvent invoquer les déclarations du consort interrogé (121). Lorsque plusieurs consorts auront été interrogés, il se peut que des divergences apparaissent dans leurs déclarations. Le juge les apprécie librement (122) et peut décider d'entendre ultérieurement d'autres consorts (123). La déposition du consort témoin a des effets pour tous les consorts, sauf si elle ne concerne que l'un d'entre eux. Le juge peut l'écarter lorsque l'intérêt du consort dans la cause est de nature à diminuer la crédibilité de la déposition (124). Le reproche de suspicion est admissible toutes les fois que le consort est également passible de la condamnation à intervenir. Il doit être retenu lorsque le consort a cessé d'être partie au procès, mais qu'avant d'être mis hors de cause, il a articulé un fait sur lequel l'instruction a par la suite porté. Le juge n'est en revanche pas obligé d'écarter

Streitgenossen, sowie die von ihm erbrachten Beweise für die Wahrheit bestrittener Tatsachen auch für die übrigen Genossen von Bedeutung sind". Arens/Lüke 312 nm445.

- 116) Ovari 56, Geiger 58, Blomeyer 628, Baumbach/Lauterbach ad 61 3C.
- 117) RG 41 415, 419, Ovari 55, Rosenberg/Schwab 284.
- 118) Ovari 55, Stein/Jonas ad 61 nm10.
- 119) Soit un procès entre le demandeur A et les codéfendeurs B et C. Le tribunal peut reconnaître dans la procédure AB un effet préjudiciel quant à l'état des faits quand les prétentions de A à l'égard de C reposent sinon sur la même cause juridique, du moins sur les mêmes faits et que ceux-ci ont été complètement éclaircis dans la cause AB.
Matti Streitgenossenschaft 98-99 n. 1: "Die Beweisaussage eines Streitgenossen schafft...keinen unwiderlegbaren Beweis für die andern Streitgenossen. Auch hier gilt die freie Beweiswürdigung", Flepp 96: "Die Beweiskraft erstreckt sich grundsätzlich auf sämtliche Rechtsstreitigkeiten".
- 120) X demandeur est opposé à A, B et C. X demande l'interrogatoire des consorts. B est seul interrogé sur faits et articles. A faisant défaut, X prétend que les faits sur lesquels l'interrogatoire devrait porter doivent être considérés comme établis puisqu'il y a contumace. Sa requête doit être rejetée, car les déclarations du consort interrogé suffisent. Elles suffisent d'autant plus lorsque le consort représente ses partenaires.
- 121) ZH Sträuli/Messmer ad 151 nm7, Stein/Jonas ad 61 nm10. Contra: ZH ZR 59 1960 330 no130, 334-335.
- 122) ZH Sträuli/Messmer ad 151 nm7, Holzhammer Parteihäufung 122-123: "Jede Partei sagt zwar in ihrem Prozess aus, was sie aber bekundet, das wird für alle Prozesse zusammen gewürdigt". Wiczeorek ad 449 BIV: "Wird die Vernehmung mehrerer Streitgenossen durchgeführt, und ergeben ihre Vernehmungen unterschiedliche Ergebnisse, so wird das Gericht...werten, ob es die Behauptung der beweisbelasteten Partei als bewiesen oder widerlegt ansieht. Ergibt sich in diesem Falle ein non liquet, so wird es...die beweisbelastete Partei vernehmen dürfen, weil dann die objektive Vertrauenswürdigkeit der Vernehmungen als widerlegt angesehen werden darf", Stein/Jonas ad 61 nm10.
- 123) Stein/Jonas ad 449 nm4: "Erweist es sich vor oder nach Vernehmung der vom Gericht zunächst ausgewählten Streitgenossen als geboten, statt dessen oder ausserdem noch andere zu vernehmen, so bedarf die Anordnung...keiner vorherigen mündlichen Verhandlung".
- 124) LU Entsch. 1979 557 no498: "Das Interesse eines angerufenen Zeugen am Prozessausgang schliesst dessen Einvernahme nicht aus...Die Tatsache, dass ein Zeuge am Prozessausgang interessiert ist, muss bei der Würdigung seiner Aussagen berücksichtigt werden, schliesst aber die Zeugeneinvernahme nicht zum vornherein aus".
Stein/Jonas ad 61 nm11 n. 17: "Dass der zu vernehmende Streitgenosse am Prozess des anderen interessiert ist, steht der Zeugenvernehmung nicht entgegen...".
E. Barde: SJ 1937 314ss, 319: "L'art. 228 LPC qui donne au juge toute liberté d'apprécier les témoignages recueillis ne constitue-t-il pas, pour les tribunaux, une défense suffisante contre des témoignages trop intéressés qui ne seront appréciés que pour ce qu'ils valent ? Et cette libre appréciation qui permet au juge de ne pas retenir un témoignage qui lui aura paru intéressé ou partial ne vaut-elle pas...mieux qu'une rigide excommunication du témoignage qui prive le juge aussi bien du témoignage sincère qui l'aurait éclairé que du témoignage intéressé qu'il aurait su ne pas retenir ?"

la déposition du plaideur qui a demandé et a obtenu sa mise hors de cause comme n'ayant pas d'intérêts aux débats.

Le législateur fixe dans certains cas des modalités différentes pour la phase d'appréciation des preuves et exclut l'application du principe de la commune appréciation des preuves (125). La dérogation à ce principe n'est admissible qu'en présence d'une base légale expresse (126). Impliquant la participation de tous les consorts à la procédure (127) et pour certains auteurs une action concertée (128), le principe de la commune appréciation des preuves ne trouve pas application lorsque la cause d'un consort est suspendue (129) ou qu'un consort fait défaut (130). Le juge peut tenir le même fait comme existant à l'égard d'un consort et le considérer comme non établi à l'égard d'un autre (131).

125) Baumbach/Lauterbach ad 61 2D, 3C.

126) Baumbach/Lauterbach ad 61 2D, Lent DJB 90 59.

127) Zöller ad 61 nm5, Baumbach/Lauterbach ad 61 3C.

128) Schilken 376 nm670. Lent ZPR 220: "Solange das Verhalten der Streitgenossen übereinstimmend bleibt".

129) Baumbach/Lauterbach ad 61 3C.

130) Baumbach/Lauterbach ad 61 2D et 3C, Stein/Jonas ad 61 nm3. Voir également Deuxième partie, Titre III, chapitre 11, §3.

131) Zimmermann ad 61 nm3, Baumbach/Lauterbach ad 61 2D.

CHAPITRE 10. LE RECOURS

§1. Le recours principal

1. La qualité pour recourir

A. Tous les consorts recourent

La consorité en première instance se poursuit devant le juge supérieur lorsque tous les consorts recourent (1). Le juge n'a plus à en vérifier les conditions.

Lorsqu'il n'y a pas eu consorité devant le premier juge, celle-ci peut, toutes conditions réunies, naître de l'interjection d'un recours commun (2). Il incombe alors à l'instance de recours de vérifier les conditions de la consorité (3) et les conditions de recevabilité, notamment la compétence de l'instance de recours. Les consorts sont ainsi en droit de déposer devant le Tribunal Fédéral un recours en réforme commun contre des jugements rendus séparément et cela lors même que les causes n'ont pas été formellement jointes devant la juridiction cantonale. La valeur litigieuse doit toutefois être atteinte pour chacun d'eux et le recours doit désigner chaque décision attaquée (4). Le mémoire de recours commun doit mentionner tous les recourants. Le consort simple qui n'est pas mentionné nommément dans le mémoire de recours, mais inclus dans une désignation collective ("X et consorts") ne saurait être considéré comme recourant.

B. Un seul consort recourt

Le consort simple a qualité pour recourir seul quelle que soit la forme du recours (5). Il n'a pas à rechercher l'assentiment des autres consorts, ni à se conformer à leur choix, et ne saurait les contraindre à recourir avec lui (6). "C'est cette exigence

- 1) Matti Streitgenossenschaft 111 et ZPR 1056, BE Jolidon 81.
- 2) FR Extraits 1957 119-120: Les codébiteurs solidaires d'un même effet de change peuvent, en tant que consors, recourir en appel, par un seul mémoire, contre les ordonnances déclarant leurs oppositions irrecevables. Extraits 1941-43 49, ATC non publié du 28.2.1927: La cour est entrée en matière sur un recours, déposé en un seul exemplaire, dirigé contre 6 ordonnances de main-levée rendues le même jour. "Ce serait aller trop loin que d'exiger d'un simple agriculteur le dépôt de 6 recours en deux exemplaires exactement identiques (Sauf à changer le nom du débiteur et le numéro de la poursuite), cela d'autant plus que la somme réclamée est la même et que les 6 poursuivis sont considérés comme solidaires". SG GVP 1953 67 no29, 72: "Die Klagenhäufung kann in jedem Stadium des Verfahrens statfinden". GE SJ 1969 481, 489: "Le ou les appelants peuvent agir par un seul exploit à l'encontre du ou des intimés au préjudice de qui ils prétendent obtenir une modification du jugement attaqué, si les conditions de l'article 4 LPC sont réunies...". TI Rep. 1984 119 n. 1. GE Liselotte Helberg, Die Rechtsmittel des genferischen Zivilprozessrechts, Thèse Zurich 1956, 46.
- 3) SG GVP 1953 72 no9, 73. Georg Messmer/Hermann Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zurich 1992, 59 ch. 39.
- 4) Poudret/Sandoz COJ 416 ad 55 ch. 1.2.2: "Si la valeur litigieuse est atteinte dans chaque cause, et que toutes les indications prescrites y figurent pour chacune, en particulier la désignation des décisions attaquées, on pourra considérer qu'il s'agit d'un recours recevable à l'égard de chacun des jugements rendus".
- 5) Flepp 105, Ovari 52.
- 6) TI n48: "Nel litisconsorzio facoltativo, i litisconsorti non profitano degli atti processuali, ivi comprese le impugnazioni, compiuti da altri litisconsorti". TF SJ 1983 530. ZH RBOG 1967 246 no20. ZH ZR 24 1925 339 no188. ZR 15 1916 no80. GR PKG 1951 78 no31. AG AGVE 1974 25 no5, 31. NE CCC VI 251, GE SJ 1969 488-489. GRUR 1984 37.

de liberté qu'exprime le principe de la personnalité des voies de recours" (7). L'intimé ne peut contraindre les consorts à recourir conjointement (8). L'autonomie du consort est toutefois restreinte et sa qualité pour recourir subordonnée à l'attitude des autres consorts lorsque la recevabilité du recours est fonction de la valeur litigieuse. Lorsque la valeur de sa prétention est inférieure au seuil de recevabilité du recours qui ne peut être atteint que par l'addition des valeurs, la qualité pour recourir du consort simple n'est donnée que lorsque d'autres consorts décident de recourir et que le seuil de recevabilité est atteint (9). Le jugement devient exécutoire à l'égard des consorts qui ont renoncé à recourir (10).

Le consort simple ne peut pas recourir dans le procès du colitigant (11), sauf s'il est intervenu accessoirement dans la cause conjointe (12) ou s'il représente son partenaire (13).

II. Qualité du ou des consorts pour être intimé

A. Le recours est formé par le défendeur en cas de consorité active ou par le demandeur en cas de consorité passive.

La qualité pour être intimé appartient à l'adversaire du recourant de sorte que les qualités active et passive ne peuvent se juger que l'une par rapport à l'autre et vice-versa (14). Lorsqu'il y a consorité et dans la mesure où ils ont obtenu gain de cause, tous les consorts ont qualité pour être intimés (15). L'adversaire des consorts peut

-
- Ovari 51, Geiger 49, Flepp 105, Matti Streitgenossenschaft 99, Guldener ZPR 493, Habscheid ZPR II 152 nm279, ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm11, BE Leuch ad 39 ch. 1, 313 ad 333, Jolidon 81, 169 et 194, FR Deschenaux/Castella 67 et 199, BS/BL Staehelin/Suttor 87, SG Lutz ad a104 ch. 2, AG Eichenberger ad 51 nm3 et Beiträge 41, JU Ceppi 38, Georg Messmer/Hermann Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zurich 1992, 60 ch. 39.
- 7) Louis Boyer, Les effets des jugements à l'égard des tiers, RTDC 1951 163ss, 204.
 - 8) ZH RBOG 1967 246 no20: "Das Verhältnis der Solidarschuldnerschaft begründet nicht die Einrede der mehreren Streitgenossen. Von mehreren eingeklagten Solidarschuldnern kann jeder selbständig Rechtsmittel ergreifen".
 - 9) ZH ZR 24 1925 239 no188 a contrario, Geiger 57, Matti Streitgenossenschaft 99. Voir également Quatrième partie, Titre II.
 - 10) TI Rep. 1984 119-120 note Bolla, GE SJ 1969 482ss, 489: "C'est seulement entre le ou les appelants et les autres parties ainsi prises à parties que le litige se poursuivra...". RGZ 48 216, Ovari 52, Flepp 110, ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm11, Stein/Jonas ad 61 nm4: "Die Rechtsmittel des einen machen den anderen nicht zur Partei in der höheren Instanz".
 - 11) ATF 58 II 440, TI Rep. 1968 108: "Proposta azione di risarcimento dei danni contro due convenuti, l'uno e l'altro condannati in prima sede a rifonderlo parzialmente, non può uno di due litisconsorti chiedere in appello la modifica della sentenza in senso favorevole o sfavorevole all'altro litisconsorte facoltativo non appellante". Guldener ZPR 493 n. 61, Habscheid ZPR II 152 nm279: il peut dénoncer le litige à son partenaire.
 - 12) ZH ZR 57 1958 no44, Ovari 52, Guldener ZPR 493 n.61, Habscheid ZPR II 152 nm279, ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm11, BE Jolidon 169, Thomas/Putzo ad 61 ch. 11.
 - 13) Thomas/Putzo ad 61 ch. 11.
 - 14) Le pourvoi dirigé contre une partie à l'égard de laquelle le recourant n'avait pas conclu est irrecevable. Le recourant ne peut intimer un consort mis hors de cause en première instance. Ainsi, un codéfendeur A qui s'est pourvu contre un arrêt qui l'a condamné au paiement d'une indemnité au profit du demandeur et qui a mis hors de cause le codéfendeur B ne peut demander la cassation de l'arrêt contre ce dernier. De même, un demandeur est irrecevable à critiquer la mise hors de cause d'un consort contre lequel il n'avait formé aucune demande. Jacques Boré, La cassation en matière civile, Paris 1988, 319 no846 et les références citées.
 - 15) La jurisprudence genevoise fait une différence suivant la qualité du recourant:

toutefois laisser hors de cause le consort dont il renonce à demander la condamnation devant l'instance de recours. Ayant succombé contre tous, il peut limiter son recours à un seul consort, sans que cela constitue une mutation illicite de l'objet du litige (16). Le consort victorieux dont il entend encore contester les droits a qualité pour être intimé (17). A l'échéance du délai de recours, le jugement entre en force à l'égard du consort victorieux qu'il n'a pas intimé (18). La procédure se poursuit entre le recourant et les intimés. Le demandeur qui s'était désisté à l'égard d'un consort n'a plus qualité pour l'intimer (19).

Le débiteur solidaire non actionné devant le premier juge ne peut être intimé devant l'instance de recours, car le pourvoi porte sur une demande nouvelle.

B. Le recours est formé par un consort

Lorsque trois plaideurs A, B, C, consorts simples, actionnent en responsabilité D en raison d'un même complexe de fait et que A est débouté, A peut intimer D devant le deuxième juge, mais ne peut recourir ni contre B ou C, ni contre D relativement aux actions de B et C (20).

Le consort non-recourant qui a succombé n'a pas qualité pour être intimé, le jugement étant entré en force (21). Le codébiteur solidaire qui n'a pas formé recours

- Si l'appel est formé par le demandeur débouté, certains des défendeurs qu'il poursuivait en première instance peuvent être laissés hors de cause. GE SJ 1965 33, Bertossa ad 300 nm6. L'appelant ne s'expose à aucune sanction d'irrecevabilité s'il traduit devant la Cour de justice certains litigants sans nécessité. Tout au plus doit-il supporter les dépens d'appel de ces parties.

- Si l'appel est formé par un des codéfendeurs, il doit mettre en cause tous les codéfendeurs si le demandeur n'a pas obtenu le plein de ses conclusions contre les autres. Voir infra.

16) GR PKG 1948 84 no32, 85. *Jürg Willi Leutenegger, Berufung und Beschwerde wegen Gesetzesverletzung nach bündnerischem Zivilprozessrecht*, Thèse Bâle 1979, 69. Thomas/Putzo ad 61 ch. 11.

17) *Werner Perrig, Berufung und Nichtigkeitsklage im Zivilprozess des Kantons Wallis*, Thèse Fribourg 1954, 18: "Die Berufung kann nur der Person gegenüber eingelegt werden, welche mit Bezug auf das Urteil Gegner des Appellanten ist...Bei einfacher Streitgenossenschaft kann die Berufung dem einzelnen gegenüber nur insoweit, als das Urteil dessen Rechte und Pflichten erfasst".

Comp. NJW 1969 928: "Wird in der Berufungsschrift nur einer von mehreren obsiegenden Streitgenossen der Berufungsbeklagten genannt und handelt es sich dabei um den im Rubrum des Urteils an erster Stelle stehenden, so ergreift das Rechtsmittel das angefochtene Urteil in vollem Umfang, also auch bezüglich der übrigen Streitgenossen, wenn nicht die Rechtsmittelschrift eine Beschränkung der Anfechtung erkennen lässt".

18) Tant que le délai n'est pas échu, l'adversaire des consorts peut former un recours distinct contre le consort qu'il n'a pas intimé. Zöllner ad 61 nm9.

19) 27 septembre 1988 Bull. avoués 1989 I 15: "appel irrecevable contre deux codéfendeurs, alors que le demandeur s'était désisté à leur égard".

20) LU RJB 83 1947 192: "Nach der in der Literatur und Praxis herrschenden Auffassung kann eine Appellation (Berufung) nur von der einen Hauptpartei, gegen die andere Hauptpartei, nicht auch von einem Streitgenossen gegen den anderen Streitgenossen erklärt werden. Danach kann beispielsweise bei mehreren solidarischen Mitbeklagten nicht der eine, der zur Zahlung der eingeklagten Forderung verurteilt worden ist, gegen die nicht verurteilten Mitbeklagten die Appellation einlegen". TI Rep. 1968 108. Thomas/Putzo ad 61 ch. 11. Rosenberg/Schwab 282. *Theodor Weiss, Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen*, Thèse Berne 1908, 94.

21) TF SJ 1983 530: Note liminaire: "Lorsque plusieurs personnes sont recherchées et reconnues en qualité de codébiteurs solidaires, il n'existe point entre eux un rapport de consorsité nécessaire, leurs causes étant divisibles", 533: "L'arrêt attaqué est entré en force en tant qu'il condamne Leclerc. Aussi ce dernier a-t-il été indûment mis en cause par les recourants devant le TF. Un codébiteur solidaire qui n'a pas formé recours contre l'arrêt le condamnant n'a pas à être mis en cause devant le Tribunal fédéral par les autres codébiteurs recourants".

contre l'arrêt qui le condamne n'a ainsi pas à être mis en cause devant l'instance de recours par les codébiteurs qui recourent.

Le consort non-recourant qui a obtenu gain de cause n'a pas non plus qualité pour être intimé, car il n'est pas l'adversaire du consort recourant (22). Il a en revanche qualité pour être intimé lorsque les autres consorts ont pris devant le premier juge des conclusions récursoires, même subsidiaires, contre lui. Le consort recourant doit le mettre en cause pour éviter que son absence ne lui porte préjudice devant l'instance de recours et mette cette dernière dans l'impossibilité de statuer sur les rapports internes (23).

Le consort recherché à tort devant l'instance de recours peut demander sa mise hors de cause aux frais du recourant (24).

En procédure genevoise, lorsqu'il y a consorité active, le demandeur débouté n'a pas à assigner en appel, les codemandeurs qui se sont vu adjuger leurs conclusions par le premier juge, de sorte que la voie de l'appel incident est fermée au défendeur unique qui veut recourir contre eux. Le défendeur ne peut que former un appel principal (25). En revanche, lorsqu'il y a consorité passive, le défendeur qui recourt doit mettre en cause non seulement le demandeur, mais également tous ses codéfendeurs (26).

Lorsqu'il y a consorité passive et que le demandeur a succombé contre un ou quelques-uns des consorts, ou lorsqu'il y a consorité active et que le défendeur a dû s'incliner devant l'un ou quelques-uns des demandeurs, l'adversaire des consorts n'a qualité pour être intimé que par ceux qui ont succombé à son égard, non par ceux contre lesquels il a lui-même succombé.

C. Le cas particulier de la procédure genevoise (27)

Les tribunaux genevois ont en matière de *consorité simple passive* une jurisprudence particulière, jugée "incohérente, peu précise et de ce fait difficile à comprendre" (28): l'appel principal est subordonné, toutes autres conditions remplies, à l'implication, outre de la partie contre laquelle des conclusions sont reprises, des parties contre lesquelles l'intimé pourrait avoir à reprendre ses propres conclusions. En d'autres termes, lorsque le litige est indivisible, le codéfendeur qui forme un appel principal doit, sous peine d'irrecevabilité, intimer devant la Cour de Justice le

22) LU RJB 83 1947 192, RG 37 376.

Philippe Schweizer, Le recours en revision, spécialement en procédure civile neuchâteloise, Thèse Neuchâtel 1985, 138: "...le recourant n'est pas tenu d'assigner tous les consorts auxquels la procédure l'avait opposé. Il est même douteux que les consorts aux côtés desquels il avait procédé aient qualité pour défendre".

23) GE SJ 1965 33, ZH Sträuli/Messmer ad 41 nm3.

24) GE SJ 1969 482ss, 490.

25) GE SJ 1969 481, 488: "En l'absence d'appel principal dirigé contre eux, ces cointimés étaient légitimement en droit de considérer la procédure judiciaire comme terminée en ce qui les concernait et comme définitif le jugement qui en fut l'aboutissement".

26) Voir infra.

27) TF SJ 1982 433, SJ 1981 529, SJ 1951 129.

GE SJ 1969 482, SJ 1965 33, SJ 1947 173, SJ 1939 491, SJ 1937 602, SJ 1929 267, SJ 1923 283, SJ 1922 445, SJ 1911 205, SJ 1910 333, SJ 1903 779, SJ 1902 581, SJ 1885 290.

Contra: SJ 1922 445: la CJ a déclaré recevable dans cet arrêt l'appel formé par un défendeur condamné dirigé contre le seul demandeur, alors que ce dernier avait dirigé sa demande contre deux codéfendeurs dont il avait demandé la condamnation solidaire, mais dont un seul avait été condamné. La CJ a jugé que le défendeur appelant, seul condamné, qui concluait à libération, avait justement laissé hors de cause en appel le codéfendeur libéré dont la présence n'importait plus au procès. Jurisprudence abandonnée dans SJ 1951 129, 133.

28) André Schmidt, Note sur les problèmes de consorité dans la procédure d'appel, SJ 1981 561ss, 562.

demandeur, mais également les autres codéfendeurs (29). La notification à toutes les parties d'une simple assignation à comparaître (30) et la mention sur la page de garde du mémoire d'appel du nom de ces parties (31) suffisent à remplir la condition.

La sanction est prononcée à requête (32). L'intimé doit d'entrée de cause - sous peine d'irrecevabilité - exciper de l'irrégularité du mémoire et rendre vraisemblable qu'il a un intérêt juridique à la présence en appel de la partie non assignée (33). La disposition autorisant la mise en cause de garants ne permet pas de réparer l'informalité (34).

L'obligation de mettre en cause toutes les parties présentes en première instance est justifiée principalement par des considérations procédurales. Dans le but d'éviter au demandeur un préjudice, la Cour de Justice veut maintenir au contentieux la teneur qu'il avait en première instance en permettant au demandeur de reprendre en appel le plein de ses conclusions contre tous ses adversaires (35). A cet effet, elle accepte que l'intérêt de la partie demanderesse, qui n'a pas recouru contre un codéfendeur, puisse renaître à l'égard de ce dernier par l'effet du recours principal d'un autre codéfendeur. Pour rendre possible le prononcé d'un seul arrêt au fond, contradictoire et opposable à toutes les parties (36), elle attribue au litige un caractère indivisible (37) dont elle fait dépendre le droit de former appel incident.

Destinée à garantir l'appel incident du demandeur, la jurisprudence précitée est curieusement applicable en procédure sommaire (38), alors que l'appel incident y est exclu (39):

-
- 29) En 1963, la CJ a apporté une précision à sa jurisprudence: L'appelant ne doit pas mettre nécessairement en cause en appel toutes les parties qui avaient pris ou contre qui avaient été prises des conclusions comportant condamnation solidaire devant le premier juge. Est recevable l'appel qui n'a pas été dirigé contre un codéfendeur qui n'a fait devant le premier juge l'objet d'aucune conclusion récursoire de la part des autres codéfendeurs. SJ 1965 33.
- 30) TF SJ 1981 529, 534.
- 31) TF SJ 1982 433. Il suffit semble-t-il de mentionner le nom de ces parties sur la page de garde du mémoire d'appel (TF SJ 1981 529, 537, GE SJ 1910 333, 335: Toute partie citée par l'exploit d'appel est tenue pour intimée).
- 32) GE Bertossa ad 300 nm7.
- 33) GE Bertossa ad 300 nm7.
- 34) GE SJ 1918 40.
- 35) TF SJ 1982 433, GE SJ 1951 129, 133: "...il faut aussi relever que la raison de cette jurisprudence réside dans la faculté reconnue par les articles 345 et 338 LPC à l'intimé de faire un appel incident portant sur tous les chefs soumis au premier juge, céd de soumettre tout le litige aux juges de l'appel". SJ 1923 283, SJ 1910 333, 334-335: "Cet examen conduit à décider que la présence de G était nécessaire devant la Cour, par suite des conclusions prises contre lui en première instance, et qui se trouvent de nouveau soumises à la Cour ensuite de l'appel interjeté".
- 36) GE SJ 1951 129, 133, SJ 1910 333.
- 37) GE SJ 1951 129: "L'intimé peut faire porter l'appel incident sur tout le jugement, même si l'appel principal ne porte que sur un point particulier. Toutes les parties présentes au procès en première instance doivent être mises en cause en appel soit si le jugement contient des dispositions indivisibles pour ces parties, soit si les conclusions soumises au premier juge contenaient de telles dispositions, soit encore si la présence de toutes les parties est nécessaire en appel, ou si elles ont encore un intérêt au procès".
- 38) GE SJ 1981 158.
- 39) GE SJ 1973 43, SJ 1961 32, SJ 1914 473.

La pratique genevoise présente des avantages et des inconvénients.

Elle présente l'avantage - prépondérant selon le Tribunal fédéral (40) - d'épargner à la partie demanderesse et intimée de former appel principal contre le codéfendeur libéré en première instance au cas où les autres appelleraient de leur condamnation et lui évite de déposer à titre purement conservatoire un mémoire d'appel contre un jugement de première instance auquel elle serait prête à se soumettre pour peu qu'il soit maintenu dans son ensemble (41). En d'autres termes, le système lui permet d'accepter un jugement qui ne lui donne que partiellement gain de cause et lui donne la garantie de recouvrer l'intégralité de ses moyens d'attaque et de défense au cas où la décision serait remise en question. Il contraint toutefois le demandeur à spéculer sur l'éventualité d'un appel interjeté par un tiers (42).

La pratique genevoise présente de nombreux inconvénients.

La jurisprudence genevoise attribue des effets à une disposition procédurale qui a trait à une autre question, la forme de l'appel (43). L'argument selon lequel elle serait contraire à la lettre de cette disposition (44) a été balayé par le Tribunal fédéral au motif que la Cour de Justice avait comblé une lacune évidente de la disposition (45)! Le considérant a surpris à juste titre (46).

Elle complique l'exercice des voies de recours ouvertes au défendeur condamné, puisqu'elle l'oblige à mettre en cause un codéfendeur dont aucune divergence de vues ne le sépare, contre lequel il n'a aucune prétention récursoire à formuler (47) et contre lequel le jugement est entré en force (48). Elle contraint le

Comp. en matière de revision: GE Bertossa ad 166 nm4: La question de la présence nécessaire des parties à la procédure de recours est simplifiée, le recours incident n'étant pas reçu dans le domaine de la revision. Elle se limite en conséquence aux critères de la consorité nécessaire et de l'intérêt juridique. Le recourant doit appeler à la procédure de recours parmi les parties présentes à l'instance principale, toutes les personnes liées par un rapport de consorité nécessaire relativement au droit contesté, et toutes les personnes qui ont un intérêt juridique au rejet des conclusions prises par le recourant.

40) TF SJ 1982 433ss, 439.

41) TF SJ 1982 433ss, 439.

42) GE SJ 1969 489 par analogie, Schmidt: SJ 1981 561ss, 568.

43) L'art. 300 LPC énumère les rubriques obligatoires du mémoire d'appel (le mémoire doit notamment comporter les noms, prénoms, domicile ou résidence des parties), fixe le nombre d'exemplaires et règle leur dépôt. Dans la pratique genevoise, le terme de parties dans cette disposition désigne toutes celles qui étaient en cause en première instance.

44) Reproche du recourant dans TFSJ 1982 433.

45) TFSJ 1982 433, 436: "L'article 347 ne précise ni qui peut ou doit être partie à la procédure d'appel, ni qui l'appelant doit assigner devant la Cour de justice pour que son recours soit recevable. La Cour cantonale ne saurait avoir violé la lettre d'une norme légale dont elle a cherché à combler une lacune évidente".

46) *Henri-Robert Schüpbach*, Le droit d'appel du consort simple en procédure civile genevoise, SJ 1983, 189: "...L'article 347 LPC n'a pas pour objet de déterminer quelles sont les parties à l'instance d'appel. Il ne peut donc être lacunaire relativement à une question dont il ne traite pas et qu'il considère, au contraire, comme résolue quelque part ailleurs..."

47) La limite n'est pas inconnue de la CJ elle-même: SJ 1969 482; La CJ a déclaré irrecevable l'appel incident contre quatre intimés que l'appelant principal avait inutilement mis en cause en appel, car il n'avait contre eux aucune prétention à formuler.

48) Argument du recourant dans TFSJ 1982 433, 438. Pour le TF, la jurisprudence genevoise n'a pas pour effet de faire du codéfendeur une partie adverse: "Intimer un plaideur ne signifie pas nécessairement prendre des conclusions contre lui, mais l'assigner devant une juridiction supérieure de manière à lui conférer la qualité de partie à l'instance de recours".

codéfendeur appelant à veiller à la sauvegarde des droits de son adversaire judiciaire (49).

Elle prolonge le délai durant lequel les codéfendeurs sont exposés à une remise en cause du jugement qui les libère (50).

Elle autorise le demandeur à porter son appel joint sur un chef afférant à une partie non appelante (51) et restitue ainsi indirectement une voie de recours à une partie qui ne pouvait plus l'exercer, faute d'intérêt et faute d'en avoir usé dans le délai légal (52).

Elle reconnaît à la Cour de Justice la faculté d'infirmer une décision susceptible de chose jugée, car elle l'autorise à reconsidérer les droits d'un codéfendeur qui n'a pas recouru et qui n'avait pas à le faire - le demandeur ayant été débouté des fins de sa demande à son égard - (53) et qui ne pouvait que s'attendre à un appel principal dirigé contre lui (54). En cela, elle est contraire à la sécurité du droit et attribue des effets abusifs à l'appel incident (55).

Elle ne tient pas compte des intérêts de l'appelant (56).

L'obligation faite à l'appelant d'impliquer la partie contre laquelle l'intimé pourrait avoir à reprendre ses conclusions est fondée à la fois sur l'intérêt du demandeur intimé en appel à pouvoir faire appel incident et sur l'indivisibilité de la cause (57). La jurisprudence genevoise lie ainsi deux critères, étrangers l'un à l'autre

GE SJ 1929 267, 268-269 relativement à des défendeurs contre qui n'ont pas été prises des conclusions solidaires: "...Le simple bon sens suffit à faire dire qu'il serait inutile et frustratoire de mettre en cause des défendeurs contre lesquels l'appelant ni l'intimé n'ont de conclusions à prendre et qui eux-mêmes n'ont rien à réclamer, puisque comme leur mère ils acceptent le jugement rendu entre elle et eux".

49) Reproche du recourant dans TF SJ 1982 433, 438.

50) TF SJ 1982 433, 438. Cet inconvénient est largement compensé selon le TF par la connaissance que les avocats sont censés en avoir. Le système est connu parce qu'il résulte d'une jurisprudence publiée!

51) TF SJ 1951 129: L'intimé peut demander par appel incident à la Cour de revoir la partie du jugement dont l'appelant n'a pas appelé.

Si ce chef intéresse indivisiblement d'autres personnes, l'intimé, demandeur en première instance, peut se prévaloir du rapport d'instance qui le lie au défendeur condamné par le premier juge et qui ensuite de l'appel formé par ce dernier a été projeté devant l'instance de recours, pour diriger un appel incident contre un autre codéfendeur qui n'est pas partie à ce lien.

52) Implicitement: GE SJ 1969 482, 488: "Tel est particulièrement le cas en l'espèce...où les appelants ayant interjeté appel le dernier jour utile, l'intimée ne peut pas prétendre s'être abstenue de former appel contre les demandeurs non appelants pour le motif qu'elle se considèrerait en droit de former contre eux un appel incident. L'inaction de la SBS tout au long du délai d'appel prouve que si les demandeurs déboutés n'avaient pas interjeté appel le dernier jour utile, elle n'aurait de son côté pas appelé du jugement qui l'avait condamnée à l'égard des autres demandeurs".

53) Schmidt SJ 1981 561ss, 568: (La jurisprudence) "oublie que la partie qui a obtenu gain de cause devant le premier juge n'appellera pas du jugement".

54) Schüpbach SJ 1983 177ss, 181.

55) Schmidt SJ 1981 561ss, 568.

56) GE SJ 1904 606: Peu importe à cet égard que l'appelant accepte le jugement rendu, en ce qu'il concerne l'une des parties ayant plaidé en première instance. Celle-ci doit aussi être mise en cause alors que l'intimé a intérêt à la voir figurer dans l'instance.

Schüpbach SJ 1983 177ss, 193: "La jurisprudence a pour seul mérite de remédier à une imperfection du système genevois pour le demandeur qui est intimé en appel par un seul des consorts défendeurs, mais elle le fait unilatéralement, sans se préoccuper des intérêts de l'appelant, au dam de celui-ci et alors que ce n'est pas son rôle".

57) TF SJ 1982 433: Pour le Tribunal Fédéral, la motivation de la Cour de Justice est fondée alternativement sur ces deux motifs. C4a.

et contradictoires (58): Elle subordonne le droit de former un recours joint au caractère indivisible du litige qu'elle attribue à des prétentions matériellement divisibles (59). Elle reconnaît l'indivisibilité lorsque des conclusions solidaires ont été prises contre les codéfendeurs (60), lorsqu'une preuve testimoniale ou la production de pièces, susceptibles de leur être opposée, intéresse tous les codéfendeurs (61), lorsque le jugement contient des dispositions indivisibles (62), par ex, il condamne solidairement les codéfendeurs (63). Il y a indivisibilité dans ce dernier cas même si une partie du dispositif seulement contient des dispositions indivisibles (64).

- 58) Schmidt SJ 1981 561ss, 569: "L'appel incident est pour les problèmes de consorité une res inter alios acta. C'est une institution du droit qui a ses propres règles et qui doit rester distincte de celle de la consorité".
- 59) Schmidt SJ 1981 561ss, 566.
- 60) GE SJ 1969 487: "En l'espèce, les 8 demandeurs parties au procès devant le premier juge ont agi conjointement, mais non pas solidairement. Chacun a pris des conclusions tendant à obtenir personnellement réparation du dommage qu'il prétendait avoir subi personnellement. Il n'y a donc pas eu de conclusions indivisibles".
La jurisprudence a été nuancée dans GE SJ 1965 33: "De jurisprudence constante la CJ a proclamé l'irrecevabilité d'un appel dirigé par ou contre une seule de plusieurs parties en faveur de qui ou contre qui le jugement attaqué contenait des dispositions indivisibles. Il n'en résulte pas nécessairement que toutes les parties qui avaient pris ou contre qui avaient été prises devant le premier juge des conclusions comportant condamnation solidaire doivent être mises en cause en appel. Tel sera le cas lorsque le fait de laisser hors de cause en appel une des parties en cause devant le premier juge pourrait causer un tort quelconque à une des parties en cause en appel (par ex. l'intimé demandeur au bénéfice d'une condamnation contre un seul des codéfendeurs étant empêché de reprendre sous forme d'appel incident la demande qu'il avait formée contre un second défendeur, qui n'a pas été condamné). En revanche, lorsque le fait de laisser hors de cause en appel une partie en cause devant le premier juge ne peut causer aucun préjudice aux parties présentes en appel, l'appel sera recevable (par ex. un défendeur solidaire contre qui le demandeur appelant renonce à obtenir condamnation et contre qui les défendeurs intimés n'avaient pris aucune conclusion récursoire devant le premier juge)".
Comp. dans un autre contexte: GE SJ 1968 282: "La solidarité n'implique pas consorité nécessaire". Egalement Bertossa ad 300 nm6.
- 61) GE SJ 1951 129, 133.
- 62) GE SJ 1969 482, 487: "Il n'y a pas eu de dispositions indivisibles dans le jugement pour ce qui est des condamnations prononcées.... les 4 demandeurs qui ont obtenu partiellement gain de cause s'étant vus allouer chacun personnellement la somme que le tribunal leur a reconnue". SJ 1929 267: "Toutes les parties en cause en première instance doivent être mises en cause en appel si le jugement attaqué contient des dispositions indivisibles telles que leur présence en appel soit nécessaire pour la solution du litige. En revanche, l'un des défendeurs peut faire appel en assignant la partie défenderesse sans mettre en cause toutes les parties lorsque le jugement prononce des condamnations distinctes contre chacun des codéfendeurs, et que la prétention contestée peut être jugée hors la présence des autres parties".
- 63) TF SJ 1951 129, 133.
- 64) GE SJ 1885 289, 290: Parties condamnées à la publication intégrale du jugement dans trois journaux du canton.
GE SJ 1969 481, 487: La condamnation solidaire aux dépens suffit pour admettre l'indivisibilité d'un point du dispositif (condition rejetée en raison des particularités de l'espèce).

Le double critère sur lequel la Cour de Justice fonde sa pratique a fait l'objet de formulations différentes: La mise en cause est ici subordonnée à la "présence nécessaire des parties en appel" (65), là à l'"intérêt pour les parties à être présentes en appel" (66), enfin dans certains arrêts à l'existence d'une "consortité nécessaire" (67).

Lors même qu'elle est fondée sur un critère distinct de la consortité simple et de la consortité nécessaire (68), la jurisprudence genevoise fait de la première une forme particulière de la seconde (69).

Elle fait un usage erroné de la notion d'indivisibilité relativement à des codébiteurs solidaires et crée des conditions de fond nouvelles (70).

La pratique genevoise s'oppose aux principes généraux qui excluent le droit pour l'intimé de remettre en question par un recours joint la totalité du jugement de première instance. Elle est contraire à la jurisprudence du Tribunal Fédéral en matière de recours en réforme (71) et contredit la doctrine dominante (72). En jurisprudence fédérale et selon les auteurs en effet, le recours joint doit être nécessairement relié à

Elargissant sa pratique, la Cour de Justice, depuis 1951, reconnaît à l'intimé le droit de pouvoir impliquer par un appel incident des adversaires contre qui n'a été prise aucune conclusion solidaire et qui n'ont pas appelé au principal. TF SJ 1951 136, 137: "La recevabilité de l'appel principal peut-elle dépendre de l'intérêt qu'a l'intimé de pouvoir impliquer dans un appel incident des adversaires qui n'ont pas appelé au principal en dehors du cas où l'appel principal porte sur des dispositions indivisibles ? (Question non résolue)", 136: "La jurisprudence cantonale fait ainsi dépendre la recevabilité de l'appel principal d'une condition visant non l'intérêt des personnes dont la mise en cause est en question mais l'intérêt qu'a l'intimé d'impliquer dans son appel incident des adversaires qui n'ont pas appelé au principal (en dehors du cas où l'appel principal porte sur des dispositions indivisibles entre eux et l'appelant). Il s'agirait de savoir, si cette condition posée par l'arrêt attaqué est manifestement incompatible avec la réglementation de l'appel en procédure genevoise notamment...les art. 338 et 345 LPC, ou du moins avec les principes fondamentaux de la procédure tels qu'ils se dégagent en particulier de la doctrine et la jurisprudence françaises..., voire encore de la jurisprudence de la Cour de Justice elle-même, dont la décision attaquée constitue indubitablement une extension".

65) GE SJ 1937 602, SJ 1922 445, SJ 1902 581, 584. Bertossa ad 300 nm6.

66) GE ACJ non publié du 17 juin 1977 Goldmann c. Etat de Genève cité par Schmidt SJ 1981 561ss, 563. TF SJ 1951 129, 133: "La notion de présence nécessaire des parties en appel...est recouverte par celle, plus large, d'intérêt pour les parties à être présentes en appel".

Ce n'est pas tellement l'intérêt d'une partie à figurer en appel qui est le critère déterminant (le défendeur gagnant n'ayant pas cet intérêt) mais bien celui d'une partie à ce qu'une autre soit présente en seconde instance, dès que l'appel principal porte sur des conclusions dites indivisibles entre l'appelant et cette partie.

67) ACJ Arrêt non publié du 24 sept. 1976, Tercier c/ Bottollier mentionné par Schmidt SJ 1981 561ss, 563.

Note liminaire de l'arrêt publié à la SJ 1969 481, 482. Bertossa ad 300 nm6.

68) TF SJ 1981 529, 538: Ce n'est pas sur la base des critères de la consortité simple ou nécessaire que la CJ aurait tiré la conclusion que tous les plaideurs devaient être mis en cause dans le recours principal. Fondé sur cette distinction, le recours principal aurait été irrecevable.

Comp. GE Bertossa ad 300 nm6: "l'obligation de citer devant la Cour tous les plaideurs présents en première instance est évidente lorsque les conclusions prises ou le jugement attaqué présentent un caractère indivisible. Cette hypothèse correspond à la notion de consortité nécessaire, savoir un procès relatif à un droit dont plusieurs personnes sont ensemble soit le titulaire, soit le sujet passif".

69) Schmidt SJ 1981 561ss, 568: "...La Cour a rendu illusoire les conditions qu'elle a par ailleurs et de tout temps posées à propos de l'indivisibilité des dispositions du jugement, conditions essentielles pour la mise en cause de toutes les parties en appel...". (elle) "a implicitement nié l'institution de la consortité simple qui a pour corollaire le principe de la divisibilité de l'instance...si le jugement ne contient pas de dispositions indivisibles et que l'on se trouve...dans un cas de consortité simple, le critère de l'appel incident aboutirait à nier la divisibilité de l'instance qui est de règle dans ces cas".

70) Schmidt SJ 1981 561ss, 566.

l'appel principal sans lequel il ne pourrait naître (73). Il ne peut porter que sur des points afférant à l'appelant principal et ne remettre en question que les droits et obligations du recourant et de l'intimé, à l'exception de ceux des autres parties à l'instance inférieure (74). Le jugement est définitif en ce qui concerne les plaideurs qui n'ont pas été impliqués en appel par le recourant principal. L'appel incident ne permet ainsi pas en l'absence d'appel provoqué, l'extension subjective du contentieux (75). En ne la jugeant ni insoutenable (76), ni arbitraire (77), ni constitutive d'un formalisme excessif (78) ou de déni de justice (79), le Tribunal fédéral contrevient à sa propre jurisprudence en la matière (80). Le système genevois a toutefois trouvé grâce devant les juges fédéraux pour le motif que les cantons, compétents, pour légiférer en matière de procédure civile, peuvent instaurer, des voies de recours et en définir les effets. Aucun principe du droit fédéral ne leur interdit d'adopter un système qui permette autant que possible, de reconstituer dans l'instance de recours l'unité du litige pendant devant la juridiction inférieure (81).

La doctrine propose d'autres solutions.

Pour H.-R. Schüpbach, l'appel dirigé contre le seul demandeur par le codéfendeur est régulier et doit entraîner l'examen du fond du litige, en particulier celui du mérite de la relation demandeur-intimé. Subsidiairement, si tant est que le système est admissible, la nullité frappant l'éventuelle irrégularité ne doit pas exclure la possibilité de corriger l'informalité (82). B. Bertossa a sur ce point la même opinion (83). Faisant d'autre part référence aux dispositions en matière de défaut et de relief, H.-R. Schüpbach démontre que la procédure genevoise elle-même ne permet pas de garantir l'indivisibilité (84). Le but poursuivi ne peut être atteint selon cet auteur que par le biais d'une révision législative introduisant dans la procédure genevoise l'appel provoqué du droit français (85), objectif qui ne peut être atteint que par une modification progressive de la pratique actuelle (86).

Pour J.-R. Mermoud, "la maxime des débats impose de laisser le libre choix aux parties quand il ne s'agit que de consorité simple" (87).

-
- 71) Voir infra.
 - 72) Guldener ZPR 499, ZH Sträuli/Messmer ad 266 nm4.
 - 73) Schmidt SJ 1981 561ss, 567.
 - 74) Schmidt SJ 1981 561ss, 567.
 - 75) Schüpbach SJ 1983 177ss, 182.
 - 76) TF SJ 1981 529, 533.
 - 77) TF SJ 1982 433, 438-439, TF SJ 1981 529.
 - 78) Reproche du recourant TF SJ 1982 433, question laissée ouverte à SJ 1981 529, 537. Dans le même sens Schmidt SJ 1981 561ss, 569: "Il n'est pas exclu...qu'une décision qui exigerait pour un cas de consorité simple, la mise en cause de toutes les parties en appel serait considérée comme empêchant ou rendant plus difficile la réalisation du droit matériel, cédant ainsi à un formalisme excessif au sens de la jurisprudence relative à l'article 4 Cst....".
 - 79) TF SJ 1981 529.
 - 80) TF SJ 1983 530.
 - 81) TF SJ 1982 433, 438.
 - 82) Schüpbach SJ 1983 177ss, 195.
 - 83) GE Bertossa ad 300 nm2 et nm7.
 - 84) Schüpbach SJ 1983 177ss, 190-192.
 - 85) L'appel provoqué permet à la partie demanderesse en première instance et intimée en seconde d'étendre subjectivement le contentieux, en mettant en cause incidemment le consort défendeur non impliqué.
 - 86) Schüpbach SJ 1983 177ss, 194-195.
 - 87) GE Mermoud ad 300.

Pour A. Schmidt (88), la solution consiste pour le demandeur qui entend incriminer le jugement relatif aux droits du codéfendeur non mis en cause par l'appelant, à former un appel principal (89), car l'appel joint - dont le caractère subsidiaire est ignoré par la jurisprudence (90) - ne permet pas toujours de remettre en cause la totalité du jugement de sorte qu'il n'est pas un moyen adéquat pour le demandeur (91). Pour cet auteur, le critère de l'indivisibilité ne fait d'autre part que compliquer les choses en matière de consorité simple sans faciliter la solution des cas de consorité nécessaire (92).

Il est toutefois des cas où le recours d'une partie suffit à rouvrir le débat entre toutes les parties qui figuraient en première instance et à entraîner un réexamen de l'ensemble de la cause sans qu'il soit nécessaire de former un recours par voie de jonction. En d'autres termes, même si le recourant limite son pourvoi aux chefs du jugement sur lesquels il a échoué, l'instance de recours statuera sur tous les points qui ont un lien de dépendance avec ceux qui font l'objet du recours.

Ces cas sont les suivants :

- Le cas où les défendeurs font valoir entre eux un droit de recours (93).
- Le cas de la consorité alternative. Lorsque le demandeur A s'en est pris alternativement à B et C, qu'il perd contre B, mais gagne contre C, B n'est pas mis hors de cause lors même qu'il a été victorieux devant le premier juge. A est en droit de former un recours par voie de jonction contre lui (94).
- On peut rapprocher du cas de la consorité alternative celui de l'appel en cause: A actionne B et appelle C en cause. A obtient gain de cause en première instance. Le recours de B qui a succombé remet en question les conclusions que A avait prises contre C. On se trouve ici dans la situation où une partie, satisfaite du jugement et qui n'a pas recouru, voit sa situation compromise par un recours qui la met dans la nécessité de maintenir contre le tiers appelé en cause, les conclusions qu'elle avait prises pour faire retomber sur lui les conséquences d'une condamnation éventuelle. A doit conserver, en seconde instance, les avantages que l'intervention forcée lui donnait devant le premier juge. Il ne doit pas être obligé de recourir à titre éventuel pour garder ces avantages au cas où B viendrait à interjeter recours (95). Il faut donc considérer que le recours de B a pour effet de rouvrir l'instance en ce qui concerne C, de telles sortes que les conclusions formulées contre lui en première instance peuvent être reprises devant le second juge au cas où le recours serait accueilli. La

88) Schmidt SJ 1981, 561ss, 566. Renvoi à GE SJ 1903 779, 782.

89) Schmidt SJ 1981, 561ss, 568.

GE SJ 1969 489: "Cette solution imposera le cas échéant à un intimé l'obligation de former un appel principal distinct contre la ou les parties qui n'ont pas appelé du premier jugement, si son intention est de remettre en cause le jugement en ce qui concerne ces dernières, les deux appels devant être ensuite joints. La Cour dans l'arrêt cité (SJ 1937 331, 335) a vu un formalisme excessif dans le fait d'obliger l'intimé à appeler par un exploit. Tel n'est en réalité pas le cas. Les parties à un jugement une fois le délai d'appel expiré sans que leur adversaire en ait fait usage, sont en droit d'admettre que le jugement, en ce qui les concerne, est définitif. Ce n'est pas témoigner d'un formalisme excessif que d'exiger de leur adversaire s'il a l'intention d'appeler qu'il manifeste son intention dans le délai légal d'appel, ce qu'il ne peut faire que par la signification d'un exploit d'appel".

90) Schmidt SJ 1981, 561ss, 567. Renvoi à SJ 1969 568.

91) Schmidt SJ 1981, 561ss, 567: "Il est vain...d'invoquer l'institution de l'appel incident, pour exiger, à propos de la consorité simple, la possibilité pour l'intimé, de faire un appel portant sur tous les chefs soumis au premier juge. C'est conférer à l'appel incident plus de droits que l'institution ne peut normalement lui procurer".

92) Schmidt SJ 1981, 561ss, 568: "...Si le jugement contient des dispositions indivisibles, les consorts doivent agir en commun et se retrouver tous en appel en vertu du droit matériel, ce qui rend inutile le recours à d'autres conditions, comme celle...de l'appel incident".

93) GE SJ 1965 33.

94) Schüpbach 1983 177ss, 196.

95) VD JT 1957 III 9, Note Rathgeb 24.

solution considérée comme une "création hardie" (96) se justifie pleinement et est conforme au but de la tierce-intervention. Elle a pour effet de maintenir l'appel en cause en seconde instance, lors même que l'appelant n'a pas recouru. La Cour vaudoise a appliqué la règle du droit français selon laquelle l'appel du garant profite au garanti quand il remet en cause le litige qui divise le demandeur principal et le garanti (97). La règle ne s'applique pas en revanche lorsque A succombe contre B et C et que A ne recourt qu'à l'égard de B ou de C. A est présumé dans cette hypothèse avoir renoncé à son action contre C: si son recours contre B est rejeté, il ne peut remettre en discussion ses conclusions contre C. Si son recours contre C est rejeté, il ne peut pas reprendre ses conclusions contre B qui bénéficie de la chose jugée.

III. L'intérêt pour recourir

Le consort simple ne peut recourir que pour l'intérêt qu'il a au procès et à l'encontre des points du dispositif qui lésent ses droits (98). Il en est ainsi lorsque, codemandeur débouté, ou codéfendeur condamné, il n'a pas obtenu le plein de ses conclusions (99). Le consort à qui le jugement ne fait pas grief n'a pas d'intérêt à recourir. Le consort peut avoir intérêt pour recourir relativement à un chef de jugement, mais en être dépourvu relativement à un autre (100). Il n'est pas recevable à critiquer la décision qui tranche les droits d'un autre consort (101), ni à demander au juge la condamnation du partenaire (102). Il peut en revanche avoir intérêt pour recourir relativement à un chef de jugement qui l'affecte indirectement: Le consort, intervenant accessoire d'un autre, a intérêt à recourir dans la cause parallèle (103). Actionné par un demandeur unique solidairement avec un autre débiteur qui a pris au procès des conclusions subsidiaires contre lui aux fins d'être relevé de toute condamnation éventuelle, le consort n'a pas d'intérêt à recourir, car l'atteinte à sa situation juridique n'est que virtuelle et ne devient effective que s'il succombe face au

96) Rathgeb ad JT 1957 III 22, 24.

97) Rathgeb ad JT 1957 III 20.

98) *Werner Perrig*, Berufung und Nichtigkeitsklage im Zivilprozess des Kantons Wallis, Thèse Fribourg 1954, 18: "Bei der einfachen Streitgenossenschaft ist von den mehreren Personen, jede berechtigt, insoweit Abänderung des Urteils zu verlangen, als dieses ihre eigenen Rechte und Pflichten betrifft".

99) GE SJ 1969 481, 488-489.

100) *Henri-Robert Schüpbach*, Le recours en cassation spécialement en procédure civile neuchâteloise, Thèse Neuchâtel 1962, 204.

101) ATF 58 II 440, ZH RBOG 1967 246 no20, ZR 54 1955 no170, NE CCC VI 251, Schleswig-Holsteinischen Anzeigen 1978 198, Vers 1988 959, VersR 1973 641, JW 1933 2216.

Guldener ZPR 493 n61, ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm11; *Max Guldener*, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach zürcherischem Recht, Thèse Zurich 1942, 54; *Urs Korner*, Die Berufung im zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1980, 35; *Philippe Meyer*, Der Rekurs im zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1985, 114; *Balz Rust*, Die Revision im zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1981, 82, BE Leuch 313 ad 333, NE *Philippe Schweizer*, Le recours en révision spécialement en procédure civile neuchâteloise, Thèse Neuchâtel 1985, 132, VS *Werner Perrig*, Berufung und Nichtigkeitsklage im Zivilprozess des Kantons Wallis, Thèse Fribourg 1954, 18, GE *Liselotte Helberg*, Die Rechtsmittel des genferischen Zivilprozessrechts, Thèse Zurich 1956, 28-29.

Zöller notes préI. ad 511 nm8: "Erst recht genügt nicht, dass nur bei einem anderen Streitgenossen die Beschwer zu bejahen ist", ad 511a nm17: "Wenn nur ein Streitgenosse Berufung einlegt, so ist seine Beschwer massgebend...", notes préI. ad 511 nm22: "ist ein Streitgenosse nur im Kostenpunkt beschwert, so wird seine Berufung nicht dadurch zulässig, dass ein anderer Streitgenosse bei hinreichender Sachbeschwerde Berufung eingelegt hat".

102) ATF 58 II 438.

103) Ovari 52, Guldener 493 n. 61; *Philippe Meyer*, Der Rekurs im zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1985, 115.

demandeur. Il est dépourvu d'intérêt même lorsqu'il a été condamné à une partie des frais (104).

§2. Le recours joint

I. Qualité pour former le recours joint

A. Qualité pour recourir par voie de jonction lorsque le recours principal émane du demandeur en consorité passive ou du défendeur en consorité active

Le consort intime en deuxième instance par l'adversaire commun a qualité pour former un recours joint (105). Il ne peut toutefois subordonner son recours incident à la condition qu'un autre consort perde le procès (106).

Le consort simple contre lequel l'adversaire commun, recourant principal, n'a pas pris de conclusions en seconde instance n'a pas qualité pour former un recours joint, car le recours joint ne peut remettre en question que les droits et obligations qui sont objets du recours principal. Les consorts qui n'ont pas été impliqués par le recourant principal ne sont pas concernés (107), même s'il s'agit de litiges étroitement connexes (108). Ainsi, lorsque A, B et C ont ouvert action contre D, que A a succombé, que B et C ont obtenu gain de cause contre D qui recourt au principal, A ne peut former un recours joint contre D, car ce dernier, partie gagnante contre A, n'ayant pas d'intérêt à recourir, n'a pas interjeté un recours principal contre A. A ne peut que former un recours principal contre D dont il peut demander la jonction au recours principal de D contre B et C.

104) TFSJ 1965 599.

105) ATF 48 II 173, 178, ATF 29 II 24, 27, ATF 24 II 290, 291: Action de S, C et D contre O. S et C obtiennent gain de cause, D succombe. O interjette un recours principal contre S et C. D forme un recours joint qui est déclaré irrecevable, faute de recours principal contre lui. *Guldener ZPR 499; Hans Peter Ricci, Reformatio in pejus und Anschliessung an das Rechtsmittel im Zivilprozess, Thèse Zurich 1955, 67. ZH Sträuli/Messmer ad 266 nm4; Urs Korner, Die Berufung im Zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1980, 68.*

106) MDR 1989 899 no34: "Könnte ein einfacher Streitgenosse Anschlussberufung unter der Bedingung einlegen, dass der andere Streitgenosse seinen Prozess verliert, so würden die Verfahren auch innerlich miteinander verknüpft. Das Gericht wäre dann genötigt, über die Berufung des Prozessgegners des Streitgenossen entweder einheitlich zu entscheiden, oder zuerst durch Teilurteil über den Anspruch desjenigen Streitgenossen zu befinden, von dessen Unterliegen die Anschlussberufung des anderen Streitgenossen abhängig sein soll. Damit würde die Selbständigkeit der Verfahren aufgehoben und auf diese Weise dem Streitgenossen unzulässig ein Vorteil aus dem nur den anderen Streitgenossen betreffenden Berufungsverfahren verschafft. Die Hilfsanschlussberufung ist deshalb unzulässig".

107) ATF 83 II 79, 84, ATF 48 II 177, 178, GE SJ 1910 333: (L'appel incident n'est pas permis) "à la partie condamnée solidairement avec l'appelant par les premiers juges". *Guldener ZPR 496, Poudret/Sandoz COI 475 ad 59-61 ch. 2.2.1, Birchmeier ad 59 ch. 2. Urs Korner, Die Berufung im Zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1980, 68. ZH Sträuli/Messmer ad 266 nm4.*

108) ATF 39 II 800, 806: "Bei der subjektiven Klagenhäufung hat das Bundesgericht in konstanter Praxis das Recht der Anschlussberufung nur demjenigen von mehreren Streitgenossen zuerkannt, gegenüber welchem Berufungsanträge vorliegen und es ist hievon, auch in Bezug auf eng zusammenhängenden Streitpunkte keine Ausnahme gemacht worden", 907-808: "im letztem Falle (Wenn die Hauptberufung sich nur gegen einen Streitgenossen des Anschlussberufungsklägers richtet), ist dagegen an der Unzulässigkeit der Anschlussberufung festzuhalten, weil Art. 70 OG das Recht der Anschlussberufung ausdrücklich nur dem "Berufungsbeklagten" gibt, und weil schon begrifflich die Anschlussberufung als Gegenangriff nur von einem Angegriffenen ausgehen kann".

B. Qualité d'un consort pour recourir par voie de jonction en cas de recours principal d'un autre consort

Le consort simple qui a déjà interjeté un recours principal n'a plus qualité pour former un recours joint.

Le consort simple qui n'a pas recouru au principal ne peut former un recours joint contre un consort recourant principal, faute par ce dernier d'être adversaire. Il ne saurait de même interjeter un recours joint pour soutenir son colligant et compléter le recours de ce dernier (109).

Le consort simple contre lequel l'adversaire a formé un recours principal a-t-il qualité pour former un recours joint contre un autre consort qui a également été intimé?

La réponse est positive en procédure genevoise qui admet qu'un codéfendeur intimé par le recours principal du demandeur puisse interjeter un recours joint contre son consort également coïntimé. Après avoir refusé cette possibilité en 1916, la Cour de Justice genevoise l'a admise sans restriction en 1922 au motif que la disposition fondant l'appel incident ne fait pas de distinction entre les parties habiles à faire un recours joint (110). La jurisprudence a été confirmée en 1937 (111), désavouée en 1951 (112) et modifiée en 1969 (113): l'intimé qui a été mis en cause sans nécessité par le recourant principal n'a pas qualité pour former un recours joint, mais doit être mis hors de cause (114). La voie du recours joint reste toutefois ouverte entre les parties intimées que l'appelant principal avait l'obligation d'assigner conjointement

- 109) ATF 73 II 91: (le recours joint) "ne peut être utilisé à l'appui du recours principal". Geiger 49: *Hans Peter Ricci*, Reformatio in pejus und Anschluss an das Rechtsmittel im Zivilprozess, Thèse Zurich 1955, 67. Poudret/Sandoz COJ 475 ad 59-61 ch. 2.2.1; Birchmeier 223 ad 59 ch. 2a: "...der eine von mehreren Streitgenossen, dessen Klage abgewiesen wurde, kann...bei Hauptberufung des Beklagten gegen die Gutheissung der Klage der übrigen Streitgenossen die Abweisung seines Anspruches nur mit selbständiger Berufung anfechten. Er kann sich nicht der Hauptberufung des Beklagten anschliessen"; Theodor Weiss, Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen nach dem Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Thèse bernoise 1908, 115 ch. 3. ZH Sträub/Messmer ad 266 nm4: "Anschlussberufung zur Unterstützung der Hauptberufung eines anderen Streitgenossen...dürfte unzulässig sein". BE Leuch ad 340 ch. 3, SG Lutz ad a104 ch. 2; Jürg Willy Leutenegger, Berufung und Beschwerde wegen Gesetzesverletzung nach bündnerischem Zivilprozessrecht, Thèse Bâle 1979, 80: "Das Kriterium einer gegnerischen Hauptberufung impliziert aber auch den selbstverständlichen Ausschluss einer Anschlussberufung eines andern klägerischen Streitgenossen"; Werner Perrig, Berufung und Nichtigkeitsklage im Zivilprozess des Kantons Wallis, Thèse Fribourg 1954, 46; Liselotte Heiberg, Die Rechtsmittel des genferischen Zivilprozessrechts, Thèse Zurich 1956, 58: "Unzulässig ist...eine Anschlussberufung derjenigen Personen, die auf Seite des Appellanten am Prozess teilgenommen haben wie auch eine solche der Nebeninterventanten und einfachen Streitgenossen des Beklagten, sofern sich die Berufung nicht auch gegen sie richtet...In der Praxis wird...aus Zweckmässigkeitsgründen, die Anschlussberufung zugelassen gegen einen Mitbeklagten sowie gegen einen Gegner im erstinstanzlichen Verfahren der aber nicht selber Berufung ergriffen hat".
- 110) Arrêt du 17 mars 1922, Hunkler, Merz et Bluntschli et Dame Hunkler. L'article 549 CPC français ouvre également l'appel incident à toute personne ayant été partie en première instance: "L'appel incident peut également émaner, sur l'appel principal ou incident qui le provoque, de toute personne, même non intimée, ayant été partie en première instance".
- 111) GE SJ 1937 331.
- 112) Voir GE SJ 1965 33.
- 113) GE SJ 1969 482.
- 114) GE SJ 1969 482, 488: "...L'avantage de pouvoir former appel incident ne résulterait, pour l'intimé principal, que du fait que l'appelant a inutilement mis en cause des coïntimés contre qui il n'a aucune prétention à formuler. En l'absence d'appel principal dirigé contre eux, ces coïntimés étaient légitimement en droit de considérer la procédure judiciaire comme terminée en ce qui les concernait et comme définitif le jugement qui en fut l'aboutissement". Bertossa 300 nm6.

devant la Cour de Justice (115). Doit ainsi être intimé le défendeur qui a fait l'objet devant le premier juge de conclusions récursoires, même subsidiaires, de la part des autres défendeurs (116).

La réponse négative à cette question est justifiée par le fait que le recours joint n'est admissible que contre une partie qui a elle-même recouru au principal (117) et par le souci d'éviter qu'une action récursoire soit exercée pour la première fois en appel au mépris de la règle du double degré de juridiction (118).

II. Qualité du consort pour être intimé dans un recours joint

Le consort simple recourant principal peut être intimé par recours joint de l'adversaire (119), mais ne peut l'être que dans la mesure où le recourt joint porte sur ses relations avec le recourant par voie de jonction. Lorsque par exemple deux demandeurs succombent contre un défendeur unique et qu'un seul recourt, le défendeur ne peut former un recours joint que contre le recourant (120). Le demandeur non recourant ne peut former un recours joint, ni s'allier au défendeur unique contre le demandeur recourant (121). Le recours par voie de jonction n'est

115) TFSJ 1982 433, 437.

116) Schmidt SJ 1981 561ss, 566: l'appel incident ne peut être formé que contre l'appelant principal et non contre un co-intimé. Il ne saurait constituer une riposte à une attaque qui ne s'est pas produite.

117) ATF 97 II 339/JT 1972 I 636, ATF 83 II 85/JT 1957 I 354: "Les conclusions récursoires prises dans un recours joint par une partie contre un coresponsable sont irrecevables lorsque celui-ci n'a pas recouru en réforme" (Action de A contre B, C, D, E, F, B, C et O obtiennent gain de cause, E et F succombent. A forme un recours contre E et F, qui interjettent de leur côté un recours joint. E demande dans son recours incident, à ce qu'il ait un droit de recours contre F). ATF 48 II 148/JT 1923 I 2, ATF 48 II 173/JT 1922 I 450, ATF 43 II 262, ATF 41 II 323, 331 c. 3: "Unzulässig ist...die Anschlussberufung der Klägerin an die Berufung des Beklagten...Nach Art. 70 OG steht das Rechtsmittel der Anschlussberufung dem Berufungsbeklagten zu, dh demjenigen, der die Berufung überhaupt nicht erklären konnte oder, in Gegensatz zu seinem Prozessgegner, während der Berufsfrist nicht erklärt hat". ATF 39 II 806, ATF 37 II 390, ATF 31 II 538, ATF 29 II 27-28, ATF 24 II 291. TF SJ 1961 21.

FR Extraits 1980 19.

Guldener ZPR 499 n. 93, Poudret/Sandoz COJ ad 59-61 ch. 2.2.2; Birchmeier 224 ad 59 ch. 2c; Theodor Weiss, Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen nach dem Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Thèse Berne 1908, 115-116. Hans Peter Ricci, Reformatio in pejus und Anschliessung an das Rechtsmittel im Zivilprozess, Thèse Zurich 1955, 67. ZH Sträuli/Messmer ad 266 nm4; Urs Korner, Die Berufung im zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1980, 68. Philippe Meyer, Der Rekurs im zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1985, 168; BE Leuch ad 340 ch. 3, SO Lutz ad a104 ch. 2, Stein/Jonas ad 61 ch. 4, Zöllner ad 61 nm9.

118) Comp. France NCPC 548: "l'appel peut être incidemment relevé par l'intimé tant contre l'appelant que contre les autres intimés". Sur la recevabilité, en tout état de cause de l'appel incident d'un intimé contre un autre intimé: Soc. 5 décembre 1974 J.C.P. 1975 IV 25, Civ. 9 janvier 1975 J.C.P. 1975 IV 59, 4 mai 1977 J.C.P. 1977 IV 163, Dalloz 1977 I.R. 385 obs. Julien, Civ. 5 janvier 1978 J.C.P. 1978 II 19000 note J.A., à moins qu'aucune question litigieuse n'ait opposé entre eux les co-intimés. Civ. 12 octobre 1977 RTDC 1978 935 obs. Perrot. Vincent/Guinard 797 ch. 889.

119) ATF 48 II 148: "Die Anschlussberufung ist gegenüber einem von mehreren Streitgenossen nur zulässig, wenn er selber die Berufung erklärt hat".

120) Jürg Willi Leutenegger, Berufung und Beschwerde wegen Gesetzesverletzung nach bündnerischem Zivilprozessrecht, Thèse Bâle 1979, 80: "Wenn bei Vorliegen einer einfachen Streitgenossenschaft auf klägerischen Seite nur ein Streitgenosse Berufung erklärt, so kann der Beklagte auch nur diesem gegenüber die Anschlussberufung erklären", Philippe Meyer, Der Rekurs im zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1985, 169; "Passivlegitimiert sind...logischerweise nur diejenigen Streitgenossen, die einen Rekurs ergriffen haben", Stein/Jonas ad 61 nm4.

ainsi recevable qu'autant qu'il contienne des conclusions contre le consort qui a recouru au principal (122).

Le consort simple non recourant principal ne peut être intimé par voie de jonction, pour le motif qu'il est un tiers et que le recours incident est sans intérêt (123). Lorsqu'un consort qui a succombé a formé un recours principal contre l'adversaire, ce dernier ne peut par le biais du recours joint mettre en cause d'autres consorts qui ont également succombé, mais ont renoncé à recourir au principal. Lorsque le demandeur obtient gain de cause contre deux codéfendeurs, et que l'un d'eux recourt, il ne peut reprendre des conclusions incidentes contre l'autre, non-recourant: le recours incident ne permet pas une extension subjective du contentieux. Le demandeur ne peut entreprendre la décision en ce qui concerne le défendeur non-recourant au moyen d'un recours principal exercé contre lui (124) en temps utile (125). Il peut toutefois solliciter la jonction du recours principal formé par lui contre

121) Leutenegger 80: "Das Kriterium einer gegnerischen Hauptberufung impliziert aber auch den selbstverständlichen Ausschluss einer Anschlussberufung eines andern klägerischen Streitgenossen".

122) ATF 37 II 395: Action de JD contre R, P et AD. Jugement condamnant JD et AD et mettant P hors de cause, recours de JD contre R et P. Recours joint de AD contre R et P. AD n'a pas conclu contre JD, mais s'est dans son recours incident, joint expressément aux conclusions du recours principal. Il aurait dû former un recours principal dans les délais légaux.

ATF 31 II 538: action de R contre H et M. H succombe contre R, mais obtient gain de cause contre M qu'il avait appelé en garantie. Suite à l'appel en cause, R forme une demande subsidiaire contre M. M recourt et demande que H soit débouté de la garantie contre lui. Le recours joint de H est déclaré irrecevable, car il ne porte que sur la partie du jugement repoussant ses conclusions libératoires à l'égard de la demande formée contre lui par R, et n'est pas dirigé contre M. Le recours joint de H ne saurait remettre en question la condamnation prononcée contre lui au profit de R alors que H n'a pas recouru au principal contre cette condamnation. En l'absence de tout recours de la part de R ou de H, la situation juridique de ces deux parties se trouvait réglée.

ATF 29 II 24: Action de A contre B et C. B succombe, A obtient gain de cause. B avait appelé C en garantie. B recourt au principal. A forme un recours joint simultanément contre B et C. Son recours incident est recevable dans la mesure où il contient des conclusions contre B, mais non contre C qui est hors de cause.

123) ATF 83 II 79, 84: Consortie alternative. Action de A contre B et C. B succombe, C obtient gain de cause. Le recours de B reporte la cause dans son entier devant l'instance de recours, car A ne peut former un recours principal contre C, faute d'intérêt en raison de la consorité alternative, ni recourir à titre éventuel contre ce dernier, car un recours en réforme ne peut être conditionnel. En l'espèce, bien que le recours de B ait fait naître l'intérêt de A à la condamnation de C, A ne pouvait plus recourir contre ce dernier ni au principal (faute de délai), ni par voie de jonction (il n'aurait pas riposté à un recours principal). ATF 48 II 177/JT 1922 I 450, ATF 43 II 262. TF SJ 1961 21, TF SJ 1913 645. GE SJ 1909 264.

Recours principal d'un codéfendeur qui a succombé contre le demandeur unique. Irrecevabilité du recours joint de ce dernier dirigé contre un ou des codéfendeurs qui ont eu gain de cause et qui n'ont pas recouru, faute d'intérêt (FR Extraits 1980 19) ou qui ont renoncé à recourir (ATF 48 II 148/JT 1923 12).

Birchmeier ad 59 ch. 2c: (Der Anschluss) "muss Bezug haben auf das Prozessrechtsverhältnis, in dem der Anschlussberufungskläger als Gegenpartei des Berufungsklägers erscheint". Hans Peter Ricci, Reformatio in pejus und Anschliessung an das Rechtsmittel im Zivilprozess, Thèse Zurich 1955, 67: "Wo sich dieser an der Berufung des Hauptklägers nicht beteiligt..., kann ihm gegenüber auch keine Anschlussberufung ergriffen werden". Philippe Meyer, Der Rekurs im Zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1985, 168; Urs Körner, Die Berufung im Zürcher Zivilprozess, Zurich 1980, 68. Jürg Willi Leutenegger, Berufung und Beschwerde wegen Gesetzesverletzung nach bündnerischem Zivilprozessrecht, Thèse Bâle 1979, 80. ZH Sträuli/Messmer ad 266 nm4: (Die Anschlussberufung) "kann sich auch nicht gegen einen von mehreren Streitgenossen richten, der seinerseits nicht Berufung erklärt hat".

124) GE SJ 1969 488-489. Un codéfendeur forme un appel principal contre le demandeur, ce dernier ne peut former de son côté qu'un appel principal contre l'autre codéfendeur et demander la jonction des deux recours.

125) GE SJ 1969 488-489.

le défendeur non recourant et le recours principal formé contre lui. La solution est parfois jugée trop lourde (126), voire même constitutive de formalisme excessif (127).

Les parties dont les droits peuvent être remis en question par le recours joint, notamment celles qui en cas d'admission de celui-ci seraient exposées à des conclusions récursoires et subsidiaires (128), ont le droit de répondre au recours joint (129).

§3. Les conditions formelles du recours

Le dies a quo du *délai de recours* peut différer pour chaque consort (130) de sorte que le respect du dies ad quem doit être vérifié pour chacun d'eux. Chaque consort simple doit prouver qu'il a recouru en temps utile.

Le *recours commun* doit mentionner tous les recourants (131) et tous les intimés (132). En procédure allemande, les défendeurs au recours qui ne sont pas nommés, mais inclus dans une désignation collective ("X et consorts") sont présumés intimés (133). S'il n'existe aucune ambiguïté, il suffit en procédure française que les personnes intimées au pourvoi en cassation soient suffisamment désignées par la décision attaquée (134).

Les *recours distincts* formés de manière indépendantes par les consorts et dont la jonction n'est pas requise doivent tous respecter les règles formelles des recours. Le consort ne saurait se référer aux arguments présentés par un autre (135) et le plaideur qui forme des recours distincts contre les consorts n'est pas en droit de développer ses arguments dans un mémoire et d'y renvoyer dans les autres (136).

126) Reproche du recourant TF SJ 1982 433.

127) GE SJ 1937 331.

128) Poudret/Sandoz COJ ad 59-61 ch. 2.6.

129) OJF 59/4: "Un délai est imparti aux parties adverses pour répondre au recours joint. En règle générale, il n'est pas procédé à un échange ultérieur d'écritures".

130) VersR 1980 928.

Liselotte Helberg, Die Rechtsmittel des genferischen Zivilprozessrechts, Thèse Zurich 1956, 44: "Die Berufungsfrist kann...für jeden einzelnen Streitgenossen von verschiedener Dauer sein und auch zu verschiedenen Zeitpunkten beginnen". Zöller ad 516 nm11: "Die Berufungsfrist beginnt bei Streitgenossenschaft für jeden Streitgenossen selbständig mit der Urteilszustellung zu laufen".

131) NJW-RR 1990 801, VersR 1989 276, VersR 1985 970-971, VersR 1976 493: "Wegen der notwendigen Formstrenge ist...unabdingbar, dass alle Streitgenossen genannt werden, die Rechtsmittelführer sein sollen". Poudret/Sandoz COJ 416 ad 55 ch. 1.2.3. Zöller ad 518 nm32.

132) Poudret/Sandoz COJ 416 ad 55 ch. 1.2.3. GE Bertossa ad 300 nm5.

133) NJW 1984 58/VersR 1983 984, NJW 1969 929: "Es entspricht einer Gepflogenheit der Praxis, Prozesse, an denen mehrere Streitgenossen beteiligt sind, zum Zwecke der Abkürzung nur nach dem "Spitzenreiter" zu bezeichnen".

134) *Jacques Boré*, La cassation en matière civile, Paris 1988, 318 ch. 841 et 319 ch. 843. La jurisprudence française admet qu'après avoir désigné les noms de quelques-uns des intimés, le mémoire ajoute la formule "et autre dénommés dans l'arrêt attaqué".

135) FR Extraits 1959 142. Le défendeur énonçait ses conclusions dans son mémoire, mais se référait quant aux motifs à ceux énoncés par l'autre défendeur.

136) FR Extraits 1959 125: 11 demandeurs, 1 défendeur unique. Les causes avaient été introduites séparément. La jonction était limitée à la procédure probatoire, de sorte qu'il n'y avait pas consorité devant le premier juge. 11 jugements ont été rendus. Les demandeurs ont eu gain de cause. Le défendeur a déposé 11 mémoires de recours, il n'a pas requis la

En cas de recours extraordinaires, le mémoire de recours doit se référer aux *ouvertures à recours*. La question doit être examinée séparément pour chaque consort recourant.

Le pourvoi doit comporter des *conclusions* de nature à permettre aux autorités de recours et aux intimés de constater s'il vise la décision entière ou seulement certaines de ses parties (137). La jurisprudence admet que le recourant se réfère aux conclusions formulées en première instance dans la mesure où le renvoi est clair et ne laisse subsister aucun doute sur l'objet du recours (138).

Les conclusions doivent tendre à une modification du dispositif du jugement. Un consort n'est pas recevable à demander une modification du jugement au profit ou au détriment d'un autre. S'il n'est pas recevable à demander que soient tranchés pour la première fois devant l'instance de recours les rapports internes des consorts (139), il est en revanche en droit de ne faire porter son recours que sur cette question (140).

Le jugement entrepris doit mentionner tous les consorts (141). Ce peut être un *jugement partiel*, ainsi lorsque la décision a mis un terme à une fraction du litige, lorsque le juge a statué en faveur ou au détriment d'un ou de certains des consorts (142).

Le jugement partiel contre un consort n'a en principe pas qualité de *décision finale susceptible de recours en réforme au sens de l'article 48 OJF* (143). Le recours en réforme ne peut en d'autres termes être interjeté que lorsque tous les plaideurs sont en mesure de soumettre au Tribunal fédéral la question litigieuse dans son ensemble. Il s'ensuit qu'il ne peut y avoir recours au Tribunal fédéral ni pour la partie du procès qui n'a pas encore été jugée définitivement par l'instance cantonale, ni pour celle qui a été tranchée à titre définitif. A ainsi été jugé irrecevable parce que prématuré le recours dirigé contre une décision rejetant la demande à l'égard d'une partie des défendeurs et ordonnant un complément de preuves pour les autres (144). Le recours dirigé contre une décision rejetant l'action contre un défendeur, alors que l'instruction continuait pour les autres a subi le même sort (145).

-
- jonction, il entendait se référer dans les 10 autres mémoires aux moyens formulés dans le premier.
- 137) *Jürg Willy Leutenegger*, Berufung und Beschwerde wegen Gesetzesverletzung nach bündnerischem Zivilprozessrecht, Thèse Bâle 1979, 63.
- 138) VD JT 1983 III 127: 12 défendeurs.
- 139) *Georg Messmer/Hermann Imboden*, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zurich 1992, 60 ch. 40 n. 22: "Da vor Bundesgericht keine neuen Anträge zugelassen werden, kann hier nicht erstmals eine Regelung des Regresses verlangt werden".
- 140) Messmer/Imboden, 60 ch. 40.
- 141) Messmer/Imboden, 59 n. 13: "Es versteht sich von selbst, dass das Urteil sämtliche Streitgenossen aufführen muss".
- 142) Poudret/Sandoz COJ 297 ad 48 ch. 1.1.7.7.
- 143) La mise hors de cause de deux des trois demandeurs pour défaut de qualité pour agir ne constitue pas une décision finale selon le Tribunal fédéral, mais un jugement partiel de telle sorte que l'application de l'article 50 OJF serait exclue. ATF 110 II 505/JT 1985 I 362 c. 1c. Critique de Poudret/Sandoz COJ 296-297 ad 48 ch. 1.1.7.7.: "On doit au contraire admettre que la mise hors de cause de ces deux demandeurs serait finale en ce qui les concerne, même si le procès continue au nom du troisième. Cette jurisprudence contraste d'ailleurs avec un arrêt récent (ATF 107 II 349/JT 1982 I 173 c. 2) admettant que la libération par le TF de 4 des 6 défendeurs constituerait une décision finale et que leur recours est recevable sur la base de l'article 50 alors que l'on pouvait ici se demander si le sort de ces actions n'était pas indissolublement lié en raison de la solidarité parfaite entre les défendeurs".
- 144) ATF 24 II 935/JT 1899 I 234. Voir également GE SJ 1937 171.
- 145) ATF 91 II 57/JT 1965 I 383 rés.: le TF déclare irrecevable le recours interjeté contre la libération de l'une des assurances défenderesses au motif qu'il reste à statuer sur la responsabilité des trois autres défendeurs et à arrêter le dommage et qu'une mise hors de cause définitive n'éviterait pas les frais de la procédure probatoire. Critique de

Le jugement partiel est toutefois dans certaines circonstances considéré comme final au sens de la disposition. Le Tribunal fédéral admet dans sa jurisprudence la plus récente que l'économie de procédure (146) justifie certaines exceptions au principe de l'irrecevabilité des recours contre des décisions partielles. Lorsqu'il y a consorcié, il admet plus largement la notion de décision finale que lorsqu'il y a cumul objectif. La jurisprudence du Tribunal fédéral permet ainsi de recourir contre le jugement rendu à l'égard d'un des plaideurs, pour le mettre définitivement hors de cause ou l'obliger à participer à la suite de la procédure, à tout le moins lorsque le sort des actions n'est pas indissolublement lié et qu'il est possible de statuer séparément sur celles-ci (147). L'idée est que la partie à l'égard de laquelle la juridiction cantonale a statué doit pouvoir saisir le Tribunal Fédéral ou résister à un recours en réforme interjeté par son adversaire sans attendre la fin du procès entre les autres plaideurs, qui ne la concerne pas directement et qui peut se prolonger longtemps (148).

Le recours en réforme est ainsi recevable

- lorsque des raisons pratiques commandent que le Tribunal fédéral se prononce immédiatement,
- lorsque la solution définitive de la question posée est de nature à diminuer les frais de la procédure probatoire (149).

Poudret/Sandoz 296 ad 48 ch. 1.1.7.7. et 350 ad 50 ch. 2.3.2.4.: "C'est perdre de vue que le report d'une décision définitive à la fin du procès fait courir le risque de devoir recommencer cette procédure probatoire envers la défenderesse provisoirement mise hors de cause par le jugement cantonal".

- 146) Les motifs pour lesquels le TF a longtemps déclaré irrecevables des recours dirigés contre des décisions partielles qui ne tranchent qu'une ou certaines conclusions déduites en justice, sont ceux-là même qui aujourd'hui le conduisent à admettre des exceptions à ce principe! Poudret/Sandoz 296 ad 48 ch. 1.1.7.7.: "Cette solution s'impose pour des raisons évidentes d'économie de procédure: lorsqu'un défendeur est libéré alors que la cause doit reprendre à l'égard des autres pour fixer le dommage, le demandeur a intérêt à pouvoir attaquer immédiatement cette libération pour n'avoir pas à tout recommencer contre ce défendeur si la responsabilité de ce dernier est finalement admise; inversement, si un défendeur est condamné, alors que le procès doit se poursuivre à l'égard des autres, il a intérêt à pouvoir recourir immédiatement pour être d'emblée mis hors de cause plutôt que de participer au procès jusqu'à son terme".

Walter Wüthrich, Teilklage und Teilturteil, Thèse Zurich 1952, 61, préconise aussi la recevabilité du recours contre un jugement partiel en invoquant des raisons pratiques et pour éviter des frais inutiles.

- 147) Poudret/Sandoz COJ 296 ad 48 ch. 1.1.7.7. Birchmeier 168 ad 48 ch. 1 c cc et FJS 937 4 ch. 3. Alain Wurzbürger, Les conditions objectives du recours en réforme au Tribunal fédéral (art. 40-50 OJF), Thèse Lausanne 1964, 201 ch. 276. Vogel 299 no 149 et Theodor Weiss RSJ 20 1923 159 réservent le cas où la position des consorts s'en trouverait affectée, par exemple en cas de solidarité. Guidener ZPR 544 n. 17 et Peter Sachs, Die Voraussetzungen für die Berufung an das Bundesgericht gegen Entscheide nach art. 48-50 OG unter besonderer Berücksichtigung des berrischen Rechts, Thèse Berne 1951, 41 n'admettent la recevabilité du recours contre un jugement séparé que moyennant division de cause préalable. Theodor Weiss, Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen, Thèse Berne 1908, 45, 47 approuve l'ATF 24 II 935/JT 1899 I 324 mais admet exceptionnellement la recevabilité du recours lorsqu'il y a eu division de cause préalable et en cas de règlement définitif de la question préjudicielle, par ex. lorsque la responsabilité du défendeur, éviterait les frais d'une procédure probatoire onéreuse.

- 148) Alain Wurzbürger, Les conditions objectives du recours en réforme au Tribunal fédéral (art. 40-50 OJF), Thèse Lausanne 1964, 201 ch. 276 propose la même solution quand la Cour cantonale ne s'est prononcée que sur le litige concernant les parties principales, à l'exclusion du différend opposant le demandeur à un intervenant (ATF 35 II 456) ou le défendeur à l'évoqué en garantie. Dans le même sens Poudret/Sandoz COJ 296 ad 48 ch. 1.1.7.7 qui renvoient à Wurzbürger.

- 149) ATF 107 II 349/JT 1983 I 173, 177. Le volume des preuves à administrer dépendait de la question de savoir si la responsabilité en cause était celle de tous les consorts ou de celle de certains d'entre eux seulement. Voir également Poudret/Sandoz COJ 346 ad 50 ch. 2.1.4.

- lorsqu'une des actions a été définitivement tranchée et les autres suspendues (150),
- lorsque le demandeur peut être renvoyé à saisir le juge ordinaire à l'égard de l'autre consort (151),
- lorsqu'une décision vide le litige à titre définitif pour un des consorts, tranche la prétention de ou contre l'autre, mais renvoie une question subsidiaire à l'autorité inférieure (152).

Le recours en réforme dirigé contre un jugement partiel n'est plus subordonné à la condition que les défendeurs soient actionnés en vertu de rapports de droits différents (153).

Lorsqu'il y a consorité, on applique le principe de la relativité de l'*effet dévolutif*. Il y a dévolution partielle lorsque le recourant n'attaque que partiellement le jugement qui lui fait grief. Lorsqu'il y a consorité, l'effet dévolutif est limité aux parties figurant devant l'instance de recours (154). Le recours d'un consort ne confère la qualité de recourant au consort qui a renoncé à attaquer le jugement, ni la qualité d'intimé au consort contre qui le recours n'a pas été exercé (155). Le principe de la relativité de la dévolution comporte une exception lorsque les causes sont indissolublement liées. Lorsqu'il y a consorité éventuelle ou consorité alternative, le recours d'un des consorts a un effet dévolutif complet et reporte la cause entière devant l'instance supérieure. Ainsi, lorsque le demandeur intente alternativement action contre deux défendeurs, le recours de l'un d'eux reporte devant l'instance supérieure les demandes formées contre l'un et l'autre pour permettre au demandeur de solliciter la reconnaissance de la responsabilité de l'autre défendeur, si le jugement venait à être réformé (156). La dévolution est également totale lorsque recours vise simultanément les rapports internes des consorts (157), mais peut être partielle lorsque le recours ne porte que sur cette question (158).

On applique de même le principe de la relativité de l'*effet suspensif* lorsque le recours est pourvu de cet effet. Le recours n'ayant d'effets que dans la limite des conclusions (159), - il vise une partie seulement du jugement attaqué, il est interjeté par ou contre certains consorts (160) - , le jugement devient définitif pour le surplus

-
- 150) ATF 63 II 348/JT 1938 I 315: action ouverte contre 3 assurés, rejetée envers l'un et suspendue envers les autres, recours du demandeur recevable contre ce rejet.
 - 151) ATF 67 II 182/JT 1941 I 285: conclusions civiles en dommages-intérêts rejetées à l'égard de l'un des époux et admises dans leur principe contre l'autre, la demanderesse étant toutefois renvoyée à faire fixer la quotité par le juge civil. Le jugement met fin à la cause, car il renvoie pour le surplus à un procès distinct.
 - 152) Le jugement cantonal admet la responsabilité d'un des codéfendeurs, tout en renvoyant la question de l'indemnité devant l'autorité inférieure. Il déboute simultanément le demandeur de ses conclusions contre l'autre défendeur. Le recours est recevable dans la mesure où il vise le rejet de ses conclusions contre ce défendeur. ATF 44 II 442, ATF 37 II 390, ATF 30 II 429.
 - 153) Exigence formulée en 1911 (ATF 37 II 390) et abandonnée en 1918 (ATF 44 II 442).
 - 154) FR Deschenaux/Castella 202, *Jürg Willi Leutenegger*, Berufung und Beschwerde wegen Gesetzesverletzung nach bündnerschem Zivilprozessrecht. Thèse Bâle 1979, 37. AG Eichenberger Beiträge 269.
 - 155) Zimmermann ad 61 nm6: "Rechtsmittel eines Streitgenossen bringen nur seinen Prozess, nicht den Prozess insgesamt in die höhere Instanz".
 - 156) Quand une action est exercée alternativement contre l'assureur exceptionnel et contre l'assureur ordinaire du débiteur, son rejet contre l'un d'eux permet de porter la cause dans son ensemble au Tribunal Fédéral. ATF 83 II 79, 84. VD JT 1986 III 110, 112.
 - 157) ZH Sträuli/Messmer ad 260 nm5.
 - 158) *Georg Messmer/Hermann Imboden*, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zurich 1992, 60 ch. 40.
 - 159) ZH 260. Sträuli/Messmer ad 260 nm1.
 - 160) TF SJ 1983 530 c1.

(161) et acquiert force de chose jugée partielle (162). Les consorts qui n'ont pas recouru ne bénéficient pas de l'effet suspensif (163).

La relativité de l'effet suspensif souffre une exception, lorsqu'il y a consorité éventuelle ou alternative. Le recours d'un consort suspend le jugement dans son entier, même si les autres n'ont pas recouru. Le recours de l'adversaire même limité à un consort a le même effet (164). L'effet suspensif est également total lorsque le recours porte simultanément sur les conclusions récursives entre les consorts (165). Il peut en revanche être limité aux seules conclusions récursives, de sorte que la partie non attaquée du jugement entre en force (166).

L'effet suspensif peut être de nature à causer des dommages à l'adversaire. Lorsqu'il y a consorité entre recourants, la jurisprudence admet qu'ils sont responsables solidaires (167).

§4. La renonciation au droit de recourir (l'acquiescement au jugement) et le retrait du recours

De même qu'un consort simple peut interjeter un recours de manière indépendante, de même peut-il y renoncer (168). L'acquiescement au jugement est

Poudret/Sandoz COJ 409 ad 54 ch. 2.2. BE Leuch ad 334 ch. 1 et Jolidon 171.

161) TF SJ 1975 539; Action d'un demandeur contre 4 codébiteurs solidaires, le demandeur obtient gain de cause contre les trois premiers, mais perd contre le quatrième. Les 3 codébiteurs qui ont perdu ont recouru. Le TF a libéré le quatrième défendeur: "Le jugement déferé est entré en force à son égard puisque le demandeur n'a pas recouru contre lui et que les défendeurs avaient renoncé en instance cantonale à leurs conclusions réciproques".

ATF 93 II 329/JT 1969 I 130, 135: si le jugement rendu dans un procès intenté contre plusieurs codébiteurs solidaires jouit de l'autorité de la chose jugée à l'égard de l'un d'entre eux, la juridiction de recours saisie d'une demande à l'égard des autres ou de l'autre devra procéder comme si l'action avait été intentée dans des procès séparés.

JT 1908 I 2: L'abandon sans réserve par le créancier de l'action dirigée simultanément contre l'un des débiteurs solidaires recherchés simultanément, abandon qui à l'égard de celui-ci a les mêmes effets qu'un jugement en force, n'affecte pas ses droits contre les autres débiteurs.

162) ZH Sträuli/Messmer ad 260 nm3: "Die Teilrechtskraft wird praktisch, wenn ein Urteil, das über mehrere Ansprüche ergangen ist, nur mit Bezug auf einzelne Ansprüche angefochten ist...im Fall der Streitgenossenschaft, wenn das Rechtsmittel nur von einzelnen oder gegen einzelne Streitgenossen ergriffen wird".

163) Max Müller, Die Berufung im thurgauischen Zivilprozess, Thèse Fribourg 1954, 72.

164) ATF 83 II 79, 84. Il n'y a donc pas de jugement partiel en cas de consorité alternative.

165) ATF 83 II 79, 84. ZH Sträuli/Messmer ad 260 nm5.

166) VD JT 1986 III 110. Action de A contre B et C. B est condamné envers A. C est condamné envers B. Recours en réforme de C qui conclut à la réduction du montant alloué à B. Recours joint de B qui conclut à une augmentation du montant qui lui est alloué contre C. Le greffier délivre à A une attestation de force exécutoire pour les chiffres du dispositif concernant la condamnation obtenue par A contre B. B recourt au TC et conclut à l'annulation de cette attestation. Le recours et le recours joint ne concernent que les rapports entre B et C. La créance de A contre B n'est nullement en cause et ne sera pas influencée par l'arrêt à intervenir. Les recours ne font pas obstacle à la force de chose jugée en ce qui concerne les droits et les obligations de ces deux parties l'une envers l'autre.

Georg Messmer/Hermann Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zurich 1992, 60 ch. 40: "Wo das kantonale Recht eine Regressklage unter mehreren Streitgenossen...vorsieht, muss auch eine entsprechende Berufung möglich sein. Aus dem Berufungsantrag ergibt sich, welches Rechtsverhältnis noch im Streit liegt und wer demgemäss noch als Partei am bundesrechtlichen Verfahren teilnimmt. Das kann je nach Umständen zu einem komplizierten Schriftenwechsel führen".

167) TF SJ 1966 90, 93.

168) Ovari 52, Urs Korner, Die Berufung im zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1980, 64. Theodor Weiss, Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen, Thèse Berne 1908, 89.

relatif (169). Il laisse subsister les autres recours (170). La renonciation peut faire chuter la valeur litigieuse et provoquer l'irrecevabilité du recours commun (171).

L'adversaire des consorts peut renoncer à recourir contre l'un ou certains d'entre eux (172).

Libre de recourir, le consort simple l'est autant de retirer son recours (173). Le retrait n'est subordonné à l'accord ni de l'adversaire des consorts, ni de celui des partenaires. Il est irrévocable (174) de sorte qu'il ne peut plus être renouvelé, même pas si le délai court encore (175).

Le retrait du recours principal peut entraîner la caducité du recours joint. Il confère au jugement force exécutoire et force de chose jugée (176), conséquences qui peuvent intervenir à des moments différents en cas de retraits distincts (177).

L'adversaire des consorts peut retirer le recours à l'égard de tous ou de certains consorts (178).

§5. Les effets de l'arrêt

Lorsque tous les consorts ont recouru, l'arrêt à intervenir les touchera tous. L'autorité de recours, peut, à l'instar de la première instance, sceller différemment le sort de chacun d'eux. Elle peut déclarer le recours d'un consort irrecevable, rejeter au fond le recours d'un autre et accueillir le recours d'un troisième.

La doctrine et la jurisprudence suivent deux tendances opposées lorsqu'un seul consort a recouru.

Dans la tendance majoritaire, l'arrêt n'a d'effet qu'entre le recourant et l'intimé (179). Le consort qui a acquiescé au jugement est étranger à l'instance de recours et

169) Henri-Robert Schüpbach, Le recours en cassation, Thèse Neuchâtel 1961, 257. Moreau 197.

170) Dalloz 1949 332.

171) RGZ 161 350. Stein/Jonas ad 61 nm4, Schönke 98. Blomeyer 629 n. 13. Rosenberg/Schwab 282.

172) Ovari 57. Liselotte Helberg, Die Rechtsmittel des genferischen Zivilprozessrechts, Thèse Zurich 1956, 33.

173) Ovari 52. BS/BL Stachelin/Sutter 87. AG Eichenberger ad 51 nm3. Holzhammer Parteienhäufung 14. Fasching ZPR 193 nm378. Rochberger/Simotta 72 nm136.

174) BE RJB 76 1940 557.

Il ne peut être attaqué que pour vice de la volonté: Heinrich Baumgartner, Die Rechtsmittel des zugerischen Zivilprozessrechts, Thèse Zurich 1951, 26 n. 10; Peter Boni, Appellation, Nichtigkeitsschwerd und Rekurs im solothurnischen Zivilprozess, Thèse Bâle 1980, 59.

175) FR Extraits 1967 115.

Guldener ZPR 500.

Contra la pratique genevoise: SJ 1946 262. SJ 1915 9.

176) ATF 83 II 57/JT 1957 I 564. ATF 74 I 280. LU LGVE 1974 233 no200. RG 161 350, 352.

177) Liselotte Helberg, Die Rechtsmittel des genferischen Zivilprozessrechts, Thèse Zurich 1956, 33.

178) TG RBOG 1988 125 no25. Jürg Willi Leutenegger, Berufung und Beschwerde wegen Gesetzesverletzung nach bündnerischem Zivilprozessrecht, Thèse Bâle 1979, 102: "Es müssen nicht alle Berufungsanträge zurückgezogen werden. Im Fall teilweiser Zurücknahme untersteht nur das reduzierte Begehren. - sofern es für sich allein noch Gegenstand einer Berufung bilden kann -, der Überprüfung der Rechtsmittelinstanz". Werner Perrig, Berufung und Nichtigkeitsklage im Zivilprozess des Kantons Wallis, Thèse Fribourg 1954, 49: "Die Zurücknahme kann sich bloss auf einen Teil des Berufungsantrags beziehen, was sachlich einer Beschränkung desselben gleichkommt".

179) ATF 83 II 79, 84. VD JT 1978 III 43: annulation du jugement à l'égard de la défenderesse recourante, maintenu à l'égard de l'appelée en cause, JT 1972 III 57: annulation du jugement à l'égard du seul conjoint irrégulièrement assigné.

n'est pas concerné (180). Il reste tenu par la décision de première instance. L'arrêt et le jugement peuvent être objectivement contradictoires (181).

Dans la tendance minoritaire, l'objet du recours n'est pas telle ou telle partie du jugement, mais le jugement entier dont l'annulation ne peut qu'affecter tous les participants au procès, y compris les consorts qui n'ont pas recouru. La solution est justifiée par le motif que l'annulation au profit du seul recourant brise l'unité de jugement que la consorité tend à assurer et que l'atteinte à cette unité aurait de graves conséquences (182). L'extension des effets de l'arrêt à tous les participants au procès de première instance ne satisfait pas, sur la forme: Elle vide de sens le principe de la personnalité des voies de recours et celui de l'autonomie des consorts. Elle impose à certains d'entre eux une dévolution qu'ils ne veulent pas et suspend pour d'autres l'exécution d'un jugement qu'ils croient définitif. L'extension des effets de l'arrêt ne satisfait pas non plus sur le fond. Elle a pour effet de substituer un arrêt à la reddition duquel ils n'ont pas participé à un jugement entré en force pour certains d'entre eux. Elle a pour effet d'imposer aux non recourants une solution qui peut être contraire à celle dont ils se sont accommodés. Son défaut majeur est de confondre la forme et le fond: L'unité de la procédure n'entraîne pas ipso facto une unité de jugement que la loi n'impose pas. Elle ne fait qu'accorder des facilités pour l'assurer. Il suffirait ainsi du recours d'un seul consort pour que la quiétude de ceux qui entendent s'en tenir au prononcé du premier juge soit menacée. L'admission de cet unique recours va leur profiter. L'acte de recours n'aurait ainsi plus seulement d'effet que pour celui qui en a pris l'initiative, il profiterait également à des parties qui ne l'ont pas exercé.

86. L'interprétation du jugement

Lorsque le dispositif est ambigu ou obscur ou qu'il contient des contradictions, le jugement comporte une lacune et "n'est un jugement qu'en apparence" (183). La procédure permet qu'il soit interprété, en principe à requête (184), dans la mesure où il n'a pas encore été exécuté (185). La pratique assimilant la qualité pour requérir

Simon Schweizer, Das Rechtsmittelsystem im basellandschaftlichen Zivilprozessrecht, 1988, 47.

180) NE CCC VI 251.

Max Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach zürcherischem Recht, Thèse Zurich 1942, 54: "Eine Abänderung des Urteils kann nur insofern verlangt werden, als Rechte und Pflichten des beschwerdeführenden Streitgenossen in Frage stehen". Peter Bont, Appellation, Nichtigkeitsbeschwerde und Rekurs im solothurnischen Zivilprozess, Thèse Bâle 1980, 52: "Das hat zur Folge, dass ein allfälliger anders lautender Rechtsmittelentscheid nur im Verhältnis zu den Streitgenossen, die den Entscheid weitergezogen haben, Wirkung zeitigt".

181) GR PKG 1951 78 no 31: Action en constatation de droit de C contre A et B. Action de C admise. B recourt. A ne recourt pas. Le deuxième juge admet le recours. C a donc gagné contre A qui n'a pas recouru et sur recours perdu contre B. Le jugement a force de chose jugée entre A et C et l'arrêt entre B et C.

182) VD JT 1978 III 43 c. 3, JT 1959 III 93: "Lorsque le créancier exerce une seule poursuite contre deux débiteurs solidaires et que le prononcé de mainlevée est annulé pour défaut d'assignation de l'un des poursuivis, l'annulation vaut également à l'égard de l'autre poursuivi". JT 1956 III 30, 31: "L'annulation de la décision présidentielle vaut pour tous les défendeurs y compris ceux qui n'ont pas recouru". Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 448 ch. 5: "Cette jurisprudence nous paraît erronée, car elle compromet l'unité du jugement que la consorité ou l'appel en cause tendent précisément à assurer. Elle est au surplus contraire à plusieurs arrêts antérieurs...et à la solution adoptée par le TF en matière de recours en réforme...". Patrice Girardet, Le recours en nullité en procédure civile vaudoise, Thèse Lausanne 1986, 301. AG Eichenberger Beiträge 43.

183) NE RJN 2 193, 95.

184) Le juge peut parfois statuer d'office, par ex. UR 284 ch. 1.

185) NE n 436. RJN 2 193.

l'interprétation à la qualité pour recourir (186), il faut reconnaître à chaque consort la qualité pour solliciter l'interprétation du jugement (187). La consorité renait lorsque plusieurs consorts sollicitent l'interprétation (188) ou qu'elle est requise à l'encontre de plusieurs d'entre eux.

Le jugement sujet à interprétation peut être subjectivement partiel. Le consort concerné peut demander l'interprétation du prononcé qui a tranché ses droits. Ne peut en revanche former dans certains cantons une telle requête le consort qui a acquiescé, transigé ou s'est désisté, car l'acquiescement, la transaction et le désistement ne sont pas susceptibles d'interprétation (189). L'adversaire des consorts est également en droit de ne solliciter l'interprétation que d'une partie du jugement lorsque le dispositif n'est imprécis qu'à l'égard d'un de ses contradicteurs. Les autres consorts, notamment les codébiteurs solidaires, peuvent toutefois être indirectement concernés par la requête. Il se justifie alors de la leur notifier pour observations.

Le consort simple doit justifier d'un intérêt et être affecté par l'obscurité de la décision (190). Lorsque le point à interpréter concerne tous les consorts, il peut solliciter l'interprétation au profit de tous. Tel n'est pas le cas en revanche lorsqu'il n'est pas concerné par la partie du dispositif à interpréter, lorsque l'intention du juge ressort clairement des considérants de la décision ou que le jugement a été exécuté. Son intérêt subsiste en revanche lorsque la procédure d'exécution est en cours.

La demande en interprétation doit le plus souvent être présentée dans un délai identique ou plus long que le délai légal de recours et être déposée en autant d'exemplaires qu'il y a de parties plus une pour le tribunal (191). Condition de recevabilité (192), le requérant doit indiquer les points à interpréter (193). Il peut ne solliciter l'interprétation que du seul dispositif sur les frais. Ainsi peut-il demander que lui soit indiquée la répartition des frais entre consorts lorsque les considérants ne permettent pas de la déterminer (194).

La requête d'interprétation n'a pas d'effet dévolutif de sorte que le tribunal interprétatif compétent est celui qui a statué (195). Elle ne suspend l'exécution du jugement attaqué ni à l'égard du requérant ni à l'égard des autres. Toutefois, lorsque les circonstances l'exigent, le tribunal peut ordonner la suspension (196) et assujettir

186) *Walter Hagger*, Die Erläuterung im schweizerischen Zivilprozessrecht unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich, Thèse Zurich 1982, 87: "Da der Erläuterungsprozess direkt vom Ergebnis des Erstverfahrens abhängig ist, sind die für das Rechtsmittelverfahren geltenden Grundsätze bezüglich der Legitimation des Gesuchsstellers analog anzuwenden. Damit kann grundsätzlich einmal festgehalten werden, dass, wer berechtigt ist, gegen den Erstentscheid ein Rechtsmittel zu ergreifen, auch berechtigt ist, dessen Erläuterung zu beantragen, damit er sich Klarheit verschaffen kann, ob er gegen den Erstentscheid ein Rechtsmittel ergreifen wolle oder nicht".

187) *Hagger 88*: (Die Streitgenossen) "können in dem Umfange, in welchem ihnen das kantonale Prozessrecht die Befugnis gibt, Rechtsmittel zu ergreifen, auch die Erläuterung eines Entscheides beantragen"; *Paul Zweifel*, Revision, Reinigung und Erläuterung nach städtischer Zivilprozessordnung, Thèse Fribourg 1952, 69.

188) *Wieczorek ad 59 A12*.

189) *VD JT 1972 III 92*: Une transaction passée en justice ne peut faire l'objet d'une demande en interprétation alors même qu'elle a force de chose jugée. *JT 1961 III 26*.

190) *Hagger 90*.

191) *Ti 334/1*.

192) *ZH RSI 41 1945 91 no44*, *SG GVP 1955 68 no30*.

193) *SH 380*: "...Die mangelhaften Stellen sind wörtlich anzuführen und die verlangte Wortfassung ist genau zu beantragen". *Hagger 94-95* et les références citées.

194) *JurBüro 1985 1560*: "unvollständiger Kostenanspruch bei Streitgenossenschaft", *JW 1898 661*.

Wieczorek ad 319 Bllc1, *Stein/Jonas ad 319 nm9 n. 30*.

195) *Guldener ZPR 536*; *Hagger 101*.

196) *Par exemple NE n440*, *SO 318/3*.

la partie qui poursuit l'exécution à fournir sûretés (197). Il en sera ainsi particulièrement en cas de consorité simple matérielle.

Le jugement interprétatif ne pouvant porter atteinte à l'autorité de la chose jugée, ni restreindre, ni étendre les droits reconnus (198), le juge ne saurait modifier le dispositif. Il ne saurait ajouter des condamnations à la décision (199), ni rendre débitrice des obligations consacrées par le premier jugement une personne qui n'a pas été partie à la procédure (200), par exemple étendre à l'épouse une condamnation qui n'avait été prononcée qu'à l'encontre du seul mari (201), ou l'étendre à un codébiteur solidaire qui n'avait pas été recherché par le créancier (202). Il peut en revanche modifier le dispositif lorsqu'il a tranché dans les motifs, mais a omis de reproduire ce point dans le dispositif (203). Il peut de même compléter le dispositif sur les frais et dépens (204), par exemple lorsqu'il a statué sur les rapports internes des consorts dans les considérants, mais non dans le dispositif.

197) OW 290/3, FR 332 renvoi à 327, GR 240/1.

198) ZH ZR 52 1953 312 no192, ZR 22 1923 251 no128, NE RJN 21 109.
ZH Hauser/Hauser GVG ad 179 ch. 3: "Das Dispositiv des gutheissenden Erläuterungsbegehrens kann nichts anderes enthalten als eine Neufassung des Entscheides, nicht aber dessen Abänderung".

199) Civ. 12 octobre 1977 Dalloz 1978 I.R. 86 note obs. Julien.

200) Soc. 26 février 1985 Gaz. Pal. 1985 Pan. 189 obs. Guinchard et Moussa.

201) 5 octobre 1988 J.C.P. 1989 21271 obs. Cadiot: "Dans ce dernier cas, une rectification du jugement eût pu être obtenue... à la double condition d'une part que l'épouse ait été partie à l'instance, et d'autre part, que le juge ait omis de statuer sur un chef de condamnation à son encontre dont il avait été effectivement saisi". Gaz. Pal. 1979. 2. Somm. 322.

202) Wicczorek ad 319 BIIIa2. Contra: JW 1898 661.

203) JW 1898 661.

Stein/Jonas ad 319 nm9, ad 321 nm3, Fasching ZPR I 726 nm1567: "Auslassungen, die zur gänzlichen oder teilweisen Nichterledigung von Sachanträgen führen, können nur dann Gegenstand einer Urteilsberechtigung sein, wenn das Gericht aufgrund des Inhalts der Entscheidung objektiv feststellbar über den Sachantrag mitentscheiden wollte".
Contra Wicczorek ad 321 Bfbl: "§ 321 ist bei der subjektiven Klagenhäufung grundsätzlich nicht anzuwenden. Wollte das Gericht für oder gegen alle Streitgenossen entscheiden, hat es aber einige ausgelassen, so muss die Entscheidung nachgeholt werden...".
Ce motif d'interprétation constitue en procédure fédérale et dans certains cantons une ouverture à révision ou autorise le pourvoi en nullité: OJF 136 c, VS 285 ch. 8. Guldener ZPR 537 n. 15.

204) VD TC arrêt non publié Blanc/Zabava du 23 février 1979 cité par Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 482, VD JT 1965 III 110.
AG Eichenberger ad 281 nm4.

CHAPITRE 11. LE DÉFAUT

§1. Le droit édicté

La procédure fédérale ne règle pas le défaut en cas de consorité simple de sorte que les règles générales sont applicables.

Quatre cantons ont légiféré en cette matière.

ZH	NW	BL	AG	GE 83
BE 39/2	GL	SH	TG	JU 38/2
LU	ZG	AR	TI	
UR	FR	AI	VD 307	
SZ	SO	SG	VS	
OW	BS	GR	NE	

Les dispositions ont trait au défaut faute de comparaître et au défaut faute de procéder. La réglementation genevoise vise la seule consorité passive. Les dispositions bernoise et jurassienne consacrent la même solution que pour la consorité nécessaire et présument que le consort diligent représente le défaillant. Les cantons de Zurich, Schwyz, Obwald, Appenzell Rhodes Extérieures, St-Gall, Argovie et Tessin ne règlent pas le défaut en cas de consorité simple, mais ont légiféré pour la consorité nécessaire. Les cantons de Vaud et de Genève ont une réglementation spécifique applicable aussi bien à la consorité simple qu'à la consorité nécessaire.

Les règles sur le défaut et le relief ne sont applicables que dans le cadre d'une procédure introduite régulièrement. Le défaut faute de comparaître est subordonné à l'assignation régulière de tous les consorts. Le juge doit examiner pour chacun d'eux la réalisation de cette condition. Les consorts non représentés par le même mandataire doivent être personnellement cités. La citation à comparaître envoyée au mandataire commun vaut assignation régulière (1).

§2. Tous les consorts sont défaillants

Lorsque les consorts ne comparaissent ou ne procèdent pas, ils sont défaillants. Il en va de même si, représentés à l'audience par le mandataire commun, ils avaient l'obligation d'y comparaître personnellement. Le fait de ne pas désigner un représentant commun n'entraîne en revanche pas contumace, mais est sanctionné au niveau des frais et dépens (2).

Il est donné acte du défaut à l'adversaire. En procédure vaudoise, le défaut à l'audience préliminaire lui permet d'obtenir un jugement contumacial. Le juge ne peut lui imposer la continuation du procès au motif qu'il a comparu (3).

Un jugement par défaut sanctionne l'attitude des consorts.

Chaque consort peut en demander le relief, même si un autre consort réalise le motif de relief (4).

1) BE Leuch ad 39 ch. 4.

2) VS RVJ 1977 32, 37.

3) Philippe Mercier, Le jugement par défaut en procédure civile vaudoise, Thèse Lausanne 1974, 176.

4) BE Leuch ad 288 ch. 1: "Sind alle Streitgenossen, die gemeinsam auftreten säumig, so genügt es, dass der Wiedereinsetzungsgrund in der Person eines einzigen gegeben ist, um die Wiedereinsetzung aller zu rechtfertigen". Contra Matti Streitgenossenschaft 97: "Die Wiedereinsetzung im Falle der Säumnis...kann nur derjenige verlangen, in dessen Person sie begründet ist".

§3. Un consort est défaillant

Cette hypothèse soulève de nombreuses questions. La réglementation doit concilier trois exigences. Le consort défaillant ne doit pas pouvoir compromettre le litige collectif. Le droit d'être entendu du consort diligent doit être respecté. L'unité du procès et de jugement doit être préservée. Le législateur, la doctrine et la jurisprudence ont tenté de satisfaire ces conditions par diverses combinaisons juridiques. Certains cantons atténuent pour le consort diligent les conséquences de la passivité des autres et écartent les règles sur le défaut. Le jugement est totalement contradictoire (5). D'autres appliquent simultanément les règles sur le défaut et de la procédure ordinaire. Le jugement est à la fois contradictoire et contumacial (6). D'autres encore mettent l'accent sur le consort défaillant mais font profiter à certaines conditions le comparant du relief (7).

Est défaillant le consort tenu de comparaître personnellement à l'audience (8) qui ne peut faire valoir des motifs d'absence (9) et ce même s'il est représenté par le mandataire commun. Fait également défaut le consort qui ne procède pas (10).

L'adversaire est fondé à demander défaut à l'égard du consort défaillant, sauf s'il est lui-même défaillant (11). Un consort ne saurait demander défaut contre un autre, sauf si le procès porte également sur les rapports internes.

Le canton du Valais a connu deux périodes. Sous l'ancienne jurisprudence, l'instruction continuait contre le consort non défaillant et aboutissait à un jugement unique rendu en contradictoire contre le consort non défaillant et par défaut contre le défaillant. Prononcé contre le consort défaillant à la fin de l'instruction seulement, le jugement contumacial tenait compte de toutes les preuves administrées et des actes du dossier complet. L'état de fait était ainsi constitué comme si l'instruction s'était poursuivie en contradictoire pour tous les consorts (12). Selon l'actuelle jurisprudence, l'instruction est poursuivie en contradictoire contre le consort qui n'a pas encouru le

- 5) VD, BE, JU: présomption de représentation.
Le système fait des consorts des représentants mutuels et consacre un jugement non susceptible de relief.
- 6) Les cantons qui n'ont pas légiféré appliquent les règles générales sur le défaut. Ancienne jurisprudence valaisanne pour la consorité simple.
Sur la qualification des jugements contradictoires, dits contradictoires, réputés contradictoires et par défaut. Hébraud RTDC 1973 379 n. 1.
- 7) GE.
- 8) Comp. SO CPC 1891, art. 2: "Die Parteien sind in der Regel gehalten...selbst zu erscheinen", art. 3: "Ausnahmsweise ist...eine Vertretung zulässig...durch Streitgenossen". SH CPC 1869 art. 178 ch. 5: "Vor Friedensrichteramt haben die Parteien persönlich zu erscheinen. Stellvertretung findet nur ausnahmsweise statt, in Sachen von Streitgenossen durch einen Streitgenossen".
- 9) VS 162, VS RVJ 1987 302: Epoux codéfendeurs. Seuls comparaissent le mari et le mandataire du couple. L'épouse, jugée défaillante, a pu faire valoir avec succès, en seconde instance, des motifs plausibles à son absence.
- 10) VS RVJ 1981 326: Si les particularités de l'espèce le justifient, le juge peut exiger d'un codéfendeur qu'il dépose une écriture sur les faits du mémoire réponse d'un autre codéfendeur sous peine de contumace.
- 11) VD JT 1920 III 52: Soit un A contre B et C, consorts simples. A est défaillant, B aussi.
- 12) VS RVJ 1972 238/RSJ 70 1974 269 no65: "Il est de jurisprudence constante que, en cas d'action dirigée contre deux défendeurs...en consorité simple, et si l'un d'eux est contumace, mais non l'autre, l'instruction est poursuivie en ce qui concerne celui qui n'est pas défaut: que par ailleurs, le jugement est rendu contre les deux, sur la base des actes du dossier ainsi formé: cela n'empêche pas que, contre le défendeur défaillant, c'est un jugement contumacial qui est rendu dont le relief peut-être demandé", RVJ 1967 40, RTC 1960 38, RTC 1932 45, RTC 1932 35: "Il doit être rendu à son encontre un jugement contumacial, tandis qu'à l'égard des autres parties, la sentence doit être portée en contradictoire. Le tribunal n'en doit pas moins cependant et contrairement à ce qui semblerait ressortir de l'article 115 CPC établir et

défaut (13). Le juge prononce la division de causes pour permettre un jugement contumacial immédiat (14). Le jugement est rendu sur la base du dossier avant contumace. Il ne prend en considération que les faits allégués et les preuves administrées avant que n'ait été encouru le défaut. Lorsque le défaillant obtient le relief, le juge joint à nouveau les causes pour reprise de l'instruction en contradictoire de toutes les demandes et le prononcé d'un jugement commun (15). Si le relief n'est pas obtenu, le jugement devient définitif pour le défaillant et le dossier est transmis au juge instructeur pour suivre la procédure en contradictoire (16). Les tribunaux valaisans justifient la solution par le fait qu'elle tient compte d'une part du caractère de la consorité simple qui est de réunir des demandes indépendantes pouvant avoir des sorts différents, d'autre part de la division de causes quand le cumul entrave la marche de la procédure (17). Ils expliquent le revirement de jurisprudence par le fait que l'ancienne pratique était de nature dans certaines circonstances à avantager le défaillant: Le tribunal ayant par exemple exposé dans son jugement contumacial qu'il aurait dû déposer telle ou telle preuve pour appuyer ses allégués, l'admission du relief lui aurait permis de reprendre la procédure et de demander que soit incorporée au dossier la pièce manquante. Le consort défaillant pouvait obtenir ainsi un meilleur résultat que le consort diligent (18). Les juges valaisans ont également écarté l'ancienne pratique au motif qu'elle favorisait des jugements incompatibles. L'argument est peu convaincant, car la nouvelle jurisprudence comporte également ce risque (19).

Dans le canton de Vaud, le défaut fait l'objet de l'article 307 al. 2 (20). La disposition vise le défaut à l'audience préliminaire (21) ou à l'audience de jugement (22). Le demandeur obtient défaut contre le défaillant. La procédure est poursuivie "contradictoirement" (23), le consort défaillant n'étant exclu que de la procédure

examiner la situation de cet intimé à la lumière des actes complets du dossier et non point seulement de ceux qui ont été réunis avant que la contumace ait été encourue". Solution jugée non arbitraire par le TF (note conclusive ad cet arrêt).

13) VS RVJ 1978 13.

14) VS RVJ 1976 261, 265: "Pour les actions contre les défaillants, il y a donc entrave et complication inutile à attendre la fin du processus d'instruction contre la partie non défaillante et ceci justifie la division...Au demeurant, la division offre une solution élégante au problème posé: le jugement contumacial pourra être porté sans retard". Dans le même sens: Fabbrini 834.

15) VS RVJ 1978 13.

16) VS RVJ 1976 261: "En cas de cumul subjectif de demandes avec consorité simple entre les défendeurs, lorsqu'un second défaut entraînant un jugement contumacial est encouru par plusieurs défendeurs, mais non par tous, l'instruction doit être poursuivie en contradictoire contre le ou les défendeurs qui n'ont pas encouru le défaut..."

17) VS RVJ 1976 261.

18) VS RVJ 1972 239/RSJ 70 1974 269 no65: "Diese Praxis kann aber unter Umständen zu einer Besserstellung der Partei führen, die gerade nachlässig und säumig war. Wenn nämlich das Gericht...ausführt, der Beklagte hätte zur Erhärtung einer Behauptung als Beweismittel dieses oder jenes Aktenstück hinterlegen sollen, so könnte sich die säumige Partei vom Säumnisurteil erheben, das Verfahren wieder aufnehmen, die im Urteil als fehlend bezeichneten Beweise beantragen und dann auf diese Art vielleicht zu einem andern, günstigeren Entscheid gelangen, so dass schliesslich in Bezug auf die beiden Beklagten widersprechende Urteile vorliegen..."

19) VS RVJ 1967 40, RTC 1960 38.

20) VD 307/2 CPC: "Dans les causes concernant l'état des personnes, la partie présente obtient acte du défaut et procède pour ce qui la concerne comme en cas d'instruction contradictoire tandis que les offres de preuves de la partie défaillante sont écartées. Il en est de même si plusieurs parties sont réunies en cause et que l'une d'elle fait défaut".

21) Mercier 176-177, Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 307/2.

22) VD JT 1958 III 47. Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 307 ch. 3.

probatoire et des débats (24). Le juge écarte les offres de preuve du défaillant qui est néanmoins jugé contradictoirement (25). Le comparant qui avait jugé inutile d'alléguer à son tour les faits que le défaillant avait invoqué et offert de prouver (26) peut reprendre les allégués et les offres de preuve du défaillant (27). Le juge n'établit qu'un état de faits (28) selon les règles de l'instruction contradictoire (29). Le jugement a la même qualification pour tous les consorts: L'accent est mis sur la comparution: il est contradictoire à l'égard de tous (30). Il n'est jamais contumacial (31). Le défaillant bénéficie de l'instruction entreprise par les autres consorts (32). Le juge peut diviser les causes et rendre des jugements séparés (33). Le défaillant ne bénéficie pas du relief. Toutes les parties ayant le droit de recourir, le procès présenterait le risque de solutions contradictoires selon que telle partie a recouru alors que l'autre ne l'a pas fait (34). Aussi, mettant l'accent sur le défaut, P. Mercier estime-t-il que le défaut d'un consort permet le prononcé d'un jugement contumacial contre tous, y compris contre les comparants, mais que le jugement est susceptible à la fois de recours et de relief, qui en cas d'admission entraînent l'un et l'autre l'annulation du jugement pour tous les consorts (35).

Les cantons de Berne et du Jura appliquent à la consorité simple la même solution que pour la consorité nécessaire. Pour préserver l'unité de la procédure, ils présument la représentation. Le consort défaillant est présumé représenté par le consort diligent (36). Les actes de ce dernier devenant celui de tous les consorts, le système de la présomption met le juge dans l'impossibilité de prononcer un jugement

-
- 23) VD 307/2.
 - 24) VD JT 1958 III 47, 56.
 - 25) Mercier 179.
 - 26) Mercier 179: "On ne saurait...dire que le jugement rendu dans ces conditions assure au défaillant une sécurité égale à celle d'une instruction contradictoire. A notre sens, la sécurité du jugement rendu en pareille espèce, n'est guère supérieure à celle d'un jugement rendu en cas de défaut dans le cadre d'une action d'état ou en paternité. Or, dans ce cas, le tribunal rend un jugement par défaut à l'audience au fond. Il paraît dès lors injustifié de soumettre à des régimes distincts le défaut à l'audience de jugement dans les actions d'état ou en paternité".
 - 27) Mercier 176.
 - 28) VD JT 1958 III 47, 56. Mercier 178.
 - 29) Mercier 178: "aucun fait n'est censé vrai à l'égard de la ou des parties défaillantes; les faits énoncés ou repris par les parties présentes doivent être prouvés".
 - 30) Pour Mercier 185, le jugement devrait être contumacial contre tous.
 - 31) Un jugement contradictoire faussement qualifié par défaut n'est pas nul, Req. 4 juin 1878, Dalloz D.P. 1878.1.485.
 - 32) VD 307/2, a352.
VD JT 1958 III 47, 56: le jugement par défaut prévu à l'article 352 n'est pas celui rendu selon les règles de l'article 244 qui doit céder le pas devant la disposition spéciale, Mercier 178.
 - 33) Mercier 178.
 - 34) Mercier 179. D'où l'idée que le recours profite à tous, *Pierre Hofmann*, Le recours en nullité de la procédure civile vaudoise, Thèse Lausanne 1943, 207-208.
 - 35) Mercier 183ss: (Ce système) "semble présenter l'avantage de maintenir une certaine unité dans le système vaudois du défaut...le défaut est en effet très largement admis dans notre ordre juridique, qui ignore l'institution, connue en procédure civile française, du jugement rendu en l'absence d'une partie, mais réputé contradictoire. Il nous paraît choquant de créer une exception en cas de pluralité de parties, comme le fait la jurisprudence du TC".
 - 36) BE 39/2, JU 38/2: "Si l'un des consorts est défaillant, il est censé être représenté par les autres, à moins qu'il ne s'agisse de moyens d'attaque ou de défense particuliers, ou de recours".

par défaut et exclut totalement le relief. La doctrine désapprouve l'application de la présomption à la consorité simple (37) au motif qu'elle brise le principe de l'indépendance des consorts et les empêche de procéder à leur gré (38). Les auteurs estiment qu'elle n'a qu'un champ d'application limité puisqu'elle devient sans objet en cas de division de causes (39). La critique est injustifiée, car la présomption de représentation ne s'applique jamais aux actes personnels des consorts. De nombreux cantons ayant adopté ce système pour la consorité nécessaire, il sera exposé en détail dans la partie consacrée à la consorité nécessaire. Nous y renvoyons le lecteur (40).

Les dispositions genevoises sur le défaut ne visent que la seule consorité passive (41) et ne s'appliquent que s'il y a risque de jugements contradictoires (42). La réglementation s'inspire de deux systèmes qu'elle fusionne et modifie l'un par l'autre et dégage de leurs principaux inconvénients" (43). Le premier système est celui du jugement réputé contradictoire contre le comparant et par défaut contre le défaillant. Le second est celui d'un jugement contumacial général susceptible de relief dans l'intérêt de toutes les parties condamnées. Le système choisi consiste à prononcer un jugement contradictoire contre le comparant et un jugement contumacial contre le défaillant, à ne conférer le droit de se relever du défaut qu'au seul défaillant, et à faire profiter le comparant du jugement sur relief en cas d'indivisibilité procédurale (le jugement qui admet le relief repose sur des moyens communs inconnus aux comparants ou sur des moyens dont la preuve dépend des défaillants) ou d'une indivisibilité substantielle (l'objet de la condamnation incorporée dans le jugement qui admet le relief est indivisible)(44). Si les moyens communs sont connus du comparant, le jugement admettant l'opposition ne profite pas au comparant, de sorte que l'unité de litige n'est pas maintenue. Le jugement au fond rendu sur opposition du défaillant ne concerne pas le consort comparant, mais exclusivement l'opposant et le demandeur. Un éventuel appel ne pourrait concerner que ces parties à l'exclusion du consort étranger à la procédure consécutive à l'opposition. L'opposition formée contre le jugement unique ne peut entraîner la modification éventuelle de ce dernier qu'avec la participation de toutes les parties, y compris les comparants (45). Les consorts

Matti Streitgenossenschaft 99: "Damit wird jedoch nicht die Mehrheit der Prozesse aufgehoben, sondern lediglich die regelmässig gegebene gegenseitige Unabhängigkeit beschränkt".

- 37) L'application à la consorité simple serait dépourvue de raison valable (Ovari 154, Geiger 69) et aurait peu de sens (BE Leuch ad 39 ch. 3, Gysler 11 n. 1). Comp. Matti Streitgenossenschaft 100: "Aus dieser Ausdehnung der Vertretungswirkung auf alle Fälle der materiellen und formellen Streitgenossenschaft kann geschlossen werden, dass Art. 39 Abs. 2 ZPO hauptsächlich den Fortgang der gemeinschaftlichen Prozesse fördern will, da die Frage von Urteilswidersprüchen eigentlich nur bei der notwendigen Streitgenossenschaft von besonderer Bedeutung ist".
- 38) Flepp 102-103: "In der Aufstellung solcher Vorschriften muss eine Rückwärtsbewegung in das gemeine Recht gesehen werden, denn, wenn vielleicht auch unbemerkt und ungewollt, so nähert man sich damit doch wieder dem Gedanken der Einheit der Streitgenossenschaft. Letztere Anschauungen dürften aber heute als überwunden angesehen werden".
- 39) Geiger 70, Flepp 102, BE Leuch ad 39 ch. 3.
- 40) Voir Troisième partie, Titre III, Chapitre 11.
- 41) GE 83: "Si une demande, fondée sur le même titre et ayant le même objet, est formée contre plusieurs parties dont les unes font défaut et les autres comparaissent, le tribunal, s'il ne juge tout de suite, accorde acte du défaut et remet à statuer sur le fond pour prononcer à l'égard de toutes les parties par un seul jugement".
Pour la genèse de cette disposition, voir Bellot 58ss et Bertossa ad 83 nm1.
- 42) GE Bertossa ad 83 nm1.
- 43) Bellot 60.
- 44) GE 93: "Dans le cas de l'article 83, le jugement sur l'opposition profite aux parties condamnées contradictoirement a) s'il repose sur des moyens communs qui leur étaient inconnus ou dont la preuve dépend du défaillant, b) si l'objet de la condamnation est indivisible".

comparants doivent en conséquence, comme le demandeur, être informés du relief, et être admis aux nouveaux débats. Leur intervention se limite à la mise en oeuvre des moyens communs qui leur étaient inconnus ou dont la preuve dépend du consort défaillant (46). Les codéfendeurs qui ont comparu dans la première phase du procès ne pourront donc dans la seconde se prévaloir uniquement d'un moyen nouveau (47). Les codéfendeurs comparants peuvent également soutenir que la condamnation qui les a frappés était indivisible (48) et doit être revue à la faveur de l'argumentation développée du consort défaillant relevé du défaut (49).

En procédure fédérale et dans les cantons qui n'ont pas de règles spécifiques à la consorité en matière de contumace, on applique au seul consort défaillant les règles relatives au défaut et ce quel que puisse être le résultat de l'administration des preuves (50). La contumace n'affecte ainsi que le défaillant (51). Le défaut déploie ses effets dès le moment où il est ordonné. Le jugement aura une double qualification. Une "décision à deux faces" sera prononcée (52), contradictoire contre le comparant et contumaciale contre le défaillant (53). Le droit de se relever du défaut est accordé exclusivement au défaillant (54). Le comparant ne bénéficie pas de ce droit. Dans certains cantons, le défaillant dispose d'un droit absolu au relief sans égard au fait que son défaut ait été ou non fautif. Ainsi la partie adverse ne peut-elle contester le relief que pour tardiveté ou pour vice de forme. Dans d'autres cantons, le droit au relief est subordonné à des conditions. Ainsi la partie défaillante ne peut elle se faire relever que lorsque ni elle ni son mandataire n'ont eu connaissance de l'assignation ou du délai fixé par le juge ou n'en ont eu connaissance que tardivement pour obtempérer, lorsque pour des causes sérieuses, ni elle-même, ni son mandataire ou avocat n'ont pu procéder à la diligence voulue. Le consort simple doit prouver la réalisation de ces conditions. La demande de relief peut avoir un effet suspensif à moins que le juge n'ait prononcé l'exécution provisoire du jugement. La partie adverse peut dans certains cantons formuler des observations, voire même contester le droit au relief. Le juge peut maintenir ou modifier le jugement par défaut en tout ou en partie. Il peut être amené à le rétracter à l'égard du consort défaillant de sorte que des contradictions dans les décisions judiciaires peuvent se produire (55). Le résultat est considéré comme contestable, voire comme choquant (56). Formellement unique, le jugement

45) GE Bertossa ad 93 nm2.

46) GE 93a.

47) Le terme moyen n'a pas le sens d'argumentation juridique, mais de fait susceptible d'emporter une conséquence juridique. Les consorts défendeurs qui avaient comparu et ont été condamnés contradictoirement peuvent se prévaloir des faits précédemment inconnus d'eux, par exemple des faits fondant la prescription. Ils ne peuvent pas en revanche tirer argument d'exceptions de droit civil qui leur avaient échappé. Ainsi, ne peuvent-ils plus invoquer la prescription. GE Bertossa ad 93 nm3.

48) GE 93b.

49) GE Bertossa ad 93 nm2.

50) Guldener ZPR 304, Habscheid ZPR II 152 nm279.

51) Faute de base légale expresse. Guldener ZPR 304; "Die Säumnisfolgen treffen nur den Streitgenossen der selber säumig ist...Die Versäumnisse eines Streitgenossen reichen den übrigen weder zum Vorteil, noch zum Nachteil". Geiger 48, 53, Habscheid ZPR II 152 nm279. ZH Sträub/Messmer ad 40 nm11, BS/BL Stachelin/Sutter 87, AG Eichenberger ad 51 nm3 et Beiträge 45.

Le droit allemand consacre la même solution. RGZ 55 310. Lenz ZPR 220, Arens/Lücke 312 nm445, Thomas/Putzo ad 61 ch. 9, Stein/Jonas ad 61 nm3, Schönke 98, Schilken 375 nm669, Schlosser 232 nm271, Blomeyer 629, Zimmermann ad 61 nm4, Zöller ad 61 nm8. Le droit autrichien également: Ballon 78, Rechberger/Simotta 72 nm136, Wolff 128.

52) Mercier 178.

53) Guldener ZPR 304, AG Eichenberger ad 51 nm3 et Beiträge 45.

54) Matti Streitgenossenschaft 97, Geiger 49, BE Leuch ad 39 ch. 3 et 288 ch. 1. Rechberger/Simotta 72 nm136.

est rendu pour le comparant sur la base du dossier complet et sur toutes les preuves administrées et pour le défaillant sur la base du dossier partiel ainsi que les allégués et les preuves administrées avant que n'ait été encouru le défaut (57). Le système amène le juge à devoir démêler les faits intéressant le comparant et ceux qui concernent seulement le défaillant et établir deux états de faits. La tâche est difficile et compliquée, car il y a souvent impossibilité pratique à faire le départ entre des faits qui sont souvent les mêmes (58). Dans un tel cas, le juge doit selon certains auteurs refuser de tenir pour exact un allégué qui concerne à la fois le défaillant et le comparant (59). Pour d'autres, le juge peut tenir le même fait pour exact à l'égard d'un consort et pour inexact à l'égard d'un autre (60). La particularisme des cantons est en cette matière également important. Le juge peut retenir les faits énoncés par l'adversaire des consorts à l'encontre du consort défaillant de manière générale ou plus restrictivement si le contraire ne résulte pas du dossier. Les faits énoncés par ou contre le défaillant sont retenus dans la mesure où ils sont prouvés. A défaut, ils sont écartés contre lui et retenus contre le comparant. Le juge doit administrer les preuves s'il a des doutes sur l'exactitude des allégués du demandeur. Les cantons peuvent prévoir une instruction en quasi contradictoire, le défaillant n'étant écarté que de l'instruction. La réglementation se rapproche ainsi de la réglementation vaudoise (61). Les frais occasionnés par le défaut sont à la charge du défaillant, même si après relief il obtient gain de cause.

Aucun canton n'a à juste titre mis l'accent sur le consort défaillant et introduit un défaut général contre tous les consorts. La solution déroge en effet au principe de l'indépendance des consorts. Elle serait sévère pour la partie qui a régulièrement comparu et qui a obtenu un jugement après une instruction contradictoire, car elle lui ferait supporter des conséquences qu'elle n'aurait pas à subir si elle n'avait pas agi en consorcié. Elle permettrait d'éviter des jugements contradictoires, mais ébranlerait l'autorité de la chose jugée car elle aurait pour effet de conférer le relief à un consort condamné contradictoirement (62). Elle présenterait le danger que les consorts s'entendent pour faire valoir leur défense en deux stades successifs (63).

55) Mercier 175.

C'est la ratio legis des dispositions du droit français; *Pierre Julien*, Jugement par défaut ou réputé contradictoire, Encyclopédie Dalloz, ch. 42: "ces dispositions s'expliquent par le fait que, lorsqu'il y a plusieurs défendeurs, il faut éviter d'éventuelles contrariétés de décision de justice, lesquelles seraient susceptibles de se produire si le jugement contradictoire à l'égard des uns et rendu par défaut à l'égard des autres, était par la suite, sur opposition de ces derniers, rétracté vis-à-vis d'eux".

56) Comp. Bellot 59: "Ce...système, qui a en sa faveur l'ordonnance de 1667 et notre ancienne pratique, présente des objections également fortes. Il peut conduire, sur une demande fondée sur le même titre et ayant le même objet, à deux jugements diamétralement contraires, l'un à l'égard des assignés qui ont d'abord comparu, l'autre à l'égard des défaillants dont l'opposition a été admise. Or, comme l'affirmative et la négative ne sauraient être vraies en même temps, de ces deux jugements opposés, il y en a un qui accorde ce qui n'était pas dû, ou qui lui refuse ce qui était dû. Le but de la procédure est manqué..." 60: "Un autre inconvénient...résulte de la difficulté, de l'impossibilité d'exécution, lorsque l'objet des jugements opposés est indivisible de sa nature".

57) Mercier 183: "Pour savoir s'il doit les considérer comme admis, le tribunal aura à déterminer précisément contre qui sont allégués les faits de la partie présente, lorsque par exemple, elle a deux adversaires, dont l'un a comparu et l'autre fait défaut".

58) VD JT 1958 III 47ss. 58.

59) Mercier 183.

60) Baumbach/Lauterbach ad 61 2D.

61) Par ex. NE n205-207.

62) C'est la solution choisie par Mercier 184-185, déjà été défendue par Porta 270 en 1777.

Les solutions cantonales font pour la plupart bénéficier le défaillant de l'instruction du comparant, mais n'appliquent pas les mêmes méthodes. Le défaillant ne profite de l'instruction qu'après relief dans le canton du Valais. Il en bénéficie en dehors de tout relief de manière générale dans le canton de Vaud et par présomption de représentation dans les cantons de Berne et du Jura. La solution genevoise est la plus large. Non seulement elle accorde le relief au défaillant, mais en fait profiter les comparants dans des hypothèses limitativement énumérées. Toutes ces solutions tiennent compte de la section commune des litiges cumulés et font supporter implicitement au défaillant les conséquences de la contumace relativement à ses moyens personnels.

La solution est dans les autres cantons peu conforme à l'économie de procédure lorsqu'il y a cumut, car elle oblige le juge à trier les allégués. A l'inverse des précédentes qui privilégient l'unité de la procédure, elle ne fait pas profiter le défaillant de l'instruction des comparants, car elle contraint le juge à nier pour le défaillant la réalité de faits communs aux comparants.

Le TC vaudois admet en matière de poursuites et faillite que lorsque un créancier obtient un prononcé de mainlevée contre deux débiteurs, mais que ce prononcé est annulé pour défaut d'assignation de l'un des poursuivis, l'annulation vaut également à l'égard des autres; VD JT 1959 III 93. Il a adopté une solution identique en matière de partage successoral VD JT 1956 III 30.

63) Belloi 60.

CHAPITRE 12. LE TEMPS DU PROCES

§1. Les délais

Pour que les consorts satisfassent à l'exigence de l'action en commun, ils doivent être soumis aux mêmes délais et échéances (1). Le législateur oblige pour cette raison les consorts à désigner un représentant *ad significationem* (2).

La fixation d'un même délai n'autorise pas un consort à exiger la communication des actes des autres avant d'accomplir les siens. Lorsque par exemple deux codéfendeurs bénéficient du même délai de réponse, l'un d'eux ne peut prétendre répondre qu'après avoir pris connaissance du mémoire de l'autre. La règle contraire autoriserait le premier à procéder en dehors du délai lorsque le second dépose son mémoire le dernier jour (3). Le principe comporte une exception lorsqu'un défendeur a conclu contre un autre. Le juge doit alors fixer à ce dernier un délai pour se déterminer (4). Le fait que le juge permette à un consort de présenter des moyens personnels dans un délai donné n'autorise en revanche pas les autres à s'abstenir de procéder.

La computation des délais est individuelle (5). L'échéance peut différer, les mémoires n'étant pas toujours notifiés le même jour (6). Il en est surtout ainsi lorsque les consorts n'ont pas de représentant *ad significationem*, ce qui provoque une distorsion dans le temps pour les consorts et met en danger la procédure commune (7).

Le délai est considéré comme *observé* lorsque l'acte a été accompli avant expiration. Maître de sa cause, le consort doit le respecter. L'activité d'un autre consort ne couvre pas son inaction (8). Pour ne pas mettre en danger la procédure commune, les cantons de Berne et du Jura ont la règle contraire; ils admettent une

1) L'article 119 du CPC valaisan de 1824 précisait que lorsqu'il y avait plusieurs consorts, il ne leur était accordé pour tous qu'un seul délai: "Dans les cas où il y aurait plusieurs consorts au procès, il ne leur est accordé qu'un seul délai. Ce délai commence à courir dès l'expiration de la huitaine fixée pour l'expédition des copies".
Ovari 52 et 54: "Die Streitgenossen sollen zur Vornahme prozessualer Handlungen vor Gericht gemeinsam erscheinen und innerhalb des gleichen Zeitraums Prozesshandlungen vornehmen. Die ganze Akten- und Protokollführung ist eine gemeinsame".
Matti Streitgenossenschaft 94: "Was die Fristansetzungen...anbetrifft,...so lauten diese für alle Streitgenossen einheitlich. Die gemeinsame Prozessführung bedingt..., dass die vereinigten Klagen im gleichen Termin zur Verhandlung kommen", Geiger 52.

2) Voir Deuxième partie, Titre III, Chapitre 2.

3) GE SJ 1942 345: Demande dirigée contre deux défendeurs assignés solidairement. Même délai imparté à chacun d'eux pour leur réponse. Incident soulevé par l'un d'eux qui prétend ne répondre qu'après l'autre. Jugement le déboutant de ses conclusions sur incident confirmé par la CJ.

4) VS RVJ 1981 326: Si les particularités de l'espèce le justifient, le juge peut exiger d'un codéfendeur qu'il dépose une écriture sur les faits du mémoire réponse d'un autre codéfendeur. Le fait pour le codéfendeur de ne pas déposer un mémoire dans le délai imparté peut justifier un jugement par défaut à son égard.

5) GRUR 1984 37, VersR 1980 928, VersR 1975 350, VersR 1971 846.

Ovari 53, BE Luch ad 388 ch. 1: "Für Streitgenossen beginnt die Frist für jeden gesondert seit der Eröffnung an ihn bzw. an seinen Bevollmächtigten", SG Lutz ad 104 ch.2, Baumbach/Lauterbach ad 61 2D, Wicczorek ad 61 Altb2, Zöllner ad 61 nm8, ad 516 nm11, Stein/Jonas ad 61 nm4, Schellhammer 678 nm1344, Rosenberg/Schwab 282, Zimmermann ad 61 nm2, Schellhammer 678 nm1344, Thomas/Putzo ad 61 ch. 6 et 11, Lindacher JuS 1986 381, MünK ad 61 nm6, Schilken 375 nm669.

6) OLGZ 1989 77.

Ovari 53, Geiger 48, Rosenberg/Schwab 282. Pour Moreau 201, la solution est, en matière divisible, sans gravité, quoique contestable.

7) Holzhammer Parteienhäufung 120.

8) Matti Streitgenossenschaft 93 et ZPR 1066. Stein/Jonas ad 61 nm4. Holzhammer Parteienhäufung 120: "Der im letzten Augenblick handelnde Streitgenosse vermag mit

présomption irréfutable de représentation quel que soit le stade de la procédure. Le délai respecté par un consort l'est par tous en ce qui concerne les moyens communs (9). La solution est adéquate. Le droit autrichien a de son côté résolu la difficulté en autorisant les consorts à procéder aussi longtemps que l'un d'eux bénéficie encore d'un délai non échu (10). La règle permet ainsi à un consort de recourir lors même que le délai de recours est échu à son égard (11).

Les délais judiciaires peuvent être *prolongés* à certaines conditions et à requête. Lorsque le délai a trait à un *acte personnel* au consort, seul ce dernier peut solliciter la prolongation. Lorsque le délai concerne un *acte commun*, la prolongation ne profite qu'au consort qui la sollicite dans le système de la computation individuelle, de sorte que les consorts doivent la requérir conjointement pour en bénéficier. La solution est sévère. Nous lui préférons celle admise dans les systèmes bernois et jurassien: la requête déposée par un consort est présumée celle de tous (12) dans la mesure où le délai à prolonger n'est pas échu. La prolongation obtenue par un consort préserve ainsi l'unité de la procédure et profite aux colitigants lors même que le délai est échu à leur égard (13).

Le ou les consorts défendeurs qui sollicitent la prolongation du délai de réponse ne sont pas réputés entrer en matière sur le fond de sorte que la requête de prolongation ne saurait équivaloir à une prorogation tacite de compétence (14).

La prolongation peut être conventionnelle et intervenir entre un consort et l'adversaire. Elle ne doit être admise qu'avec restriction pour éviter une distorsion dans le déroulement de la procédure. Elle peut provoquer une division des causes pour opportunité.

La restitution du délai a des effets individuels lorsqu'elle concerne un acte individuel. Le juge peut appliquer un traitement différencié aux consorts, restituer le délai à l'un d'eux et ne pas l'accorder à un autre, mais doit respecter l'égalité des consorts. La restitution du délai peut entraîner une division de causes pour opportunité. En procédure bernoise et jurassienne, le délai restitué à l'un des consorts l'est au profit de tous en vertu de la présomption de représentation lorsqu'il concerne un acte commun. La restitution collective s'impose pour notre part de manière générale dans un tel cas par économie de procédure et pour maintenir l'unité du procès.

seinem Betriebsakt nicht mehr die Parallelprozesse zu erfassen, für welche die bezügliche Frist schon abgelaufen ist. Andererseits darf sich keiner auf den günstigeren Notfristenlauf seines Mitstreiters verlassen; Wenn er zur Sache selbst vorbringen, vor allem berufen will, muss es dies in dem ihm zur Verfügung stehenden Zeitraum tun...Jeder Streitgenosse bleibt an die in seinem eigenen Prozess erteilten Frist gebunden".

9) Matti Streitgenossenschaft 106.

10) AZPO a127: "Laufen die den einzelnen Streitgenossen zur Vornahme derselben Prozesshandlung zuziehenden gesetzlichen oder richterlichen Fristen zu verschiedenen Zeiten ab, so kann die fragliche Prozesshandlung von allen Streitgenossen so lange vorgenommen werden, als noch einem der Streitgenossen eine Frist für die Prozesshandlung offensteht" (abrogé en 1983).

Holzhammer ZPR II 82: "Es besteht einheitlicher Fristenlauf. Jeder Streitgenosse kann die bezügliche Prozesshandlung (auch Sachvorbringen) nicht nur in seiner eigenen Frist, sondern auch in allen anderen dafür noch offenstehenden Fristen seiner Mitstreiter vornehmen, allenfalls zu einer Zeit, da der Lauf seiner Frist noch nicht begonnen oder schon aufgehört hat". Holzhammer Parteienhäufung 120-121. Wolff 127: "Nur Fristen für dieselbe Prozesshandlung laufen stets zugunsten aller. Es gilt also die längste Frist".

11) Holzhammer Parteienhäufung 121.

12) La présomption de représentation vaut pour tous les actes de procédure. La requête en prolongation de délai a cette nature. SO SÖG 1949 118 no20.

13) Matti Streitgenossenschaft 94 a contrario. La règle a sa source en droit allemand (DZPO 63) et autrichien (AZPO 15/1). Holzhammer Parteienhäufung 13.

14) ATF 52 I 131, 134.

§2. La suspension du procès

Le juge doit *constater d'office* l'existence d'un motif de suspension (15). Des raisons pratiques conduisent la jurisprudence genevoise à faire exception à cette règle dans les causes qui opposent un grand nombre de personnes (16).

Lorsqu'il y a matière à suspension à l'égard d'un consort seulement, la suspension peut être partielle, avec ou sans division de cause, ou totale.

Lorsqu'il y a suspension partielle assortie de division de cause, les autres procès suivent leur cours (17). La suspension assortie de la division de causes est justifiée par le fait qu'il ne peut être question de poursuivre l'instruction pour certains consorts et de la suspendre pour d'autres. Les colitigants du consort dont la cause est suspendue ont d'autre part le droit d'exiger que la poursuite des opérations s'effectue sans retard. La solution s'impose lorsqu'il apparaît que la suspension sera longue.

Dans le système de la suspension partielle sans division de cause, le décès (18) ou la faillite (19) ne provoque la suspension que du procès du consort concerné. Il n'y a toutefois pas suspension lorsque les héritiers du consort sont aussi parties à l'instance (20). La suspension a des effets individuels. Elle ne concerne le consort que dans ses rapports avec son adversaire. Elle n'affecte pas le colitigant (21). Aucun acte d'instruction ne peut être accompli à l'égard du consort dont la cause est suspendue et

-
- 15) NE CCC VIII 487; décès d'un consort. GE SJ 1986 11, SJ 1976 169, SJ 1968 533.
- 16) Semble-t-il dans le sens d'une non-suspension. GE SJ 1976 169.
- 17) ZH ZR 56 1957 76 no 49, 77: "...Wenn hinsichtlich eines Streitgenossen ein Hindernis für die Fortführung des Prozesses eingetreten ist, so ist regelmässig die Abtrennung des Prozesses gegen die übrigen Streitgenossen angezeigt". Marti Streitgenossenschaft 96, BE Leuch ad 40 ch. 2: "Wird nicht bezüglich aller eingestellt, so ist Trennung zu verfügen". Wieczorek ad 239 EI, Baumbach/Lauterbach ad 251 2A (pour la suspension à requête): "Ein Ruhen des Verfahrens im Hinblick auf nur einzelne Streitgenossen kommt selten vor. In einem solchen Fall ist eine Prozesstrennung...vorzuziehen". Fabbrini 834.
- 18) NJW 1969 515, NJW 1965 207: "Der in der Person eines Streitgenossen eingetretene Umstand führt nur den Stillstand des Prozesses dieser Partei herbei, wirkt jedoch auf die Prozesse der übrigen nicht ein". Stein/Jonas notes préI. ad 59 nm10, Thomas/Putzo ad 239, Baumbach/Lauterbach ad 239 2B, Wieczorek ad 239 EI.
- 19) VS RTC 1931 21: "De deux consorts dans un procès, l'un tombe en faillite. Il est suivi à la cause par l'autre seulement". MDR 1985 504. Baumbach/Lauterbach ad 240 1B, Wieczorek ad 240 EIIb. Comp. Jaeger/Peitnermer-Bovay vol. II ad 207 LP ch. 3, 182: "Il y aura lieu, comme dans le cas où plusieurs se sont portés demandeurs au procès conjointement avec le failli, de suspendre la procédure même à l'égard des autres parties...si le failli procédait conjointement avec d'autres personnes, le juge pourra suspendre le procès des autres parties jointes, mais il ne sera pas tenu de le faire".
- 20) GE SJ 1968 533.
- 21) NJW 1969 515: "In Fällen, in denen die klagende Partei mehrere Personen wegen einer und derselben Verbindlichkeit in Anspruch nimmt, ist dann, wenn in der Person eines Beklagten ein Aussetzungsgrund eintritt...die Aussetzung des Verfahrens gegen die anderen nur dann zulässig und erforderlich, wenn es sich bei den Beklagten um notwendige Streitgenossenschaft handelt". RGZ 91 37, RGZ 51 94, RGZ 41 414, JW 1899 175, JW 1897 417, JW 1893 342. Ovari 53. Wieczorek ad 61 AIIb2, ad 239 EI: "Bei gewöhnlichen Streitgenossen wirkt die Unterbrechung singulär, dh. nur im Verhältnis des Toten zu einem bzw. seinen Prozessgegnern; und nicht zu der eigenen Parteiseite, also in Bezug auf eigene (selbständige) Streitgenossen oder auf Streitgenossen des Gegners, zu dem die weggefallene Partei in keinem Verhältnis steht". Baumbach/Lauterbach ad 61 2D, Thomas/Putzo ad 61 ch. 6, Zöller ad 61 nm8, Rosenberg/Schwab 282, Stein/Jonas notes préI. ad 59 nm10, ad 239 I2, Lindacher JuS 1986 381. Rochberger/Simotta 72 nm136: "Liegt ein Unterbrechungsgrund vor, so wird nur jener Parallelprozess unterbrochen, der von diesem betroffen ist". Zimmermann ad 61 nm2, MünK ad 6 nm6.

qui pour ce motif n'a pas à être cité aux audiences (22) et ne saurait être considéré comme défaillant. L'instruction suit son cours à l'égard des autres. Le consort qui n'est pas concerné par la mesure de suspension ne peut exiger du juge la suspension de cause à son égard, sauf si la suspension l'empêche de procéder et paralyse ses droits (23).

La suspension légale à effets partiels vaut alors *suspension totale* et est prononcée pour des raisons d'opportunité (24). *La suspension partielle a en d'autres termes des effets collectifs lorsqu'elle a des effets qui vont au-delà de la relation juridique dans laquelle elle se produit.* Comme elle déroge au principe de la divisibilité de l'instance, elle doit être précédée de l'audition des consorts et de l'adversaire (25). Elle suppose une pesée d'intérêts. Les consorts non concernés peuvent préférer une issue rapide à la procédure conjointe, l'adversaire doit pouvoir s'opposer à une suspension totale qui peut entraîner des retards. Dans certains cas toutefois, son intérêt à éviter l'arrêt du procès doit céder le pas à celui des consorts à rester en cause. Il a été jugé ainsi que l'adversaire ne peut, pour éviter la suspension, abandonner ses conclusions contre le consort dont la cause doit être suspendue (26).

La suspension totale pour opportunité est admise selon la jurisprudence

- lorsque la procédure cantonale exige des consorts une action conjointe (27). La disposition cantonale qui postule l'action concertée ne peut toutefois justifier à elle-seule la suspension totale, car elle n'est qu'une prescription d'ordre (28).

- lorsque la division des causes entraînerait des complications, des frais et des longueurs inutiles sans apporter plus de clarté à l'instruction de chaque cause individuelle. Garant de l'ordre de la procédure, le juge résout ici une question d'appréciation en prenant les mesures adaptées aux circonstances (29). Le fait que la solution de l'un des procès puisse avoir une influence sur celle de l'autre est irrelevante en procédure neuchâteloise alors que cette circonstance justifie une suspension totale de par la loi dans les cantons de Berne et du Jura (30).

- lorsqu'il ne peut être question de poursuivre l'instruction contre un consort et de la suspendre pour un autre (31).

- lorsqu'un codéfendeur soulève une exception et empêche les autres de procéder (32).

22) Thomas/Puzo ad 63.

23) VD JT 1941 III 22.

24) NE CCC VIII 487.

25) La jurisprudence neuchâteloise concerne un procès à deux parties, mais s'inspire des règles relatives à la jonction et la division de causes: NE RJN 7 I 241, 243: "La suspension peut avoir des effets aussi si ce n'est plus importants qu'une jonction ou une disjonction de causes". Elle est à plus forte raison applicable à la consorité. RJN 1 I 36. VD JT 1989 III 22.

26) GE SJ 1886 24.

13) NE CCC VIII 487, 489: "L'ordre de la procédure et l'article 38 CPC qui exige que les consorts procèdent simultanément s'y opposaient".

28) Voir Deuxième partie, Titre III, Chapitre 1.

29) BE RJN 68 1932 547. NE CCC VIII 487.

30) Il y a suspension totale lorsque le jugement rendu à l'égard d'un consort peut influencer le procès des autres consorts qui comporte la solution de la même question de droit: BE 96, JU 95. BE RJN 74 1938 90.

Matti Streitgenossenschaft 22: "Die Voraussetzungen zur Einstellung werden namentlich in jenen Fällen gegeben sein in denen an sich Streitgenossenschaft möglich wäre". Il y a prise à partie si le juge prononce indûment la suspension. BE 374 ch. 2, JU 384 ch.2.

31) NE CCC VIII 487.

32) VD JT 1941 III 22. Condition non réalisée en l'espèce. Action ouverte par un demandeur contre trois défendeurs recherchés solidairement. L'un d'eux excipe de l'incompétence du tribunal. La suspension a été refusée aux deux autres au motif qu'ils se trouvaient dans la situation de procédure où ils eussent été placés si leur consort avait attendu le dernier jour du délai de réponse pour soulever l'exception et qu'ils connaissaient déjà l'attitude prise par ce dernier.

- lorsque le consort qui justifie la suspension a intérêt à rester dans la cause (33). L'adversaire des consorts ne peut se désister à son égard pour éviter la suspension (34).

- lorsqu'un recours est pendant entre deux codéfendeurs (35).

- lorsque la cause est renvoyée au premier juge pour qu'il corrige une irrégularité de procédure à l'égard d'un consort (36).

- lorsqu'un consort entend dénoncer le litige à son colitigant et obtient un délai à cette fin (37) ou désire l'appeler en garantie (38).

- lorsque le procès porte également sur les rapports internes des consorts. La suspension totale n'est toutefois pas automatique dans ce dernier cas. Elle se justifie lorsqu'il y a des rapports étroits entre le procès principal et le procès récursoire. Lorsque tel n'est pas le cas en revanche, une suspension partielle limitée au procès principal ou au procès récursoire peut être prononcée.

La suspension totale ne peut en revanche être admise lorsqu'un consort fait valoir des moyens particuliers, quel que soit leur genre et difficulté et même si leur production ralentit la procédure. S'il l'avait voulu, le législateur l'aurait mentionné. L'ordre et l'économie de la procédure s'oppose d'autre part à ce que, chaque fois qu'un consort soulève un moyen personnel, il puisse paralyser tous les procès joints. La suspension totale aurait enfin pour effet d'empêcher les consorts de défendre leurs intérêts personnels et viderait la consorité de son sens.

Lorsqu'il y a matière à suspension à l'égard de tous les consorts, toutes les causes sont suspendues. Il en va de même lorsqu'il y a motif à suspension à l'égard de l'adversaire des consorts (39).

La suspension stoppe l'instruction (40). Aucun acte de procédure ne peut être accompli ni par, ni contre les consorts dont le procès est suspendu. Il est fait exception des mesures provisoires, des preuves à futur ou autres actes urgents (41). Le consort dont la cause a été suspendue n'est plus cité aux audiences (42). La suspension de courte durée n'a de même pas d'effet: le juge peut prononcer un jugement partiel à l'encontre d'un consort (43). Les actes postérieurs à la suspension

33) VD JT 1979 III 71, JT 1976 III 41: suspension d'office par la chambre des recours jusqu'à nouvelle tentative de conciliation à l'égard de l'un des consorts.

34) GE SJ 1886 24: des conclusions solidaires avaient été prises contre les codéfendeurs.

35) VD JT 1970 III 26. Argument non retenu en l'espèce. Le demandeur ouvre action contre A et B; les codéfendeurs concluent à libération, chacun d'eux concluant subsidiairement à être relevé par l'autre en cas de condamnation au profit du demandeur; A formule une requête de suspension du procès en raison d'un recours de droit public pendant entre lui et son codéfendeur B. Le tribunal a rejeté la requête jugeant que les faits étaient connus et que les parties avaient le droit de restreindre ou de modifier leurs conclusions jusqu'à la clôture de l'instruction.

36) VD JT 1979 III 71. Une action est ouverte régulièrement au nom de consorts. L'un d'entre eux n'est ni présent, ni représenté à l'audience de conciliation. L'acte de non-conciliation rendu contre lui est annulé et la cause renvoyée au juge de paix pour qu'il prenne acte du défaut de ce consort. La cause entière est suspendue pendant ce temps.

37) Par analogie NE RJN 414.

38) VS RVJ 1975 167.

39) Försching Kommentar II 201.

40) NE CCC VIII 487.

41) GE Bertossa ad 115 nm3.

42) Stein/Jonas ad 63 nm3.

43) ATF 63 II 348/JT 1938 I 315: la suspension des actions contre les codéfendeurs ne se justifiait que par des considérations en rapport avec l'octroi de l'assistance judiciaire.

sont nuls. Les délais sont suspendus. Les consorts ne sont pas défaillants. Il ne peut y avoir péremption d'instance. La suspension ne met pas fin à la consorité (44).

La suspension peut être conventionnelle et ne lier qu'un consort et l'adversaire (45). Soumise à ratification du juge, elle doit être conforme à l'ordre public et à l'ordre de la procédure (46).

Lorsqu'il y a eu suspension légale, le procès ne peut être repris que par le consort dont la cause a été suspendue ou par ses héritiers (47). L'instance peut être reprise sans que soient mis en cause tous les héritiers de la partie décédée (48). Lorsqu'il y a eu suspension judiciaire, le juge ordonne la reprise de la procédure. Il doit en informer toutes les parties. Lorsqu'il y a eu suspension conventionnelle, la reprise du procès a lieu d'un commun accord ou à la requête de la partie la plus diligente (49). A défaut, le juge invite les parties à reprendre le procès et leur fixe un délai péremptoire pour accomplir les actes laissés en suspens. Les parties qui n'agissent pas dans ce délai sont dans le canton de Neuchâtel réputées avoir abandonné la cause. Le juge ordonne alors le classement du dossier. Les parties peuvent toutefois demander au juge de proroger la suspension lorsque les raisons qui l'ont motivée subsistent et s'il est de leur intérêt de laisser les choses en l'état (50).

§3. La péremption d'instance

La question de la reprise de l'instance suggère celle de sa péremption dans les cantons de Vaud, de Genève et du Tessin (51). La péremption d'instance, également connue du droit français, est dans ces cantons destinée à prévenir l'abus d'une suspension indéfinie de la procédure en sanctionnant l'inactivité des parties (52).

La péremption d'instance en consorité fait l'objet de deux principes suivant que l'on se trouve en procédure française ou dans les cantons précités.

-
- 44) RGZ 91 1917 37.
Ovari 19, Stein/Jonas notes prël. ad 59 nm12, Wieczorek ad 59 Ala2.
- 45) Pour un ex. BE RJB 40 1903 249 no9. Action de A contre B et C. Suspension conventionnelle entre A et B jusqu'à droit connu dans le procès A-C. C ne peut ni s'opposer à la suspension, ni exiger le maintien de la consorité, car un codéfendeur n'a pas un droit acquis au maintien de la consorité.
- 46) NE RJN 414, 6.
- 47) Ovari 53, Wieczorek ad 239 Ela.
En droit autrichien, lorsque la suspension a été provoquée en la personne de l'adversaire des consorts, un seul consort peut requérir la reprise du procès avec effets pour tous. Fasching, Komm. II 201-202.
En procédure allemande, le juge doit citer tous les autres consorts. MDR 1964 669, Stein/Jonas ad 63 nm1.
- 48) GE ACJ Benoist du 20 mai 1977.
GE Bertossa ad 116 nm2: Cette faculté pour représenter un avantage pratique considérable. Il convient d'en faire usage avec réserve, car l'avantage apparent pourra facilement en cette matière, se transformer en complication insoluble, pour peu que les héritiers du consort "écarté" de la procédure de reprise s'avisent à leur tour de reprendre l'instance.
- 49) Holzhammer ZPR II 84 estime qu'un seul consort a qualité pour reprendre la cause suspendue conventionnellement par tous, mais la question est controversée.
- 50) NE n171/4.
- 51) VD 125/4, 274/3, 276/3, 314/2, 375b/3, GE 117 à 120, TI 351/2.
VD JT 1980 III 23, 24: "...Il s'agit d'une institution exceptionnelle en Suisse. Comme en outre, ses conséquences peuvent être très graves, il y a lieu d'en faire un usage restrictif".
- 52) Et non du juge VD JT 1970 III 9: "Il n'y a pas péremption d'instance quand le juge reste plus d'un an sans agir quel que soit le motif alors que c'est de lui que dépend la progression du procès notamment quand celui-ci est arrêté pour une circonstance sur laquelle les parties n'ont aucune prise".

Une longue tradition jurisprudentielle proclame en droit français l'*indivisibilité de la péremption d'instance quant aux parties*. La péremption d'instance y est considérée comme une "maladie contagieuse" (53) qui s'étend à toutes les parties lors même que l'objet du litige est susceptible de division (54), ce qui décharge les tribunaux du soin de qualifier le litige et d'examiner son caractère divisible ou indivisible (55). La péremption d'instance ne produit pas d'effets partiels. Toutes les actes de la procédure sont anéantis ou couverts quelle que soit la partie dont ils émanent. L'indivisibilité de la péremption se justifierait au motif que le but de la péremption serait marqué si une instance pouvait s'éteindre à l'égard d'une partie et subsister à l'égard d'une autre (56) ainsi que par la notion de peine à infliger aux plaideurs négligents et la nécessité d'éteindre les procédures délaissées (57).

Pour tenir compte des intérêts divergents des parties à l'instance (58), on ne peut admettre dans les cantons de Vaud, Genève et du Tessin que la *divisibilité de la péremption* en accord avec le principe de la relativité des actes de procédure (59). En d'autres termes, la péremption ne nuit ni ne profite aux autres codemandeurs ou codéfendeurs qu'il soit question de la faire constater ou au contraire de l'éviter en l'interrompant. Le juge doit l'examiner à la lumière des principes applicables au désistement d'instance auxquels elle est assimilée (60).

- 53) Moreau 79, Jean Vincent, Procédure civile, 19e éd. ch. 773.
- 54) Sont indivisibles au point de vue de la péremption non seulement les instances dans lesquelles l'objet du litige est indivisible et les demandeurs ou défendeurs liés par un rapport de solidarité, mais encore toutes celles où ils sont unis par un intérêt commun. Pour Glasson, l'indivisibilité des intérêts suppose à tout le moins une jonction de procédure. note D.P. 1886.2.105.
- 55) Moreau 78-79.
- 56) Garsonnet/Cézar-Bru, T. III 737; Yvon Desdevises, Péremption d'instance, Encyclopédie Dalloz 1979, ch. 260.
- 57) Desdevises ch. 252; Moreau 76.
- 58) Reproche adressé à la jurisprudence française par Solus/Perrot T. III 1023.
- 59) Dans le même sens Glasson/Tissier/Morel, T. II 631 ch. 579: "rien n'est plus divisible qu'une instance". Glasson note Dalloz 1886.2.105, P. Raynaud obs. RTDC 1964 383. Comp. Desdevises ch. 257: "on peut...s'interroger sur l'incidence de l'article 324 du nouveau code de procédure civile, qui prévoit qu'en cas de pluralité de parties les actes accomplis par ou contre l'un des cointéressés ne profitent ni ne nuisent aux autres, exprimant ainsi le principe classique de la divisibilité de l'instance", ch. 258: "Certes, dans les cas où les parties concernées sont unies par un lien de solidarité ou d'indivisibilité, conventionnelle ou légale, la jurisprudence devrait se maintenir même si, parmi les textes réservés par l'article 234 du nouveau code de procédure civile, aucun n'est relatif à la péremption d'instance. Cette jurisprudence est en effet conforme aux effets traditionnels de la solidarité ou de l'indivisibilité", ch. 260: "...L'article 324 imposerait simplement la mise en cause de tous les intéressés à l'incident de péremption. Cette nécessité ne remettrait pas en question l'indivisibilité des effets de la péremption; elle signifierait simplement qu'en l'absence d'indivisibilité ou de solidarité au fond, la péremption n'est valablement demandée que par ou contre tous les cointéressés, ce que la jurisprudence a parfois admis et la doctrine suggéré. Il convient cependant d'observer que le principe aujourd'hui formellement exprimé par l'article 324 du nouveau code de procédure civile n'était pas contesté quand la jurisprudence dominante s'est affirmée. Il paraît en tout cas inconcevable que la péremption puisse à l'image de la prescription dont elle s'est, il est vrai sensiblement rapprochée, être divisible et acquise vis à vis d'une partie et non à l'égard d'une autre alors que l'article 389 du nouveau code de procédure civile interdit qu'on puisse jamais opposer aucun des actes de la procédure périmée ou s'en prévaloir".
- 60) L'indivisibilité de la péremption d'instance se singularise en droit français curieusement par rapport au désistement d'instance où l'on admet au contraire la divisibilité. Moreau 80: "Création purement prétorienne, l'indivisibilité de la péremption tiendrait à la nature de l'institution. Pour accélérer la procédure, il faut, au moyen de cette variété de prescription, sanctionner de façon rigoureuse la négligence de certaines parties, quitte à porter atteinte au principe de la relativité des actes de procédure. L'indivisibilité demeurerait l'ultime justification d'une institution qui a presque tout perdu de son énergie: elle serait en accord avec le but de la péremption. Il n'empêche que sur le plan des principes généraux du droit

Les consorts doivent supporter individuellement les conséquences de leur inaction (61). Acquis contre le consort resté inactif, la péremption le place dans la situation où il se trouvait avant que n'ait été formé l'acte introductif d'instance. Elle éteint rétroactivement son procès et anéantit ses actes de procédure. Le consort ne peut plus s'en prévaloir, ni se les voir opposer. La péremption reconnue contre lui n'est couverte ni par une activité ultérieure de sa part, ni par l'activité des autres (62), car seuls les actes compris dans son instance peuvent être l'objet d'une péremption d'instance (63). Elle laisse subsister l'instance des autres et n'empêche pas l'adversaire des consorts de poursuivre le procès contre ces derniers (64). Avant de prononcer la péremption d'instance, le juge doit interpellier les parties concernées pour respecter leur droit d'être entendu (65). Si la péremption d'instance est acquise, le juge peut prononcer une division de causes pour opportunité. La péremption d'instance exclut une nouvelle demande du consort si dans l'intervalle le droit substantiel invoqué a été atteint par la prescription (66). Le consort qui réintroduit une demande peut profiter du contenu des débats du procès périmé. Il peut demander que les écritures, conclusions, expertises et preuves de la procédure antérieure soient intégrés dans le nouveau procès, sauf si des circonstances particulières justifient un nouvel accomplissement de ces actes (67). La jonction du nouveau procès avec celui des consorts est possible, mais ne devra à notre avis être autorisée qu'avec circonspection eu égard à la péremption intervenue entretemps.

Les actes de procédure accomplis par l'adversaire des consorts à l'égard d'un consort ne touchent pas les autres (68) de sorte que ces derniers peuvent invoquer le moyen de la péremption d'instance à son égard (69). Le juge constate d'office la

judiciaire privé, elle a quelque chose d'insolite. Le décalage est exagéré entre, d'une part, la divisibilité quasi absolue qui prévaut en certaines matières (désistement) et l'indivisibilité sans nuances de la péremption d'autant que la doctrine voit dans la péremption une présomption de désistement. Comment l'instance, divisible au point du vue du désistement, pourrait-elle se révéler indivisible au point de vue de la péremption ?"

- 61) TI Rep. 1985 334, 335.
- 62) En droit français, il suffit pour déjouer la péremption de l'acte d'un seul demandeur pour la couvrir à l'égard de tous, car les diligences effectuées par l'une des parties profitent à toutes les autres. Solus/Perrot T. III 1012, Moreau 85-86.
- 63) Il faut réserver les cas où un consort a qualité pour procéder pour tous, par représentation ou dans la phase probatoire.
- 64) VD JT 1981 III 41. La péremption étant d'ordre public, l'expiration du délai de péremption ne peut être couverte par un procédé ultérieur de la partie adverse.
En droit français, l'indivisibilité consiste en une déchéance pour tous les demandeurs et a pour effet d'imposer la disparition totale de l'instance originaire. Moreau 85.
- 65) VD JT 1989 III 40. GE Bertossa ad 118 nm2.
- 66) GE SJ 1981 96.
- 67) GE Bertossa ad 119 nm1.
- 68) En droit français, les diligences sont opposables à tous les consorts, la réassignation d'un codéfendeur défaillant interrompt notamment la péremption d'instance à l'égard de tous. Solus/Perrot T. III 1012.
- 69) Le droit français a la règle contraire. Desdevises ch. 253.

péremption d'instance (70), même si le consort ne l'a pas invoquée ou y a renoncé (71) expressément ou tacitement (72). La péremption a des effets singuliers (73).

-
- 70) Le jugement constatant la péremption est susceptible de recours en nullité ou en réforme. VD JT 1989 III 40.
- 71) En droit français, l'indivisibilité de la péremption empêche certains défendeurs d'y renoncer, avec pour conséquence que l'extension de la péremption à tous peut aller à l'encontre de leurs intérêts réels. Moreau 82.
- 72) Une partie perd tacitement le droit de s'en prévaloir si elle invoque d'autres moyens, de fond ou même une exception de procédure. Comp. VD JT 1980 III 23, 24: "...Il est douteux que le défendeur puisse encore se prévaloir de la péremption alors que son adversaire a procédé sans opposition et qu'il a lui-même sollicité des prolongations de délais sans déposer sa duplique..."
- 73) En droit français, la péremption demandée par l'une des parties éteint l'instance au profit de toutes les autres. Solus & Perrot T. III 1023.

CHAPITRE 13. L'EXECUTION DU JUGEMENT

L'exécution forcée est subordonnée à l'existence d'un titre exécutoire sous peine d'irrecevabilité (1). Lorsqu'il y a consorité, le jugement partiel est exécutoire pour la partie tranchée de manière définitive (2) de sorte que la force de chose jugée et l'exécutabilité du jugement doit s'examiner pour chaque consort personnellement (3). Il en est ainsi lorsque le consort n'a pas recouru ou a retiré son recours. Il en va de même lorsque le consort s'est désisté de son action ou a acquiescé à la demande. Le jugement par défaut prononcé contre le consort qui ne s'est pas relevé du défaut a le même effet. La transaction conclue entre un consort et l'adversaire des consorts vaut également jugement exécutoire entre ces deux parties, mais ne permet pas au consort d'obtenir l'exécution du jugement contre le partenaire qui y est étranger (4).

Seul un jugement condamnatif (5) et dépourvu d'effet suspensif peut faire l'objet d'exécution forcée. Lorsque l'effet suspensif est partiel, le jugement peut être exécuté par ou contre le consort qui échappe à l'effet suspensif (6).

Pour permettre l'exécution forcée, le jugement doit dans certains cantons, être complété par une déclaration constatant qu'il est définitif et que le droit qu'il détermine ne peut plus être contesté par aucune des parties (7). Le juge accorde cette attestation en général à l'expiration du délai accordé aux plaideurs pour attaquer valablement le jugement devant une autre instance (8).

Lorsqu'il y a consorité, chaque consort peut demander l'attestation de la force exécutoire. Le juge ne saurait refuser l'attestation à un consort au motif qu'il l'a déjà délivrée à un autre (9). Il établit autant d'attestations que de consorts (10), sauf lorsque le procès a impliqué des codébiteurs ou créanciers solidaires et qu'il a la même issue pour tous. Le tribunal n'établira alors qu'une seule attestation (11). L'attestation doit

- 1) *Alexandre Gross*, De l'exécution forcée des obligations non pécuniaires, Thèse Lausanne 1934, 89.
- 2) FamRZ 1980 279: (Jedes Teilmittel) "wird selbständig rechtskräftig".
Andreas Lüthi, Der Einbezug von Dritten in vorsorgliche Massnahmen und in die Zwangsvollstreckung nach kantonalem Recht, Thèse Zurich 1986, 162.
- 3) *Zimmermann* ad 61 nm5.
- 4) AG AGVE 1988 34 no6: "Streitig ist, ob der Kläger der als einer von mehreren Solidarschuldnern den Gläubiger befriedigte, gestützt auf den Vergleich mit F auf dem Weg der Rechtsöffnung Regress auf den Beklagten als solidarisch haftenden Mitschuldner nehmen kann. Das ist zu verneinen, da es schon an einem Rechtsöffnungstitel fehlt. Mit dem Vergleich hat sich der Beklagte als damaliger Mitkläger im seinerzeitigen Zivilverfahren wohl gegenüber dem damaligen Beklagten F, nicht aber gegenüber dem Rechtsöffnungskläger zur Bezahlung einer Geldsumme verpflichtet".
- 5) *Lüthi* 160-161; *Hans Pfenniger*, Die Realexecution im schweizerischen Recht, Thèse Zurich 1924, 45; *Urs Haubensak*, Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen Zivilprozessordnung, Thèse Zurich 1975, 4.
- 6) *Comp. BE Jolidon* 171: "La question est controversée de savoir si les parties du jugement entrées en force de chose jugée avant les autres peuvent être exécutées de manière indépendantes ou seulement au moment où le jugement entier est entré en force de chose jugée".
- 7) La formalité revêt un caractère purement comminatoire et constitue une ultime mise en demeure du débiteur de s'acquitter de son obligation. Elle ne réserve pas à l'autorité d'exécution la faculté de remettre en question la sanction qu'elle a pour mission d'appliquer.
- 8) *Par ex.* FR 341/3, VD 504, 506.
Le nouveau code neuchâtois a supprimé l'obligation. NE n192/2.
En Suisse alémanique, l'autorisation pour le créancier de mettre l'exécution forcée en oeuvre est en principe contenue dans la déclaration que le jugement est devenu définitif et exécutoire.
- 9) *Wieczorek* ad 706 Bl.
- 10) *Baumbach/Lauterbach* ad 725 2, *Stein/Jonas* ad 725 nm5.

mentionner tous les consorts et pour chacun d'eux la prétention dont ils poursuivent l'exécution ou qui est poursuivie contre eux, ainsi que leur qualité (débiteurs solidaires...). Lorsque la force exécutoire est partielle, le juge n'attestera que cette force partielle (12). Il ne peut délivrer une attestation pour la partie non exécutoire du jugement (13).

L'exécution du jugement a lieu à requête des sujets de l'exécution (14) fixés dans le titre d'exécution (15). Lorsqu'il y a consorité dans la phase d'exécution du jugement, les règles générales sur la consorité sont applicables (16). La compétence du juge de l'exécution étant déterminée par les règles générales sur le for (17), la consorité est toutefois exclue lorsque l'article 59 Cst est applicable (18).

Chaque consort simple peut demander l'exécution du jugement (19). Le coobligé qui n'a pas participé au procès et qui n'est pas lié par le jugement ne peut la

- 11) JW 1936 400.
Stein/Jonas ad 725 nm5, Wicczorek ad 725 AI: "Die Personen, für die und gegen die vollstreckt wird, müssen deutlich ersichtlich sein", AIa1: "Sind mehrere Parteien vorhanden, denen die Vollstreckungsklausel zu erteilen ist, so ist jede einzelne mit dem ihr zustehenden Vollstreckungsanspruch zu kennzeichnen...Mehreren Gesamtgläubigern und Gesamtschuldnern wird nur eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt".
- 12) Justiz 1971 59.
Wicczorek ad 706 CIIIb.
- 13) Wicczorek ad 706 CIIIb.
- 14) Par ex. LG 318/1, 319/1, UR 288/1, BS 253, BL 280, FR 354, AG 377/1, VS 377, Luthi 186.
- 15) Gross 90: "Le titre exécutoire détermine les personnes du sujet actif et du sujet passif du droit dont l'exercice est requis et ce n'est qu'en faveur de celle-là et contre celle-ci qu'il peut être invoqué". Luthi 179: "Die Parteien des Vollstreckungsverfahrens bestimmen sich in erster Linie nach dem Dispositiv des Vollstreckungstitels. Sie sind die nach Massgabe des Richterspruchs berechtigten bzw. verpflichteten Personen. Auf sie erstreckt sich primär die materielle Rechtskraft des Entscheids...Neben den Parteien des Erkenntnisverfahrens, die im Vollstreckungstitel namentlich aufgeführt sind, können aber auch solche Personen zur Durchführung der Realexécution legitimiert sein, die am Hauptprozess nicht unmittelbar beteiligt waren. Diese können, als durch das Urteil Berechtigte oder Verpflichtete, neben oder anstelle der Parteien des Hauptsacheverfahrens in das Zwangsvollstreckungsverfahren einbezogen werden...Voraussetzung...ist, dass sich die materielle Rechtskraft des zu vollstreckenden Entscheids auch auf sie erstreckt. Vorausgehen muss der Vollstreckung eines Urteils für oder gegen einen am Erkenntnisverfahren unbeteiligten Dritten allerdings die Feststellung der subjektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft des Entscheids durch den Richter. Diese Prüfung der Aktiv- oder Passivlegitimation bezüglich der Realexécution geschieht in Anwendung des materiellen Rechts. Sie braucht nicht generell in das ordentliche Verfahren verwiesen zu werden" et les références citées. Voir également ZH RBOG 1991 344 no49.
- 16) Thomas/Putzo notes prélim. ad 59ss IV et ad 704 VI 1; Zöller ad 59-60 nm3a; Wicczorek ad 704 BVe: "Streitgenossenschaft ist zulässig, wenn mehrere Gläubiger aus demselben Titel die Vollstreckung betreiben oder sie zugleich gegen mehrere Schuldner gerichtet ist", Stein/Jonas notes prélim. ad 704 nm37: "Stehen nach dem Titel auf einer Seite mehrere Personen, so sind sie Streitgenossen...", n. 94: "Die Parallele erlaubt jedoch nicht unbeschränkte Anwendung der für Klagen geltenden Vorschriften (Renvoi à JW 1937 316)...Umgekehrt ist z.B. eine gebührenrechtliche Unabhängigkeit mehrerer Zwangsvollstreckungsaufträge (NW 1959 1376) noch kein ausreichendes Argument gegen die Verwendung des Begriffs Streitgenossenschaft in der Zwangsvollstreckung", ad 725 nm5, ad 733 nm7.
- 17) Luthi 183.
- 18) Guldener ZPR 623.
- 19) GR PKG 1969 40 no8, 41: "Hat das Gericht über das Bestehen einer Forderung, die namens einer Streitgenossenschaft geltend gemacht wird, zu entscheiden...und schützt es diese Forderung ganz oder teilweise, so ist jeder der Streitgenossen berechtigt, nach Massgabe von Art. 80 SchKG den Vollzug des Urteils auf den Gesamtbetrag oder nur auf seinen eigenen Teil zu verlangen...Der Dritte ist jedoch nur auf den Gesamtbetrag der im Urteil

requérir, car il n'a pas de droit sur la chose qui fait l'objet de l'exécution. Il peut en revanche demander la suspension de l'exécution et ouvrir action au fond dans un délai fixé par le juge.

Si l'adversaire des consorts veut demander l'exécution totale du jugement, il doit attendre que chaque consort ait reçu une expédition de la sentence.

Le juge d'exécution est lié par le dispositif du jugement et ne peut exécuter la sentence que contre les personnes mentionnées dans le titre exécutoire. Il ne saurait exécuter le jugement contre une personne qui n'y est pas mentionnée même si elle a donné son accord. Le jugement ne saurait ainsi être exécuté à l'encontre d'un codébiteur qui n'a pas été partie à la procédure et n'a pas été condamné (20). L'exécution peut être frappée d'opposition par le consort qui n'est pas concerné par la décision à exécuter (21). L'opposition ne suspend pas obligatoirement l'exécution du jugement (22).

Lorsque un consort simple a recouru et qu'un autre consort a acquiescé au jugement, le jugement et l'arrêt qui ont été rendus peuvent être contradictoires et inexécutables simultanément. Le juge de l'exécution doit dans cette hypothèse rétablir l'équilibre et octroyer des dommages-intérêts au consort dont le jugement est inexécutable (23).

L'exécution peut être provisoire. Comme elle est susceptible de causer à celui qui la subit un grave préjudice, la décision primitive pouvant être modifiée ou réformée sur recours, elle est souvent subordonnée à la constitution d'une garantie pour répondre de toute restitution ou réparation de la part de la victime de l'exécution hâtive (24).

Les consorts qui exigent l'exécution provisoire se partagent les sûretés à fournir (25) qui peuvent être de valeur et de nature différentes (26). Les mêmes règles sont applicables lorsqu'il est sursis à l'exécution et que des sûretés sont exigées.

ausgesprochenen Summe verpflichtet, so dass er sich durch die einmalige Zahlung dieses Betrages befreien kann; einer weitergehenden Forderung kann er die Einrede der erbrachten Leistung entgegenhalten. Kommen die Gläubiger in Verzug, so hat der Schuldner die Möglichkeit, sich durch Hinterlegung der geschuldeten Leistung von Art. 92 OR von seiner Verbindlichkeit zu befreien; dies wird er immer dann tun, wenn die Forderungen der obsiegenden Partei, bzw. der verschiedenen Streitgenossen seine durch das Gericht erkannte Leistungspflicht übersteigen".

20) Lüthi 191.

21) Lüthi 181 et 187: "Findet sich ein am Hauptprozess unbeteiligter Dritter im Vollstreckungsverfahren in der Beklagtenrolle, weil der Gläubiger eine subjektive Erstreckung der materiellen Rechtskraft auf ihn, und damit die Zulässigkeit der Vollstreckung in sein Vermögen geltend macht, so muss dem Dritten Gelegenheit geboten werden, Behauptungen und Tatsachen vorzubringen, die gegen eine Rechtskrafterstreckung sprechen".

22) Par exemple BE 412.

23) GR PKG 1951 77 no 31, 81.

24) Par ex. GE 476.

25) Stein/Jonas ad 709 I nm4: "Jedenfalls bei Verurteilungen zu verschiedenartigen Leistungen oder zugunsten mehrerer Streitgenossen ist die Sicherheit im Urteil entsprechend aufzuteilen, zumal die Vollstreckung nur für eine dieser Leistungen erforderlich wird und dann die Leistung der gesamten Sicherheit zu einer unnötigen Erschwerung der Vollstreckung führen würde...". Thomas/Putzo ad 709 ch. 2.

26) Thomas/Putzo ad 709 ch. 2. MünK ad 709 nm4: "Bei teilweisem Obsiegen sind die vollstreckungsfähigen Teile des Urteils getrennt zu betrachten. Das trifft auch für die Beteiligung mehrerer Streitgenossen zu; entscheidend ist hier jeweils die Höhe der vollstreckbaren Ansprüche zwischen den Prozessparteien, so dass bei unterschiedlicher Beteiligung unterschiedliche Entscheidungen zu treffen sind".

L'adversaire des consorts qui requiert une exécution provisoire partielle doit préciser contre lequel des consorts le jugement doit être exécuté (27). Le juge de l'exécution ne peut exécuter provisoirement le jugement qu'à l'encontre du ou des consorts contre lesquels l'exécution a été requise. Il ne saurait exécuter provisoirement le jugement à l'égard des autres (28).

Les consorts qui ont été condamnés solidairement sur le fond et pour les frais et dépens ne supportent pas obligatoirement les frais d'exécution solidairement. La doctrine et la jurisprudence allemandes préconisent une répartition par tête (29). Lorsque l'exécution est partielle, seul sera redevable des frais le consort poursuivi (30).

-
- 27) Thomas/Putzo ad 709 ch. 2: "Bei Streitgenossenschaft ist zu bestimmen, für wen oder wem gegenüber das Urteil gegen die bestimmte Sicherheit...vorläufig vollstreckbar ist".
- 28) Thomas/Putzo ad 709 ch. 2.
- 29) NJW 1974 957, MDR 1977 850, MDR 1974 408, MDR 1972 700, JW 1933 2224. Contra NJW 1971 1320, MDR 1985 105, Thomas/Putzo ad 788 ch. 2, Baumbach/Lauterbach ad 788 1, Wieczorek ad 788 Ailla, Zöllner ad 100 nm11.
- 30) MDR 1972 600, Wieczorek ad 100 AII.

TITRE IV: LA FIN DE LA CONSORITE SIMPLE

La consorité peut s'achever pour tous les litigants en cours de procédure sans coïncider avec le prononcé d'un jugement au fond, mais se dénoue le plus souvent à l'issue du procès (1).

La consorité n'est pas obligatoirement dissoute lorsque l'instance perd son unité avant terme à l'égard d'un consort. Elle subsiste pour les autres quand un consort est mis hors de cause ou qu'un jugement partiel est prononcé à son égard (2). Comme sa naissance, son terme n'est ainsi pas une limite linéaire.

CHAPITRE 1. RESOLUTIONS NON JURIDICTIONNELLES DU LITIGE

§1. Le désistement (3)

I. Le désistement d'instance (Klagerückzug, desistenza)

En consorité simple, le désistement peut être collectif ou individuel. Dans ce dernier cas, le principe de la divisibilité du désistement est de règle (4). Chaque demandeur a qualité pour se désister de l'instance et abandonner l'instance commencée sans renoncer à la faculté d'exercer ultérieurement une nouvelle action contre le même adversaire. Le désistement du consort est un acte personnel. Le codemandeur ne peut retirer la demande d'un autre (5) sauf s'il a reçu à cet effet les pouvoirs ad hoc. Le désistement peut être déclaré tant que la procédure est pendante. Le codemandeur dont la demande a été reconnue par acquiescement du défendeur commun ne peut plus se désister de l'instance (6).

Le désistement est souvent subordonné dans les systèmes d'origine française à l'acceptation du défendeur commun, car l'instance une fois liée fait naître des droits à l'égard de ce dernier (7). Lorsque les demandeurs entendent se désister de l'instance, le désistement n'est efficace que si le défendeur y consent pour tous. A défaut,

- 1) TI Rep. 1985 334, 335: "Accertato come nella fattispecie si abbia a che fare con un litisconsorzio facoltativo passivo, si impone di discutere la problematica relativa alla sua fine o scissione. Esso può cessare mediante componimento bonale, perenzione, rinuncia a sentenza. Esso cioè può scindersi o cessare rispetto ad uno o più litisconsorti mentre il processo continua rispetto agli altri litisconsorti oppure in rapporti processuali separati". Matti Streitgenossenschaft 111, TI Ottaviani 60, Wolff 125.
- 2) Flepp 109, TI Ottaviani 60.
- 3) Il faut distinguer le désistement d'instance du désistement d'action. Il existe une grande confusion terminologique pour désigner ces deux formes pourtant fort distinctes. Certains cantons ne connaissent pas le désistement d'instance: BE, GR, TG, VD.
- 4) ATF 107 Ia 246. Trib. Civ. Seine, 7.2.1950 Dalloz 1950 425; Lyon 7.8.1873, Sirey 1874.2.141.
Geiger 48, Maday 214, Ovari 50, Matti Streitgenossenschaft 99, ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm11, BE Leuch ad 39 ch. 1, BE Jolidon 81, BS/BL Stachelin/Sutter 87, AG Keller/Pfisterer ad 25, TI Ottaviani 73 et la doctrine allemande et autrichienne unanime.
- 5) AR RBOG 1966-67 32 no3.
Hans-Ulrich Walder, Prozessverleitung ohne Anspruchsprüfung nach zürcherischem Recht, Thèse d'habilitation Zurich 1966, 161: "Stehen mehrere Kläger im Prozess, so gilt die Rückzugserklärung des Einzelnen... lediglich für die von ihm persönlich eingeklagten Ansprüche", Matti Streitgenossenschaft 99, Gysler 9, Moreau 194; Rosenberg/Schwab 804, Thomas/Putzo ad 61 ch. 3, Stein/Jonas ad 61 nm3; Rechberger/Simotta 72 nm136.
- 6) Solus/Perrot T. III 971.
- 7) France NCPC 395/1.
GE SJ 1987 460: "Le désistement d'instance implique uniquement la renonciation à l'instance engagée et laisse intact le pouvoir d'action... Il n'est efficace qu'avec l'accord de toutes les parties. Il expose en effet l'adversaire à voir recommencer le procès".
Rosenberg/Schwab 805, Solus/Perrot T. III 971. Claude Giverdon, Encyclopédie Dalloz, "Désistement", ch. 12, ch. 24 et 34ss.
Contra: TI Rep. 1985 334, 336.

l'instance subsiste à l'égard du demandeur dont le désistement n'a pas été agréé. L'accord de l'adversaire n'est pas nécessaire aussi longtemps que la procédure présente encore un caractère unilatéral. Le codemandeur contre lequel le défendeur a formé une demande reconventionnelle ne peut plus se désister sans l'accord de ce dernier. Le désistement n'est pas non plus subordonné à l'accord du défendeur lorsque ce dernier a formulé une exception de procédure (car l'exception implique l'accord), par exemple un déclinatoire de compétence ou qu'il fait défaut. Le codemandeur peut rétracter son désistement aussi longtemps que le défendeur ne l'a pas accepté.

Lorsque le désistement est le fait d'un demandeur, l'approbation des autres n'est pas une condition de recevabilité du désistement (8), sauf si le procès porte également sur les rapports internes des consorts. La validité du désistement n'est pas non plus compromise par le fait que l'instance a été introduite par une seule demande (9).

Le désistement ne produit effet qu'entre le demandeur qui le déclare et le défendeur qui l'accepte (10). Il est sans effet à l'égard des autres codemandeurs. L'instance continue à leur égard (11). On exprime souvent le principe par la règle que le désistement ne saurait profiter, ni nuire aux autres (12). Le désistement d'un demandeur est sans effet sur la compétence territoriale. Le tribunal reste saisi à l'égard des autres (13). L'abus de droit est réservé (14). Tous les effets attachés par la loi à l'introduction de l'instance sont anéantis tant à son égard qu'à celui du défendeur. Le consort est remis dans la situation dans laquelle il se trouvait avant l'introduction de la demande. La litispendance prend fin. Le juge est dessaisi à son égard. L'effet interruptif de prescription est réputé ne jamais s'être produit (15). Le consort est mis hors de cause (16). Son désistement n'anéantit que ses actes. Dans les systèmes qui

- 8) ATF 107 Ia 246.
Lyon, 7.8.1873, Sirey 1874. 2. 141: "l'abandon de l'instance par une partie ne peut être empêché par le refus que font les autres de s'y joindre".
Lindacher JUS 1986 381. Moreau 194 et n. 72: "l'instance qui subsiste à l'égard de certains demandeurs peut-elle constituer cet intérêt qui permet au défendeur de repousser le désistement? La question délicate, relève du pouvoir d'appréciation du juge".
- 9) Trib. Civ. Seine, 7.2.1950, Dalloz J 1950 425.
Moreau 194.
- 10) Rosenberg/Schwab 804. Solus/Perrot T. III 980, Giverdon ch. 84, Moreau 194.
- 11) VD JT 1954 III 66: "celui qui cesse d'être partie par l'effet d'un désistement...peut être entendu comme témoin dans l'instance qui se poursuit entre les autres parties". Civ. 5 janv. 1972 Bull. Civ. II 1 n°1; Gaz. Pal., 1951, I, 385, Dalloz 1951 somm. 65; Dalloz D. P. 1904 I 521.
Cornu/Foyer 399, Giverdon ch. 84, Solus/Perrot T. III 980, Garsonnet/Cézar-Bru T. III 692-693, Moreau 7 et 194.
- 12) TG Böckli ad a30 ch. 1. Moreau 195.
Dans l'action en paternité, le désistement d'un consort n'empêche pas le bien-fondé de la demande à l'égard de tous les consorts. Hegnauer ad 261 nm62.
- 13) GR PKG 1988 69 n°13.
ZH Sträuli/Messmer ad 16 nm2.
- 14) GR PKG 1988 69 n°13: "Der vom Kläger gewählte Gerichtsstand am Wohnsitz des einen Beklagten fällt durch den nach Eintritt der Streithängigkeit gegenüber diesem erklärten Klagerückzug nicht dahin, es sei denn, die zurückgezogene Klage sei rechtsmissbräuchlich nur zur Begründung des dortigen Gerichtsstandes eingeleitet worden".
- 15) Solus/Perrot T. III 979.
- 16) Sur le sort des frais et dépens en cas de désistement: GL 36: "...Ebenso ist es ihm unbenommen, im Sinne von Art. 47 jederzeit vom Prozesse abzusichen, wobei er an die bisher erlaufenen Kosten im Verhältnis seiner persönlichen Ansprüche zu denjenigen der andern Streitgenossen gemäss Art. 35 aufzukommen hat".
TG RBOG 1988 124 n°25: "Klagerückzug angebrachtermassen im Berufungsverfahren. Konsequenzen für die Festsetzung der erstinstanzlichen Verfahrenskosten und der ausserrechtlichen Entschädigung bei Rückzug nur eines Teils der Klagen bei Streitgenossenschaft oder subjektiver Klagenhäufung".

connaissent une allégation exclusivement individuelle des faits, l'adversaire et les partenaires ne peuvent demander que soient mainlevés au procès les allégués et actes procéduraux du consort qui quitte l'instance (17). Trop absolue, l'affirmation doit être relativisée dans les systèmes qui admettent la présomption de représentation ainsi que dans ceux qui autorisent un consort à alléguer les faits communs. Les consorts qui restent au procès peuvent ainsi se prévaloir des allégations et actes qui leur sont rattachés dans la mesure où ils ont porté sur des circonstances communes aux consorts. Le désistement d'un codemandeur n'annule pas la demande reconventionnelle introduite contre lui dans les cantons qui confèrent une existence indépendante à la reconvention (18).

Le consort peut renouveler sa demande même si celle-ci porte sur le même objet et à la même cause. L'exception de litispendance ne peut être invoquée contre la nouvelle demande. Le demandeur peut réintégrer la consorité s'il demande la jonction des causes, si les conditions de la consorité sont remplies et si la jonction ne préjudicie pas aux parties.

Le désistement du demandeur opposé à des consorts peut être total. Le demandeur peut renoncer à l'instance contre tous les codéfendeurs (19). Le désistement peut être partiel. Le demandeur peut se désister face à l'un ou quelques codéfendeurs et continuer le procès contre les autres (20).

Lorsque le désistement est subordonné à l'accord du défendeur, chaque codéfendeur doit consentir au désistement d'instance déclaré par le demandeur. Le désistement vaut à l'égard du codéfendeur qui y a consenti (21). Il est inopposable aux

17) Dans cet arrêt, le demandeur s'est désisté face à un codéfendeur. Mais la règle adoptée dans cette sentence est applicable à l'hypothèse inverse. TI Rep. 1985 334: "In caso di desistenza di un litisconsorte facoltativo, la causa continua nei confronti degli altri. Questi ultimi non possono pretendere che gli atti processuali, eseguiti dal litisconsorte dimesso, restino acquisiti agli altri", 336: "X è stato dimesso dalla lite. Ora dimettere una parte dalla lite vuol dire ritirare la lite nei confronti. Si tratta di un atto di disposizione che l'attore può compiere senza che gli occorra il consenso del giudice o della controparte o ciò bene si intende quando più persone non sono convenute assieme in forza di un rapporto giuridico comune ad esse (communio juris) e che fa di esse un litisconsorzio necessario. Ne viene che il ritiro dell'azione nei confronti di X, rispettivamente la sua dimissione dalla lite non legittima né l'ulteriore sua presenza nella causa, né una sua pretesa di appellare contro la sentenza di merito eventualmente emanata a carico della litisconsorte rimasta in lite, né da ultimo la conservazione nell'incanto degli allegati concepiti quale espressione tipica delle tesi difensive proprie del convenuto dimesso dalla lite. Per evitare questo rischio, la convenuta avrebbe dovuto allestire una risposta unica per i due convenuti o quanto meno immettere nei suoi allegati i fatti dai quali pretende di derivare quelle eccezioni liberatorie che ora le torna impossibile di attingere dagli allegati del litisconsorte dimesso". Selon cet arrêt, le consort resté au procès ne peut suppléer au manque d'allégations par le truchement de la procédure d'éditions de documents qui lui aurait permis de joindre au dossier les actes procéduraux du consort à l'égard duquel le demandeur s'est désisté.

18) Par ex. NE n308.

19) Par exemple: 1 demandeur, 6 codéfendeurs, LU Entsch. 1975 316 no258.

20) TI Rep. 1985 334.
 NJW 1984 2538, NJW 1980 1486, NJW 1965 765, NJW 1965 206, NJW 1964 1079, NJW 1964 1057, NJW 1961 545, NJW 1959 1168, NJW 1952 545, NJW 1951 545. MDR 1976 496, MDR 1961 545. VersR 1985 789. JB 1985 774.
 Ovari 57, Stahelin 153 pour l'intervenant principal, Baumbach/Lauterbach ad 269 2A, Zimmermann ad 61 nm4, Stein/Jonas ad 269 nm68, Moreau 7 et 194.

21) Soc. 16 octobre 1984 J.C.P. 1984 IV 351; Civ. 24 janvier 1978 Gaz. Pal. 1978.2.474, J.C.P. 1978 IV 100, RTDC 1978 732 obs. R. Perrot; Soc. 9 avril 1973 Bull. civ. V 218 no242; Com. 10 mars 1954, Bull. civ. III 71 no97.

codéfendeurs qui ont refusé leur consentement de sorte que l'instance subsiste à leur égard (22).

Le partenaire du consort à l'égard duquel le demandeur s'est désisté n'est pas recevable à critiquer le désistement, à moins que le litige ne porte également sur les rapports internes (23). Le désistement n'a toutefois pas d'incidence sur le droit de recours que les autres débiteurs ont contre lui (24).

Le demandeur ne peut introduire une nouvelle demande pour la même cause que contre les défendeurs qui ont accepté le désistement. Il s'expose contre les autres à l'exception de litispendance.

II. Le désistement d'action (Passé-expédient, Klageverzicht, Abstand)

Comme pour le désistement d'instance, le principe de la divisibilité du désistement fait règle. Le codemandeur a qualité pour se désister de l'action (25). Ayant seul qualité pour disposer de son droit, il a également le pouvoir d'abandonner ce droit et de renoncer à l'exercice de toute nouvelle action.

Le désistement d'action est parfait par la seule manifestation de volonté du codemandeur. Il n'a pas à être accepté par le défendeur (26), sauf si ce dernier a un intérêt à voir le procès poursuivre son cours (27), notamment si le désistement est partiel (28).

Solus/Perrot T. III 981, Moreau 194; "L'instance pourrait également subsister à l'égard du défendeur qui refuserait de donner son adhésion au désistement sauf à remarquer qu'il pourrait être passé outre à ce refus par le juge", n. 75: "La section commerciale de la Cour de cassation a précisé le 19 juin 1963 que le désistement devant la Cour de cassation doit faire l'objet d'un arrêt lorsque le demandeur n'a pas obtenu l'agrément de tous les défendeurs (Bull. civ. 1963 3 262 n°314)", n. 76: (le principe de la divisibilité du désistement) "ne s'apprécie pas sans nuances: il ne serait pas illogique d'envisager l'hypothèse d'un désistement totalement inefficace à l'égard même du défendeur qui a donné son acceptation si dans l'intention du demandeur la validité du désistement a été surdonnée au consentement de tous ses adversaires" et les références citées.

22) Moreau 194: "La doctrine n'a jamais mis en doute une solution qui aurait été consacrée par la jurisprudence si l'occasion s'en était présentée" et les références citées.

23) "Le défendeur à un procès qui n'a pas conclu contre un autre défendeur et n'a donc avec lui aucun lien procédural n'est pas recevable à critiquer le désistement du demandeur de l'instance dirigé contre cette partie, acte qui ne le concerne pas". Civ. 24 janvier 1978, J.C.P. 1978 IV 100, RTDC 1978 732 obs. Perrot.

24) "Dès lors que tous les coresponsables d'un dommage ont été condamnés in solidum à réparation envers le demandeur, le désistement de l'instance dirigée contre l'un d'eux seulement n'entraîne aucune conséquence quant au droit de recours que les autres pourront exercer contre lui", Civ. 24 janvier 1978 J.C.P. 1978 IV 100, RTDC 1978 732 obs. Perrot.

25) GL 36, AG AGVE 1974 25 n°5, 31.
Geiger 48, Matti Streithgenossenschaft 111, Gysler 9, ZH Sträub/Messmer ad 40 nm2 et 11, SG Luzern ad a104 ch. 2, AG Eichenberger ad 51 nm3 et Beiträge 42 et la doctrine allemande et autrichienne unanime.

26) Il prend effet dès son expédition, non dès sa réception. ATF 100 Ib 126/IT 1975 I 515.
RTDC 1960 537 n°4: "Le désistement d'action, à la différence du désistement d'instance, est un acte unilatéral; le consentement du défendeur est inutile".

27) Givardon ch. 99.

28) GE SJ 1987 460, 463: "Le désistement de l'action suppose la renonciation au pouvoir d'action à propos d'une prétention donnée; il entraîne l'extinction de l'instance accessoirement à celle de l'action... Le désistement d'action ne nécessite pas l'accord des parties. Renonciation à un droit, le désistement d'action est parfait par la seule manifestation de la volonté de son auteur, dès lors que l'abandon de la prétention n'expose pas l'adversaire à voir recommencer l'instance. L'acceptation du défendeur n'est requise que si celui-ci a un intérêt à la poursuite du procès, par exemple lorsque le désistement du demandeur est partiel, ou accompagné de réserves qui lui permettraient d'agir à nouveau, ou encore si le défendeur a un intérêt à ce que la procédure suive son cours, notamment lorsqu'il a formé une demande reconventionnelle".

Le désistement d'action a les effets d'un jugement au profit du défendeur (29). Le codemandeur est mis hors de cause et est en principe tenu des frais et dépens comme s'il eût succombé. S'il renouvelle sa demande, il s'expose à l'exception de chose jugée (30).

Le demandeur opposé à des défendeurs met fin à la consorité lorsqu'il se désiste à l'égard de tous. Lorsqu'il se désiste de l'action à l'égard d'un ou de quelques défendeurs (31), le procès continue contre les autres. Lorsqu'il ne précise pas contre quels codéfendeurs il entend se désister, il ne peut être présumé se désister de l'action au profit de tous. Le juge doit s'enquérir de ses intentions réelles (32).

Le désistement d'action du demandeur n'est pas subordonné à l'accord des défendeurs, sauf si ces derniers ont un intérêt à voir poursuivre le procès, en particulier si le désistement est partiel (33).

§2. L'acquiescement

Mode de clôture du procès à l'initiative du défendeur (34), l'acquiescement (*Klageanerkennung*) est total lorsque la renonciation porte sur tous les chefs de conclusions de la demande et partiel lorsque le défendeur n'adhère qu'à certains d'entre eux. Lorsqu'il y a consorité simple, le principe de la relativité de l'acquiescement fait règle (35). Chacun des consorts a qualité pour se soumettre à la demande indépendamment de son colitigant (36). Le consort qui acquiesce n'a pas à consulter son partenaire (37) et son acquiescement est indépendant de toute acceptation de l'adversaire commun.

L'acquiescement ne lie pas le consort de celui qui le prononce, sauf représentation (38). Il emporte tous les effets d'un jugement définitif dans les causes qui dépendent de la seule volonté des parties (39). Faute d'objet, l'instance s'éteint à l'égard de l'acquiesçant (40). Il cesse d'être partie. Le procès a pris fin en ce qui le concerne, tout au moins en sa qualité de plaideur. L'acquiescement n'exclut pas qu'il

-
- 29) Notamment NE n176.
Voir également ATF 105 II 149/DT 1980 I 177.
- 30) VD Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 161.
- 31) Belgique: Jurisprudence de la Cour d'appel de Liège 1985 123: Désistement d'action à l'égard d'un des codébiteurs solidaires. Zimmermann ad 61 nm4.
- 32) Givendon ch. 93 et 95: "le désistement d'action ne se présume pas".
- 33) Givendon ch. 99.
- 34) Principal ou reconventionnel.
- 35) On observe spécialement en doctrine française l'expression "divisibilité de l'acquiescement". L'expression risque de susciter quelque équivoque. Moreau 197 n. 84.
- 36) Par analogie ATF 107 Ia 246 relatif au désistement d'action. AR RBOG 1966-67 32 no3. AG AGVE 1974 25 no5, 31.
Gelger 48, Matti Streitgenossenschaft 99, Gysler 9, Ovari 50, Maday 214, ZH Strüli/Messmer ad 40 nm11, BE Jolidon 81, BS/BL Staehelin/Sutter 87, SG Lutz ad a104 ch. 2, AG Eichenberger ad 51 nm3 et Beiträge 41, AG Keller/Pfisterer ad a25 ch. 4, TG Böckli ad a30 ch. 1, TI Ottaviani 73, JU Cepi 37 et la doctrine allemande et autrichienne unanime.
- 37) Par analogie ATF 107 Ia 246 relatif au désistement d'action. AG AGVE 1974 25 no5, 31.
- 38) TG Böckli ad a30 ch. 1: "Anerkennung des einen darf dem andern nicht schaden". Thomas/Putzo ad 61 ch. 3, Rosenberg/Schwab 281, Schellhammer 678 nm1344: "Anerkennung...eines Streitgenossen haben im Prozess des anderen allenfalls Indizwirkung...". Idem Rosenberg/Schwab 282; Moreau 7.
- 39) NE n176. L'acquiescement appelle parfois une décision du juge assimilée à un jugement en ce qui concerne l'autorité de la chose jugée: par ex. ZH 188/2.
- 40) L'acquiescement au jugement, à ne pas confondre avec l'acquiescement à la demande, a été étudié dans le chapitre relatif au recours.

puisse être entendu comme témoin dans l'instance qui se poursuit entre les autres parties.

Le consort qui acquiesce est tenu en principe des dépens comme s'il eût succombé. Il est tenu dans le canton de Vaud de tous les dépens jusqu'à l'acquiescement, sous réserve de règlement de comptes avec les autres défendeurs (41).

Le défendeur peut se soumettre à l'ensemble des conclusions élevées contre lui par les demandeurs. L'acquiescement est total. Il peut se soumettre à la demande formée contre lui par un consort et résister à la demande d'un autre. L'acquiescement est partiel. Le juge en tient compte en rendant son jugement. Le défendeur qui acquiesce doit préciser avec soin quelles sont les conclusions auxquelles il déclare adhérer.

Indépendamment de toute acceptation des codemandeurs, l'acquiescement du défendeur ne lie pas le consort de celui qui le reçoit lorsqu'il est partiel (42).

§3. La transaction (Vergleich)

Le consort simple, actif ou passif, a qualité pour transiger seul avec l'adversaire en ce qui concerne sa propre réclamation ou la réclamation élevée contre lui. De même, l'adversaire des consorts peut choisir de transiger avec l'un des consorts et non avec les autres (43).

Le consort qui transige ne peut disposer du droit de son colitigant (44) et ce même si le droit de procédure exige des consorts qu'ils procèdent conjointement (45).

Un colitigant peut se joindre à la transaction conclue par un autre (46).

Conséquence du principe de la relativité (47), la transaction conclue par le consort ne lie point les autres et ne peut pas d'avantage leur être opposée (48). Ces derniers ne peuvent l'invoquer qu'en tant que fait et non en tant qu'acte créateur d'obligations juridiques. La transaction lie en revanche les ayants cause du consort. Ces derniers sont assimilés aux parties à la transaction en tant que continuateurs de la personne du défunt.

La jurisprudence fait exception au principe de la relativité de la transaction lorsque les parties qui transigent ont l'intention d'en faire profiter tous les codébiteurs solidaires et de mettre à néant la dette. Le codébiteur solidaire peut alors se prévaloir de la transaction conclue par son partenaire (49).

41) VD JT 1965 III 79. Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 92 ch. 7. 5.

42) Moreau 7.

43) BE RJB 75 1939 371. TI Rep. 1985 334.

Hans Schultz, Der gerichtliche Vergleich unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes betreffend die ZPO für den Kanton Bern vom 7.7.1918, Thèse Berne 1939, 90; *Hans Fürst*, Beitrag zur Lehre vom Prozessvergleich im schweizerischen Recht unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Prozessrechts, Thèse Zurich 1927, 32; Geiger 48, Matti Streiten Genossenschaft 111, Gysler 9, Ovari 50, Maday 214, ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm11, Sträuli/Häuser ad a39 ch. 2, BE Leuch ad 39 ch. 1, BE Jolidon 81, BS/BL Staehelin/Sutter 87, AG Keller/Pfisterer ad a25 ch. 4, SG Lutz ad a104 ch. 2, TI Ottaviani 73, JU Ceppi 37 et la doctrine allemande et autrichienne unanime.

44) Fürst 32; Schultz 90; AG Eichenberger ad 51 nm3.

45) BE Leuch ad 39 ch. 1.

46) Schultz 90.

47) Moreau 7, 191 et les références citées.

48) SH 85 2e phrase: "Jeder einzelne... kann, soweit er nicht durch besondere Rechtsverhältnisse gebunden ist, ohne rechtliche Wirkung für den andern... Vergleiche abschliessen". Thomas/Putzo ad 794 ch. 2, Stein/Jonas ad 61 nm3.

49) ATF 107 II 226/JT 1981 I 614. Effet libératoire d'une transaction pour tous les débiteurs solidaires, fondé sur les déclarations de volonté des parties lors de la conclusion du contrat.

La transaction judiciaire nécessite parfois le consentement d'un tiers non partie à la procédure. Il en est ainsi de la transaction relative à la prolongation du bail du logement familial. Celle-ci n'est valable que si les deux époux y consentent, bien qu'un seul ait saisi le juge. C'est une nouveauté en procédure civile. Si le conjoint non partie refuse son consentement, la transaction ne peut clore l'affaire, car il lui manque une condition de validité. Il en est ainsi même si le bailleur et le conjoint du locataire, parties à la procédure, acceptent tous deux le compromis proposé par le tribunal (50).

La transaction emporte tous les effets d'un jugement définitif (51). Elle s'oppose à ce que l'on introduise une demande en justice pour remettre en cause ce qui a été décidé par la transaction. Vainement conclue transaction (52), elle permet aux parties de soulever l'exception de transaction lorsqu'il y a identité d'objet, de cause et de parties. Elle ne constitue pas un titre de main-levée définitif à l'égard du codébiteur solidaire qui n'a pas participé à la procédure (53).

Le consort cesse d'être partie. Le procès prend fin en ce qui le concerne, tout au moins en sa qualité de plaideur (54). Le consort ne peut anéantir la transaction en se réformant (55).

Le défendeur qui transige avec le demandeur est en procédure vaudoise tenu de tous les dépens sous réserve de règlement de compte avec les autres défendeurs (56). Les frais du litige divisant un demandeur et un codéfendeur devenu sans objet par suite d'une transaction conclue entre ce même demandeur et un autre codéfendeur sont supportés par la partie qui aurait succombé au fond, in casu par le consort (57). Lorsque des procès introduits séparément prennent fin par une transaction commune, les frais et dépens se règlent comme si les procès avaient pris fin séparément (58).

-
- 50) Droit suisse du bail à loyer, Commentaire, Edition USPI, 1992, 638 ad 273a CO am3.
 - 51) NE n182. La transaction appelle parfois une décision du juge assimilée à un jugement en ce qui concerne l'autorité de la chose jugée: par ex. ZH 188/2.
 - 52) L'exception de transaction est paralysée par la nullité de la transaction.
 - 53) AG AGVE 1988 34 no6/RSJ 1990 160 no35: "Ein gerichtlicher Vergleich, der mehrere Solidarschuldner zur Zahlung an den Gläubiger verpflichtet, bildet für den die Schuldverpflichtung erfüllenden Solidarschuldner keinen definitiven Rechtsöffnungstitel für den Regressanteil gegenüber einem Mitschuldner".
 - 54) La transaction n'exclut pas qu'il puisse être entendu comme témoin dans l'instance qui se poursuit entre les autres parties: VD JT 1954 III 66. L'arrêt a trait à l'appel en cause, mais peut s'appliquer à la consorité.
 - 55) NE n196/1a.
 - 56) VD JT 1965 III 79. Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 162.
 - 57) ZH ZR 81 1982 48 no18: "Befreiung eines Solidarschuldners durch einen Vergleich des Gläubigers mit einem anderen Solidarschuldner". BE RJB 75 1939 371: Action contre l'un des consorts devenue sans objet par suite de transaction entre le demandeur et l'autre consort après disjonction des actions ordonnées par le juge.
 - 58) ZH ZR 42 1943 56 no21: "Werden getrennt eingeleitete und durchgeführte Prozesse durch gemeinsamen Vergleich erledigt, so ist für die Kosten- und Entschädigungsfrage von der Selbständigkeit der einzelnen Prozesse auszugehen".

CHAPITRE 2. RESOLUTION JURIDICTIONNELLE DU LITIGE

§1. Par l'entrée en force du jugement

La consorité arrive à son terme le plus souvent (1) lorsque le juge vide le litige à l'égard de tous les consorts. Elle subsiste en revanche lorsqu'il diffère le prononcé sur les frais (2). Le jugement tient en un seul document. Il est formellement unique lors même que les consorts ont produit des moyens particuliers d'attaque ou de défense (3). Il comprend substantiellement autant de jugements que de consorts, le juge pouvant accueillir la demande d'un consort et rejeter celle d'un autre (4). Son dispositif doit permettre de déterminer ce qu'il est advenu de chaque demande (5). Limitée subjectivement aux parties principales, l'autorité de la chose jugée qui lui est attachée doit être examinée séparément pour chaque consort dans ses relations avec l'adversaire des consorts, car il y a autant de choses jugées que de couples demandeur/défendeur (6). Elle ne lie pas les consorts entre eux (7) sauf si le procès a porté également sur leurs rapports internes (8). Elle s'étend aux héritiers du consort

- 1) C'est la cause d'extinction la plus fréquente de la consorité. GR PKG 1969 40 no8: "Diese Streitgenossenschaft ist durch die gemeinsame Prozessbegründungshandlung der Eheleute B...begründet worden, und endet mit dem Zeitpunkt der rechtskräftigen Erledigung des Prozesses; das Ende der Streitgenossenschaft fällt somit mit dem Ende der Rechtshängigkeit der Klage zusammen. Das ergibt sich schon aus der Bedeutung der...Streitgenossenschaft...Man kann somit sagen, der Zweck der formellen Streitgenossenschaft sei mit dem Eintritt der formellen Rechtskraft des Urteils erfüllt". Flepp 109, Matti Streitgenossenschaft 111, Ovari 18, BE Jolidon 81, Lindacher JuS 1986 381.
- 2) JW 1914 155. Baumbach/Lauterbach notes prélim. ad 59 2, Wieczorek ad 59 Ala2.
- 3) BE 39/1, UR 55/1, OW 38/2, NW 43/1, SO 40, SH 85, AI 60, TI 43/3, JU 38/1. Stein/Jonas ad 61 nm12.
- 4) Comp. pour l'action en paternité Hegnauer BK ad 261 nm62: "Dagegen können die Klagen von Mutter und Kind nicht nacheinander gutgeheissen werden, weil mit der Guttheissung (oder Anerkennung) der einen Klage die andere gegenstandslos wird. Die Abweisung...der einen Klage hindert die Guttheissung der andern nicht".
- 5) Guldener ZPR 303, Ovari 59, Baumbach/Lauterbach ad 61 2D, Thomas/Putzo ad 61 ch. 10, Schellhammer 677 nm1344, Stein/Jonas ad 61 nm12, Rosenberg/Schwab 282.
- 6) OLGZ Karlsruhe 1989 77.
Philippe Schweizer, Le recours en revision spécialement en procédure civile neuchâteloise, Thèse Neuchâtel 1985. 53; Zimmermann ad 61 nm6, Baumbach/Lauterbach ad 61 2D, Thomas/Putzo ad 61 ch. 12, Rosenberg/Schwab 282, Stein/Jonas ad 61 nm4, Schellhammer 678 nm1344, MünK ad 61 nm6, Fasching ZPR II 193 nm378.
- 7) ATF 93 II 329/JT 1969 I 130: "L'autorité de la chose jugée du jugement rendu contre l'un des débiteurs solidaires ne s'étend pas au rapport qui existe entre le créancier et l'autre débiteur solidaire que la solidarité soit parfaite ou imparfaite". ZH ZR 62 1963 113 no41. GR PKG 1969 40 no8: "...so stellt sich die Frage, wie das durch den Richter auszusprechende Urteil zu formulieren ist, dh ob der Richter, falls er die Klage der Streitgenossen ganz oder teilweise gutheisst, die zukünftige Forderung der Streitgenossenschaft als solcher oder jedem einzelnen Streitgenossen einen gewissen Teil davon zusprechen soll. Diese Frage ist identisch mit der Frage nach der Wirkung der Rechtskraft des Urteils; diese entfaltet sich grundsätzlich nur im Verhältnis der sich im Prozess als Gegner gegenüberstehenden Parteien. Man kann daher sagen, dass die Rechtskraft...das Verhältnis mehrerer Streitgenossen untereinander nicht betrifft. Das ergibt sich daraus, dass jeder Streitgenosse den Prozess unabhängig vom anderen führen kann...". Guldener 303 n. 38, Geiger 48, ZH Strüthli/Messmer ad 40 nm12, Baumbach/Lauterbach ad 325 2a; Stein/Jonas ad 61 nm5: "Ob die materielle Rechtskraft des Urteils für andere Streitgenossen von Bedeutung ist, entscheidet sich nach den sonstigen Grundsätzen...ohne Rücksicht auf die Streitgenossenschaft". MünK ad 61 nm6, Schlosser 232 nm271: "Wenn also beispielsweise mehrere angebliche Haftpflichtige für einen Unfall nacheinander verklagt werden, so kann das Gericht im zweiten und dritten Verfahren das Unfallgeschehen anders als im ersten Verfahren beurteilen. Im Falle einer Streitgenossenschaft hingegen kann dies das Gericht nur wenn es durch unterschiedliche Dispositionsakte der Beteiligten gezwungen wird", Fasching ZPR 193 nm378.

décédé en cours d'instance. Chaque consort se voit notifier un exemplaire du jugement, certifié conforme, aux frais de la cause commune même lorsqu'ils ont un représentant ad litem commun ou un domicile de notification (9). Le jugement prend date à leur égard le jour où ils en ont reçu notification.

La consorité peut s'achever à l'égard d'un consort par un *jugement partiel* dont le prononcé constitue une division de causes implicite (10) et doit être admis même sans base légale, car, liquidant une partie divisible et autonome du litige (11), il a le même effet que lorsqu'un consort se désiste de son action, acquiesce à la demande exercée contre lui ou transige avec l'adversaire commun (12). La consorité simple étant en effet la réunion formelle de procès qui auraient pu être intentés séparément, un jugement qui aurait pu être rendu sans qu'il y ait consorité ne saurait être prohibé une fois la jonction ordonnée.

Le jugement partiel en faveur ou contre un consort (13) peut porter sur des questions procédurales. Il sanctionne par exemple le consort qui ne satisfait pas aux conditions de recevabilité du procès, qui n'a pas la capacité d'être partie ou à l'égard duquel le juge est incompétent (14). Il tranche des questions matérielles par exemple lorsqu'un consort n'a pas la légimation active ou passive (15), lorsqu'il fait défaut

Comp. NE CPC 1878: "Il est prononcé, à l'égard de tous les consorts, un seul et même jugement, qui a force de chose jugée entre eux comme à l'égard de la partie adverse".

- 8) ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm12, Guldener ZPR 303 n. 38.
- 9) GL 33/3, ZH ZR 3 1904 169 no102, Geiger 49, ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm12, Sträuli/Hauser ad a39 ch. 2.
- 10) ZH ZR 56 1957 77 no49, LU LGVE 1983 I 37 no20, contra: Entsch. 1958 447 no584: "Der Erlass von Teilurteilen ist grundsätzlich unzulässig", SH ABOG 1985 138, Flepp 94, Maday 214; *Walter Wüthrich*, Teilklage und Teilurteil, Thèse Zurich 1952, 38.
- 11) Baumbach/Lauterbach ad 61 3D: "Ein Urteil das den Prozess für den einen Streitgenossen voll erledigt ist ein Teilurteil", ad 301 3, Thomas/Putzo ad 61 ch. 10, ad 301 ch.1, Zöllner ad 301 nm4, Stein/Jonas ad 61 nm12, Zimmermann ad 61 nm5, Rosenberg/Schwab 282.
- 12) *Contra* faute de base légale sous l'ancien code zurichois: ZH ZR 26 1927 364 no183, décision critiquée le jour même de sa parution cf. note in fine, Jurisprudence infirmée in ZR 56 1957 77 no49, Ovari 19, Wieczorek ad 59 Ala2, Arens/Lüke 312 nm445, Baumbach/Lauterbach notes prélim. ad 59 2, Stein/Jonas notes prélim. ad 59 nm11.
- 13) ATF 44 II 442: "le jugement mettant définitivement hors de cause l'un des codéfendeurs est un jugement au fond qui disjoint de nouveau des actions concurrentes liées en cours d'instance", ZH RBOG 1908 no179, ZR 56 1957 77 no49, GE SJ 1959 583, SJ 1926 542: "le déboulement prononcé contre le demandeur en faveur d'une des parties défenderesses équivaut à la mise hors de cause de cette partie...", NJW 1988 2113, NJW 1984 615. *Contra*: ZR 26 1927 364 no183, Marti ZPR 1066, Flepp 109, ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm10, Blomeyer 628.
- 14) Ovari 59, Matti Streitgenossenschaft 74 et 112 et ZPR 1066, Flepp 109.
- 15) GR PKG 1945 88 no33: "Fallen bei der passiven Streitgenossenschaft einzelne Streitgenossen aus, so geht der Prozess gegenüber den anderen Streitgenossen dessenenungeachtet weiter...90: Im vorliegenden Falle sind zwei Personen ins Recht gefasst worden, von denen die eine passiv nicht legitimiert ist. Damit ist...nicht gesagt, dass die Klage nun auch mit Bezug auf die als legitimiert erscheinende Beklagte, wegen Nichtbestehens der ins Recht gefassten passiven Streitgenossenschaft zurückzuweisen sei...Wenn...aus Gründen der Prozessökonomie...die Bildung der Streitgenossenschaft gefördert wird, so darf andererseits hinsichtlich der Veränderung in der Zusammensetzung dieser Streitgenossenschaft nicht gegen den praktischen prozessualen Sinn und Zweck der Art. 40 und 41 ZPO verstossen werden. Würde aber der Grundsatz aufgestellt, dass bei Ausscheiden eines oder mehrerer Streitgenossen auf der Passivseite die Klage gegen alle ins Recht gerufenen abzuweisen sei, so widerspräche dies offensichtlich dem, durch die Zulassung der Streitgenossenschaft verfolgten Zweck, in dem in schwerster Weise gegen das Prinzip einer gesunden Prozessökonomie verstossen würde".

(16) ou lorsqu'il liquide un moyen séparé, par exemple la responsabilité d'un codéfendeur ce qui permet d'éviter les frais d'une procédure onéreuse (17).

Le prononcé d'un jugement partiel est subordonné à deux conditions. Le juge ne peut vider définitivement le litige à l'égard du consort que si sa cause est en état d'être jugée (18). Il ne peut prononcer un jugement partiel que dans les hypothèses autorisant la division des causes (19). Le jugement partiel peut être prononcé lorsqu'il y a consorité simple formelle. Le fait que les actions soient fondées sur le même rapport de droit (20) ou des rapports de droit différents (21) est indifférent. Le juge ne saurait en revanche rendre un jugement partiel lorsque les demandes sont liées. Le jugement partiel est ainsi prohibé lorsqu'il y a consorité simple matérielle (22), lorsqu'il y a solidarité parfaite (23), consorité éventuelle (24) ou alternative ou que le procès porte sur les rapports internes des consorts (25).

Le juge statue d'office ou à requête (26). Les consorts qui ne sont pas concernés par le jugement partiel ne peuvent le contraindre à surseoir à son prononcé et exiger que le partenaire dont la cause est en état d'être jugée reste enchaîné à la procédure jusqu'à droit connu dans les causes parallèles (27). La solution contraire interdirait à ce dernier de recourir immédiatement et pourrait compromettre ses intérêts. Elle l'oblige à attendre la fin d'un procès qui risque de ne jamais terminer et qui ne le concerne qu'indirectement (28).

Le jugement partiel disjoint de jure la cause du consort des autres. Il lui fait perdre la qualité de consort, mais ne met pas fin à la consorité des autres. Lorsqu'il a été rendu contre l'un des débiteurs solidaires, l'autorité de la chose jugée qui est attachée à son dispositif - et qui peut intervenir à des moments différents lorsque plusieurs jugements partiels sont rendus (29) -, ne s'étend pas au rapport qui existe

16) Matti Streitgenossenschaft 112.

17) ATF 110 II 505/JT 1985 I 362, ATF 107 II 349/JT 1982 I 173: décision incidente rendue contre 4 des 6 codéfendeurs, 177: "...Il ressort de la décision attaquée que le volume des preuves à administrer dépendra dans une large mesure du point de savoir si la responsabilité en cause est celle des 6 défendeurs ou de celle de deux d'entre eux seulement", ATF 104 II 285/JT 1979 I 243.

18) ATF 61 II 269/JT 1936 I 114, ZH RBOG 1908 no179, ZR 56 1957 76 no49: "Sind allerdings gleichzeitig auch die Ansprüche gegen die übrigen Streitgenossen spruchreif, so rechtfertigt es sich, über alle Ansprüche in einem Gesamturteil zu befinden". NJW 1978 1920, BGH 107 236. Contra: ZR 26 1927 364 no183.

Wüthrich 38, ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm10, Thomas/Futzo ad 301 ch. 1, Stein/Jonas ad 61 nm12: "Sein Erlass kann...trotz Entscheidungsreife unterbleiben, wenn dies nur ausnahmsweise angemessen sein wird". Lindacher JuS 1986 381, Rosenberg/Schwab 281. Fasching ZPR 714 nm1417: "Ausgeschlossen sind Teilurteile...bei einfacher materieller Streitgenossenschaft bezüglich eines Teilanspruchs für oder gegen einzelne Kläger, für den ein anderer in derselben Klage geltend gemachter und noch nicht entschiedener Teilanspruch für oder gegen andere Kläger präjudiziell ist".

19) ZH ZR 56 1957 77 no49: "...kann...die Trennung angeordnet werden, so muss auch die getrennte Erledigung, dh die Erledigung durch Teilurteil, zulässig sein".

20) ATF 44 II 443, ATF 37 II 390.

21) Le TF jugeait cette seule hypothèse valable dans l'ATF 37 II 390.

22) ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm10, Sträuli/Häuser ad a37 ch. 1, Contra: Fasching ZPR 714 nm1417.

23) ATF 44 II 442.

24) ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm10.

25) ATF 83 II 79.

26) Wüthrich 19, C'est une faculté du juge, Stein/Jonas ad 61 nm12.

27) GR PKG 1945 88 no33, GE SJ 1959 584.

28) Alain Wurzbacher, Les conditions objectives du recours en réforme au Tribunal fédéral, Thèse Lausanne 1964, 201 ch. 276.

entre le créancier et l'autre débiteur solidaire (30). Le jugement partiel peut toutefois rendre la procédure parallèle sans objet (31).

§2. Par renonciation au recours et retrait du recours

La renonciation et le retrait du recours sont des formes particulières de fin juridictionnelle du litige et d'achèvement de la consorité (32).

29) MDR 1981 216. OLG2 Karlsruhe 1989 77. FamRZ 1980 279. Baumbach/Lauterbach ad 61 D. ad 301 JA.

30) ATF 93 II 329/JT 1969 I 130. Blomeyer 629.

31) Dans l'action en paternité, les demandes de la mère et de l'enfant peuvent être accueillies conjointement. Mais une seule demande peut l'être, ce qui rend l'autre sans objet. Le rejet d'une action n'empêche pas le juge d'accueillir l'autre. Hegnauer BK ad 261 nm62.

32) TI Rep. 1985 334, 335.
Voir également Deuxième partie, Titre III, Chapitre 10.

CHAPITRE 3. AUTRES MODES D'EXTINCTION

§1. La division de causes

La consorité prend fin par disjonction judiciaire ou conventionnelle. La disjonction judiciaire revêt deux formes dont les conditions et les effets diffèrent. La première, examinée dans le chapitre relatif aux conditions de la consorité, sanctionne l'admissibilité de la consorité lorsque ses éléments ne sont pas réalisés (1). Portant sur l'organisation de l'instance, la seconde est prononcée pour opportunité alors même que les causes ont été régulièrement jointes (2). C'est de cette forme dont il est question ici.

La loi fédérale de procédure civile (3) et de nombreux cantons autorisent le juge à diviser les causes pour opportunité. La disposition est nouvelle dans de nombreux cantons (4).

ZH 40/3	NW 42/2	BL	AG 52	GE
BE 38	GL 33/1	SH 86/2	TG 21/2	JU 37
LU 62	ZG 19/2	AR 111/3	TI	
UR 54/2	FR 90, 134	AI 59/3	VD 75/1	
SZ 37/3	SO 39/2	SG n46/2	VS	
OW 38/3	BS 18	GR	NE n29	

La division pour opportunité est limitée à la consorité simple formelle dans les cantons d'Uri, Glaris, Zoug, Schaffhouse et Thurgovie. Le juge ne peut la prononcer lorsqu'il y a consorité simple matérielle (5). Considérant que cette limitation entrave les prérogatives du juge, la doctrine est favorable à une division de causes dans ce dernier cas, mais exige des motifs impérieux (6). La doctrine et la jurisprudence zurichoise et vaudoise excluent la division pour la consorité simple matérielle lors même que le législateur l'autorise (7). Le canton de Bâle-Ville ne reconnaît que la consorité simple matérielle et autorise la division de cause pour opportunité. Dans les autres cantons, le juge peut diviser les causes pour opportunité aussi bien pour la consorité simple formelle que pour la consorité simple matérielle (8). La solution est judiciaire.

- 1) Il ne s'agit pas à proprement parler d'un terme, car il n'y a eu qu'une consorité de fait. Voir Deuxième partie, Titre I, Chapitre 3, §6.
- 2) NE BGC vol. 70 (1905) 12: "...La jonction de causes peut, tout en étant justifiée en droit, présenter des inconvénients pour la clarté de l'instruction. Dans ce cas, il est naturel que la division puisse être requise en tout état de cause et ordonnée d'office".
- 3) PCF 24/3.
- 4) L'ancien droit argovien ne connaissait la division de cause que pour le cumul objectif d'actions. AG AGVE 1950 65 no13, AG Eichenberger Beiträge 39, Keller/Pfisterer notes préf. ad a24ss. Les cantons d'Obwald et de Berne ignoraient également la division pour opportunité. La division pour opportunité est également admise en Allemagne (DZPO 145).
- 5) Vogel 133 nm63. UR Aschwanden 81 est favorable à une extension du pouvoir du juge. Les anciens droits zurichois et argoviens avaient la même règle. Geiger 53-54. AG Eichenberger Beiträge 39.
- 6) Geiger 31 et 53-54. Kraft 52: "Auch bei engster Konnexität kann eine Trennung erforderlich werden, wenn sonst das Verfahren zu unübersichtlich und zu schwerfällig ist".
- 7) VD JT 1984 III 11, 17 c. 6. ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm10, Sträuli/Hauser ad a37 ch. 1. Matti Streitgenossenschaft 43, 45 et 114. Geiger 31-32, 53-54, Flepp 31 admettent la disjonction pour opportunité en cas de consorité simple matérielle contrairement à Rapp 165 n. 95 et 170 n. 121.
- 8) Matti Streitgenossenschaft 113-114, mais pas en cas de solidarité. BE Leuch ad 38 ch. 2: "Diese Bestimmung findet vorwiegend bei materieller Streitgenossenschaft Anwendung."

La division pour opportunité est exclue dans les cas où le droit matériel considère les prétentions comme une "unité nécessaire" (notwendige Einheit) même lorsqu'il y a consorité simple. Le juge ne peut prononcer la division de causes lorsqu'il y a consorité éventuelle (9) ou consorité alternative (10) et selon certains auteurs lorsqu'il y a solidarité (11).

Le juge peut-il prononcer la division pour opportunité dans les cantons qui n'ont pas de disposition à ce sujet (Bâle-Campagne, Grisons, Tessin, Valais, Genève) ? J. Flepp et J. Ovari rejettent la division de cause faute de base légale (12). Dans le canton d'Argovie, la division de cause était interdite sous l'empire de l'ancien code de procédure et le procès devait continuer jusqu'à son terme même si l'opportunité commandait de diviser les causes (13). Les tribunaux valaisans reconnaissent au juge cette faculté pour le motif qu'elle est le pendant de la jonction des causes et relève de son pouvoir de direction du procès (14). Il faut les approuver.

La division pour opportunité est subordonnée à l'existence d'une consorité régulière et de conditions objectives. Certains codes ne mentionnent aucune condition, ainsi le nouveau code de St-Gall (15).

La division de causes suppose un cumul régulièrement constitué par les consorts ou par le juge. La consorité originaire ou subséquente (16) doit être régulière (17).

Exceptionnelle (18), la division pour opportunité ne peut être prononcée librement (19). Liée au pouvoir de direction du procès du juge, elle est subordonnée à l'existence de circonstances objectives (20) qui résultent d'un constat effectué en cours d'instruction" (21). Le juge ne peut la prononcer que si des motifs suffisants la justifient (22). La mesure est préconisée, si "le juge l'estime nécessaire à la bonne marche du procès" (23), si elle est "nécessaire pour la clarté de l'instruction" (24), si l'appréciation commune des causes suscite des difficultés, trouble ou rallonge à l'excès

denn bei formeller wird in solchen Fällen die Streitgenossenschaft richtiger...als unzulässig zu erklären sein", FR Deschenaux/Castella 67, AG Eichenberger ad 52 nm1.
NE La disposition date de 1848 (projet Jacquet, art. 49).

- 9) ATF 83 II 79, VS RVJ 1969 299: L'existence de conclusions subsidiaires n'autorise pas la division de causes. BE Leuch ad 38 ch. 2. Zöllner ad 145 nm4.
- 10) ATF 83 II 79, ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm10.
- 11) Matti Streitgenossenschaft 114. Contra: BE Leuch ad 38 ch. 2.
- 12) Flepp 112, Ovari 18 a contrario.
- 13) AG AGVE 1950 65 no13, Eichenberger Beiträge 39.
- 14) VS RVJ 1976 261.
- 15) SG n46/2.
- 16) NE ATC VIII 487.
- 17) ZH ZR 75 1976 102 no31, Flepp 111, Matti Streitgenossenschaft 113.
- 18) BE Leuch ad 38 ch. 2: "Sie ist...ausnahmsweise angezeigt".
- 19) Matti Streitgenossenschaft 114, Flepp 111: "Die verbundenen Prozesse müssen eine Verwirrung hervorrufen. Der Prozessstoff muss für den Richter und die Parteien unübersichtlich werden".
- 20) Flepp 111, Matti Streitgenossenschaft 114.
- 21) Rapp 235.
- 22) ZH 40/3, SZ 37/3, OW 38/3, AR 111/3, AG 52. La loi fédérale de 1850 sur la procédure à suivre devant le tribunal fédéral en matière civile exigeait des "raisons spéciales" (art. 44, Rec. off. 1851, 73ss, 83).
- 23) NE n29/b, NW 42/2 et GL 33/1: "wenn sich ansonsten das Verfahren zu weitläufig gestalten würde".
- 24) NE n40.

le procès (25), s'il apparaît, indépendamment de toute manœuvre tardive de l'une des parties, que le jugement sur tous les chefs de demande risque d'être différé à l'excès par la nécessité d'une instruction complexe sur l'un d'entre eux (26), si des procédures distinctes paraissent plus profitables aux parties (27), enfin si elle ne va pas à l'encontre de l'intérêt des parties (28).

La division se justifie notamment lorsque des mesures d'instruction ou des preuves différentes doivent être administrées à l'encontre des consorts ou que les preuves à administrer dans le procès de l'un d'eux nécessiteront beaucoup de temps (29). Elle peut être prononcée pour d'autres motifs que la difficulté de l'instruction (30) mais "ne peut s'appliquer à un vice ou une irrégularité que la loi sanctionne autrement" (31). Elle est préconisée

- lorsqu'il est à prévoir que les consorts défendeurs n'élèveront pas les mêmes objections (32),
- lorsqu'un consort soulève incident,
- lorsque le nombre de prétentions déduites en justice est élevé,
- lorsque la cause d'un consort est suspendue (33), notamment lorsqu'un consort décède et qu'il y a succession de parties (34),
- lorsque l'adversaire des consorts est l'auteur d'un cumul objectif de demandes contre l'un des colitigants (35)
- lorsque la cause d'un consort est en état d'être jugée (36),
- lorsqu'un jugement par défaut est prononcé contre un consort (37),
- lorsqu'une des demandes est manifestement mal fondée (38),
- lorsque la reconvention d'un ou contre un consort inflige aux autres consorts une procédure longue et qui ne les concerne en rien (39),
- lorsque le procès porte également sur les rapports internes des consorts (40).

La division est facultative. Le juge peut mais ne doit pas la prononcer (41). Il peut la refuser (42). Il est en effet parfois difficile de disjoindre en cours d'instruction, la séparation matérielle du dossier peut nécessiter de nouvelles écritures.

Dans certaines circonstances, la division est obligatoire. Il en est ainsi par exemple lorsque la demande reconventionnelle d'un ou contre un consort dépasse le

- 25) BE 38/1, LU 62, UR 54/2, ZG 19/2, FR 90 et 134, SO 39/2, VD 75/1, JU 37/1.
- 26) Solus/Perrot T. III 935.
- 27) BS 18.
- 28) AI 59/3, SH 86/1 ch. 2, TG 21/2.
- 29) ZH ZR 75 1976 102 no 31. Matti Streitgenossenschaft 114, Flepp 111.
- 30) VD JT 1984 III 11.
- 31) Rapp 171.
- 32) LU Entsch. 1970 789 no 766.
- 33) ZH ZR 56 1957 76 no 49. BE Leuch ad 38 ch. 2.
- 34) Matti Streitgenossenschaft 114, BE Leuch ad 38 ch. 2.
- 35) Geiger 64.
- 36) ZH ZR 75 1976 102 no 31, ZR 26 1927 364 no 183, Stolz 125 n. 4.
Contra: VersR 1973 285, NJW 1957 183. Baumbach/Lauterbach ad 145 ch. 1.
Thomas/Putzo ad 145 ch. 1, Zöllner ad 145 nm 4.
- 37) VS RVJ 1976 261, 265.
- 38) TG RBOG 1931 45 no 5.
- 39) BE Leuch ad 170 ch. 2c, Geiger 64.
- 40) Geiger 64.
- 41) JU Ceppi 39.
- 42) Kraft 19.

taux de compétence du juge saisi de la demande principale et fonde la compétence d'un autre tribunal (43).

Le juge statue d'office (44) ou à requête (45) en la forme sommaire (46) ou incidente (47). Son prononcé constitue une décision préparatoire (48), susceptible de recours dans certains cantons (49) et subordonnée à la consultation des parties (50).

Obligatoirement postérieure à la litispendance (51), la division est possible en tout temps (52), même en tout début de procédure (53).

Elle peut être prononcée en cours d'instruction, mais également également à un stade ultérieur et même après l'appointement au débat final. Elle consistera à établir dans ce dernier cas un jugement séparé à l'encontre de chaque consort (54).

La division au stade du recours, - possible (55) - est plutôt rare. Elle permet de réduire l'ampleur qu'a prise la procédure en première instance. Elle est également préconisée lorsque un motif de division apparaît devant l'autorité de recours seulement. Il en est ainsi lorsqu'une des causes est apte à être jugée et que l'autre doit être renvoyée au premier juge pour compléments de preuves (56).

La division peut être partielle et ne toucher qu'une partie du contentieux dans lequel un consort est impliqué (57).

43) BE RJB 46 1910 99 no8. RJB 36 1900 467 no21. Matti Sireitgenossenschaft 115-116, BE Leuch ad 38 ch. 2. RJB 37 1901 306 no10, RSJ 7 1909 89 no101.

44) Tous les cantons qui connaissent la division de causes autorisent le juge à la prononcer d'office.

45) BE 38, LU 62, UR 54/2, ZG 19/2, VD 75/1, NE 29, JU 37. Matti Sireitgenossenschaft 114.

46) FR 90.

47) VD 75/1. A noter que dans le nouveau droit de procédure neuchâtelois, la division de cause pour défaut des conditions de la consorité et la division de cause pour opportunité ont désormais le même régime juridique. Sous l'ancien code, le moyen qui se rapportait à la division de cause pour violation des conditions de la consorité (a37 et a39) était un moyen préjudiciel tandis que la division pour opportunité relevait de la procédure incidente (a40). NE CCC VIII 487.

48) SG KG 1906 19 no9: "Prozessleitende Verfügung". Matti Sireitgenossenschaft 114. FR Deschenaux/Castella 67: "Mesure de direction du procès".

49) SO 39/2.

50) TI Ottaviani 60-61.

51) Baumbach/Lauterbach ad 145 ch. 2. La condition est à nos yeux trop restrictive.

52) PCF 24/3, ZH 40/3, BE 38, LU 62, SZ 37/3, OW 38/3, NW 42/2, GL 33/1, AI 59/3, SH 86/2, NE 29, JU 37. La précision du législateur peut laisser penser que la division pour opportunité ne peut être prononcée au début du procès ce qui n'est évidemment pas le cas. UR 54/2, ZG 19/2, FR 90, SO 39/2, AR 111/3. SG 46/2, AG 52, TG 21/2, VD 75/1 ne disent rien sur le moment de la division. Il faut en déduire que le juge peut la prononcer en tout état de cause. Matti Sireitgenossenschaft 114, Flepp 111. BS/BL Stachelin/Sutter 87.

53) Guldener 303.

54) VS RVJ 1971 5.

La doctrine et la jurisprudence allemande excluent la division de cause au stade du jugement par le motif que lorsque le jugement partiel est possible, la division est exclue, il s'ensuit que si toutes les causes sont en état d'être jugées, la division est à plus forte raison exclue. VersR 1973 285. NJW 1957 183. Baumbach/Lauterbach ad 145 ch. 1: "Das Gericht darf nicht die bisher verbundenen gleichzeitig entscheidungsreif gewordenen Sachen zum Zweck mehrerer Urteile trennen". Thomas/Putzo ad 145 ch. 1, Zöller ad 145 nm4.

55) NJW 1979 660. Flepp 113. ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm10, BE Leuch ad 38 ch. 2.

56) ZH RBOG 1908 no179. Sträuli/Hauser ad a38 ch. 2.

57) TI Rep. 1985 334, 335-336. Ovari 18.

Lorsque la division est prononcée, les demandes restent pendantes (58). Le tribunal reste compétent pour chacune d'elles. La division n'entraîne pas dessaisissement du juge (59). La valeur litigieuse obtenue par le cumul subsiste (60) même en seconde instance de sorte que la recevabilité du recours reste acquise (61).

La division a des effets *ex nunc* (62). Le juge "ordonne les mesures nécessaires à l'organisation de l'instance" (63). La conciliation n'a pas à être renouvelée (64). Chaque cause se déroule dans des audiences séparées et fait l'objet de procès-verbaux séparés et de dossiers distincts, qui devront être complétés, voire établis (65) encore qu'il soit possible d'attendre la conclusion d'un des procès avant de statuer sur l'autre, les dossiers étant réunis (66).

Les frais engagés jusqu'à la division sont répartis au prorata de la participation de chaque consort (67).

Lorsque la division est rejetée, le procès des consorts suit son cours.

Les consorts peuvent convenir de diviser les causes avec leur adversaire. Lorsque la division, qui ne peut être le fait unilatéral des consorts ou de leur adversaire, est partielle (elle ne lie qu'un consort et l'adversaire des colitigants), les autres consorts n'ont pas à être consultés (68).

Les avis sont partagés sur la question de savoir si la division conventionnelle autorise une nouvelle jonction des causes. Se fondant sur l'absence de pouvoir de jonction du juge, certains auteurs et tribunaux estiment que la division est définitive et exclut une nouvelle jonction (69). Pour d'autres en revanche, la division constitue une situation provisoire dont la révocabilité par le juge autorise une nouvelle jonction même sans base légale (70). Nous les approuvons avec la réserve que le procès ne doit pas comporter une alternance de jonction et de division, alternance peu compatible avec une marche harmonieuse du procès et l'économie de procédure.

-
- 58) Matti Streitgenossenschaft 115, Flepp 112, BE Leuch ad 38 ch. 2, JU Ceppi 39.
59) TG 22, Stein/Jonas notes préL ad 59 nm9. Le projet du CPC de Soleure du 16 avril 1948 prévoyait le contraire (art. 38/3).
60) Matti Streitgenossenschaft 115, Geiger 35, Flepp 113, Gysler 11 n. 4, ZH Sträuli/Hauser ad ad ch. 2, BE Leuch ad 38 ch. 2, SG Lutz ad al 05 ch. 5, JU Ceppi 39. A défaut de cette règle, le juge pourrait à sa seule discrétion modifier les règles légales d'évaluation du taux du ressort.
61) TG 22.
62) Matti Streitgenossenschaft 115.
Comp. NE art. 51/3 Projet Jacottet 1848: "Les actes de procédure antérieurs au jugement qui prononce la division demeurent valables".
63) VD 75/2.
64) LU Entsch. 1908 no589, Entsch. 1875 no110. Hans Josef Mahnig, Der Friedensrichter im luzernischen Recht, Thèse Berne 1959, 30.
65) Matti Streitgenossenschaft 115, Flepp 113, BE Leuch ad 38 ch. 2, JU Ceppi 39.
66) ZH ZR 75 1976 102 no31.
67) Matti Streitgenossenschaft 115, Flepp 113, BE Leuch ad 38 ch. 2, JU Ceppi 39.
Comp. Stein/Jonas ad 100 nm22: "Trennung der Verfahren...ist kostenrechtlich so zu behandeln, als ob von Anfang an zwei Prozesse vorgelegt hätten".
68) BE Leuch ad 36 ch. 2: "...eine einmal begründete Streitgenossenschaft kann durch Vereinbarung zwischen einem Streitgenossen und dem Gegner ohne Rücksicht auf die übrigen Streitgenossen jederzeit gelöst werden...".
69) BE RJB 61 1925 568 no40, RJB 60 1924 461 no26.
Flepp 114 dans le silence de la loi, BE Leuch ad 38 ch. 2: "Weil die Trennung die Prozesse verselbstständigt, ist sie definitiv".
70) Matti Streitgenossenschaft 112 et 116, Wiczorek ad 59 A1a3.

Le juge qui prononce la nouvelle jonction n'a plus à examiner les conditions de recevabilité des procès, ni celles de la consorité. La nouvelle jonction n'a pas d'effets rétroactifs (71).

§2. Autres modes d'extinction

La consorité prend fin

- par modification de la demande lorsque la valeur des conclusions modifiées dépasse le seuil de valeur litigieuse maximale d'un tribunal (72),
- par succession de parties: une partie succède à plusieurs consorts (73), un consort décède et ses héritiers ne poursuivent pas la procédure (74),
- par confusion de parties: le demandeur du procès initial, qui a été recherché par un intervenant principal, est héritier du défendeur de ce procès (75).
- par liquidation de la communauté (76),
- par paiement de la dette: le débiteur éteint la dette des créanciers solidaires par paiement fait à l'un d'eux (77).
- par demande reconventionnelle, lorsque la reconvention d'un codéfendeur modifie la compétence matérielle du tribunal (78).
- par convention de procédure (79).
- lorsqu'un consort devient l'adversaire de son partenaire en cours de procédure: le défendeur initial dans l'intervention principale succède à l'intervenant et acquiert la qualité de demandeur face à son partenaire, demandeur dans le procès initial (80).

71) SG GVP 1953 73 no29, Lutz ad a105 ch. 3.

72) Ovari 18.

73) AG VJS 1930 139. Ovari 18, AG Eichenberger Beiträge 37. Stein/Jonas notes prêt. ad 59 nm11, Baumbach/Lauterbach notes prêt. ad 59 2.

74) TI Rep. 1979 325. Ottaviani 61. Wolff 125.

75) Staehelin 154.

76) CC 654/1: "La propriété commune s'éteint par...la fin de la communauté".

77) FR Extraits 1933-35 65.

78) BE RJB 46 1910 99 no8: "Bringt ein Streitgenosse für sich gesondert eine Widerklage an, wozu er...das Recht hat, und bewirkt diese Widerklage...eine Veränderung des Gerichtsstandes, so tritt er damit aus dem Streitgenossenverhältnis aus", RJB 37 1901 306 no10, RJB 36 1900 465 no21. RSJ 7 1909 89 no101. Matti Streitgenossenschaft 112, 115-116, Flepp 113-114. BE Leuch ad 38 ch. 2.

79) BE Leuch ad 36 ch. 1. Stein/Jonas ad 61 nm14.

80) Staehelin 154.

TROISIEME PARTIE
LA CONSORITE NECESSAIRE

TITRE I. LES CONDITIONS DE LA CONSORITE NECESSAIRE

CHAPITRE I. LES CONDITIONS DE RECEVABILITE

Pour de nombreux auteurs et tribunaux, le juge doit, lorsqu'il y a consorité nécessaire, examiner les conditions de recevabilité pour chaque consort séparément (1). L'affirmation, souvent justifiée par le fait que la consorité nécessaire comporte autant de liens d'instance que de consorts (2), est trop absolue. La règle se justifie bien plutôt par le fait qu'un jugement au fond n'est possible que si tous les consorts remplissent les conditions de recevabilité. D'autre part, l'examen des conditions de recevabilité est individuel ou collectif suivant la nature de la condition. L'examen individuel s'impose lorsque les conditions de recevabilité doivent être nécessairement remplies par tous les consorts. Par exemple, la *cautio judicatum solvi* ne peut être exigée que si tous les consorts nécessaires se trouvent dans une hypothèse justifiant son dépôt (3), ce que le juge ne peut vérifier que sur la tête de chaque consort. L'examen des conditions de recevabilité est alors subordonné aux mêmes règles que pour la consorité simple (4). Certaines conditions de recevabilité ne peuvent par la force des choses être examinées que globalement, ainsi la qualité pour agir ou pour défendre des consorts nécessaires matériels, mais non celle des consorts nécessaires formels.

Le juge statue le plus souvent d'office (5). Lorsqu'il statue à requête et que la consorité est active, il n'y a pas présomption de représentation. Lorsqu'en d'autres termes le défendeur unique fait valoir qu'un demandeur ne remplit pas les conditions de recevabilité, ce dernier n'est ni présumé défaillant, ni réputé représenté par les autres consorts qui ne peuvent pallier à l'irrégularité pour écarter l'irrecevabilité de la demande (6). Lorsque la consorité est passive, chaque consort peut invoquer le moyen (7).

- 1) GR PKG 1949 7 no 1, 10.
Matti Streitgenossenschaft 15ss, 64 et 68 et Matti ZPR 1065, Maday 211, Geiger 114, Guldener ZPR 299, Stolz 123, BE Leuch ad 36 ch. 1, BE Jolidon 78, AG Eichenberger ad 53 nm1 et Beiträge 41.
Blomeyer 634, Behringer 160, MünK ad 62 nm47, Schellhammer 680 nm1347, Winte 128-129, Schilken 382 nm684, Zöller ad 62 nm23, Fasching ZPR 189 nm368, Fasching Komm. II 199.
- 2) Matti Streitgenossenschaft 64, Zimmermann ad 62 nm8: "Grundsätzlich bleibt es bei der nur äusserlichen Zusammenfassung mehrerer Prozesse. Deshalb sind für jedes Prozessrechtsverhältnis die Prozessvoraussetzungen...gesondert zu prüfen". Winte 94: "Zur Erreichung des mit ihr verfolgten Zweckes bewirkt die notwendige Streitgenossenschaft für das gemeinsame Verfahren eine Modifikation einzelner allgemeiner Grundsätze unseres Prozessrechts. Trotz des gemeinsamen Verfahrens bleiben die Prozessrechtsverhältnisse der einzelnen Streitgenossen jedoch in beiden Alternativen der notwendigen Streitgenossenschaft rechtlich selbständig. Die Prozessvoraussetzungen sind deshalb für jeden Streitgenossen gesondert zu prüfen". Lindacher JuS 1986 383, Rosenberg/Schwab 291, Schellhammer 680 nm1347.
- 3) Voir Quatrième partie, Titre III, Chapitre 2.
- 4) Geiger 114, Matti Streitgenossenschaft 62 et Kisch 10 appliquent dans tous les cas les mêmes règles pour les deux formes de consorité.
- 5) SG KGE 1902 50-51.
Matti Streitgenossenschaft 18 et 65, SG Lutz ad a103 ch. 3.
Certaines conditions sont soumises à la maxime des débats. Notamment la *cautio judicatum solvi* et l'avance de frais. Matti Streitgenossenschaft 66.
- 6) Rosenberg/Schwab 291.
- 7) Gysler 111: "Unbestritten und daher vorwegzunehmen ist, dass die Geltendmachung des Mangels einer Prozessvoraussetzung die Wirkung der Prozessbeendigung schon dann hat, wenn sie durch einen notwendigen Streitgenossen geschieht, weil der von Amtes wegen zu berücksichtigende Mangel einer Prozessvoraussetzung von der (auf die Streitsache bezogenen) Verfügungsbeschränkung nicht betroffen wird. Bei Wegfall des einen

Imposée par le droit de fond, la consorité nécessaire doit être admise quel que soit le type de procédure.

Ainsi:

- devant le juge conciliateur (8). A l'inverse, le législateur dispense parfois les plaideurs de la conciliation lorsqu'il y a consorité (9).
- en procédure sommaire (10). Les auteurs se montrent dans leur majorité plus larges que pour la consorité simple (11). La consorité nécessaire est admise en mesures provisoires (12), pour les procédures sommaires de la LP (13).
- en procédure de sommation (14).
- en procédure accélérée (15).
- en procédure prud'homale (16).
- en procédure commerciale (17).
- dans la phase d'exécution des jugements (18).

Dotées d'une sanction propre, les conditions de procès donnent au défendeur le droit de soulever une exception de procédure. Le jugement devant être le même pour tous, le défaut d'une condition de procès provoque l'irrecevabilité de la demande (19)

mangelhaften Prozesses müssen auch die andern Prozesse abgewiesen werden", Fasching Komm. II 199.

- 8) AG VJS 1925 129 no 38.
Peter Schnyder, Der Friedensrichter im schweizerischen Zivilprozessrecht, Thèse Zurich 1985, 112; *Michael Beglinger*, Der Friedensrichter im solothurnischen Recht, Thèse Bâle 1985, 77; *Hans Josef Mahnig*, Der Friedensrichter im luzernischen Recht, Thèse Berne 1959, 30; *Hans Schibli*, über den Friedensrichter nach aargauischem Recht, Thèse Zurich, 1973, 110; *Peter-Max Alborn*, Der Friedensrichter im thurgauischen Prozessrecht, Thèse Bâle 1977, 109.
- 9) SG 117a.
- 10) VD 347.
AG VJS 1914 11.
Matti Streitgenossenschaft 4 et ZPR 1065, BE Jolidon 75, AG Eichenberger Beiträge 41.
Felix Heggl, Das summarische Verfahren nach luzernischem Zivilprozessrecht, Thèse Zurich 1957, 23. *Guido Nauer*, Das summarische Verfahren nach schwyzerischem Zivilprozessrecht, Thèse Zurich 1985, 29. *Ernst Alois Brandenburg*, Das summarische Verfahren in der zürcherischen Zivilprozessordnung, Thèse Zurich 1966, 33; *Herbert Schneider*, Das summarische Verfahren nach sankt-gallischen Zivilprozessrecht, Thèse Bâle 1979, 32; *Walter Reinert*, Das summarische Verfahren nach solothurnischem Recht, Thèse Berne 1951, 44-45: "Für die sog. notwendige Streitgenossenschaft ist dies selbstverständlich". *Hans Werner Hüsey*, Das summarische Verfahren nach aargauischem Zivilprozessrecht, Thèse Berne 1956, 62; *Rolf Meier*, Das summarische Verfahren nach schaffhauserischem Recht unter Berücksichtigung des Entwurfs zu einer neuen ZPO, Thèse Zurich 1948, 33.
- 11) AG Eichenberger ad 290 nm2: "Die Streitgenossenschaft, mindestens die notwendige...dürfte zulässig sein".
- 12) *Paul Graner*, Die einstweiligen Verfügungen nach bernischem Zivilprozess, Thèse Berne 1932, 47.
- 13) NE n376b.
- 14) AG VJS 1930 137.
Willy Gschwend, Das Befehlsverfahren in der st-gallischen Zivilprozessordnung von 1939, Thèse 1944, 81. *Hans Munz*, Das Befehlsverfahren und die Bauinhibition nach der thurgauischen Zivilprozessordnung, Thèse Zurich 1947, 58.
- 15) VD 340/1.
- 16) Zöller ad 59-60 nm3a.
- 17) *Max Brändli*, Die sachliche Zuständigkeit der aargauischen Zivilgerichte, Thèse Bâle 1984, 147. Voir également Quatrième partie, Titre II, Chapitre 2.
- 18) Zöller ad 59-60 nm3a. Voir Troisième partie, Titre III, Chapitre 13.
- 19) SG n45/2: "Die Klage wird abgewiesen wenn sie nicht alle notwendigen Streitgenossen erfasst".

parce qu'elle prive les autres consorts de la qualité pour agir (20). Pour certains auteurs, la demande est mal fondée pour défaut de légitimation (21). Pour d'autres, le juge doit constater la nullité de la demande (22). Le défaut d'une condition de recevabilité est ainsi une cause d'extinction de la consorité. Le juge est à notre avis en droit de fixer aux consorts un délai pour leur permettre de satisfaire aux conditions requises pour suivre l'instance.

Le défaut d'une condition de recevabilité n'a pas d'incidence pour les autres consorts lorsqu'il y a consorité nécessaire formelle et que plusieurs consorts ont procédé. Le juge peut ainsi déclarer irrecevable la demande d'un actionnaire qui a conclu à l'annulation d'une décision d'assemblée générale. Le prononcé n'affecte pas la demande des autres actionnaires qui ont également agi en ce sens, car la nécessité du jugement unique n'a trait qu'au jugement au fond et ne concerne pas la recevabilité (23). Le consort concerné par le prononcé d'irrecevabilité perd la qualité de consort. Les autres poursuivent le procès (24).

GR PKG 1949 7 no1, GR Arrêt non publié du 28.5.1948 en la cause Thöni contre Thöni et consorts, BGH 30 195.

Guldener ZPR 299, Matti ZPR 1065. Anton Berther, Prozessvoraussetzungen im bündnerischen Zivilprozessrecht, Thèse Fribourg 1958, 48: "Bei der notwendigen Streitgenossenschaft müssen für jeden einzelnen Streitgenossen sämtliche Prozessvoraussetzungen gegeben sein. Ist dies nicht der Fall, so ist die notwendige Streitgenossenschaft nicht gültig zustande gekommen, und auf die Klage kann nicht eingetreten werden, ein Sachurteil kann nicht gefällt werden". Zölter ad 62 nm23 et 30, Zimmermann ad 62 nm8, Blomeyer 634, Lindacher JuS 1986 383, Fasching Komm. II 177-178.

- 20) Si la sanction est la même pour tous les consorts, sa motivation diffère en revanche de consort à consort. L'irrecevabilité est en effet fondée sur le défaut de la condition de recevabilité à l'égard du consort qui n'y satisfait pas, mais à l'égard des autres, elle se justifie par le défaut de qualité pour agir ou pour défendre provoquée précisément par le défaut de la condition de recevabilité précitée. Winte 219 n. 8, Lindacher JuS 1986 383, Thomas/Putzo ad 62 ch. 10, Zimmermann ad 62 nm8, Lent IuJB 90 96, Rosenberg/Schwab 291.
- 21) Geiger 114, Schellhammer 685 nm1358: "Bei der materiellrechtlich notwendigen Streitgenossenschaft wird die Klage der übrigen zwangsläufig unbegründet, denn das Ausscheiden eines Streitgenossen nimmt den übrigen die materielle Rechtszuständigkeit, weil sie allein nicht mehr die richtigen Gläubiger oder Schuldner sind". Becker 23-24 n. 6: "Denn sobald ein Genosse auf Grund eines Prozessurteils aus dem Verfahren ausscheidet, muss, da nur alle Genossen gemeinsam aktiv oder passiv legitimiert sind, die Klage gegen den anderen oder gegen die anderen Genossen wegen mangelnder Sachbefugnis abgewiesen werden".
- 22) Fasching Komm. II 199: "Da ein Urteil nur ergehen kann, wenn alle Prozessvoraussetzungen vorliegen, und das Urteil...notwendigerweise nur ein einziges einheitliches sein kann, genügt das Fehlen auch nur einer Prozessvoraussetzung bei einem "Streitgenossen" um die Nichtigkeit des Verfahrens gegen die gesamte einheitliche Streitpartei zu bewirken".
- 23) Winte 128, Thomas/Putzo ad 62 ch. 10, Rosenberg/Schwab 291, Lindacher JuS 1986 383, Zimmermann ad 62 nm8, Zölter ad 62 nm23 et 30, Lent IuJB 90 97, Schellhammer 680 nm1347, 685 nm1358, Blomeyer 634, Becker 23: "Das folgt, aus der Möglichkeit, in getrennten Prozessen den streitigen Anspruch geltend zu machen".
- 24) Lindacher Jus 1986 383.

CHAPITRE 2. LES CONDITIONS SPECIFIQUES DE LA CONSORITE NECESSAIRE

§1. Les critères de la consorité nécessaire

Réalisant l'unité postulée par le droit de fond, la consorité nécessaire introduit dans le débat plusieurs personnes dont le sort est indissociablement lié et déroge au principe de l'indépendance des procès. La gravité de l'exception suppose l'existence de critères - *qui ne sont jamais ceux de la consorité simple* (1) - pour en fixer le domaine d'application. L'entreprise est difficile (2). Les conditions de la consorité nécessaire ne doivent en effet pas être trop larges et donner trop d'extension à des institutions qu'il faut au contraire restreindre. Elles ne doivent à l'inverse pas être trop restrictives, car des situations juridiques différentes sont visées par la consorité nécessaire (3). Les critères choisis doivent enfin assurer le but recherché, mais ne sauraient être invoqués pour justifier une solution exceptionnelle. Leur usage devient condamnable lorsqu'ils deviennent un instrument juridique autorisant l'économie d'un raisonnement pour parvenir à une solution désirable.

I. La consorité nécessaire est de manière générale subordonnée *positivement* à trois groupes de critères (4). Les uns ont trait à un rapport de communauté entre les consorts, et plus particulièrement à la qualité pour agir ou pour défendre qui en découle (A). Les autres qui leur sont liés ont trait à l'issue du procès et à l'exécutabilité du jugement (B). D'autres enfin ont trait au procès lui-même (C). Ces trois catégories de critères sont susceptibles de se combiner, mais la consorité nécessaire n'exige pas dans tous les cas leur cumul. Si elle est en principe toujours donnée lorsque le jugement ne peut être qu'unique à l'égard de toutes les personnes qu'il concerne, elle n'implique pas obligatoirement que ces dernières n'ont que conjointement qualité pour agir ou pour défendre et n'exige pas obligatoirement qu'elles soient toutes au procès. La consorité nécessaire peut en d'autres termes exiger une unité de jugement et d'exécution sans exiger corrélativement une action concertée, ni la présence au procès de tous les intéressés. Elle peut à l'inverse exiger cette présence pour des motifs procéduraux sans impliquer obligatoirement une unité de jugement. On est alors en présence d'une consorité nécessaire d'un type particulier.

A. Il y a consorité nécessaire dans les diverses hypothèses où le rapport de droit matériel litigieux crée une dépendance mutuelle des parties telle que toute

- 1) Nater 19. Même lorsque la consorité nécessaire est formelle. Zimmermann ad 62 nm1, Lindacher JuS 1986 380, Gottwald JA 1982 66. Contra Becker 9.
Dans les cantons dans lesquels la consorité nécessaire matérielle est une subdivision de la consorité matérielle, la consorité nécessaire est subordonnée aux mêmes conditions que la consorité simple matérielle (Matti Streitgenossenschaft 39: "Die Verbindungsvoraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft sind keine andern als die im ZPO 36 geordneten...", Geiger 23, 116-117). La systématique ne facilite pas la délimitation entre les deux formes de consorité.
- 2) Moreau 255: "Tous les systèmes destinés à résoudre les problèmes posés par la pluralité de parties achoppent...sur des problèmes de critères": *Albert Fritzsche*, L'indivisibilité du litige en droit judiciaire privé, Journal des Tribunaux Belge 1971, 269 no5: "Il n'est pas difficile de comprendre qu'un litige indivisible doit donner lieu à un acte juridictionnel unique. Il est en revanche beaucoup plus malaisé de définir un critère, de préciser le degré d'interdépendance à partir duquel la connexité devient indivisibilité"; Schellhammer 679 nm1346: "Während die einfache Streitgenossenschaft problemlos ist und allenfalls die Kostenentscheidung unangenehm werden kann, wird die notwendige Streitgenossenschaft in Ausbildung und Praxis zu Recht gefürchtet. Man kann sie zwar definieren und beschreiben, recht eigentlich aber nur am Fallbeispiel verständlich machen".
- 3) Lindacher JuS 1986 379: "Das Zivilprozessrecht hat mit der Figur der notwendigen Streitgenossenschaft durchweg komplexe Strukturen des materiellen Rechts aufzufangen".
- 4) Le présent chapitre se limite à l'étude de ces critères. Le chapitre suivant présente les principaux cas de consorité nécessaire.

possibilité de fractionnement est exclue et que l'introduction (5) et la continuation du procès ne peuvent s'effectuer qu'en commun. Il en est ainsi lorsque des personnes n'ont que conjointement un pouvoir de disposition (6) et non seulement d'administration (7) sur la prétention litigieuse, ce qui leur confère une qualité pour agir ou pour défendre conjointe. Traduction procédurale du principe de la main commune (8), le principe de l'action concertée ou de l'action commune (9) se rencontre dans des hypothèses limitativement énumérées (10) par le droit matériel

- 5) Meier/Hayoz BK ad 652 nm4, ad 653 nm6. *Paul-Henri Steinauer*, Les droits réels, 2e éd. vol. 1, 380 nm1385. Guldener ZPR 296. Habscheid ZPR II 153 nm281. GE Bertossa ad 6 nm2 parle curieusement de solidarité nécessaire. Zöller ad 62 nm11: "Beachte, dass die notwendige Gemeinsamkeit hier nicht erst im Zeitpunkt der Entscheidung, sondern schon bei Verfahrensbeginn einsetzt; erst recht muss hier die Entscheidung einheitlich sein", Lürdacher JuS 1986 380.
- 6) CC 602/2, CC 648/2, CC 653/2, CC 800/2.
ATF 74 II 215/JT 1949 I 264, ATF 41 II 21/JT 1915 I 397, 403: "...faire valoir sur une chose un droit d'hérédité par la voie d'un procès, c'est disposer de cette chose au sens de l'article 602/2 CCS".
W. Lux, Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft, Thèse Munich 1906, 35; *Lent* IhJB 90 30: "Das Prozessführungsrecht ist ein Teil des Verwaltungs- und Verfügungsrechts, denn Prozessführung ist Verwaltung und dann im Ergebnis der Verfügung gleichkommen". Dans le même sens Geiger 121. Comp. *Andreas Von Tuhr*, Partie générale du code fédéral des obligations, Lausanne 1933, I 171: "Par acte de disposition, la terminologie entend tout acte juridique qui affecte directement un droit ou un rapport de droit: par voie d'aliénation, de constitution d'une charge, de modification ou de renonciation". La consultation de documents n'est pas un acte de disposition (ATF 82 II 555/JT 1957 I 130, ZH ZR 55 1956 22 no12), ni le fait de mettre en demeure le créancier commun (ATF 83 II 427/JT 1958 I 232, contra *Piotet Mélanges Riese* 377ss, 382). De même la plainte et le recours LP sont des droits individuels qui n'ont pas besoin d'être exercés selon les règles de la consorité nécessaire (Poudret/Sandoz COJ 726 ad 78 ch. 3, 1).
Contra *Jürg Beinert*, Die Prozessstandschaft, Thèse Bâle 1963, 99.
- 7) Pour la propriété en main commune, au contraire de ce qui est prévu pour la copropriété. *Steinauer* 380 nm1384. Meier-Hayoz BK ad 653 nm5.
Paul Piotet, Le principe de l'action commune des membres d'une horirie, Mélanges Otto Riese, Karlsruhe 1964, 377ss, 378 à propos de l'art. 602/2 CC: "les mots disposent en commun"...n'ont pas ici un sens technique; ils visent la gestion au sens le plus large, donc aussi l'administration et la représentation. Cela ressort déjà du fait que le code réserve "les droits de représentation ou d'administration prévus par le contrat ou par la loi". Certains auteurs sont favorables à une dérogation générale pour les actes d'administration courante: Ainsi: *Eugène Huber*, Exposé des motifs 1902, 391: "Pour les actes de simple administration, il suffira de l'intervention d'un seul héritier et celui-ci pourra invoquer un droit de représentation qui lui sera reconnu comme allant de soi. Le projet prévoit cette faculté de chacun des intéressés dans l'indivision de droit de famille (370/2) et elle s'applique par analogie à l'institution de communauté héréditaire". Dans le même sens: *Louis Prod'homme*, De la situation juridique d'un cohéritier dans la communauté légale héréditaire, Thèse Lausanne 1921, 81.
Escher ad 602 nm13 et 60 est favorable à une dérogation pour les actes d'administration urgents de relativement peu d'importance. Selon cet auteur, les cohéritiers, consultés sans retard, pourront dans la plupart des cas encore empêcher l'acte d'administration. Il n'y a pas à craindre que le cohéritier qui procède puisse causer des dommages aux autres puisque sa qualité pour agir est limitée aux affaires urgentes de peu d'importance. Au contraire, le système proposé permet d'éviter des dommages aux cohéritiers. Voir à ce sujet la critique de *Piotet*, Mélanges Riese, 377ss, 383.
- 8) *Steinauer* 376 nm1371: "La chose en propriété commune appartient à tous les communistes ensemble, qui exercent, ensemble également, leurs droits sur cette chose. Sans être une personne morale, la communauté qui est à l'origine de la propriété commune n'en a pas moins une certaine unité, et les biens qui font l'objet de cette propriété constituent un patrimoine commun, distinct du patrimoine des membres de la communauté (Sondervermögen) et objet de liquidation séparée".
- 9) *Piotet*, Mèl. Riese, 377.
- 10) Il y a *numerus clausus*. ATF 84 I 126/JT 1959 I 36. *Steinauer* 376 nm1373.

(11) et comportant toutes propriétés en main commune en vertu de la loi ou d'un contrat (12): la consorité nécessaire est donnée lorsqu'il y a communauté de biens (CC 221ss), indivision de famille (CC 336ss), communauté héréditaire (CC 602ss) ordinaire ou maintenue (13), société simple (CO 530ss), en nom collectif (CO 552ss), en commandite (CO 594ss) ou communauté de fiduciaires (14), mais - et c'est capital - son application n'est que subsidiaire (15). Le principe d'unanimité ne s'applique en effet que

- lorsque les règles de la communauté légale ou conventionnelle qui unit les conjoints n'autorisent pas une autre forme d'action (16) de sorte qu'il faut vérifier de cas en cas si les règles de la communauté diminuent la portée du principe d'unanimité (17): le législateur autorise par exemple un indivis à agir seul en cas d'urgence dans la société simple (18).

- lorsqu'il n'y a pas représentation expresse: Le principe de l'action commune s'efface lorsqu'un coindivis représente les autres (19).

- lorsque les coindivis qui ne participent pas au procès n'ont pas déclaré se soumettre par avance au jugement à rendre. Les coindivis qui font une telle déclaration peuvent rester à l'écart de la procédure dans la mesure où une disposition impérative n'y fait pas obstacle. Si tel est le cas, ils doivent être actionnés comme défendeurs (20).

- lorsque le procès porte sur un droit indivisible (21), mais non s'il a trait à une obligation indivisible (22) et ce même si l'indivisibilité naturelle ou conventionnelle (23) de l'objet du litige postule que l'obligation ne peut être

11) Qui ne peut être que respecté par les lois cantonales de procédure. ZH ZR 62 1963 70 no 31, 71: "Auch diese Bestimmung vermag der Klägern nicht zu helfen. Durch diese kantonalrechtliche Vorschrift prozessualer Natur kann eine materiellrechtliche Bestimmung des Bundesrechtes nicht abgeändert oder ausser Kraft gesetzt werden, und sie vermag auch nicht die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft unter den Miterben aufzuheben, da die Frage ihres Bestandes, nicht prozessualer Natur ist, sondern vom materiellen Recht beantwortet wird".

12) CC 652. A défaut, la propriété en main commune n'a pas d'existence légale. ATF 84 I 126/JT 1959 I 36.

13) ATF 96 II 325/JT 1972 I 72.

14) ATF 78 II 445/JT 1953 I 523.

15) CC 653/2.

Le Conseil Fédéral est plus absolu encore: MCF à l'appui de la loi fédérale de procédure civile, FF 1947 II 1001ss, 1020: "...l'obligation de conduire le procès en commun ne se justifie même pas dans les cas où en vertu du droit matériel un seul jugement doit être rendu envers tous les demandeurs ou défendeurs (conjoints nécessaires), en particulier lorsqu'existe entre eux une communauté de droits ou d'obligations relativement à l'objet du litige".

16) CC 653/1.

Par ex. les articles 227ss CC pour les communautés des biens entre époux, 341/1 CC pour l'indivision, 602/3 CC pour l'hoirie, 535ss CO pour la société simple, 563 CO pour la SNC.

17) Steinauer 379 nm 1382 et 1386, Meier-Hayoz BK ad 653 nm 3 et 11.

18) CO 535/3.

19) CC 602/2. ATF 51 II 267/JT 1926 I 41ss, 43: Le coindivis doit faire le procès également au nom du renonçant.

20) ATF 89 II 429/JT 1964 I 365, 369-370, ATF 74 II 215/JT 1949 I 264.

21) ATF 89 II 434.

22) CO 70. Une obligation est indivisible quand son exécution ne peut donner lieu à plusieurs prestations partielles de même objet sans changer de nature ou perdre de valeur. Weber BK ad 70 nm 15, Becker ZK ad 70 nm 2.

23) L'indivisibilité naturelle résulte de la nature des choses. L'indivisibilité conventionnelle découle d'un accord entre les parties et peut porter sur un objet divisible. Weber BK ad 70 nm 14.

partiellement exécutée. L'indivisibilité n'est en effet qu'une modalité de l'objet de l'obligation (24). Chaque créancier pouvant disposer librement de la prétention peut a fortiori exiger en justice, en son propre nom, l'exécution intégrale de la prestation sans le concours des autres (25) et sans que le débiteur ne puisse bénéficier de l'exceptio plurium litisconsortium (26). Lorsque plusieurs créanciers veulent procéder, ce sont des consorts simples (27). La doctrine leur conseille toutefois de procéder conjointement, lorsque la prestation consiste en la livraison d'une chose, car la prestation pourrait être perdue pour l'un d'eux si elle était remise à un autre et le débiteur resterait tenu de la chose. Les auteurs estiment même que le débiteur peut dans un tel cas exiger des créanciers qu'ils procèdent conjointement dans la mesure où ils n'ont pas désigné un représentant (28).

- lorsque le procès est relatif aux biens non partagés des coindivis, car le partage met fin à la communauté. Le principe de l'action commune comporte également des exceptions en cas de partage partiel: lorsqu'un coindivis abandonne ses droits (29) au profit des autres, le renonçant ne peut être contraint à participer au procès, car la renonciation donne aux attributaires le droit d'exercer en justice le droit litigieux à leur seul profit (30).

- lorsque le procès ne porte pas sur des éléments passifs des biens communs. Un cohéritier a par exemple qualité pour former individuellement une action tendant à faire constater l'existence ou l'inexistence d'une dette de la succession (31). Les coindivis recherchent pour les dettes sont débiteurs solidaires et la solidarité, parfaite ou imparfaite, fonde la consorité simple (32).

- lorsque le procès est ouvert ou dirigé contre des coindivis, mais non dans les procès entre coindivis: lorsque le procès oppose l'indivision à l'un des ses membres ou un membre à ses coindivis, le principe de l'action commune est impraticable, car un plaideur ne saurait être à la fois du côté des demandeurs et des défendeurs (33). Il se représenterait lui-même (34). L'exception admise du côté actif est toutefois tempérée par l'obligation de mettre en cause les autres cointéressés afin qu'ils soient

NE RSJ 1925/26 10 no9: l'engagement de deux personnes de reprendre un atelier de mécanicien constitue une obligation indivisible. En cas d'inexécution de la part des acheteurs, le vendeur est en droit de réclamer des dommages-intérêts aux deux acheteurs. TG RBOG 1971 58 no9: "Notwendige Streitgenossenschaft unter Konsortialen bezüglich eines Liegenschaftenaufrechts".

- 24) ATF 53 III 145/JT 1928 II 34.
Contra: Geiger 76: La consorité peut être nécessaire lors même que l'objet est en lui-même divisible.
- 25) Faisant valoir une prestation collective, il ne peut toutefois que conclure à l'exécution envers tous. *Peter Gauch/Walter Schlupe/Peter Jäggi*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5e éd., 1991 315 nm3795, Guldener 297 n. 3. Becker ZK ad 70 nm4.
- 26) Weber BK ad 70 nm41.
- 27) Weber BK ad 70 nm45. Matti Streitgenossenschaft 42.
- 28) ATF 53 III 145/JT 1928 II 34.
Weber BK ad 70 nm29 et les références citées, von Tuhr/Thilo 712-713.
- 29) La renonciation peut être tacite et gratuite (Cession ou déreliction et accroissement).
- 30) ATF 51 II 267/JT 1926 I 41.
- 31) ATF 93 II 11/JT 1967 I 542.
- 32) CO 143ss. CC 603, CO 544/3, CO 568/1, CO 601.
ATF 93 II 11/JT 1967 I 542. ATF 89 II 429/JT 1964 I 365. SJ 1988 81. AR ABOG 1966-67 32 no3.
Meier-Hayoz BK ad 653 nm. 2 et 10 et les références citées.
- 33) ATF 74 II 215/JT 1949 I 264, 266. Lorsque le procès divise des cohéritiers, il n'est pas nécessaire de nommer un représentant au sens de l'article 602/3 CC. ATF 54 II 243/JT 1929 1162.
- 34) Jost RSJ 46 1950 149ss, 151; Troller, RDS 60 1941 73ss, 104.

tous au procès. La qualité pour agir appartient en d'autres termes à une partie des coindivis dans la mesure où tous les autres sont défendeurs à l'action (35) et qu'ils n'ont pas déclaré par avance se soumettre au jugement à rendre (36).

La consorité nécessaire dépend d'autre part de la nature de l'action et de ce qu'elle est exercée activement ou passivement.

L'action condamnatoire exercée activement entraîne consorité nécessaire, sous réserve des exceptions légales (principe de l'action commune) (37). En revanche, l'action condamnatoire exercée passivement contre plusieurs défendeurs et portant sur des *prétentions obligationnelles* entraîne consorité simple (38), car les coindivis ne sont pas dans cette hypothèse conjointement sujets actifs ou passifs de l'objet litigieux (39). Des exceptions sont possibles. Par exemple, le tiers lésé par les cocontractants d'un contrat simulé ne peut les actionner que conjointement (40). L'action condamnatoire exercée passivement contre plusieurs défendeurs et portant sur des *prétentions réelles* entraîne consorité nécessaire (41); les copropriétaires d'un objet sont par exemple actionnés en revendication (42).

La solution ne convainc pas Piotet, *Mélanges Riese*, 377ss, 388: "ce raisonnement aboutit... à autoriser chacun des deux membres d'une communauté héréditaire à ouvrir contre l'autre tous les procès imaginables au nom de l'hoirie, ce qui paraît bien insatisfaisant. De plus le système proposé ne permet pas d'échapper à la nomination d'un représentant officiel. En effet, le défendeur peut demander la nomination d'un représentant pour décider si procès doit être poursuivi ou abandonné comme n'ayant pas de chance de succès". Il est préférable selon cet auteur de respecter le principe de l'action commune qui peut à ses yeux se concrétiser de la manière suivante: Lorsque le défendeur admet que l'hoirie lui fasse procès, les autres cohéritiers agissant en son nom comme au leur. Lorsque le défendeur s'oppose ou ne se détermine pas, c'est au représentant officiel de décider si le procès doit être ouvert et si le défendeur fait obstruction, il doit supporter les frais d'intervention du représentant.

- 35) ATF 54 II 243/JT 1929 I 162ss.
Tuor/Picconini ad 602 nm32, Escher ad 602 nm61.
- 36) ATF 113 II 37, ATF 112 II 310, ATF 86 II 455, ATF 74 II 217.
- 37) ATF 54 II 243/JT 1929 I 162, 164, ATF 50 II 219/JT 1924 I 508, ATF 41 II 28/JT 1915 I 403. Troller RDS 60 1941 73ss, 79, Ovan 62.
- 38) CO 144as, CC 342/2 pour l'indivision, CC 603 pour l'hoirie, CO 544/3 pour la société simple (ATF 72 II 255/JT 1947 I 202, ATF 71 I 179/JT 1945 I 606), CO 568/1 pour la SNC. TF SJ 1988 61: "Il est douteux qu'il existe des cas de consorité nécessaire passive en matière d'action en paiement d'une créance". ATF 101 II 218/JT 1976 I 601, ATF 89 II 429/JT 1964 I 365, ZH ZR 60 1961 105 no56: "einer Forderungsklage gegenüber kommt die Einrede der mangelnden Streitenossen nicht in Frage", ZH ZR 37 1938 171 no78, AR RBOG 1966-67 32 no3, SZ EGV 1987 89 no22, FR Extraits 1940 14, SG KGE 1949 14 no7, AG AGVE 1987 27 no7, VD JT 1987 III 66, VS RVJ 1978 63.
Meier-Hayoz ad 653 nm2, *Theo Guhl/Alfred Koller/Jean Nicolas Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht*, Zurich 1991, 35, Guldener ZPR 297 n. 3.
- 39) Si tel n'est pas le cas, il ne peut être question d'appliquer le principe de l'action commune, ni d'y déroger. Piotet, *Mélanges Riese* 377ss, 379.
- 40) CO 18, TG RBOG 1922 n8, RSJ 34 1937/38 65 no38, GE SJ 1937 346.
Kraft 57, Flepp 173, ZH Sträuli/Hausser ad a37 ch. 2, SG Lutz ad a103 ch. 1a, TG Böckli ad a28 ch. 2.
- 41) Vogel 130 nm52. Contra: Geiger 99-100 qui veut appliquer l'article 70 CO.
- 42) VS RVJ 1985 262.
Cependant: Guldener ZPR 297 n. 3: "Ist eine dingliche Klage gegen den Besitzer...au richten, und steht die Sache im Gesamtbesitz mehrerer Personen, so schliesst dieser Umstand die selbständige Klage gegen den einzelnen Besitzer nicht aus. Allerdings ist die Herausgabe der Sache in natura auf dem Wege der Zwangsvollstreckung nur zur erlangen, wenn übereinstimmende Urteile gegen sämtliche Besitzer vorliegen. Das schliesst aber nicht aus, dass gegen die einzelnen Besitzer getrennt geklagt wird, umsoweniger als das Urteil gegenüber einem einzelnen Besitzer gegebenenfalls auf dem Weg der Umwandlung des Herausgabeanspruchs in eine Geldforderung vollstreckt werden kann".

L'action *constatatoire* exercée activement et portant sur un droit appartenant à plusieurs requiert une action concertée et entraîne consorité nécessaire active (43). Il a été ainsi jugé que les bénéficiaires d'une même servitude ne pouvaient demander que conjointement la constatation de celle-ci (44). L'action *constatatoire* d'un droit appartenant à plusieurs personnes ne peut être exercée passivement que conjointement et entraîne consorité nécessaire dans la mesure où les défendeurs ne sont pas demandeurs (45) et où le demandeur a un intérêt contre tous (46). Le demandeur ne peut par exemple que conclure conjointement contre plusieurs copropriétaires du même immeuble à la constatation de l'existence d'une servitude (47). Il en va de même lorsque l'action est dirigée contre des copropriétaires et tend à la constatation d'un droit de propriété (48). Ne doivent en revanche pas être actionnés les parties qui sont déjà au procès en qualité de demandeurs ou qui ont déclaré à l'avance qu'elles accepteraient de se laisser opposer le jugement (49).

L'action *constitutive* intentée activement ou passivement ne peut être exercée que conjointement et entraîne consorité nécessaire active ou passive (50). Il y a consorité nécessaire active entre les communistes qui demandent la modification d'un droit formateur qui leur appartient en commun. Le jugement formateur emportant création d'une situation juridique objective nouvelle qui s'impose aux tiers comme un fait juridique (51), la modification ne peut intervenir à l'égard des communistes que s'ils sont tous impliqués au procès (52): les propriétaires en main commune ne peuvent que conclure conjointement à l'acquisition de la propriété (53), à l'octroi d'un

Comp. Lindacher JuS 1986 382: "Bei Passivprozessen von Mitberechtigten ist notwendige Streitgenossenschaft aus materiellrechtlichen Gründen zu bejahen, wenn mit der Klage die Verurteilung zu einer Leistung begehrt wird, die von den Beklagten nur gemeinsam erbracht werden kann. Notwendige Streitgenossen...sind daher...die auf Auflassung und Eintragungsbewilligung eines Grundstückes verklagten Miteigentümer". Gottwald JA 1982 69, Rosenberg/Schwab 288.

- 43) ATF 54 II 243/JT 1929 I 162, 164, ATF 50 II 219/JT 1924 I 508, ATF 41 II 28/JT 1915 I 403. LU Entsch. 1949 624 no 732.
Escher ad 602 nm 58, Guldener ZPR 298.
Comp. Stein/Jonas ad 62 nm 22: "Auf der Klägersseite erübrigt sie sich, wenn die Leistungsklage wegen desselben Rechts als Einzelklage erhoben werden könnte oder wenn der einzelne Kläger ein eigenes rechtliches Interesse an der Feststellung des streitigen Rechts hat, das sich nicht in dem Interesse an der künftigen Durchsetzung dieses Rechts zugunsten aller Mitberechtigten erschöpft. Nötig ist sie dagegen, wo ein solches eigenes Interesse und eine Befugnis zur alleinigen Prozessführung nicht besteht".
Contra: Leuch ad 36 ch. 2, Matti Streitgenossenschaft 41, Zöllner ad 62 nm 12 et nm 21.
- 44) ZH ZR 11 1912 13 no 4.
Dans le même sens BE Leuch ad 36 ch. 3, SG Lutz ad a 103 ch. 1a.
- 45) ATF 89 II 429, 432/JT 1964 I 365, ATF 74 II 220/JT 1949 I 264, NE RJN 4 I 32, Ovari 62.
Comp. Guldener ZPR 297 et n. 7: "Feststellungsklagen über Rechtsverhältnisse, an denen mehr als zwei Personen beteiligt sind, brauchen nicht notwendigerweise gegen alle Beteiligten erhoben zu werden. Es dürfte genügen, wenn derjenige Beteiligte eingeklagt wird, demgegenüber das Feststellungsinteresse vorhanden ist".
- 46) Kraft 57.
- 47) AG VJS 1930 147, AG Eichenberger ad 53 nm 2.
- 48) VS RVJ 1985 262.
- 49) ATF 89 II 429/JT 1964 I 365, ATF 74 II 220/JT 1949 I 264.
- 50) TF SJ 1988 81.
Guldener ZPR 296 et 298, Geiger 102-103, Kraft 57, Vogel 131 nm 53, Ovari 61, Maday 213, Lent IJBB 90 37: car cela équivaut à un acte de disposition, Stein/Jonas ad 62 nm 15.
- 51) Paul Ramer, Die prozessualen Gestaltungsklagen des schweizerischen Rechts in rechtsvergleichender Darstellung mit dem deutschen Recht, Thèse Zurich 1973, 19.
- 52) Ramer 27as sur les conséquences de l'absence à l'instance d'une partie à la relation substantielle.

passage nécessaire (54), à la radiation d'une servitude (55), à la nullité d'une vente immobilière (56); ils ne peuvent formuler que conjointement une action fondée sur l'article 692 CC (57), les coacheteurs du même objet ne peuvent exercer que conjointement une action en garantie (58). Il y a consorité nécessaire passive lorsque une personne demande la modification d'un droit qui si elle est admise, entraînera envers plusieurs personnes la cessation d'un rapport juridique déterminé. Les défendeurs ne peuvent être actionnés que conjointement (59). Il en est ainsi pour l'action en annulation de mariage formée par un tiers (60), les actions de la filiation (61), l'action en désaveu (62). Il y a consorité nécessaire passive lorsque l'action tend à l'annulation d'un brevet appartenant à plusieurs (63), à faire constater la nullité du contrat de vente d'un immeuble conclu par des cohéritiers (64), à l'annulation d'une vente immobilière à un étranger (65), à la validation ou l'invalidation d'un pacte

Philippe Schweizer, Le recours en révision spécialement en procédure civile neuchâtelaise, Thèse Neuchâtel 1985, 43: "C'est la branche du droit dont l'action formatrice relève - le droit matériel ou le droit de procédure selon la nature de l'action - qui détermine le cercle des personnes touchées dans leurs droits substantiels de façon directe ou médiate, ainsi que l'étendue de cette atteinte...L'effet formateur étend les retombées de l'acte aux tiers, mais uniquement dans la mesure où ceux-ci ne pourront pas tenir la modification pour non-venue, que le droit litigieux ait un caractère relatif ou absolu. C'est de l'étendue de la chose jugée que dépend en revanche la faculté de soutenir efficacement que la modification est intervenue à mauvaise escient".

53) CC 656, Geiger 103.

54) CC 694, Geiger 103.

55) CC 736, Geiger 104.

56) TI Rep. 1943 279.

57) Geiger 104.

58) *Guldener ZPR* 297: "So kann die Wandelungsklage von mehreren Käufern nur gemeinsam mit Erfolg angestrengt werden". *Rosenberg/Schwab* 290. Voir également *Baumbach/Lauterbach* ad 62 31Bc et *NJW* 1990 2689.

59) *TF SJ* 1988 81, *ZH ZR* 76 1977 148 no59, *Maday* 213.

Il a été jugé que des époux non codébiteurs solidaires qui ont cosigné un contrat de bail étaient consorts nécessaires dans la mesure où l'on ne pouvait admettre une reprise cumulative de dette. *TG RBOG* 1983 no20: "Dass die Ehefrau als Mitmieterin zu betrachten und dass nicht bloss eine kumulative Schuldübernahme gemeint ist, um die Stellung des Vermieters als Gläubiger der Mietzinsforderung zu verstärken, ergibt sich daraus, dass sie Patentinhaberin war. Die zivilrechtliche Zulässigkeit dieses Vorgehens führt prozessual zur notwendigen Streitgenossenschaft der Ehepartner".

Les cotitulaires d'un droit d'emption ne sont pas des consorts nécessaires. *TG RBOG* 1971 58 no9.

60) CC 121, 128, *Götz* ad 136 nm5, *Geiger* 103, *Ovari* 61, *Vogel* 131 nm55, *Kraft* 56.

61) *Geiger* 103, *Ovari* 61, *Vogel* 131 nm55.

62) CC 253.

63) *RSJ* 73 1977 305 no87/*ZR* 76 1977 148 no59, *ZH ZR* 75 1976 102 no31, *Ovari* 62.

64) *ATF* 93 II 11/*JT* 1967 I 541, *ATF* 89 II 429/*JT* 1964 I 366: "Le rapport juridique issu d'un contrat de vente est indivisible lorsque la créance de prix appartient en main commune à tous les héritiers. De par sa nature, un rapport de droit indivisible ne peut être valable ou nul ou annulé qu'en tant que tel à l'égard de toutes les parties intéressées. Le juge ne saurait le déclarer valable ou nul ou l'annuler que comme une seule entité à l'égard de toutes les parties intéressées. Il n'est pas admissible de rendre, sur sa validité ou son annulation un jugement qui n'aurait force qu'entre certains intéressés, car le rapport qui existe entre ceux-ci ne peut pas être détaché et jugé séparément du rapport indivisible dans son ensemble. Aussi doit-on rejeter sans en examiner le fond une action qui ne pourrait aboutir qu'à un jugement liant seulement certains intéressés, car cet effet est incompatible avec la nature du litige". *ATF* 74 II 217, *ATF* 69 I 8, *ATF* 51 I 49, *AG Eichenberger* ad 53 nm2.

65) *TF SJ* 1988 175.

Conсорité nécessaire formelle en procédure tessinoise *TI Rep* 1988 364.

successoral (66), il y a consorité nécessaire passive lorsque le demandeur entend résoudre le contrat de covenants (67).

B. Il y a en deuxième lieu consorité nécessaire lorsque le juge ne peut prononcer qu'une décision unique (68) et liant tous les intéressés pour des raisons matérielles ou procédurales (69) et se trouve dans l'impossibilité de prononcer des décisions séparées et contradictoires (70). Découlant de l'action concertée, l'unité de jugement est plutôt une manière d'en constater le résultat que d'en justifier la réalité de sorte qu'elle n'est pas à proprement parler une condition de la consorité nécessaire matérielle. La nécessité d'une unité de jugement doit être juridique, ce que n'est pas l'unité logique tirée du risque de contrariétés de décision (71). Cette dernière peut fonder la consorité simple, mais jamais la consorité nécessaire. La thèse est néanmoins soutenue par une partie de la jurisprudence et de la doctrine (72): il y aurait consorité nécessaire pour des raisons d'équité lorsque l'exécution de décisions contraires, quoique possible, serait choquante. Ainsi lorsque plusieurs copropriétaires forment une action en cessation de trouble (73) serait-il avantageux que la cause soit jugée de la même manière pour tous les intéressés. Flou et subjectif, le critère est susceptible d'autant d'interprétations qu'il y a de litiges où il est invoqué. Il ne permet pas de distinguer la consorité nécessaire de la consorité simple et est pour ces raisons rejeté par la doctrine (74) et la jurisprudence (75).

66) TF SJ 1972 213.

67) CO 205.

68) Trop absolu, car l'unité de jugement n'implique pas obligatoirement une qualité pour agir ou pour défendre conjointe: ZH 39/1, SZ 36/1: "Mehrere Personen müssen gemeinsam als Kläger auftreten oder als Beklagte belangt werden, wenn sie an einem Rechtsverhältnis beteiligt sind über das für alle Beteiligten nur im gleichen Sinn entschieden werden kann". AG 53: "Mehrere Personen müssen gemeinsam klagen oder eingeklagt werden, wenn sie an einem Rechtsverhältnis beteiligt sind, über das für alle Beteiligten nur gemeinsam zu entscheiden ist", SG n44: "Mehrere Personen müssen als Streitgenossen gemeinsam klagen oder verklagt werden, wenn sie an einem Rechtsverhältnis beteiligt sind, über das für alle Beteiligten gemeinsam zu entscheiden ist". Guldener ZPR 298 n. 10: "Eine notwendige Streitgenossenschaft besteht überhaupt nicht, wenn eine auch nur teilweise Gutheissung der Klage...in Frage kommt". Zimmermann ad 62 nm4: "...keine notw. Streitgenossenschaft liegt...vor, wenn unterschiedliche Entscheidungen gegenüber den Streitgenossen möglich sind, falls die Prozesse nicht gleichzeitig, sondern nacheinander geführt werden".

69) Rosenberg/Schwab 285: "Notwendig einheitlich ist die Entscheidung, wenn sie aus rechtlichen Gründen einheitlich sein muss. Dabei kann es sich um prozessrechtliche und um materiellrechtliche Gründe handeln".

70) Geiger 84.

71) Habscheid MPS 193, GE Bertossa ad 300 nm6, Zimmermann ad 62 nm1, Schlosser 233 nm272.

72) RGZ 119 163, RG 64 322: "Es lässt sich nicht denken, dass das Rechtsverhältnis nicht einheitlich entschieden wird", RG 61 397, RGZ 60 269, RG 38 426. JW 1905 534. Changement de jurisprudence à RG 100 62. Recht 1902 590. Kisch 9.

73) Habscheid ZPR II 157 nm287.

Autre exemple: Action d'un héritier en constatation de son droit d'héritage contre les autres cohéritiers. Une décision unique est souhaitable, mais ne s'impose pas. De même dans l'exemple de l'intervention principale, lorsque le tiers s'immisce dans un procès portant sur une créance, il serait avantageux que le jugement soit le même pour toutes les personnes concernées par le litige.

74) Habscheid ZPR 157 nm287, Habscheid MPS 183, Schwab Mélanges Lenz 271ss, Scheithammer 679 nm1346, 681 nm1351, Zimmermann ad 62 nm1, Becker 17: "...in den meisten Fällen einfacher Streitgenossenschaft würde die Logik eine einheitliche Feststellung erfordern". Blomeyer 632: "Es genügt nicht, wenn nur ein präjudizielles Rechtsverhältnis gemeinschaftlich ist und die Logik darum eine einheitliche Entscheidung erfordern würde". Zöller ad 62 nm9, Becker 12: "Was im Gesetz anerkannt ist, nämlich die Möglichkeit voneinander abweichender Urteile über das identische Rechtsverhältnis, muss rechtlich

Sans impliquer une action concertée, mais subordonnée obligatoirement à la présence de tous les intéressés au procès, l'unité de jugement est également exigée lorsque le procès porte sur un rapport de droit unique et indivisible (76) qui ne peut être reconnu ou dénié qu'à l'égard de tous et ne peut être valable ou nul en tant que tel qu'à l'égard de tous. Il est incompatible avec sa nature d'en prononcer la validité ou l'annulation partielle. Le tribunal ne saurait en détacher un morceau pour le juger séparément (77).

Sans impliquer une action concertée, ni la présence obligatoire au procès de tous les intéressés, l'unité de jugement est encore exigée lorsque plusieurs plaideurs, qui ont chacun indépendamment de l'autre qualité pour agir ou pour défendre et qui sont concernés par la chose jugée ou l'effet constitutif du jugement à intervenir, sont réunis dans le même procès. Il y a consorité nécessaire formelle.

L'unité de jugement est enfin liée au critère tiré de l'inexécutabilité de la sentence. Il y a en d'autres termes consorité nécessaire lorsque, faute d'un procès unique, il y a impossibilité d'exécution (78), à ne pas confondre avec la difficulté d'exécution qui n'empêche pas l'exécution et peut tout au plus fonder des dommages-intérêts (79). La consorité nécessaire est subordonnée ici à un critère qui constitue à la fois une des ses conditions et un de ses effets (80). La condition implique une anticipation de la part du juge qui doit se porter dans l'avenir. C'est sa faiblesse.

C. Il y a consorité nécessaire en troisième lieu lorsque la nature de l'affaire l'exige (81). Il en est ainsi selon la jurisprudence fédérale lorsque, à défaut de la participation de tous les intéressés, une preuve décisive ne peut pas être administrée

möglich sein, wenn es auch logisch bedenklich ist" et 46, Arens/Lüke 313 nm446, Lent IuJB 90 55 et 99, Schilken 379 nm677, Stein/Jonas ad 62 nm10, Baumbach/Lauterbach ad 62 31BC: "überhaupt begründen Schwierigkeiten und unerwünschte Ergebnisse keine notwendige Streitgenossenschaft".

Un projet allemand de 1931 le prévoyait: art. 65 P: "Das gleiche gilt insoweit, als nach Lage des Falles widersprechende Entscheidungen gegenüber den Streitgenossen sinnwidrig wären".

Le droit de procédure grec admet cette forme de consorité. *Georg Mitsopoulos*, Die notwendige Streitgenossenschaft nach dem griechischen Zivilprozessrecht, Mélanges Fritz Baur. Tübingen 1981, 503ss, 506, 508-509.

75) NJW 1989 2134, NJW 1985 385, NJW 1959 1683, MDR 1959 730, FamRZ 1957 97, BGH 92 354, BGH 30 195, 199-200.

76) ATF 110 II 440/JT 1975 I 544 c. 1, ATF 109 II 140/JT 1984 I 56, ATF 107 III 95/JT 1983 II 122, ATF 93 II 200, ATF 90 II 1/JT 1965 I 110, ATF 89 II 429/JT 1964 I 365 commenté par Kummer RJB 100 1964 537-542 ch. 4, ATF 86 II 451/JT 1961 I 467 c3, TI Rep. 1946 130: "Si verifica cioè un caso di litisconsorzio necessario, con la conseguente impossibilità giuridica di pronunciare ove manchino i "legitimi contradittorios",...entrambi interessati al mutamento dello stato giuridico di legittimità. ...il litisconsorzio necessario, che dipende, in virtù del diritto sostanziale, dall'unità concettuale del rapporto giuridico rispetto a più soggetti, ha dunque quale necessaria conseguenza formale la impossibilità di pronunce separate o di una pronuncia al quale sia estraneo uno dei litisconsorti".
Matti Streitgenossenschaft 41, Geiger 85, Vogel 99, ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm1, ZH Sträuli/Hauser ad 37, GE Schmidt SJ 1981 566, TI Ottaviani 66: "Se la domanda non può formare oggetto di giudizio se non nei confronti di più parti, il litisconsorzio è necessario: è indifferente se le parti vi partecipino come attori o come convenuti". JU Ceppi 36.

77) ATF 89 II 432/JT 1964 I 365, 369.

78) ATF 93 II 200, ATF 51 I 47/JT 1925 I 377.

79) Geiger 89: "...doch gilt es zu bedenken, dass die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft eine Frage der beschränkten Sachlegitimation und nicht des Vollzuges ist". GE Bertossa ad 300 nm6: "Le seul risque de contrariété de jugement ne crée pas des liens de consorité nécessaire, mais uniquement de consorité simple".

80) ATF 69 I 8, RSJ 73 1977 305 nm87: "Eine (passive) Streitgenossenschaft ist eine notwendige, wenn der Vollzug des Urteils gegenüber dem einen notwendigerweise auch die Verurteilung des andern Beklagten erfordert. Die Notwendigkeit ergibt sich insbesondere daraus, dass der Rechtsstreit aus sachlichen Gründen nur allen Beteiligten gegenüber entschieden werden kann".

(82). Le critère, appliqué en procédure genevoise (83) dans le domaine de l'appel pour des jugements sur exception d'irrecevabilité (84), sur incident de jonction (85) ou sur incident relatif à l'assermentation d'un témoin lorsque le témoin doit déposer sur des faits concernant plusieurs parties (86), n'implique pas une unité de jugement et d'exécution, mais suppose la présence de toutes les parties à la procédure (87).

II. Les conditions de la consorité nécessaire sont enfin fixées *négativement* par de nombreux critères qui n'exigent pas une unité obligatoire même lorsqu'ils sont cumulés.

Le fait que les demandes soient fondées sur les mêmes faits ou comportent la même cause juridique (88) ou que les parties prennent des conclusions et fassent valoir des moyens communs (89) ne transforme pas le procès en un litige indivisible, car il suffirait d'alléguer les mêmes faits et de déposer des conclusions communes pour échapper au principe de l'indépendance des procès. Le critère fait découler l'indivisibilité d'une simple conjonction procédurale, il néglige le lien substantiel qui en constitue le fondement réel et ne permet pas de distinguer la consorité nécessaire de la consorité simple, car les parties peuvent conclure en commun et argumenter conjointement dans des matières divisibles (90).

-
- 81) ATF 107 III 91, 95.
 - 82) ATF 90 I 104/JT 1965 I 28.
 - 83) GE Bertossa ad 300 nm6.
 - 84) GE SJ 1937 602.
 - 85) GE SJ 1963 406, SJ 1888 536, SJ 1887 68.
 - 86) GE SJ 1939 492.
 - 87) Les cas cités ci-dessus sont ceux mentionnés par la doctrine pour illustrer la condition, mais ce ne sont pas des cas de consorité nécessaire, seulement des cas de consorité simple.
 - 88) Voyame RDS 80 1961 II 67ss, 129; Nul n'est obligé d'actionner simultanément tous ses débiteurs si leurs obligations ont la même cause juridique. Becker 12, Wiczorek ad 62 Alld: "Die notwendige Streitgenossenschaft verlangt nicht Identität des Rechtsgrundes, wohl aber denselben Anspruch auf denselben Streitgegenstand in Bezug auf einen einheitlichen Sachverhalt. Trotz Identität des Rechtsgrundes braucht die Streitgenossenschaft nicht notwendig zu sein, wie sie umgekehrt trotz fehlender Identität des Rechtsgrundes es sein kann".
 - 89) NJW 1970 1740, NJW 1969 515: "Man kann die Entscheidung der Frage nach dem Vortragen der notwendigen Streitgenossenschaft nicht davon abhängig machen, ob im gegebenen Einzelfall der in Anspruch genommene Gesellschafter persönliche Einwendungen vorbringt oder nicht. Für die Entscheidung würden allzusehr Zufälle bestimmend sein, die sogar dazu führen könnten, dass im Laufe desselben Prozesses der Charakter der notwendigen Streitgenossenschaft zwischen Gesellschaft und Gesellschafter wechselt, zB wenn der Gesellschafter persönliche Einwendungen fallen lässt oder erst später erhebt".
Schellhammer 681 nm351: "Auch die gemeinsame Prozessführung genügt nicht, wenn jeder Streitgenosse alleine prozessieren kann".
Comp. Sirey 1928 I 172: "attendu que par l'identité des conclusions en litige, le litige est indivisible...".
 - 90) Moreau 278: "Ce critère...est un critère trop large qui ouvrirait dans un cadre difficilement contrôlable le domaine d'application d'un régime juridique d'exception".
Schönke 99: "Die Einheitlichkeit der Verteidigung begründet keine notwendige Streitgenossenschaft", Becker 13: "Die Gleichheit der Verteidigungsmittel bringt...aber höchstens einen logischen, nicht einen rechtlichen Zwang zur einheitlichen Entscheidung mit sich...Zwar wird ein gleichlautendes Urteil ergehen, wenn die Streitgenossen dieselben Einreden unter denselben Voraussetzungen vorbringen. Aber die Streitgenossen sind rechtlich nicht gebunden, dieselben Verteidigungsmittel vorzubringen".
Le critère tiré de la communauté des moyens a été retenu par Scuffert 862 2a a et Amelunxen 60, mais a été balayé par le Reichsgericht, RG 123 154, RG 60 270, RG 48 216. Weismann 100.

Le critère tiré de l'identité de but et d'intérêts (91) ne crée pas non plus consorité nécessaire, car il suffirait aux parties d'ajuster leurs intérêts pour la créer artificiellement. Critère subjectif, "fuyant et malléable" (92), il est inséparable de la volonté individuelle et passe sous silence le caractère unitaire de la prétention. Il ne tient pas compte du fait que la consorité nécessaire suppose un état préexistant au procès. Il est impraticable en raison de son champ d'application trop large, car il peut ne pas y avoir identité d'intérêts entre des coïndivis. A l'inverse, un même intérêt peut unir occasionnellement des parties qui n'ont aucun point commun.

Le droit suisse ne retient enfin pas le critère d'indivisibilité du droit français caractérisé par "l'impossibilité absolue d'exécuter simultanément deux décisions qui interviendraient si les deux demandes n'étaient pas instruites et jugées par la même juridiction". Le critère est jugé peu approprié à la procédure helvétique (93), même si certains cantons s'inspirent du droit français.

Selon la doctrine, il faut en cas de doute sur la nature de la consorité, préférer la consorité simple (94). La question relève de l'interprétation (95).

§2. Les exceptions à l'action concertée

Le système de l'action en main commune offre aux coïndivis un maximum de sécurité. Il empêche les coïndivis de se liguier contre l'un d'entre eux et de mettre les droits de ce dernier en danger. Excellent en cas d'entente, ce système l'est moins lorsque la communauté est en proie à la discorde, quand un coïndivis se refuse délibérément à participer à l'action commune ou que son consentement ne peut être obtenu qu'avec de grandes difficultés. Aussi la doctrine a-t-elle cherché des moyens d'atténuer pour les consorts diligents les conséquences que pourrait entraîner la passivité des autres.

Une partie de la jurisprudence et certains auteurs (96), appliquant par analogie l'article 648/1 CC, concèdent à chaque communiste la qualité pour agir seul en justice *lorsqu'il veille aux intérêts de la communauté* (97). Chacun des copropriétaires du fonds atteint par le trouble peut intenter l'action négatoire même si une partie d'entre eux consent au trouble (98). Chaque coïndivis peut s'opposer à un projet de

- 91) Dalloz 1946 J. 257: "Il doit être dérogé au principe de l'effet personnel de l'appel lorsque toutes les parties en cause ont le même intérêt dans cette affaire...; cette communauté d'intérêts, en faisant obstacle à l'éventualité de décisions contraires, exige que l'appel régulièrement formé par l'une des parties couvre la nullité des autres..."
- Moreau 280. La notion d'intérêts n'ajoute pas grand chose à celle de but, car la seconde semble être la mise en oeuvre de la première.
- 92) Moreau 282.
- 93) Habscheid MPS 183: (Der Begriff der indivisibilität ist) "für das schweizer Recht ohne Bedeutung. Die Differenzierung zwischen einfacher und notwendiger Streitgenossenschaft genügt".
- 94) Zimmermann ad 62 nm1.
- 95) BS/BL Staehelin/Sutter 88: "Wenn unklar ist, ob in einem bestimmten Fall notwendige Streitgenossenschaft besteht oder nicht, so muss die Frage durch Auslegung der betreffenden Gesetzesbestimmungen nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen entschieden werden".
Brückner 42-43: "Bei der Frage, ob eine notwendige Streitgenossenschaft vorliegt oder nicht, müssen... nicht bloss die Auswirkungen verschiedener Entscheidungen bei Ablehnung notwendiger Streitgenossenschaft beachtet werden..., sondern ebenso die Auswirkungen auf das Verfahren der notwendigen Streitgenossen bei deren Bejahung".
- 96) Steinauer 380 nm1385, Meier-Hayoz ad 653 nm11, Peter Liver, Das Eigentum, DPS V/1 117. ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm2.
- 97) La règle envisagée ne s'applique toutefois pas à toutes les formes de propriété en main commune, ATF 50 II 216/JT 1924 I 505, 509 c. 1: "...il est douteux que l'on puisse interpréter la réserve des pouvoirs de représentation légaux qui figurent à l'article 602 CC dans ce sens qu'elle embrasse aussi la représentation résultant de l'application par analogie de dispositions qui ne sont pas de droit successoral..."

construction qui menace la propriété commune (99), il peut actionner les personnes non autorisées qui foulent un chemin de campagne appartenant à la communauté (100)...

La jurisprudence admet une action individuelle en cas d'urgence pour la communauté héréditaire: lorsque l'intérêt de l'hoirie exige une action si rapide qu'elle ne peut être décidée par tous les héritiers ou par un représentant officiel, l'action peut être formée par un ou contre un seul héritier en son propre nom et au nom de tous pour conserver les intérêts de la communauté. Le cohéritier a un pouvoir légal de représentation limité à la durée de l'urgence (101).

Il y a urgence toutes les fois que les circonstances particulières de la cause font qu'un retard peut entraîner un dommage pour les parties ou qu'il s'agit de respecter un court délai (102). Une requête de mesures provisoires (103) ou de preuves à futur (104) réalise également le critère de l'urgence. L'action peut être intentée contre un seul cohéritier lorsque l'on ignore qui a été chargé de la représentation et de l'administration de la communauté, lorsque l'on ignore les coordonnées de tous les héritiers (105), lorsque les communications sont trop longues entre eux pour permettre des décisions suffisamment rapides. Elle est alors présumée avoir été faite contre tous (106).

Lorsque le caractère d'urgence est contesté par les cohéritiers, celui qui a procédé perd selon A. Troller, par ce refus, sa qualité pour agir et ne peut même plus demander la nomination d'un représentant de l'hoirie (107). P. Piotet estime de son

98) ATF 95 II 397/JT 1971 I 244.

99) ZH RSJ 30 1933/34 72 no11. ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm2.

100) ZH RSJ 32 1935/36 29 no5, ZH ZR 53 1954 317 no143. ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm2.

101) ATF 74 II 215/JT 1949 I 264, ATF 73 II 162/JT 1948 I 209. ATF 58 II 195/JT 1933 I 561.

La doctrine approuve la règle avec certaines nuances et critiques. Guldener 296 n. 3. Escher ad 602 nm60; Tuor/Piccononi ad 602 nm20. Meier-Hayoz ad 653 nm11.

A. Jost RSJ 46 1950 146ss, 153-154 regrette que le TF n'ait pas adopté d'emblée une solution générale, autorisant un indivis à ouvrir action en son propre nom et facultativement au nom de celui des autres coindivis, en faveur de l'indivision, mais aux seuls risques du plaideur. En tant que tel, il agirait, comme "organe de la communauté", ce qui équivaut à le considérer comme représentant légal au sens de l'article 602 al. 2 CC. La construction liée à la notion d'organe est peu judicieuse, car elle suppose une entité juridiquement personnalisée. Le succès de l'action profiterait d'autre part à tous les indivis, alors que son échec ne serait supporté que par le plaideur qui s'est dévoué. Nous retrouvons là la théorie française de la représentation imparfaite.

A. Troller, RDS 60 1941 73ss, 82ss s'estime peu convaincu par les considérants du TF.

Pour P. Piotet, Mélanges Riese, 377ss, 390-391, on a tendance à exagérer l'importance de la règle, car très rares seraient les cas où un acte juridique de procédure ne peut être accompli par un représentant faute de temps. La solution ne permet pas selon cet auteur de déterminer les relations internes entre l'ensemble des héritiers et celui qui agit en leur nom quant à la responsabilité du représentant et du remboursement des frais, d'où la nécessité de compléter la loi sur ce point.

Contra: Jürg Beinert, Die Prozessstandschaft, Thèse Bâle 1963, 112ss.

102) ATF 58 II 195/JT 1933 I 561.

TI Rep. 1985 142: "Ben dev'essere ammessa l'azione - presentata da un membro di una comunione ereditaria i cui i coeredi, emigrati in America - non sono rintracciabili entro breve termine - che contro la decisione peritale in materia di aggiornamento della mappa censuaria e della misurazione catastale dovesse essere intentata entro un mese".

103) TI 45/3.

104) ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm3.

105) ATF 73 II 162/JT 1948 I 209ss, c. 5.

106) ATF 73 II 162/JT 1948 I 209, 216. Une autre solution consiste à requérir la nomination d'un curateur à qui seront notifiés les actes, CC 392 ch. 1.

107) Selon cet auteur, RDS 60 1941 73ss, 83-84, la solution de l'action d'urgence peut s'avérer impraticable, voire dangereuse.

côté que le refus des cohéritiers ne met pas fin au litige, mais que l'héritier qui a agi peut s'adresser au juge pour lui faire constater la validité de l'acte (108). Lorsque le caractère d'urgence est admis, il n'est plus nécessaire de se demander si, dans le cas donné, l'action commune de tous les héritiers eût tout de même été possible (109). Une action d'urgence est possible selon A. Baumgartner lors même qu'un représentant officiel a été nommé, car la qualité pour agir de ce dernier n'est que subsidiaire (110).

Le cohéritier doit agir au nom de la communauté: l'action devra être intentée au nom de tous les indivis nommément désignés, avec la mention que le demandeur est le représentant commun (111). Si le demandeur n'indique pas qu'il agit en même temps au nom de ses cohéritiers, le défendeur peut lui opposer avec succès l'exception tirée du défaut de qualité pour agir. L'urgence doit expressément être invoquée dans la demande (112).

Le cohéritier qui agit n'a pas de véritable pouvoir de représentation (113). Dès l'instant où l'urgence cesse, ses pouvoirs sont rapportés. Les cohéritiers doivent les confirmer (114). Si la confirmation n'est pas donnée, le jugement rendu au nom de l'ensemble des héritiers est susceptible d'être attaqué pour défaut de représentation régulière (115). Si les héritiers ne peuvent s'entendre sur la ratification des pouvoirs, ils peuvent demander la nomination d'un représentant. Ce dernier a une grande liberté d'action: il peut s'opposer à l'action, la reprendre en son nom, ratifier les pouvoirs du cohéritier qui a agi ou intenter action au nom de la communauté (116).

Le droit matériel allemand autorise chaque héritier à exercer un droit de l'hoirie en faveur de la communauté (2039 BGB) (117). Il lui confère un droit individuel d'agir pour les autres, à ses risques et périls, en son nom propre et sans pouvoir de représentation, même s'il doit prendre des conclusions en faveur de ses cohéritiers (118). Le jugement à intervenir n'a autorité de chose jugée qu'entre le demandeur et le défendeur. Il est res inter alios acta pour les autres coindivis, qui, lors même que des conclusions sont prises en leur faveur, ne sont pas parties au procès (119).

La doctrine s'exprime peu sur la conformité de cette disposition avec le principe de l'action commune (120). La jurisprudence estime que le droit du cohéritier de conclure au nom de l'ensemble des cohéritiers s'accorde mal avec la nature de la

108) Piotet, Mélanges Riese 377ss, 394.

109) Baumgartner 120.

110) Baumgartner 132.

111) Baumgartner 120.

112) GE SJ 1960 519.

113) Le droit d'agir est réservé selon le TF à l'article 602 al. 2 CC, mais n'est nulle part décrit dans la loi: ATF 50 II 216/JT 1924 I 506: "un tel pouvoir de représentation n'est consacré par aucune disposition expresse de la loi". Comp. Baumgartner 135: (Ce droit) "n'existe pas, car il ne saurait être réservé avant d'être créé".

114) ATF 58 II 195/JT 1933 I 565: "Et comme les pouvoirs que l'héritier a conférés à l'avocat pour ouvrir action ne peuvent être plus étendus que les droits de représentation que l'héritier lui-même tient de la loi, l'avocat, doit, pour la suite du procès, être confirmé dans ses pouvoirs par l'ensemble des héritiers ou par le représentant désigné par les héritiers".

115) ATF 58 II 195/JT 1933 I 561, 565-566.

116) Baumgartner 132.

117) BGB 2039: "Gehört ein Anspruch zum Nachlass, so kann der Verpflichtete nur an alle Erben gemeinschaftlich leisten und jeder Miterbe nur die Leistung an alle fordern...".

118) NJW 1965 396.

119) RGZ 93 127.

120) W. Lux, Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft, Thèse Munich 1906, 22: "Das Individual(Klage)recht steht zu dem Grundsatz der Gesamthand im schärfsten Gegensatz; es

propriété en main commune (121). Le Tribunal fédéral rejette la solution allemande pour des considérations d'opportunité, pour éviter qu'un héritier n'ouvre action seul, sans se soucier des intérêts des autres et ne puisse compromettre leurs droits par des négligence de procédure (122). La doctrine suisse dominante (123) est du même avis. Elle justifie le rejet de la solution par le silence du législateur (124), par le fait que la masse successorale n'a pas la personnalité juridique, que l'article 602/3 l'exclut (125), enfin que la loi règle différemment les pouvoirs de représentation et de disposition pour les divers genres de communauté (126). Quelques auteurs y sont toutefois favorables. Pour A. Jost, la solution est pratique et n'est pas exclue par le code civil (127). Les héritiers profitent du bien fondé de l'action, mais ne doivent pas supporter les conséquences de l'insuccès (128). Les cohéritiers peuvent intervenir aux côtés du demandeur à titre dépendant ou indépendant (129) ou être mis en cause (130). Après avoir rejeté ce système dans son commentaire (131), P. Tuor l'a admis dans son manuel (132). Les auteurs tirent souvent un parallèle avec l'article 70 CO qui n'a pourtant rien à voir avec cette question et ne peut être invoqué par analogie (133).

ist gegen das Gesetz geschaffen. Ohne diese Erkenntnis ist es nicht möglich, den Begriff der "Gesamten Hand" überhaupt zu verstehen". K. Engländer, Die regelmässige Rechtsgemeinschaft, Berlin 1914, 314 semble y voir la conséquence d'un droit réflexe (Reflexrecht), droit qui n'est pas subordonné à la volonté de celui qui en bénéficie. L'effet réflexe procure à ce dernier une situation favorable qu'il n'a pas la possibilité de modifier. Cf. l'analyse de A. Troller RDS 60 1941 73ss, 85ss.

- 121) JW 1905 147. ATF 41 II 21/JT 1915 I 397, 403.
- 122) ATF 54 II 197/JT 1928 I 610. ATF 54 II 243/JT 1929 I 164-165, ATF 50 II 216/JT 1924 I 505.
Le TF a toutefois reconnu dans l'ATF 48 II 308/JT 1923 I 290, 293 qu'un héritier pouvait ouvrir action et conclure au nom de tous les coindivis.
Voir également RSJ 27 1930/31 184 no 137, RSJ 14 1917/18 359 no 320, RJB 54 1918 438 no 37 et note in fine.
- 123) Escher ad 602 nm58a, Tuor/Pictoni ad 602 nm32a; Troller RDS 60 1941 73ss, 84ss. Piotet Mélanges Riese, 377ss, 385: "...cette solution...est nettement contraire au principe de l'action commune". Jürg Beinert, Die Prozessstandschaft, Thèse Bâle 1963, 111.
- 124) Troller RDS 60 1941 73ss, 91, 93. Piotet Mélanges Riese, 377ss, 391: "La...solution suppose une lacune de la loi que le juge doit combler en vertu de l'article 1er al. 2 CC". Pour Engländer 170 n. 321 et 177 n. 328, le droit de conclure au profit de tous les indivis peut être inféré du droit cantonal de procédure. Il oublie toutefois que le droit de procédure ne saurait accorder plus de droits que le droit matériel.
- 125) ATF 50 II 216/JT 1924 I 505, 509-510: "Non seulement cette disposition garantit complètement contre les héritiers qui sans motif refusent de se joindre au procès, ceux qui entendent faire valoir judiciairement une prétention appartenant à la masse, mais en outre elle empêche qu'un héritier ouvre action sans se soucier de ses cohéritiers et risque en conduisant maladroitement le procès de compromettre leurs droits". Piotet DPS 596: "Cette dérogation au principe de la conjonction n'est justifiée en droit allemand que parce que le correctif de l'article 602 al. 3 n'existe pas".
- 126) ATF 50 II 216/JT 1924 I 505, 509.
- 127) Jost RSJ 46 1950 149ss, 154.
- 128) La solution s'apparente ainsi au principe français de la représentation imparfaite, unanimement rejetée par la doctrine. Troller RDS 60 1941 73ss, 94.
- 129) Jost RSJ 46 1950 149ss, 154; Matti ZPR 1067.
- 130) Jost RSJ 46 1950 149ss, 154; Baumgartner 175.
- 131) Tuor, Erbrecht, 1er éd. 1929, ad 602 nm32.
- 132) Tuor, Le code civil suisse, 2e éd, trad. Deschenaux, 380-381 n. 12 (d'après la 5e édition allemande).
- 133) Baumgartner 170; Troller RDS 60 1941 73ss, 84ss; Escher ad 602 nm60. Matti Streitgenossenschaft 41, BE Leuch 36 ch. 2.

La gestion d'affaires parfaite est-elle envisageable ?

La construction juridique de la gestion d'affaires est admise par Piconi (134) et P. Piolet (135) qui la restreignent à la communauté héréditaire, ainsi que par W. J. Habscheid pour toutes les formes de communauté, mais seulement pour les cas d'urgence (136). Eugène Huber l'envisageait dans son Exposé des Motifs sous la forme d'une représentation tacite présumée dans le cadre de l'hoirie. Le procédé imaginé par l'auteur du Code Civil permettait de valider l'acte individuel lorsque le cohéritier avait agi au su de ses consorts sans opposition de leur part ou lorsque la conduite de ces derniers avait démontré qu'ils approuvaient ou toléraient la mesure entreprise. Eugène Huber limitait le mandat tacite "aux opérations de gestion particulièrement favorables", aux mesures nécessaires (mesures conservatoires notamment) et aux actes utiles dictés par l'intérêt commun des héritiers, de manière générale à l'interdiction de se livrer à un acte d'innovation (137). P. Girardet envisage la gestion d'affaires dans le cadre du recours, mais ne motive pas son choix (138). La gestion d'affaires est en revanche exclue par Escher, A. Jost et A. Troller (139) et par le Tribunal fédéral dans une motivation fort lapidaire. Pour notre Haute Cour, "la conduite d'un procès par un gérant d'affaires sans mandat peut présenter pratiquement des difficultés" (140). Il faut toutefois constater que le Tribunal fédéral en autorisant une action individuelle dans les cas d'urgence accorde à l'héritier sous un nom différent un droit en tout point identique (141).

La gestion d'affaires ne peut à notre avis être admise pour le double motif que ses conditions ne sont pas remplies et qu'elle amène trop d'incertitudes en matière judiciaire.

La gestion d'affaires suppose un acte de gestion affectant objectivement (142) ou subjectivement (143) la sphère d'autrui (144) et implique la volonté d'agir en

-
- 134) Tuor/Piconi ad 602 nm20 et 26 admettent la gestion d'affaires de façon générale, mais se réfèrent à la jurisprudence du TF relative à l'urgence.
- 135) Piolet, *Mélanges Riese*, 382ss, 393: La gestion d'affaires est selon cet auteur la solution la plus favorable. Il faut laisser le coindivis dont les affaires sont gérées décider si l'acte est ou n'est pas dans son intérêt. Il peut ratifier l'acte quand il le juge opportun ou ne pas le ratifier. et 383 n. 14: "Là où il peut y avoir pouvoir de représentation (héritier représentant et hoirie représentée), il peut y avoir...gestion d'affaires". 392: "L'institution de la gestion d'affaires étant de droit fédéral, elle s'impose aux cantons qui ne peuvent l'exclure par des règles de procédure" et 395.
- 136) Habscheid ZPR II 154 nm282.
- 137) Eugène Huber, *Exposé des motifs*, texte français, 1901, 119.
- 138) *Patrice Girardet*, Le recours en nullité en procédure civile vaudoise, Thèse Lausanne 1986, 272, 300.
- 139) Escher ad 602 nm13 accorde à chaque héritier les pouvoirs de représentation nécessaires pour les actes d'administration urgents de relativement peu d'importance. Cette dernière notion est peu claire et son application créait l'insécurité et contestations. Jost RSJ 46 1950 149ss, 154 estime que la gestion d'affaires suppose l'accord présumé du représenté et qu'elle est impossible si un seul cohéritier s'y oppose. Troller RDS 60 1941 82 pense quant à lui que, pour la même raison, la gestion d'affaires est exclue si les autres cohéritiers s'y opposent.
- 140) ATF 58 II 195/JT 1933 I 561, 563-565. Alors que Piolet, *Mélanges Riese*, 377ss, 392, ne "voit pas de quelles difficultés il s'agit", ces dernières sont pour Baumgartner 169, de deux ordres. D'une part, lorsque le délai d'ouverture d'action est passé, les cohéritiers sont tenus soit de ratifier l'opération soit de renoncer complètement à leurs droits, mais ne peuvent pas empêcher le procès de continuer. D'autre part, la "situation devient embarrassante" selon cet auteur si l'un des cohéritiers veut prendre lui-même part au procès, le droit cantonal ignorant parfois l'intervention. La difficulté peut toutefois être écartée à son avis par l'application analogique de l'article 70 CD.
- 141) Dans le même sens: Baumgartner 170.
- 142) Il porte directement sur les biens du maître.
- 143) Il est fait avec des tiers, mais en faveur du maître: ATF 68 II 29/JT 1942 I 308.

faveur du maître. Cette double condition n'est pas remplie dans le cas de l'indivision, car la gestion du coindivis en faveur des autres n'a pas un caractère désintéressé, du fait que son intérêt personnel s'y trouve mêlé. Le coindivis accomplit des actes relatifs à la chose indivise, il agit pour le profit d'un bien sur lequel il a lui-même un droit et ne peut donc gérer l'un sans l'autre. Lors même qu'il favorise ses partenaires, il gère sa propre affaire et non l'affaire d'autrui. La question est toutefois controversée (145). La gestion d'affaires implique d'autre part que le maître ne soit pas en mesure d'agir (146). Il en découle que le coindivis ne saurait procéder lorsque ce dernier refuse d'agir, car l'admission de la gestion favoriserait la gestion des biens laissés en souffrance, ce qui n'est l'intention du législateur et constituerait une intrusion coupable dans les affaires du maître qui serait supplanté dans l'administration de ses biens. La gestion d'affaires suppose également que le maître ne se soit pas opposé valablement à l'acte de gestion. Elle ne peut être envisagée que dans la mesure où les coindivis ne s'y opposent pas et est exclue dès que l'un d'eux manifeste son désaccord (147). L'acte de gestion doit enfin être indispensable et non seulement utile: l'action en justice n'a pas obligatoirement ce caractère (148).

144) *Pierre Engel*, Contrats de droit suisse, Berne 1992, 528: "l'indication d'un acte dans la sphère d'autrui s'apprécie restrictivement".

145) Pour Escher ad 602 nm13 et Jost RSJ 46 1950 154, l'héritier qui s'occupe d'une affaire de l'hoirie ne gère pas une affaire qui est matériellement celle d'autrui. Piotet, *Mélanges Riese* 377ss, 383, est d'avis contraire: "En s'occupant des biens de l'hoirie, un héritier gère manifestement l'affaire d'autrui et non la sienne propre. Il y a objectivement gestion d'affaires d'autrui, quand le gérant s'occupe de biens qui ne sont pas les siens". Dans le même sens que Piotet, le Tribunal fédéral, mais dans un autre contexte et dans un arrêt ancien, ce qui ne permet pas d'en tirer des conclusions définitives: ATF 41 II 21/IT 1915 I 397ss, 403: (en ce qui concerne la possibilité de disposer des biens compris dans la succession) "la chose dépendant de la succession est en quelque sorte chose d'autrui pour chacun des héritiers jusqu'au moment de la liquidation". Au motif qu'il peut être malaisé de déceler la présence d'une intention d'agir pour autrui chez l'indivis qui a pris seul la gestion de l'indivision, le droit français requiert de ce dernier une volonté partielle, mais certaine, d'intervenir utilement dans les affaires des tiers en indivision. Les tribunaux, après avoir admis, en principe, la possibilité pour une personne de gérer l'affaire d'autrui en même temps que la sienne, même quand il est impossible de gérer l'une sans l'autre, refusent de la qualifier de gérant lorsque elle n'avait eu en vue que son intérêt propre. Les décisions insistent sur l'intention d'agir pour le compte d'autrui. Pour supprimer cette difficile aporéie de l'attitude psychologique de celui qui gère l'affaire d'un tiers en même temps que la sienne, certains auteurs ont eu recours à la notion de "conscience de gérer". Seraient gérants les coindivis qui, même s'ils n'ont eu en vue que leur propre intérêt, ont eu conscience de s'immiscer dans le patrimoine des autres. Le critère est inadéquat, car le mobile peut être totalement intéressé, en dépit de cette conscience. La condition viderait de surcroît de son sens celle de la volonté d'agir pour autrui. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence ne l'a pas retenue. *R. Baur*, Quasi-contrats, La gestion d'affaires, conditions d'existence, ch. 28-30, 32-34 et 90.

146) *Pierre Engel*, Contrats de droit suisse, Berne 1992, 528.

147) Jost RSJ 46 1950 154; Troller RDS 60 1941 82. Pour Piotet, *Mélanges Riese*, 377ss, 392, le maître de l'affaire est l'hoirie. L'opposition à la gestion d'affaires nécessite une décision de tous les héritiers: "Or, cette décision est exclue par hypothèse, puisqu'un des membres de l'hoirie agit comme gérant. Si dès le début un ou plusieurs cohéritiers s'opposent à la gestion d'affaires, seul un représentant officiel pourra ratifier ou refuser de ratifier...rien n'empêche que le maître de l'affaire (hoirie ou représentant officiel) ratifie après coup un acte du gérant auquel il s'était opposé".

148) ATF 95 II 93/IT 1970 I 330. La loi n. 76-1286 du 31 décembre 1976 a organisé l'indivision (art. 815-4/2 CC) en droit français et consacré la jurisprudence qui admettait qu'un indivisaire puisse agir seul par application des règles de la gestion d'affaires, mais dans la mesure où son initiative se révélait utile. Chaque indivisaire peut ainsi prendre les mesures nécessaires à la conservation des biens indivis et accomplir des actes d'administration au sus des autres. Le critère est plus large que celui admis par le Tribunal fédéral.

Bien qu'elle permette au maître en cas de ratification (149) d'accepter le débat judiciaire et de se prévaloir du jugement, la gestion d'affaires (150) est rejetée en matière judiciaire (151) aux motifs que l'on ne peut obliger une partie à plaider contre un adversaire qui se présente comme un simple gérant d'affaires dont on peut craindre que les initiatives procédurales soient ultérieurement contestées (152) et que le tribunal saisi ne saurait adjuger à une partie des conclusions tendant à la constatation d'un droit dont elle n'est pas titulaire et dont l'exercice ne lui est pas délégué. Le gérant procédant en justice en son propre nom et pour autrui sans mandat conventionnel ou légal, la partie adverse n'est pas tenue pour cette raison d'accepter le débat et peut lui opposer son défaut de qualité sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'action introduite (ou la défense invoquée) pourrait ou non se révéler utile pour le maître. L'admission de la gestion d'affaires autoriserait un plaideur par le jeu de la rétroactivité de la ratification à régulariser hors délai une procédure irrégulièrement engagée par un prétendu représentant démuné de pouvoirs (153). Il pourrait enfin être question sous prétexte de gestion d'affaires d'étendre l'autorité d'un jugement à une personne dont l'action aurait été exercée à son insu (154).

-
- 149) La ratification suppose une décision de tous les coindivis. Si tel n'est pas le cas, le procès est perdu et le gérant en supporte les frais. Jost RSJ 46 1950 149ss, Trolier RDS 60 1941 73ss, 83-84.
Pour Piotet (Mélanges Otto Riese), 377ss, 393, le représentant officiel doit décider de la ratification, en cas de divergences.
Un veto exprimé tardivement n'empêche pas la validation.
- 150) La gestion d'affaires fait l'objet des articles 419 à 424 CO. Elle est donnée lorsqu'une personne accomplit un acte dans l'intérêt d'autrui sans en avoir la charge. La gestion d'affaires est proprement dite lorsqu'elle est commandée par l'intérêt du maître et accomplie en accord avec la volonté de ce dernier ou lorsque non commandée par cet intérêt, elle est accomplie selon la volonté présumable du maître et ratifiée ultérieurement par ce dernier. La gestion d'affaires est imparfaite lorsqu'une personne gère par erreur ou dolusivement les affaires d'autrui comme s'il s'agissait des siennes propres. Le gérant agit pour son propre compte et dans son intérêt et entreprend des actes qu'il ne peut pas exécuter sans empiéter sur le patrimoine d'autrui.
- 151) Solus/Perrot T. III 33 et les références.
- 152) Solus/Perrot T. III 33 n. 1 in fine.
Le rejet de la gestion d'affaires est souvent rattaché à tort à la règle que nul ne plaide par procureur.
Il serait possible comme l'envisage Jost RSJ 46 1950 154, que le juge puisse imposer des sûretés à l'héritier demandeur en faveur du défendeur aux fins de garantir ce dernier contre le dommage résultant pour lui d'un défaut de ratification par l'hoir.
- 153) Dans ce sens RTDC 1951 407, 409 obs. Hébraud.
Comp. Piotet, Mélanges Riese, 393: "...le tiers qui a traité avec l'héritier agissant seul paraît devoir être assimilé à celui qui a traité avec un autre représentant non autorisé: l'article 39 CO permet de réparer le dommage qu'il subit pour avoir cru éventuellement aux pouvoirs de représentation de l'héritier; et, s'il n'y a pas cru, il y pris le risque de devoir attendre la ratification ou de se la voir refuser".
- 154) Solus/Perrot T. III 33 n. 3 et les références.

§3. Les sanctions

I. Demande irrecevable ou mal fondée ?

L'admissibilité de la consorité nécessaire relève du droit de fond (155). Elle est dans certains cantons soumise à la maxime d'office (156) au motif que l'on ne saurait admettre que des circonstances qui bouleversent le jeu normal des dispositions légales réglant la compétence des tribunaux ne puissent être vérifiées d'office par eux et que l'autorité de recours doit pouvoir examiner si l'instance inférieure a résolu cette question à bon droit.

Le respect de la condition est laissé le plus souvent à l'appréciation des parties qui selon les systèmes soulèvent une exception de procédure ou une objection.

Se plaçant sur le terrain de la recevabilité, certains auteurs et tribunaux jugent que la résistance d'un cointéressé ou le défaut de mise en cause est une condition de validité de l'instance dont l'absence, sanctionnée par une exception de procédure relevant du droit cantonal (157) et devant être soulevée avant toute défense au fond (158), rend la demande irrecevable ou nulle (159) pour défaut de qualité pour agir

155) Habscheid ZPR II 154 nm282: "Weigern sich ein Strengenosse bei der Klageerhebung mitzuwirken, so ergibt sich aus dem materiellen Recht, wie er dazu gebracht werden kann". Comp. Gysler 4: "Bezüglich der Art der Geltendmachung der notwendigen Streitenossenschaft zwecks Abweisung der Einzelklage ist zu berücksichtigen, dass sie ausdrücklich nach prozessrechtlichen Gesichtspunkten geregelt wird und daher, im Gegensatz zu den Voraussetzungen der notwendigen Streitenossenschaft selbst, nach kantonalem Prozessrecht bestimmt wird".

156) TI 97/5: "il giudice esamina d'ufficio, in ogni stadio di causa, se esistono i presupposti processuali, segnatamente...5) l'ammissibilità di ogni singolo atto processuale, in particolare del litisconsorzio necessario". Note ad TI Rep. 1978 285.
FR Extraits 1940 14: "...il existe entre les cohéritiers, avant le partage, un lien si intime qu'un procès de la communauté héréditaire ne peut être soutenu que par la volonté libre de tous les cohéritiers ou par un représentant nommé par l'autorité. Une action intentée par un ou quelques-uns d'entre eux serait dépourvue de toute efficacité. Ce principe vaut pour la qualité pour agir aussi bien que pour la qualité pour défendre. Dans ce dernier cas, il appartient au demandeur d'actionner tous les cohéritiers défendeurs en commun, à défaut de quoi, le tribunal saisi du litige, doit déclarer d'office l'action irrecevable, sans attendre que les défendeurs actionnés, mais ne constituant pas la totalité des cohéritiers, soulèvent l'exception plurium litis consortium, tirée du défaut de qualité pour défendre".
NE RJN 1990 72, RJN 1980-81 96.
Nater 75, TI Ottaviani 65.

157) VS RVJ 1985 262, 269. Action dirigée contre A, B, C, D et E. S. A, B et C, consorts nécessaires, auraient dû être actionnés avec X, Y et Z qui ne l'ont pas été. La demande était donc dirigée contre une partie seulement des consorts nécessaires et par erreur contre des personnes (D et E) qui n'avaient pas la légitimation passive, ayant été lues à tort pour des copropriétaires. L'exception tendait à faire constater que les trois consorts nécessaires n'étaient pas les seuls copropriétaires de la parcelle, et que leur qualité pour défendre faisait défaut. L'objection tendait à faire constater que deux codéfendeurs actionnés à tort n'avaient plus aucun droit sur ladite parcelle et partant aucune légitimation: "L'exception soulevée par les défendeurs paraît donc bien fondée encore qu'elle ne puisse aboutir à ce stade de la procédure si elle porte aussi sur la légitimation passive de CC et consorts". L'incident ne se limitant pas à contester la qualité pour défendre des consorts, il a été rejeté. Le juge a permis au demandeur de se désister face aux codéfendeurs mis en cause à tort, et lui a concédé le droit de former une action distincte contre les consorts nécessaires non mis en cause initialement et de requérir simultanément une jonction de causes.

158) VD JT 1954 III 6, JT 1950 III 109.

159) ATF 51 II 10/JT 1925 I 233: "L'action par laquelle un tiers attaque la reconnaissance d'un enfant naturel doit, sous peine de nullité, être intentée à la fois, contre l'auteur de la reconnaissance et l'enfant reconnu. Intentée contre l'enfant seul, elle sera nulle..."

(Prozessführungsbefugnis) (160). Elle interdit au juge d'entrer en matière sur la demande (161).

D'autres auteurs et tribunaux portent le débat sur la titularité subjective du droit invoqué en justice. Ils la considèrent comme une condition du bien-fondé de l'action dont la non réalisation entraîne le déboulement pour défaut de légitimation (162). Le non respect de la condition permet aux parties de soulever une objection dans le mémoire de réponse. Le moyen relève du droit matériel (163) et concerne une notion de droit fédéral. Il consiste à contester l'existence même du rapport de droit sur lequel le demandeur se fonde pour ouvrir action et à affirmer que l'action n'a pas été introduite par le véritable titulaire du droit litigieux (164). Le juge instructeur ne peut en connaître à titre préjudiciel et en procédure incidente. Les parties peuvent toutefois requérir de l'autorité un jugement partiel sur le fond (165). Relevant d'un formalisme rigoureux, le mal fondé de la demande est une sanction erronée, car il suppose la demande recevable, ce qui n'est pas le cas.

Certains auteurs font dépendre l'irrecevabilité ou le mal fondé des circonstances: L'action doit être déclarée mal fondée lorsque les coindivis prétendent faire valoir leur propre droit. Elle doit être déclarée irrecevable lorsqu'ils ne sont pas tous en cause et qu'ils prétendent faire valoir le droit de la communauté, car ils n'ont pas qualité pour faire valoir le droit d'autrui (166). D'autres estiment que la demande est formée par une partie inexistante (167). L'informalité donne lieu à une exception de procédure (168). Le conflit, de nature processuelle, porte en effet sur la qualité de partie et non sur la question de savoir si le plaideur est le sujet actif ou passif de

160) SG 45/2: "Die Klage wird abgewiesen, wenn sie nicht alle notwendigen Streitgenossen erfasst".

ATF 89 II 432/JT 1964 I 369, ATF 74 II 215/JT 1949 I 264; la demande doit être rejetée en l'état ("angebrachtermassen").

Vogel 132 nm57, Habscheid ZPR II 154 nm281: "...auf eine Einzelklage ist...nicht einzutreten. Wir halten es für unzutreffend, hier die Klage wegen fehlender Aktiv-oder Passivlegitimation als unbegründet abzuweisen. Vielmehr fehlt hier bereits das Prozessführungsrecht. Dieses sieht nur allen Konsorten zu". ZH Sträubli/Messmer ad 39 nm12, GE Bertossa ad 6 nm2. La doctrine et la jurisprudence allemandes majoritaires.

161) Dornenig 29.

162) ATF 41 II 28/JT 1915 I 397, LU Entsch. 1973 164 no141.

VS RVJ 1988 148, VS RVJ 1986 278, RVJ 1985 262.

Guldener ZPR 297-298, Walder ZPR 159, Kummer ZPR 67, Stolz 121, Maday 213-214, 234, Nater 75, UR Aschwanden 57, AG Eichenberger ad 53 nm3, Keller/Pfisterer ad 24 ch. 3, TI Picard 237, JU Ceppi 36, Schellhammer 679 nm1346, 685 nm1358.

163) VS RVJ 1986 278.

164) ATF 41 II 29/JT 1915 I 404: "le défendeur ne soulève pas une exception, mais conteste le fondement même de l'action, le droit matériel de disposer de leur prétention par la voie d'un procès".

165) VS RVJ 1986 278, RVJ 1980 323, FR Deschenaux/Castella 67, AG Eichenberger ad 53 nm2.

166) Edelmann 80, Stein/Jonas ad 59 nm1, ad 62 nm25, Schilken 382 nm684, MünK ad 62 nm47.

167) TG RBOG 1977 68 no10, 69: "Wer eine Erbengemeinschaft statt ihre Mitglieder einklagt, bezeichnet nicht eine Partei falsch, sondern erhebt Klage gegen eine nicht existierende Partei". NE RJN 1980-81 96.

Claude Bonnard, Les moyens de fond et l'exception de procédure en droit vaudois, JT 1955 III 33ss, 76: "...La plupart du temps l'exception tirée de l'inexistence d'une partie est fondée sur le fait que l'un des plaideurs est un groupe de personnes physiques agissant ou mis en cause comme tel, alors qu'il n'a pas la personnalité. Nous pensons aux cas de l'hoirie et de la société simple. Dans ces hypothèses, la correction de l'informalité ne présente guère de difficulté. Les personnes physiques peuvent se substituer à la partie inexistante avec laquelle elles tendent à s'identifier..."

168) TG RBOG 1977 68 no10.

l'instance (169). Mettant en discussion la validité de l'instance, le moyen conserve le caractère d'exception de procédure même si sa vérification oblige à recourir aux principes du droit matériel (170). D'autres auteurs enfin lient l'inexistence de la partie à celle de sa désignation. Aussi considère-t-on parfois que lorsque tous les consorts ne sont pas en cause, la partie est inexactement désignée (171). Portant sur la forme et non sur le fond, la question relève du droit cantonal de procédure et entraîne l'invalidation de l'instance (172).

II. Les moyens de régulariser l'instance

De nombreux moyens destinés à régulariser l'instance ont été discutés en doctrine et en jurisprudence (173). Certains ont été retenus, d'autres écartés, certains, retenus dans un canton, ont été écartés dans un autre. On peut les classer en deux groupes. Le premier réunit les moyens conférés aux parties initiales ou omises. Le second les moyens autorisés pour le juge.

Les plaideurs initiaux peuvent selon certains auteurs soit étendre la demande aux coobligés qui ont été omis (174), soit intégrer les consorts récalcitrants à l'instance en les actionnant comme défendeurs pour leur rendre le jugement opposable (175).

Il est permis selon certains auteurs et tribunaux d'ouvrir une action séparée et d'en demander la jonction au procès primitif, sans qu'il y ait violation des règles prohibant la modification de la demande, puisque la consorité nécessaire s'analyse en une pluralité de demandes. Admis pour le canton de Zurich par J. Geiger (176) et par la jurisprudence (177), pour le canton de Berne par G. Leuch (178), dans le canton de

Bonnard JT 1955 III 33ss, 55. Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 62 et ad 138 ch. 3: l'inexistence d'une partie peut constituer à la fois un moyen de procédure (VD 142) et un moyen de fond (défaut de légitimation) qui doit être tranché dans le jugement au fond. Lorsque le défendeur ne fait valoir ce moyen que dans la procédure au fond en se déterminant sur les allégués de son adversaire, le juge ne peut prononcer l'éconduction d'instance, mais doit tenir compte de cette objection dans le jugement au fond. VD JT 1966 III 114.

- 169) Bonnard JT 1955 III 33ss, 36: "...La capacité d'être...sujet de droit et celle d'être partie qui en découle n'ont rien à faire avec la légitimation des plaideurs. La capacité d'une personne d'être sujet de droit et partie à un procès dépend de son existence. Sa légitimation dépend de son rôle dans le rapport de droit en litige".
- 170) Claude Bonnard, De la classification des exceptions et des exceptions de procédure en droit vaudois, Thèse Lausanne 1948, 57, 91.
- 171) Bonnard Thèse 108.
- 172) Bonnard Thèse 92, 109-110, 112.
- 173) Le remède radical est le partage; mais il peut être long à obtenir et certaines décisions ne peuvent pas attendre qu'il soit accompli. Piotet, Mélanges Riese, 377ss, 378.
- 174) Guldener ZPR 298: "Der Kläger der nur einzelne von mehreren notwendigen Streitgenossen eingeklagt hat, kann den Mangel dadurch beheben, dass er die Klage auch auf die übrigen ausdehnt". OW Köchler 131.
- 175) ATF 74 II 215/JT 1949 I 264. Philippe Schweizer, Le recours en révision spécialement en procédure civile neuchâteloise, Thèse Neuchâtel 1985, 133.
- 176) Geiger 82.
- 177) ZH Arrêt non publié de l'Obergericht du 6 mai 1968 en la cause C. K et H contre K Cité par Geiger 82 n. 41.

Genève par la Cour de Justice (179), le procédé est rejeté par les tribunaux valaisans (180).

Lorsque tous les cohéritiers ne veulent pas participer à la procédure, l'un d'entre eux peut requérir de l'autorité compétente la désignation d'un représentant de la communauté héréditaire (181). La désignation d'un représentant est considérée comme exclue lorsqu'il y a une consorité passive, car le demandeur - lorsqu'il n'appartient pas lui-

Geiger 81: "Die notwendige Streitgenossenschaft lässt sich auf den Grundtypus der einfachen Streitgenossenschaft zurückführen. Es bleibt deshalb jedermann unbenommen, Einzelklage zu erheben (die allerdings wegen fehlender Sachlegitimation nicht zum Ziel führen kann). Wie dies zu einfacher Streitgenossenschaft möglich ist, sollte hier ebenfalls eine Vereinigung der Prozesse durch den Richter möglich sein. Die materiellrechtliche Notwendigkeit der gemeinsamen Verwaltung und Verfügung, äussert sich im prozessualen Bereich durch die notwendigerweise gemeinsame Prozessführung. Die Regel wird aus diesem Grund zwar die gemeinsame Klageerhebung bilden, aber den Erfordernissen des materiellen Rechts wird m. E. auch eine nachträgliche Vereinigung der Prozesse vollauf gerecht, denn am Erfordernis der gemeinsamen Prozessführung wird dadurch nichts geändert. Das materielle Recht kann wohl die gemeinsame Prozessführung verlangen; es kann aber nicht auch bestimmen, auf welchem Wege diese erreicht werden soll. *Ex ipso* geht daraus auch hervor, dass den Erfordernissen der notwendigen Streitgenossenschaft auch dann Genüge getan ist, wenn die Klagen nicht gleichzeitig erhoben werden, sofern sie schliesslich in einem einzigen Verfahren vereinigt werden" et n. 39.

178) BE Leuch ad 36 ch. 2.

179) GE ACJ 78/1980 du 6 mars 1980 non publié Pierre Althaus contre Wild Frères & Cie SA. 7 et 11: "L'on peut se demander...si le dépôt simultané d'une requête par défendeur eût dû conduire à l'irrecevabilité des demandes en cas de consorité nécessaire, car tous les consorts auraient, même dans cette hypothèse, été cités simultanément devant le même tribunal et la jonction des causes pouvait réparer l'informalité première".

180) VS RVJ 1988 148, 153: "Die Vorinstanz sieht...den Mangel fehlender Streitgenossen mittels späterer Klageverbindung für behebbär an. Sie erkennt jedoch, dass nach ständiger Rechtssprechung des Kantonsgerichtes durch eine vom Richter verfügte Klageverbindung (ZPO 40) die beiden Prozesse nicht zum gleichen Prozess werden, sondern zwei verschiedene, wenn auch verbundene Prozesse bleiben....Die Klageverbindung sei folglich dadurch gekennzeichnet, dass mehrere Klagen, die an sich getrennt angehoben werden könnten, aus Zweckmässigkeitsgründen vereinigt wurden. Mit der notwendigen Streitgenossenschaft unvereinbar ist aber gerade, dass gegen Streitgenossen selbständige Klagen und mithin getrennte Verfahren angehoben werden, weshalb mittels Klageverbindung die fehlende Streitgenossenschaft bzw. Sachlegitimation nicht hergestellt werden kann".

181) ATF 74 II 215/JT 1949 I 264, ATF 50 II 216/JT 1924 I 505, 509.

FR Extraits 1936-37 11: "action introduite par quelques héritiers contre l'administrateur de la succession. Exception du défendeur fondée sur le fait que tous les héritiers n'ont pas introduit la demande. C'est une exception dilatoire. 13: "Elle appelle l'application de l'article 602 CCS...Si ce moyen est admis, les demandeurs ne sont déboutés que temporairement, soit jusqu'à ce qu'ils soient parvenus à ce que les autres cohéritiers se portent aussi demandeurs ou jusqu'à ce qu'un représentant de la communauté ait été désigné conformément à l'article 602/3 CCS...Ainsi pour que l'exception soit fondée, il faut 1) qu'il y ait communauté héréditaire, 2) que le droit invoqué en justice appartienne à la communauté, 3) que l'action soit introduite par quelques-uns seulement des héritiers, 4) que les autres cohéritiers n'aient pas renoncé au droit invoqué à l'appui de la demande ou que 5), sans avoir abandonné ce droit, ils n'aient pas autorisé, expressément ou tacitement, les autres à agir en leur nom...". 20: "Restent à examiner les conclusions subsidiaires que les demandeurs prennent pour le cas de l'admission de l'exception: 1) ils ne sauraient demander qu'un délai leur soit accordé pour leur permettre de faire nommer par l'autorité compétente un représentant de la communauté héréditaire...Le présent procès est en effet liquidé par le présent jugement. Si les demandeurs décident de requérir la nomination d'un représentant, c'est à celui-ci de décider non pas s'il veut continuer le présent procès qui a pris fin, mais en intenter un nouveau au défendeur. Les demandeurs sont pour le reste libres de requérir, quand il leur plaira, la nomination d'un administrateur; aucun délai ne saurait leur être fixé à cet effet, 2) les recourants demandent qu'en tout état de cause l'exception du défaut de qualité ne soit traitée qu'avec le fond du litige. Cette conclusion doit être rejetée pour les motifs indiqués plus hauts où il a été démontré que ce moyen de défense devait être jugé incidemment". GR PKG 1988 186 no58. Meier-Hayoz ad 653 nm3.

même à la communauté- peut actionner tous les codéfendeurs (182). La solution ne permet pas de pallier dans tous les cas à la discorde des consorts sur l'opportunité d'un procès, car la désignation du représentant est laissée à l'appréciation de l'autorité compétente.

Le consort diligent peut tenter d'obtenir du consort dissident une déclaration de soumission au jugement à rendre dans la mesure où des dispositions impératives (par exemple l'article 253/2 CC) n'exigent pas la mise en cause formelle des consorts (183).

L'intervention du consort diligent aux côtés du consort dissident permet selon M. Guldener de pallier à l'absence de tous les consorts nécessaires (184). Le procédé surprend, car il consiste à soutenir un cointéressé qui, resté à l'écart de la procédure, n'y est donc pas partie.

Les plaideurs peuvent se désister de l'instance et déposer une demande valide. Ils peuvent se réformer.

La théorie de la représentation, qui présume que le consort dissident est défaillant et représenté par le consort diligent, ne peut constituer une panacée, car elle ne s'applique pas à l'acte introductif d'instance qui est un acte de disposition (185).

Les règles autorisent les plaideurs à produire de moyens nouveaux d'attaque ou de défense (186), celles qui permettent la modification des conclusions (187), les dispositions relatives à la substitution de parties (188) ne constituent pas non plus le remède approprié selon la jurisprudence fribourgeoise.

Le juge peut dans le canton du Valais *fixer un délai à l'absent* pour qu'il signe la procuration donnant pouvoir de procéder au mandataire commun. A défaut: la demande est mal fondée (189). Dans les cantons de Zurich (190), Argovie (191), Thurgovie (192) et du Tessin (193), le tribunal suspend la cause et *fixe un délai aux*

182) FR Extraits 1940 14, 15.

183) ATF 89 II 433/JT 1964 I 364ss, 370. AR RBOG 1978/79 36 no8, RBOG 1966/67 32 no3. AG Eichenberger ad 53 nm2, Zimmermann ad 62 nm5, Baumbach/Lauterbach ad 62 48f.

184) Guldener ZPR 493 n. 61. Solution rejetée par Ovari 61.

185) Winte 218-219: "... (§62 setzt) "Säumnis voraus. Säumig kann aber nur derjenige sein, dessen Prozess überhaupt anhängig ist. Letztlich entscheidend ist aber die Tatsache, dass erst mit der Klageerhebung... die Streitgenossenschaft existiert wird. Diese besteht erst nach Klageerhebung, nicht bereits vor oder bei der Klageerhebung... Da vor Prozessbeginn eine Streitgenossenschaft nicht existiert, kann die Regelung des §62 ZPO erst dann eingreifen, wenn der Prozess bereits läuft. Eine Anwendung der Vertretungsfiktion auf die Klageerhebung ist damit ausgeschlossen... Eine Anwendung der Vertretungsfiktion... würde... das Erfordernis der gemeinschaftlichen Klageerhebung gegenstandslos machen. Die nur allen Streitgenossen gemeinsam zustehende Prozessführungsbefugnis würde ausgehöhlt werden, obwohl gerade sie der Tatsache Rechnung tragen soll, dass die Führung eines Prozesses im Ergebnis einer Verfügung gleichkommen kann. Denn durch die materielle Rechtskraft des Urteils steht der Prozessverlust einer Verfügung über das Recht gleich". Lent IuJB 90 30.

186) FR Extraits 1980 47, 48.

187) FR Extraits 1980 47, 48.

188) FR Extraits 1980 47, 48: La substitution de parties "qui est autre chose" ne permet pas de résoudre cette question.

189) VSRVJ 1986 183.

190) ZH 108, ZR 53 1954 316 no143, Sträuli/Messmer ad 39 nm12 et ad 108 nm12.

191) AG Eichenberger ad 53 nm3.

192) TG RBOG 1982 62 no12. Contra TG RBOG 1977 68 no10.

193) TI 45.

parties initiales aux fins de compléter la demande et aux *parties omises* un délai pour participer à la procédure. Justifiée par la faculté accordée au juge de déclarer la demande irrecevable (194), la solution préférée à la mise en cause (Beiladung) (195) aboutit pourtant à un résultat comparable. Les parties sont forcloses si le délai n'est pas respecté (196). Les mesures provisoires et les cas urgents sont réservés (197).

En procédure fédérale et dans certains cantons, le juge peut *appeler en cause* le consort dissident (Beiladung) (198). Le recours aux règles relatives à la mise en cause de garants (199) ou à celles relatives à la dénonciation d'instance (200) ne constitue en revanche pas le remède approprié, car ces deux institutions impliquent la possibilité d'une action récursoire entre les parties.

Le juge peut corriger d'office l'introduction de la procédure en établissant une autorisation de citer mentionnant tous les consorts (201). La solution est prohibée en deuxième instance (202).

-
- TI Rep. 1989 168 (même au débat final), TI Rep. 1972 288: "L'omissione involontaria di un membro di una comunione ereditaria nella petizione può essere riparata anche in sede di conclusioni, se la parte convenuta si è limitata a rilevare l'omissione, senza dedurre un'eccezione di mancanza del litisconsorzio necessario". Sur l'admissibilité du recours de droit public contre la décision accordant le délai, TI Rep. 1989 168 n. 1.
- 194) Geiger 82 n. 40, ZH Sträuli/Hauser ad a37 ch. 3. C. Hegnauer ad 256 nm83 et 85, ad 260a nm110.
- 195) TG RBOG 1982 62 no12, ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm12 et ad 108 nm12, AG Eichenberger ad 53 nm3, TI Ottaviani 69.
- 196) ATF 51 II 10/JT 1925 I 233, ZH ZR 24 1925 193 no97, Hegnauer ad 256 nm84 et 260a nm110, ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm12.
- 197) TI 45. Rep. 1985 142, Ottaviani 69, Picard 239.
- 198) Voir Troisième partie, Titre II, §5.
- 199) GE SJ 1918 40.
FR Extraits 1936-37 11, 14: (Suivant les recourants) "le mode de réaliser pratiquement la détermination des héritiers récalcitrants est l'appel en cause, tel qu'il est prévu à l'article 71: "La notion de l'appel en cause, exposent-ils, se rattache au problème que suscite en procédure civile la participation de nouvelles parties au procès. Lorsqu'une partie estime avoir le droit d'exiger d'un tiers qu'il soutienne le procès conjointement avec elle, il y a lieu à appel en cause. En cas d'application de l'alinéa 3 de l'article 602 CCS, ce droit devient une obligation qui a pour corollaire l'obligation du cohéritier de se déterminer". On peut concéder aux recourants qu'ils pouvaient appeler en cause les cohéritiers, et que, dans certains cas, ce serait un moyen de les amener à prendre volontairement part au procès, à y intervenir. Mais cet appel en cause, quel qu'en soit le résultat, ne suffit point à échapper à l'exceptio plurium litis consortium soulevée par le défendeur. On ne saurait contraindre celui-ci à admettre que les cohéritiers appelés en cause deviennent forcément, par le seul effet de l'appel, des parties au procès. Le code de procédure civile fribourgeoise ne connaît point l'intervention forcée ou l'assignation en déclaration de jugement commun admise par la jurisprudence française. Cette intervention nécessaire irait du reste précisément à l'encontre de la disposition de l'article 602 CCS. La consorité nécessaire...ne signifie pas une nécessité obligatoire de droit de la procédure en ce sens que la participation au procès de celui qui s'abstient puisse lui être imposée. Elle suppose bien au contraire que, suivant, l'article 602 CCS, il existe entre les cohéritiers avant le partage, un lien si intime qu'un procès de la communauté héréditaire ne peut être soutenu que par la volonté libre de tous les cohéritiers ou par un représentant nommé par l'autorité...Une action intentée par ou quelques-uns serait dénuée de toute efficacité. Les cohéritiers qui ont déclaré précédemment qu'ils ne voulaient pas faire le procès ne peuvent être par l'appel en cause, forcés de procéder contre leur gré; et rien ne peut être inféré de leur défaut d'obtempérer à la citation qui leur a été notifiée".
VD JT 1976 III 112.
- 200) ATF 89 II 432/JT 1964 I 365, 370.
- 201) ATF 51 II 10/JT 1925 I 233 (Question laissée ouverte), ZH ZR 53 1954 310 no143, 316, ZH ZR 35 1936 182 no76.
- 202) ZH ZR 76 1977 268 no102, 271.

La jurisprudence fribourgeoise assimile l'absence d'un consort nécessaire dans la demande à une désignation erronée et applique par analogie les règles sur la désignation inexacte d'une partie (203).

La rectification de qualité peut donner lieu à substitution de parties si le droit cantonal l'autorise ou que les parties y consentent (204).

Les règles cantonales qui autorisent le juge à attirer l'attention du demandeur sur certaines fins de non-recevoir ne permettent pas de régulariser l'instance selon la jurisprudence fribourgeoise (205).

Le juge ne saurait suspendre la procédure jusqu'à droit connu dans le procès parallèle (206).

203) FR Extraits 1980 47.

204) TF SJ 1987 22.

205) FR Extraits 1980 47, 48: Elles sont exclues car elles n'imposent aucune obligation au juge.

206) Mafu Streigenossenschaft 22.

CHAPITRE 3. LES CAS DE CONSORITE NECESSAIRE

Le domaine d'application de la consorité nécessaire est difficile à déterminer et rend une classification ardue. La loi est souvent fort discrète. De nombreux cas ont été dégagés par la jurisprudence. Certains sont controversés. Nous n'en recenserons que les cas principaux dans l'ordre du code civil.

§1. Droit de la famille

On dénote en droit de la famille deux types de consorité nécessaire. Le premier concerne des propriétaires en main commune, le second vise des actions formatrices.

Les époux en communauté universelle ne peuvent disposer judiciairement que conjointement ou avec le consentement de l'autre des biens de la communauté au-delà de l'administration ordinaire (1). Ils ne peuvent être recherchés qu'ensemble à moins que le procès ne porte sur les dettes (2). Les personnes réunies en indivision (3) ne peuvent procéder que conjointement, car les actes judiciaires ne sont pas assimilés à des actes de simple administration que chaque indivis peut accomplir sans le concours des autres (4). Les coindivis peuvent en revanche être actionnés séparément lorsqu'ils sont recherchés pour les dettes (5).

Le droit de la famille comporte de nombreux cas de consorité nécessaire passive en raison de la nature formatrice du procès: *action de l'opposant en interdiction de mariage* contre les deux fiancés (6), *action d'un tiers en annulation de mariage* contre les deux époux (7), *action en désaveu du mari* (8) *ou de ses parents* contre l'enfant et sa mère (9), du mari contre tous les enfants s'il y a eu des jumeaux, triplés...etc, d'un triplé contre les autres triplés (10), *action en désaveu de l'enfant*

- 1) Ou avec le consentement de l'autre. CC 228/1.
Marlies et Heinz Näf-Hoffmann, Das neue Ehe- und Erbrecht im Zivilgesetzbuch, 2e éd. 1989. 342 nm1986, 348 nm2021.
- 2) CC 233. Näf/Hofmann 348 nm2024.
- 3) CC 336ss.
- 4) CC 340. Egger ZK ad 340 CC nm1. Contra: *Jürg Beiner*, Die Prozessstandschaft, Thèse Bâle 1963, 108.
- 5) CC 342/2.
- 6) CC 111. *Henri Deschenaux/Pierre Tercier*, Le mariage et le divorce, 3e éd. 1985, 67 nm310.
Contra: ZH ZR 36 1937 343 no176, RSJ 27 1930/31 217 no163. ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm3.
L'action devient sans objet si le fiancé codéfendeur décède en cours d'instance. ATF 91 II 81/JT 1966 I 145.
- 7) ZH ZR 56 1957 222 no106.
Deschenaux/Tercier 87 nm433.
- 8) La qualité pour agir appartient au mari, mais non à l'épouse (ATF 49 II 317/JT 1924 I 30, ATF 44 II 223/JT 1919 I 199). En cas de décès, ses père et mère peuvent intenter action indépendamment l'un de l'autre (Hegnauer BK ad 258 nm10). La qualité pour agir appartient subsidiairement à l'enfant. Il a un droit indépendant de celui du mari et de celui des parents de ne dernier (Hegnauer BK ad 256 nm54). Peu importe que ces derniers pourraient encore agir (RSJ 69 1973 87 no56 c. 9). L'enfant peut demander à son père et à sa mère qu'ils lui avancent les frais (Hegnauer BK ad 256 nm29). Ni la mère, ni le père biologique n'ont le droit d'ouvrir l'action en désaveu (ATF 108 II 344/JT 1984 I 623).
- 9) CC 256. FR Extraits 1956 131. VD JT 1966 III 7. VS RVJ 1977 333.
Hegnauer BK ad 256 nm83ss.
Un jugement qui admet la demande du mari peut être attaqué seul par l'enfant: ATF 82 II 1/JT 1956 I 322.

contre le mari et la mère (11), *action en contestation de la reconnaissance* (12) contre l'auteur de la reconnaissance et l'enfant (13), mais non contre la mère qui n'est pas défenderesse, mais peut intervenir au procès aux côtés des défendeurs (14), *action en paternité* (15) contre le père de l'enfant, après son décès contre ses descendants, à défaut contre ses père et mère ou ses frères et sœurs (16), tous consorts nécessaires (17), *action en contestation de l'adoption* contre les parents adoptifs et l'enfant (18). *L'action en modification du jugement de divorce* (19) n'a en revanche pas à être dirigée simultanément contre l'autre conjoint et l'autorité tutélaire (20).

§2. Droit des successions

La communauté héréditaire (21) n'a pas la personnalité morale (22).

Les héritiers ne peuvent qu'agir en commun *pour faire valoir les droits de la succession* (23), notamment exercer une action en dommages-intérêts contre

Il n'est pas contraire à l'article 158 ch. 1 et 3 CC que la juridiction cantonale de recours, statuant en vertu du droit cantonal de procédure, dénie le droit de recours à la partie défenderesse qui avait acquiescé à la demande au terme de la procédure de première instance et qui n'est donc pas lésée par le jugement qui admet l'action du demandeur. ATF 95 II 291/JT 1970 I 261.

Le décès de l'enfant ne met pas obstacle à l'exercice de l'action: ATF 62 II 193/JT 1937 I 90. Le procès en désaveu ne peut pas être clos par un acquiescement. ATF 95 II 291/JT 1970 I 261.

- 10) ATF 62 II 193.
Le lien de filiation ne peut être écarté que pour tous, Hegnauer ad 256 nm81 et 83.
- 11) CO 256/2, VS RTC 1965 44, Hegnauer BK ad 256 nm83, ZH Sträubli/Messmer ad 39 nm6.
- 12) CC 260a.
ATF 51 II 10/JT 1925 I 233, AR RBOG 1950-51 24 no1, TI Rep. 1946 130.
Le qualité pour agir appartient à tout intéressé, à la mère, à l'enfant, aux descendants de l'enfant, à la commune d'origine ou de domicile de l'auteur de la reconnaissance. Les descendants de l'enfant peuvent agir conjointement, mais ne sont pas des consorts nécessaires (Hegnauer BK ad 260a nm83). Tous ces demandeurs ont un droit indépendant l'un de l'autre (Hegnauer ad 260a nm108, ad 261 nm55-63).
- 13) Qui sont consorts nécessaires dans la mesure où ils n'agissent pas eux-mêmes. ATF 51 II 8/JT 1925 I 233, RSJ 58 1962 361 no219, RSJ 50 1954 128 no53, AR RBOG 1950-51 24 no1, VS RVJ 1977 336, Hegnauer ad 260a nm110.
L'action en désaveu dirigée contre plusieurs enfants doit être dirigée contre tous (ATF 62 II 193, Hegnauer ad 260a nm109, ad 256 nm81).
- 14) Hegnauer ad 260a nm115.
- 15) CC 261.
- 16) REC 1982 4ss, 16ss.
- 17) Hegnauer ad 261 nm79.
- 18) CC 269, Hegnauer ad 269 nm14.
- 19) CC 157.
- 20) ATF 67 II 64/JT 1941 I 322.
Contra: ZH ZR 50 1951 29 no16, ZR 44 1945 238 no107, ZR 41 1942 248 no98, Kraft 54.
Et la communauté héréditaire prolongée. ATF 61 II 164, Meier-Hayoz ad 652 nm39.
- 22) Le droit des poursuites consacre des exceptions: 49 LP.
Un héritier a le droit de former individuellement une action en libération de dette en son nom personnel, au nom de l'hoirie ou de la succession: ATF 102 II 385/JT 1978 I 34, JT 1979 II 27, ATF 93 II 11.
Le communauté héréditaire a en tant que telle qualité pour requérir ou résister à une requête de main-levée: TF SJ 1988 111, ATF 113 III 79/JT 1990 II 8, ATF 102 II 387/JT 1978 I 34, JT 1979 II 27, BS BJM 1973 171, TI Rep. 1988 381. Contra: VD JT 1929 III 101: les cohéritiers ne peuvent agir que conjointement pour demander la main-levée.
- 23) Jurisprudence abondante. Par ex. ATF 102 II 387.

l'administrateur de la succession (24), intenter une action en responsabilité contre le tuteur du défunt et les membres de l'autorité tutélaire (25), notamment agir contre un cohéritier usufruitier en vertu de sûretés pour des droits successoraux (26), *pour faire constater un droit* (27), notamment former contre un tiers une action en constatation de l'état ou de l'ampleur de la masse successorale (28), *pour exercer une action formatrice* (29).

Les cohéritiers ne peuvent être recherchés qu'en commun lorsqu'ils sont recherchés en constatation d'un droit: l'action tendant à faire constater l'inexistence d'une créance de l'hoirie doit être intentée à tous les héritiers (30). La défense commune est également de règle lorsque le procès porte sur des biens communs aux cohéritiers et que le tiers qui les actionne fait valoir des *prétentions réelles* (31). Ce dernier ne peut revendiquer un bien que contre tous les cohéritiers (32).

L'action et la défense concertées comportent des exceptions

- dans les cas urgents (33), pour requérir des mesures provisoires (34) ou des preuves à futur (35).

- lorsque le procès porte sur des éléments passifs de la succession. Un cohéritier a le droit de former individuellement une action tendant à faire constater l'existence ou l'inexistence d'une dette de la succession (36). Il y a consorité simple entre les cohéritiers recherchés pour les dettes (37).

- lorsque l'action ne constitue pas un acte de disposition sur un bien commun: un cohéritier peut exercer une action en responsabilité contre l'exécuteur testamentaire (38) ou former une action en annulation d'un titre dont dépend la constitution de la masse héréditaire (39).

24) ATF 52 II 195/JT 1926 I 482.

25) BE RJB 109 1973 207.

26) ATF 109 II 400/JT 1985 I 112.

27) ATF 54 II 243/JT 1929 I 162. ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm3.

28) ATF 54 II 243/JT 1929 I 162, ATF 51 II 269, ATF 50 II 220, ATF 41 II 28. VS RVJ 1977 32. Tuor/Piconi BK ad 602 nm32a.
Contra BE RJB 52 1916 448.

Contra: Matti Streitgenossenschaft 41: BE Leuch ad 36 propose d'admettre la qualité d'un seul membre de l'hoirie pour former cette action et pour conclure que tel bien fait partie de la masse alors que l'ensemble des cohéritiers est seul habilité à revendiquer un tel bien se trouvant en possession de tiers.

29) ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm3. VS RTC 1933 26: action en annulation d'un acte d'entretien viager.

30) ATF 93 II 11/JT 1967 I 542.

31) ZH ZR 54 1955 219 no108, GR PKG 1983 62 no11, 64: "Werden dingliche Ansprüche gegen Erben gemacht, so bilden diese eine notwendige Streitgenossenschaft". ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm3.

32) FR Extraits 1940 14.

33) ATF 58 II 195/JT 1933 I 561. TI Rep. 1985 142.

34) CC 604/3.
Escher ad 604 nm15. Piconi ad 604 nm14. ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm3.

35) ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm3.

36) ATF 93 II 14/JT 1967 I 545.

37) CC 603. AGVE 1987 27 no7.

38) ATF 66 II 150/JT 1941 I 10, 12. TI Rep. 1962 36 note Bolla.

39) VS RTC 1934 33.

Le principe de l'action commune ne s'applique pas

- lorsqu'il y a représentation (40)
- en l'absence de représentation lorsque les autres cohéritiers figurent du côté passif de la barre: un cohéritier a ainsi qualité pour agir en fixation ou en remboursement d'une prestation due à une succession non partagée si tous les autres cohéritiers sont défendeurs à cette action (41).
- lorsqu'un cohéritier fait valoir un droit personnel: en droit successoral paysan, le droit de réclamer la quote-part au gain appartient en propre au cohéritier et non aux cohéritiers en main commune (42). Chaque héritier individuellement peut former l'action en annulation d'un pacte successoral (43) contre la ou les personnes qui tirent de la disposition viciée des avantages de nature successorale au détriment du ou des demandeurs (44), contre le légataire et tous les cohéritiers (45). S'agissant de l'annulation d'un pacte successoral, il est toutefois nécessaire de mettre en cause tous les cohéritiers comme défendeurs si l'objet de l'acte attaqué constitue une unité indivisible (46). L'action en annulation d'un testament peut être formée par chaque héritier individuellement. Il n'y a pas consorité nécessaire (47). L'action en nullité d'un testament est recevable même si elle n'est pas dirigée contre tous les bénéficiaires de l'acte. Le jugement n'aura d'effets qu'entre les parties au procès (48).
- lorsqu'un cohéritier a cédé sa part aux autres: le cédant n'a pas à figurer au procès (49).
- lorsqu'un cohéritier veille aux intérêts de la communauté: l'action en cessation de troubles n'a pas à être intentée par tous les cohéritiers (50).
- dans les procès entre héritiers: Un cohéritier a qualité pour agir, mais doit mettre les autres en cause (51). Un cohéritier peut demander le partage de la succession (52). Il doit actionner tous ceux qui s'opposent au partage (53). En revanche, ceux qui ont déclaré se soumettre au jugement à rendre n'ont pas à figurer

40) CC 602/2.

41) GE SJ 1960 519: "des héritiers qui font valoir des droits successoraux doivent sous peine d'irrecevabilité de leur demande mettre en cause tous les autres cohéritiers. Tel est le cas lorsque des nuspropriétaires demandent en application de l'art. 762 CC que la possession des biens d'une succession soit retirée à l'usufruitier pour être confiée à un curateur".

42) ATF 113 II 130/JT 1987 I 655.

43) ATF 97 II 204/JT 1972 I 255, ATF 81 II 33. VS RVJ 1986 206, 208: "Il en résulte que si l'action présentement intentée par sept héritiers légaux seulement, alors que 12 autres personnes avaient qualité d'héritiers ab intestat, n'a nullement à être rejetée pour défaut de légitimation active. Simplement, si cette action aboutissait, le pacte successoral attaqué, malgré le vice retenu et constaté conserverait tous ses effets à l'endroit des héritiers légaux qui ne l'ont pas remis en cause".

44) ATF 97 II 205/JT 1972 I 255, ATF 96 II 100.

45) ATF 97 II 205/JT 1972 I 255.

46) TF SJ 1972 213. NE RJN 4 I 32.

47) AR RBOG 1966-67 32 no3.

48) ATF 81 II 33/JT 1956 I 546, ATF 57 II 150/JT 1931 I 603.

49) ATF 54 II 197/JT 1928 I 610, ATF 52 II 195/JT 1926 I 482, ATF 51 II 267/JT 1926 41, voir égal. NJW 1957 537

50) LU LGVE 1986 I 2 no3: "Frage der Aktivlegitimation einer Erbengemeinschaft bei der Klage auf Besitzesstörung. Sie kann unter Umständen auch dann gegeben sein wenn nicht alle Mitglieder der Erbengemeinschaft sich am Verfahren beteiligen".

51) GE SJ 1957 342.

52) CC 604, BE RJB 82 1944 143.

Escher ad 604 nm3, Tuor/Picconni ad 604 nm2, Troller RDS 60 1941 73ss, 109.

Si plusieurs cohéritiers demandent le partage, ils sont consorts nécessaires. ATF 117 II 168 et les références, ATF 100 II 440/JT 1975 I 544. Pour Nater 133, il y a en revanche consorité simple. Idem H. Fugner, L'action en partage, Thèse Lausanne 1938, 86-87.

au procès (54). Un cohéritier peut agir seul pour revendiquer contre un cohéritier un bien appartenant à la succession (55). L'action tendant l'attribution d'un domaine agricole n'a pas à être formée conjointement par *tous* les cohéritiers (56), mais doit s'exercer *contre* tous les cohéritiers qui n'ont pas donné expressément leur accord à l'attribution du domaine à celui qui le demande (57). Un cohéritier peut agir seul en rapport ou en réduction (58).

§3. Droits réels

Dans le régime ordinaire de la copropriété, les copropriétaires ne constituent pas une communauté qui peut, en son nom, actionner ou être actionnée en justice (59).

Dans le régime de la copropriété par étage, le droit d'actionner en justice de la communauté des copropriétaires PPE est limité aux affaires de gestion (60). Appartiennent à l'activité courante les actions en justice relatives à des créances entrant dans son patrimoine ou qui devront être éteintes au moyen de celui-ci (61). Les défauts de construction doivent, quand le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur contestent leur responsabilité, être d'abord éliminés aux frais de l'administration commune des copropriétaires (62). La revendication, l'action négatoire, l'action en constatation de droit et l'action en rectification compétent à la communauté en tant que lui est conférée la faculté de veiller aux intérêts communs (63).

Il y a consorité nécessaire lorsque le procès a trait aux parties communes (64). Il y a consorité nécessaire entre des copropriétaires qui demandent en justice l'extension des parties communes, car l'action, si elle aboutit, a des incidences sur toutes les parts de copropriétés et entraînent des obligations pour tous les copropriétaires (65). Un copropriétaire peut agir seul s'il est au bénéfice de procuration (66) ou qu'il a été autorisé à agir par une décision de l'assemblée des

53) ATF 100 II 440/JT 1975 I 544, ATF 86 II 451/JT 1961 I 457, ZH ZR 76 1977 268 no102. Tuor/Picononi ad 604 nm3.

La question est controversée en doctrine. Pour la consorité nécessaire: Arthur Jost, *Der Erteilungsprozess im schweizerischen Recht*, Berne 1960, 63, Ovari 99, Nater 136: faute de base légale expresse statuant une dérogation à l'article 602/2 CC. Contre la consorité nécessaire: Troller RDS 60 1941 73ss, 109ss.

54) ATF 100 II 440/JT 1975 I 544, ATF 93 II 15/JT 1967 I 546, ATF 86 II 455, ZH ZR 76 1977 271 no102, ZR 59 1960 265 no118, 272, ZR 35 1936 182 no76, VS RVJ 1978 238, Tuor/Picononi ad 604 nm3.

55) SO RSJ 12 1916 358 no322, SO RSJ 11 1915 57 no58.

56) ATF 90 II 4, BE RJB 87 1951 348, AG VJS 1944 100 no32.

57) ATF 75 II 198, ATF 72 II 345/JT 1947 I 52, BE RJB 87 1951 348.

58) Troller RDS 60 1941 73ss, 111.

59) ATF 103 Ib 76, GR PKG 1989 18 no3.

60) VS RVJ 1987 325.

L'activité d'administration est un acte de nature juridique ou non, destiné à garantir le maintien intégral ou même l'amélioration du bien concerné. Mais l'acte d'administration peut également avoir pour but de veiller à l'emploi et à l'utilisation du bien dans l'intérêt de tous les propriétaires par étages.

Action intentée à la fois au nom de la communauté des copropriétaires et en celui de chacun des copropriétaires: ATF 108 II 195/JT 1983 I 119.

61) Hansjörg Frei, *Zum Aussenverhältnis der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer*, Thèse Zurich 1970, 103.

62) ATF 106 II 11.

63) VS RVJ 1976 126. Adolf Bärger, *Das Ueberechts des ZGB und des BGB*, Thèse Zurich 1978, 368-369.

64) CC 648/2, VSRVJ 1987 325, RVJ 1970 275.

copropriétaires. L'exigence de la participation de tous les copropriétaires comme demandeurs ne concerne pas ceux contre lesquels est dirigée l'action et qui participent au procès comme défendeurs. L'action tendant à inscrire un droit de gage sur les parties communes doit être formée contre tous les copropriétaires (67). L'action relative à la constitution d'un droit réel à charge mais aussi en faveur (68) de la parcelle de base ne peut être formée que par ou contre l'ensemble des copropriétaires, à l'exclusion de la communauté (69). Les copropriétaires par étages peuvent prendre position sur la demande en y acquiesçant par avance ou en déclarant se soumettre au jugement. La condition est nécessaire et suffisante (70). Si tel n'est pas le cas, ils doivent participer au procès (71). L'action tendant à l'établissement d'une servitude sur une parcelle en copropriété doit être formée contre tous les copropriétaires (72). Un seul copropriétaire n'a pas qualité pour requérir la main-levée provisoire dans une poursuite portant sur le loyer de la partie économiquement la plus importante de l'immeuble, car cela affecte tous les copropriétaires (73). Il y a consorité nécessaire entre les copropriétaires qui font l'objet d'une procédure en revendication ou en constatation du droit de propriété. Ils doivent tous être mis en cause parce que le procès porte sur une prétention indivisible (74).

Le principe de l'action concertée ne s'applique pas

- lorsque l'action ne constitue pas un acte de disposition d'un bien commun: tel est le cas des actions en revendication et négatoires, en constatation ou en rectification du registre foncier (75), qui peuvent être intentées par un seul des copropriétaires. Lorsqu'elles sont formées par plusieurs, ce sont des consorts simples (76).

- dans les procès entre copropriétaires: Un copropriétaire peut demander le partage de la copropriété, mais doit actionner tous les autres (77).

-
- 65) ATF 112 II 308/SJ 1987 501. Vogel 131 nm54a.
 - 66) Le défaut de procuration ne peut être invoqué que par un coindivis qui n'est pas partie au procès.
 - 67) GR PKG 1988 90 no23.
 - 68) Meier-Hayoz ad 648 nm5, 20, 27 et 38, Leemann ad 648 nm25.
Plus nuancé: Mengiardi, Die Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten zugunsten und zu Lasten von Mitigentumsanteilen, 150ss.
 - 69) VS RVJ 1987 325.
 - 70) VS RVJ 1970 275.
 - 71) VS RVJ 1987 325, RVJ 1970 275.
 - 72) AG AGVE 1974 25 no5.
Meier-Hayoz ad 646 nm70 et 99, ad 694 nm26 et les références citées.
 - 73) BE RJB 97 1961 33: "Da die vorliegende verlangte Rechtsöffnung weit mehr ist als eine gewöhnliche Verwaltungshandlung, muss die Mitwirkung der Mehrheit der Mitigentümer (hier beider) gefordert werden im Sinne einer notwendigen Streitgenossenschaft".
 - 74) VS RVJ 1985 262.
Meier-Hayoz ad 641 nm60 et 135, ad 646 nm99 et 648 nm7.
 - 75) CC 975, ATF 112 II 308, SJ 1987 501.
TG RBOG 1971 58 no9: "Notwendige Streitgenossenschaft unter Konsortialen bezüglich eines Liegenschaftenkaufrichts ?...Hier wurden bei Übernahme der Kaufrechte bzw. der Liegenschaften durch das Konsortium die Abtreter ausdrücklich als Mitigentümer zu gleichen Teilen bezeichnet. Zwar konnten sie die damit verbundenen Gestaltungsrechte nur zusammen ausüben und die Kaufrechte nur gemeinsam auf das Konsortium übertragen. Insoweit lag eine unteilbare Leistung nach 70 OR vor...Der gemeinsame Vertragsabschluss mit dem Konsortium bewirkte ebenfalls nicht notwendig ein Gesamthandverhältnis".
 - 76) VS RVJ 1976 118.
 - 77) ZH ZR 54 1955 219 no108.
ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm8.

- lorsque les copropriétaires par étages font valoir des droits personnels: Il y a consorité simple entre les copropriétaires de PPE qui intentent en commun une action en réduction du prix de vente de la part de copropriété. Chaque acquéreur d'une part de copropriété par étages dispose en propre d'une action en garantie des défauts contre le vendeur (78). Il y a en principe consorité simple passive pour les *actions condamnatoires* lorsque le procès porte sur des prétentions obligationnelles, ou que, portant sur des prétentions réelles, l'objet est divisible (79). Lorsque l'objet est indivisible, la consorité est nécessaire (80).

- lorsqu'un copropriétaire veille aux intérêts de la copropriété: Chaque copropriétaire a qualité pour intenter seul une action en cessation de troubles (81). Les copropriétaires n'ont en revanche que conjointement qualité pour défendre à une telle action lorsque le trouble émane d'une partie commune (82), mais non lorsqu'il émane d'une seule unité de copropriété. Chaque copropriétaire a qualité pour former une action tendant à l'octroi d'un passage nécessaire (83). Il y a consorité nécessaire entre les copropriétaires recherchés par une telle action (84).

Lorsque la demande porte sur des créances en capital, objet d'un usufruit (CC 774) ou engagé (CC 906), il y a consorité nécessaire entre le créancier et l'usufruitier ou le créancier gagiste (85), car l'action a trait à un objet commun. Il en va de même selon le Tribunal fédéral pour les maîtres lésés qui font usage de leur droit en vertu de l'article 841 CC (86).

§4. Droit des obligations

La consorité nécessaire est en droit des obligations le corollaire de la propriété en main commune. Le principe de l'action concertée concerne les associés de la société simple (87), les associés en nom collectif (88), les associés en commandite, y compris le commanditaire (89), enfin les fiduciaires propriétaires des biens de la fiducie (90).

78) VS RVJ 1987 330.

79) Meier-Hayoz ad 646 nm95. Voir également Geiger 90ss.

80) ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm4. Contra Geiger 92-93.

81) ATF 95 II 397/JT 1971 I 244, ZH ZR 76 1977 170 nm67. AG AGVE 1974 26. NJW 1985 385. AG Eichenberger ad 53 nm2. Meier-Hayoz BK ad 679 nm55.

82) TI Rep. 1989 168.

Laurent L'Huillier, La responsabilité du propriétaire foncier selon l'art. 679CC, RDS 71 1952 II 1ass, 67a-68a. Meier-Hayoz BK ad 646 nm70 et ad 679 nm5. Haab ZK ad 648 nm2.

83) GR PKG 1983 23 no3.

84) VS RVJ 1987 325. AG AGVE 1974 25 no5. NJW 1984 2210. NJW 1962 633.

85) Guldener ZPR 297, Geiger 100 et Kraft 56 pour l'article 773/2, BS/BL Staehelin/Sutter 89, SG Lutz ad a103 ch. 1a.

86) ATF 105 II 11.

Sträuli/Messmer ad 40 nm3 et Stolz 121 n. 2 admettent la consorité simple. Comp. ZH ZR 17 1918 263 no149.

87) CO 530ss, 535/3.

ATF 100 Ia 392/JT 1976 I 202, ATF 96 III 100/JT 1971 II 41 (critiqué par Amonn RJB 108 1972 161-162), ATF 79 I 79, ATF 78 I 104, ATF 72 III 42, ATF 71 I 179/JT 1945 I 606, ZH ZR 50 1951 128 nm65, LU Entsch. 1953 141 no180. GR PKG 1980 14 no2, PKG 1953 17 no5, PKG 1952 25 no10. TI Rep. 1966 83. VS RVJ 1979 126. NE RJN 1990 72, RJN 71 35, GESJ 1976 169.

Sieglwart ad 535 nm7 et 11 et ad 544 nm16, Becker ad 535 nm6 et 11.

88) ATF 81 II 358/JT 1956 I 114.

89) ATF 99 III 1/JT 1974 II 42. Contra: Poudret/Sandoz COU 379 ad 53 ch. 2.2: "Alors même que la doctrine dominante...considère que les associés sont eux-mêmes les vraies parties au

Tous ces propriétaires en main commune ne peuvent procéder que conjointement (91) dans la mesure où le code des obligations et le contrat de société ne prévoient rien d'autre et où il n'y a pas représentation (92). Le principe de l'action concertée s'applique également passivement. L'action tendant à l'admission dans la société ne peut être formée que contre tous les associés (93).

Il est difficile d'établir une règle dans les procès entre associés. Un associé a dans certains circonstances qualité pour agir ou pour défendre seul et non dans d'autres: un associé peut agir seul en dissolution de la société (94), pour autant qu'il possède un cinquième du capital social (95) et qu'il dirige son action contre tous les autres (96); selon la doctrine, les associés ne peuvent requérir que conjointement l'exclusion de leur partenaire (97). Il nous paraît à l'inverse possible qu'un associé puisse requérir seul l'exclusion de plusieurs de ses partenaires, sans agir conjointement contre ces derniers, car rien ne s'oppose à des procès séparés (98); l'associé peut agir seul pour réclamer à un autre une part de bénéfice qu'il estime devoir lui revenir et n'est pas tenu de mettre les autres en cause (99). Les associés ne peuvent en revanche agir que conjointement en responsabilité contre les mandataires également associés (100). Il en va de même pour l'action tendant au retrait des pouvoirs de représentation (101). Les associés recherchés par leur partenaire dans une

procès, agissant comme consorts sous la raison sociale, nous estimons...que ces deux sociétés (société en nom collectif et en commandite) ont bien elles-mêmes et comme telles la qualité de parties et ne se confondent pas, au point de vue procédural, avec leurs associés". La parenthèse est une adjonction de notre plume.

Dans le même sens: ZH Sträuli/Messmer ad 27/28 nm2.

- 90) ATF 78 II 445/JT 1953 I 523, 530.
Meier-Hayoz ad 652 nm40, *Reynold* RDS 1954 I ass. 161a n. 44, *Schwartz* RSJ 62 1966 319ss, *Gubler* RDS 1954 215ass, 223a. Contra: *Bär* RJB 98 1962 299 n. 2 (consortité simple).
- 91) Certains cas sont réservés: Le Tribunal Fédéral a ainsi laissé la question ouverte de savoir s'il y a consortité nécessaire entre tous les associés d'une société simple dans le cadre d'une action tendant à la désignation d'un liquidateur. TF SJ 1988 81.
- 92) VS RVJ 1978 116, RVJ 1973 348.
- 93) ZH ZR 24 1925 337 no222, *Hartmann* ad 562 nm31, *Maday* 213, *Flepp* 164, *Kraft* 56, ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm9, Sträuli/Hauser ad a37 ch. 2.
- 94) CO 545 ch. 7.
ATF 74 II 172/JT 1949 I 268, ATF 38 II 508, ATF 24 II 201.
Siegwart ad 547 nm28, *Hartmann* ad 574 nm5 et 27a, *Guldener* ZPR 297, ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm9, BE Leuch ad 36 ch. 2, SG Lutz ad a103 ch. 1a, AG Keller/Pfisterer ad a24 ch. 3, JU Ceppi 36.
- 95) ATF 67 II 162. Ce quorum légal doit exister lors du prononcé du jugement. ATF 109 II 140/JT 1984 I 56.
N'a en revanche pas qualité pour agir seul l'actionnaire, cohéritier, propriétaire d'une action, représentant le 0,25% du capital social lors même qu'il a des espérances représentant plus de 20 % de ce capital. BE RJB 111 1975 350.
Lorsque plusieurs associés ont ouvert action, l'un d'eux peut se désister sans le consentement des autres, mais l'action est rejetée lorsque le quorum n'est plus atteint en raison du désistement. ATF 109 II 140/JT 1984 I 56.
- 96) ATF 38 II 509, *Stein/Jonas* ad 62 nm15, NJW 1958 418.
- 97) *Hartmann* ad 577 nm8, *Siegwart* ad 577 nm4, ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm9, *Stein/Jonas* ad 62 nm15.
- 98) Comp. *Hartmann* ad 577 nm7. Lent JHJB 90 41: procès distincts, *Stein/Jonas* ad 62 nm15.
- 99) TF SJ 1988 81. Cas d'application de CO 550/2. Un associé agit dans une opération déterminée en son propre nom et pour le compte de la société. Il doit, même après la dissolution, rendre compte aux autres associés mais peut le faire à chaque associé séparément.
- 100) VS RVJ 1979 126.
- 101) *Stein/Jonas* ad 62 nm15.

action tendant à ce qu'ils participent à l'établissement du bilan sont des consorts simples (102). Il y a en revanche consorité nécessaire entre ces mêmes associés dans l'action en constatation du bilan (103).

Il n'y a pas consorité nécessaire entre les époux colocataires (104) solidaires d'un appartement.

§6. Droit des poursuites: La cession selon l'article 260 LP

Lorsque le procès s'avère trop onéreux ou trop aléatoire et que la masse en faillite renonce à faire valoir en justice des créances litigieuses ou douteuses, elle peut céder aux créanciers le droit de les recouvrer judiciairement. En opérant une telle cession, elle aliène non pas la prétention, mais le droit d'action qu'elle avait seule qualité pour exercer (105). Elle confère au créancier la qualité pour agir, mais pas la légitimation active (106). Elle l'autorise, en son propre nom, pour son propre compte et à ses propres risques (107), à mener le procès en son lieu et place, mais avec l'obligation de lui verser l'excédent de sa créance (108).

Le droit de demander la cession appartient à tout créancier admis à l'état de collocation. Si plusieurs créanciers en font la demande, la cession leur est accordée à tous concurremment (109). Il y a autant d'actes de cession que de cessionnaires (110). Chacun d'eux a un droit d'action distinct de celui des autres (111).

Le droit des poursuites ne tolérant pas que la réalisation du débiteur soit différée trop longtemps, l'administration de la faillite peut fixer un délai pour agir (112). Lorsqu'il y a plusieurs créanciers, l'administration doit fixer un délai unique (113) et lorsqu'elle le prolonge, elle doit le faire pour tous les créanciers, et non pour un seul (114). Le cessionnaire qui n'a pas agi dans le délai n'est pas forclo (115) mais

102) Zimmermann ad 62 nm7.

103) Zimmermann ad 62 nm7.

104) ATF 118 II 168.

105) La cession des droits de la masse est une institution sui generis du droit des poursuites et du droit judiciaire, qui offre toutefois certaines analogies avec la cession des articles 164ss CO et avec le mandat des art. 194ss CO. Les règles qui régissent ces actes sont applicables à la cession dans la mesure où elles sont compatibles avec le sens et le but de cette institution particulière. ATF 109 II 27/JT 1985 II 38, 40.

106) ATF 109 III 27/JT 1985 II 38.

107) ATF 86 III 154, 158.

108) S'il y a plusieurs cessionnaires, le produit du procès ne profite qu'aux créanciers qui ont réellement conduit le procès et pour les seuls créances pour lesquels la cession a été requise.

109) ATF 64 III 35/JT 1938 II 98.

Ernst Blumenstein, Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrecht, Bern 1911, 805: "Verlangen mehrere Gläubiger gleichzeitig die Abtretung, so muss diese an alle gemeinsam stattfinden, ohne Rücksicht auf den Rang ihrer Forderungen, da jeder Konkursgläubiger in gleicher Weise legitimiert ist"; n. 31: "dagegen wird der Rang der einzelnen Gläubiger bei der Verteilung eines Prozessgewinns berücksichtigt".

110) Situation déplorée par Walder qui préconise l'usage d'un seul document mentionnant tous les créanciers cessionnaires, *Hans-Ulrich Walder*, Probleme um Art. 260 SchKG und Versuch ihrer Behebung, BSK 1958 65ss, 73 (ci-après Walder BSK).

111) ATF 43 III 160/JT 1917 II 176. Walder BSK 1958 66.

112) La fixation d'un délai péremptoire serait préférable comme l'exposent Walder BSK 67-68 et *Ralf Schlaepfer*, Abtretung streitiger Rechtsansprüche im Konkurs. Thèse Zurich 1990. 187.

113) ATF 59 III 84/JT 1933 II 112, ATF 49 III 122/JT 1925 II 42, ATF 40 III 431, 434.

114) ATF 40 III 431, 434.

115) ATF 65 III 61.

l'administration de la faillite peut révoquer la cession (116). Si la révocation n'est pas prononcée, le créancier est habilité à mener le procès sans égard au fait qu'il n'a pas respecté le délai (117). Lorsqu'il y a pluralité de cessionnaires et que l'un d'eux n'a pas respecté le délai, il est mis hors de cause (118). Si tous sont en défaut, l'administration peut révoquer la cession puis mettre la créance litigieuse en vente (119).

Le cessionnaire est partie dans le procès où il agit comme demandeur (120) ou défendeur (121). Il procède en son propre nom mais ès qualités (122). La question de sa qualité pour agir est tranchée par le juge et non par une autorité de surveillance (123).

La jurisprudence - fédérale et cantonale - et la doctrine n'ont pas d'opinion unanime sur la façon dont doivent procéder plusieurs cessionnaires et ne sont pas fixées sur la nature de la consorité qui les unit. Les avis sont aussi nombreux que variés: négation de la consorité, consorité simple matérielle ou formelle, consorité nécessaire matérielle, consorité nécessaire d'un type particulier.

La formule obligatoire de cession (formule no7) ne nous est d'aucun secours pour résoudre cette question. Son chiffre 5 exige une action concertée de la part des créanciers cessionnaires. La clause est toutefois considérée comme une simple réserve (124) ou une prescription d'ordre (125).

Pour Walder BSK 68 et n. 11 et Schläpfer 188, il est nécessaire en cas de pluralité de cessionnaires que tous agissent dans le même délai sous peine de péremption et que le juge attende l'expiration du délai pour déterminer si d'autres créanciers ont obtenu la cession et mis en oeuvre le droit d'action. Le juge ne devrait plus pouvoir entrer en matière sur une demande déposée après l'expiration du délai.

116) ATF 65 III 61.

117) ATF 65 III 61.

118) Antoine Favre, Droit des poursuites, 3e éd. Fribourg 1974, 349.

119) Favre 349.

120) BE RJB 85 1949 376. Marcel Bridel, Contribution à l'étude de l'article 260 LP, JT 1939 II 98ss, 112: pourvu qu'il ait soin de produire une cession régulière en la forme; J. Flachsmann, Die Abtretung der Rechtsansprüche der Konkursmasse nach 260 SchKG, Thèse Zurich 1927, 18.

121) ZH ZR 34 1935 158 no68.

122) ATF 93 II 45/JT 1967 II 98 (131/2 LP), 101: "Certes, la formule no34 ne dit pas expressément que le créancier qui a été autorisé à réclamer le montant de la créance peut agir en son propre nom en se référant à cette autorisation, mais elle le présuppose, puisque, dans le cas où cette autorisation est donnée à plusieurs créanciers simultanément, elle prévoit qu'en cas de procès, ils doivent agir en commun ("als Streitgenossen").

123) ATF 48 III 88.

124) ATF 63 III 70/JT 1937 90, 92: "L'unique but de cette prescription est d'obtenir un seul et même jugement; mais ce but est aussi atteint lorsque les deux actions séparées sont dans la suite réunies en une seule", ATF 41 III 335/JT 1915 II 181, 185: "...Le sens de cette réserve est uniquement que l'on ne peut exiger du défendeur qu'il réponde à des actions séparées que lui intenteraient les divers cessionnaires et qu'en pareil cas, il peut requérir la jonction des procès".

125) ZR 60 1961 218 no98, ZR 22 1923 92 no49. LU LGVE 1989 I 38 no16, 44. Flachsmann 22, Hans Fritzsche, Schuldbetreibung und Konkurs, Zurich 1968, vol. II, 172. Walder BSK 1958 71 n. 18, Schläpfer 170. Pour Gilliéron n. 6 ad ATF 107 III 91/JT 1983 II 119, 120, l'obligation d'agir en consors stipulée dans cette clause ne découle pas de la loi stricto sensu, mais relève de la législation prise dans son sens large, dont la clause fait partie intégrante en raison des articles 3/1 OCP et 80/1 OOF.

A. Pas de consorité ?

J. Geiger estime que le procès portant sur les droits de la masse est le procès du failli qui est représenté par les créanciers cessionnaires (126), mais qu'il convient de leur appliquer les règles de la consorité nécessaire pour assurer la coordination d'action. Les règles sur la consorité nécessaire se justifient selon cet auteur parce que chaque créancier cessionnaire est le représentant du failli pour toute la prétention, parce que l'intérêt de chacun au résultat du procès ne peut être protégé que si tous participent à la procédure, enfin parce que les exceptions de litispendance et de chose jugée feraient obstacle à des actions séparées (127). Excluant toute consorité et écartant les problèmes liés à l'unité de jugement puisque le procès est à deux parties, cette construction juridique, à notre avis erronée, présente l'étonnante situation d'une pluralité de personnes dépourvues de la qualité de parties mais à qui l'on applique des règles qui ne concernent que des parties (128).

B. Consorité simple ?

Pour le Tribunal fédéral, le jugement au fond doit être le même pour tous les consorts, mais la condition n'implique pas que les consorts soient tenus de former une entité indivisible. Elle doit permettre "dans chaque cas particulier de trouver une solution adéquate et propre à résoudre les difficultés suscitées par la procédure, afin de permettre aux cessionnaires de faire valoir dans les meilleures conditions, les intérêts de droit matériel. Les modalités pour y parvenir sont de la compétence du juge "appelé en procédure cantonale à se prononcer sur la prétention cédée" (129). Le

126) Geiger 14: "...Sonderfall, als keine Parteienmehrheit vorliegt, dem Rechtsträger und Partei bleibt der Gemeinschaftsdnor, dem Kraft SchKG nur die Verfügungsbefugnis entzogen ist".

127) Geiger 112-113: "Lassen sich...mehrere Gläubiger die gleiche Forderung "abtreten" und erheben sie daraufhin Klage, so bilden sie eine notwendige Streitgenossenschaft...Einmal ergibt sich die Notwendigkeit nicht aus dem materiellen Recht, sondern aus dem formellen Recht der Zwangsvollstreckung...Im weitem handelt es sich nicht um eine zivilrechtliche Zession, sondern um ein Prozessmandat mit privilegiertem Anrecht auf das Prozessergebnis als Prämie für die Überwälzung des Prozessrisikos. Mehrere Abtretungsgläubiger sind demnach nicht Parteien im Prozess, wie dies sonst mehrere Streitgenossen sind, sondern Partei ist nur der Gemeinschaftsdnor, vertreten durch die Abtretungsgläubiger. Es ergibt sich demnach, weil die Gläubiger keine Parteien sind, aus Art. 260 SchKG keine Streitgenossenschaft im eigentlichen Sinne, sondern eine mehrfache Prozessvertretung bezüglich desselben Anspruchs. Die Notwendigkeit, dass nur alle Abtretungsgläubiger gemeinsam die Klage erheben können, folgt nun daraus, dass, wenn schon jeder Abtretungsgläubiger Vertreter des Gemeinschaftsdnors für das ganze Recht ist, die einzelnen Vertreter des Gemeinschaftsdnors auch nicht getrennt und unabhängig voneinander vorgehen können...Da jeder Abtretungsgläubiger Vertreter des Gemeinschaftsdnors für das gleiche Recht ist, würde überdies eine mehrfache Prozessführung regelmässig die Einrede der Rechtshängigkeit oder der abgeurteilten Sache entgegenstehen. Zudem gilt es auch zu beachten, dass jeder der Abtretungsgläubiger einen privilegierten Anspruch auf das Prozessergebnis und damit auch ein evidentes Interesse an der Mitwirkung am Verfahren hat. Auch aus der Interessenlage auf Seiten der Abtretungsgläubiger liesse sich demnach die Notwendigkeit einer gemeinsamen Klageerhebung ableiten. Die Frage der notwendigerweise einheitlichen Entscheidungen stellt sich hier überhaupt nicht, da nur ein Kläger, dh der Gemeinschaftsdnor, existiert und demzufolge auch nur eine Entscheidung ergehen kann".

128) Geiger 131: "Die Stellung der mehreren Abtretungsgläubiger im Verfahren ergibt sich aus der besonderen Ordnung des Art. 260 SchKG. Sie sind nicht Parteien, sondern nur Vertreter des die klagende Partei darstellenden Gemeinschaftsdnors. Es liegt demzufolge auch nicht eine Streitgenossenschaft vor, sondern lediglich eine mehrfache Prozessvertretung die mit den Wirkungen einer Streitgenossenschaft versehen ist...Der Umstand, dass eine mehrfache Stellvertretung des Gemeinschaftsdnors im Prozess vorliegt, hat...zur Folge, dass die mehreren Abtretungsgläubiger nur gemeinsam zur Vornahme von Prozesshandlungen befugt sind".

129) ATF 107 III 91, 95.

Tribunal fédéral hésite entre une consorité nécessaire matérielle et une consorité simple formelle (130).

H. Sträuli et G. Messmer et le Tribunal Cantonal valaisan qui s'appuie sur ces auteurs (131) estiment que la cession des droits de la masse est un cas de *consorité simple matérielle*, mais que le juge doit pouvoir joindre les causes d'office ou à requête, pour que les demandes des cessionnaires puissent être jugées par le même tribunal dans la même procédure pour éviter des jugements contradictoires (132).

La conception adoptée ici repose sur l'idée erronée que des plaideurs qui peuvent adopter dans le procès une position indépendante sont obligatoirement des consorts simples et que la jonction de causes ne peut être qu'à l'origine d'une consorité volontaire. Admettre la consorité simple, c'est reconnaître la possibilité de jugements différents à l'égard des cessionnaires, les autoriser à acquiescer à la demande ou à transiger, ce que la nature de la cession ne permet pas, puisqu'il n'y a qu'un seul droit de main-mise sur la relation litigieuse. C'est aussi accepter une dispersion territoriale lorsqu'un ou plusieurs cessionnaires sont liés à l'adversaire par une clause de prorogation de for (133). Le remède consisterait pour éviter la saisine concurrente de plusieurs tribunaux à attribuer au for du domicile du défendeur un caractère impératif et exclusif. La solution n'a pas été retenue. Nous en voyons pour preuve le for de l'article 761 CO (134), qui est un for dispositif et non exclusif (135). L'unité de for et de jugement ne peut ainsi être assurée que si la consorité entre les cessionnaires de la masse est une consorité nécessaire. La consorité liant les cessionnaires n'est en conséquence jamais une consorité simple.

C. Consorité nécessaire matérielle stricto sensu ?

Admettre strictement la consorité nécessaire matérielle, c'est exiger la participation au procès de tous les cessionnaires à qui le droit d'action a été cédé. La jurisprudence et la doctrine ne vont pas si loin à juste titre. Lorsque le droit a été cédé avant procès à plusieurs créanciers et qu'un seul y donne suite en ouvrant action (136), elles l'autorisent à agir isolément sans le concours des autres et à assurer la couverture de sa seule créance et de ses frais sans devoir défendre les intérêts des créanciers qui ont renoncé à faire valoir la prétention (137). Elles ne le contraignent pas à inviter les autres à entrer en cause (138). Elles ne subordonnent pas l'exercice du

Comp. LU LGVE 1989 I 38 no16, 39: "Die gerichtliche Durchführung dieser Ansprüche ist eng mit dem Konkursrecht verknüpft, so dass das Bundesrecht in diesem Bereich auch prozessuale Fragen regeln kann".

- 130) ATF 107 III 91. GE SJ 1985 126: "Lorsque plusieurs créanciers ouvrent action en tant que cessionnaires de la masse selon l'article 260 LP, ils forment soit une consorité nécessaire matérielle, soit une consorité simple formelle. Dès lors, le jugement devra être le même pour tous... Tant la consorité nécessaire que la consorité formelle sont imposées par le droit matériel".
- 131) VS RVJ 1983 96 qui renvoie à Sträuli/Messmer et à Fritzsche.
- 132) ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm3. Ces auteurs se réfèrent aux ATF 63 III 71, ATF 49 III 385, ATF 43 III 164, à Guldener ZPR 269 et à Fritzsche 173-174.
- 133) Schlaepfer 180.
- 134) For du siège de la société pour les actions en responsabilité dirigées contre les auteurs du prospectus, les fondateurs et les personnes responsables de la gestion, du contrôle et de la liquidation de la société anonyme.
- 135) GE SJ 1989 597.
- 136) Il peut y avoir représentation, un des cessionnaires peut représenter tous les autres. Flachsmann 22.
- 137) ATF 102 III 30/JT 1977 II 75, 79.
- 138) ATF 107 III 91. 95, ATF 41 III 335/JT 1915 II 181, 184-185: "Que les autres cessionnaires aient connaissance de l'ouverture d'action et qu'ils aient été invités... par le cessionnaire qui procède à se joindre à son action, ou que ce dernier ait agi à leur inu, cela n'a pas d'importance... le fait que plusieurs créanciers ont demandé la cession n'a pas pour conséquence... que la prétention cédée ne puisse faire l'objet que d'un procès intenté en

droit d'action à l'abstention préalable et formelle des autres de prendre part au procès (139). Elles n'enjoignent pas le juge à sommer les créanciers à s'y joindre. Le droit d'action indépendant existe même si la cession n'a été consentie qu'à la condition que les divers cessionnaires agiraient conjointement. Chaque créancier possédant un droit d'action indépendant de celui de l'autre (140) qu'il est libre de mettre en oeuvre (141), le créancier qui a renoncé à le faire ne porte pas atteinte aux droits de celui qui a ouvert action et l'adversaire des cessionnaires ne peut pas exiger que tous figurent à l'instance (142).

Le droit fédéral exige que les parties agissent comme consorts lorsqu'elles sont titulaires d'un droit en commun et que ce droit ne leur appartient pas à chacune séparément. Il en est de même lorsque elles ne peuvent être astreintes à une obligation indépendamment les unes des autres. Dans l'hypothèse de la cession de l'article 260 LP, il n'y rien de tel. Les cessionnaires ne sont pas titulaires d'un droit substantiel en commun, car ils n'ont reçu chacun que le droit d'action. Il y a dissociation des deux droits. L'abstention de l'un ou de quelques cessionnaires n'enlève pas aux autres la qualité pour agir (143). Le fait qu'il y ait deux ou plusieurs actions séparées n'est pas un motif de nullité et l'action séparée n'est pas irrecevable (144). La consorité entre les cessionnaires n'est ainsi pas une consorité nécessaire matérielle stricto sensu exigeant la présence au procès de tous les cessionnaires intéressés à qui le droit d'action a été cédé (145).

D. Consorité nécessaire limitée aux cessionnaires qui décident d'agir ?

Les hypothèses de la consorité simple et de la consorité nécessaire matérielle au sens strict étant écartées, on ne peut reconnaître que l'existence d'une consorité

commun par eux tous...chacun des cessionnaires reçoit, même dans ce cas, des pleins pouvoirs lui permettant d'agir indépendamment, chacun d'eux peut donc procéder seul et sans la coopération des autres cessionnaires. Il n'a pas l'obligation d'appeler au procès ces derniers, pas plus que des les sommer à se joindre à son action..." (Le formulaire no 7) "ne signifie pas que le mandat conféré par la cession ne puisse être exécuté que conjointement ou, en d'autres termes, que le fait par un seul d'ouvrir action suppose l'abstention préalable et formelle des autres de prendre part au procès". ATF 33 II 342/JT 1909 I 123: "Si l'un des créanciers renonce à intenter action, cette circonstance est sans influence sur le droit de chacun des autres de faire valoir la prétention dans sa totalité".

139) Le TF subordonne dans l'ATF 43 III 164/JT 1917 II 170 le droit d'action indépendant à la condition que les autres cessionnaires entendent ne pas faire usage de la cession. La décision comporte toutefois selon ses propres dires des particularités trop spéciales "pour que l'on puisse en tirer un principe absolu". cf. ATF 107 III 91/JT 1983 II 119.

140) ATF 43 III 164/JT 1917 II 166, ATF 33 II 342/JT 1909 I 120, 123.

141) ATF 107 III 91/JT 1983 II 119, 123: "Les arrêts cités plus haut montrent clairement que certains cessionnaires ne désirent pas être impliqués dans un procès ou préfèrent rester à l'écart de celui-ci; ils en sont parfaitement libres".

142) ATF 49 II 122/JT 1924 I 322: "Les cessionnaires... sont en principe tenus d'ouvrir action en commun. Le défendeur, toutefois, ne peut soulever une exception pour défaut de qualité active tirée du fait qu'une partie des cessionnaires seulement lui ont ouvert action, si pour quelque raison que ce soit, les autres ne peuvent plus l'actionner séparément". ATF 43 III 164/JT 1917 II 170, ATF 33 II 342/JT 1909 I 120, 123: "...chacun d'eux possède un droit d'action absolument indépendant qu'il peut exercer sans qu'une société ait été formée en vue de soutenir le litige ou sans que les autres ayants droit aient été sommés de se joindre au procès... Le fait par les autres créanciers cessionnaires de ne pas prendre part au procès ne saurait porter atteinte aux droits de celui qui a ouvert action". ZH ZR 8 1909 355 no 199, SZ RSt 4 1907 203 no 569: "Die Gläubiger, an welche die Konkursmasse ihre Rechtsansprüche im Sinne von 260 SchKG abgetreten hat, können eine Streitgenossenschaft bilden, sie sind dazu aber nicht gezwungen".

143) LU LGVE 1989 I 38 no 16, 43.

144) ATF 63 III 71/JT 1937 II 90. Flepp 173.

145) LU LGVE 1989 I 38 no 16, 43: "Eine bundesrechtliche vorgeschriebene notwendige Streitgenossenschaft, so dass nur alle Abtretungsgläubiger gemeinsam klagen könnten, liegt...nicht vor".

nécessaire d'un type particulier puisqu'elle ne lie que les cessionnaires qui ont décidé d'agir.

Cette consorité exige d'eux pour de nombreux auteurs qu'ils exercent collectivement leur droit d'action. Ainsi en est-il de M. Guldener (146), J.-F. Poudret et S. Sandoz (147), G. Leuch (148), H. Matti (149), P.-R. Gilliéron (150), H.-U. Walder (151), H. Fritzsche (152) et A. Favre qui se réfèrent à la nature de la cession (153), O. Lutz (154), de J. Ovari (155) et de K. Amonn qui tire toutefois l'action concertée du droit cantonal et non du droit fédéral (156).

La consorité nécessaire matérielle se justifie parce que chaque cessionnaire est habile à faire valoir individuellement la prétention entière et a droit à l'exécution intégrale de la prestation. Le débiteur ne peut se libérer qu'en faisant sa prestation à tous les créanciers collectivement ou à un représentant désigné par eux (157). Faisant valoir les droits de la masse et non ses droits personnels (158), ils ne peuvent procéder chacun pour une partie de la créance (159). Un seul droit substantiel étant en

- 146) Guldener ZPR 297 qui se réfère à l'ATF 43 III 164 et parle expressément de consorité nécessaire.
- 147) Poudret/Sandoz COJ 384 ad 53 ch. 3.
- 148) BE Leuch ad 36 ch. 2 parle expressément de consorité nécessaire.
- 149) Matti Streitgenossenschaft 28 et 42: "Nach der Praxis besteht auch für mehrere Abtretungsgläubiger...die Notwendigkeit gemeinsamer Prozessführung. Hier handelt es sich nicht um eine notwendige Streitgenossenschaft aus Art. 36 ZPO, da die Grundlage nicht materiellrechtlicher Natur ist. Vielmehr ergibt sich diese Folgerung aus der Natur der betriebsrechtlichen Abtretung streitiger Rechtsansprüche" et n. 2: "Die frühere Praxis...ist zu Recht aufgegeben worden, da die vollständige gegenseitige Unabhängigkeit der Abtretungsgläubiger zu praktisch unhaltbaren Konsequenzen führte". Cet auteur renvoie à l'ATF 43 III 160 et à Blumenstein 805.
- 150) Pour Pierre-Robert Gilliéron, Poursuites pour dettes, faillites et concordat, 1988, 344, la jurisprudence récente du TF est hautement critiquable: (Le TF) "semble nier cette consorité et ignorer ainsi le droit matériel de la faillite pourtant édicté par le TF lui-même" et note conclusive ad 107 III 91/JT 1983 III 120, 124: "Malgré la cession du droit d'action ou d'exception, le débiteur ou la masse restent titulaires du droit. Le ou les cessionnaires ayant un droit de disposition, par transaction notamment, il est bien évident que, s'il y a plusieurs cessionnaires, le droit, qui est en commun ne peut être exercé que collectivement par les cessionnaires qui ne renoncent pas à agir...Ils forment une communauté analogue à une séric dans la procédure de saisie...Si les cessionnaires qui procèdent n'agissent pas comme litisconsorts, la partie adverse dispose de l'exceptio plurium litisconsortium".
- 151) Walder BSK 65ss, 68-69, 73-74.
- 152) Hans Fritzsche, Schuldbetreibung und Konkurs, Zurich 1968, vol. II, 174 qui renvoie à ATF 43 III 163.
- 153) Schlaepfer 177 et la jurisprudence valaisanne (VS RVJ 1983 96) voient en Fritzsche un partisan de la consorité simple alors que pour les tribunaux lucernois, on ne peut pas placer cet auteur parmi les opposants à la consorité nécessaire (LGVE 1989 I 38 no16, 42), ce qui n'est pas la même chose.
- 154) Favre 344 renvoie à l'ATF 43 III 163 et à l'ATF 49 III 124. Pour la jurisprudence lucernoise (LGVE 1989 I 38 no16, 42), on ne peut placer cet auteur de manière certaine parmi les opposants à la consorité nécessaire.
- 155) SG Lutz ad a103 ch. 1.
- 156) Ovari 114.
- 157) Kurt Amonn, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 4e éd., Berne 1988, ad 260 LP 383 nm41: "entschlossen sich aber mehrere zum Prozess, müssen sie nach kantonalem Recht - unter Umständen als (formelle) Streitgenossen gemeinsam klagen". Amonn se réfère à l'ATF 107 III 91.
- 158) Gilliéron note conclusive JT 1983 II 124. Blumenstein 805: "Wird mehreren Gläubigern abgetreten, so kann jeder von ihnen den ganzen Anspruch einklagen, ohne dass ihm die Einrede mehrerer Streitgenossen entgegenzusetzen könnte".
- 159) GE SJ 1985 126, 128.

jeu, la valeur litigieuse est la valeur totale de la prétention (160). Le cessionnaire n'étant pas le seul bénéficiaire de l'action, l'excédent disponible après que le cessionnaire ait été désintéressé est versé à la masse (161).

E. Consortie nécessaire formelle ?

Une quatrième solution autorise les créanciers cessionnaires à former des actions séparées pour qu'ils puissent faire valoir des intérêts individuels (162). On se trouve alors pour une partie de la doctrine en présence d'un cas de consorité nécessaire formelle (163). L'analogie avec ce type de consorité n'est toutefois qu'indirecte, car le jugement ne déploie pas d'effets envers les créanciers cessionnaires qui n'ont pas procédé lorsqu'un seul d'entre eux a agi en justice. Dans la consorité nécessaire formelle "pure" en revanche, un plaideur peut obtenir un jugement au profit ou au détriment de toutes les personnes qu'il concerne, y compris celles qui ne sont pas parties à la procédure. La doctrine enseigne d'autre part, relativement à la consorité nécessaire formelle, que lorsque plusieurs plaideurs se décident à procéder,

159) ATF 43 III 164/JT 1917 II 166, 170. VS RVJ 1983 96.

160) ATF 63 III 71 c. 2 non traduit au JT 1937 II 92, Favre 349.

161) Favre 347.

162) Schlaepfer 184: "Meines Erachtens liegt hier eine im formellen Recht der Zwangsvollstreckung begründete Ausnahme vom grundsätzlichen Vorgehen der notwendigen Streitgenossen, die sich sonst nur aus dem materiellen Recht ergibt. Die einzelnen (notwendigen) Streitgenossen sollen im Interesse des Erfolges (an welchem auch die Masse interessiert ist) unabhängig von den anderen den Prozess führen können. Das bedeutet, dass Untätigkeit oder widersprechende Handlungen anderer Zessionare die Prozessführung nicht verunmöglicht. Vielmehr hat jeder Streitgenosse die Möglichkeit, seine Interessen selbständig zu wahren, indem sämtliche tatsächlichen Behauptungen, Bestreitungen und Beweisantritten vom Gericht zu beachten sind. Dies ist selbst dann so zu handhaben, wenn ein oder mehrere Streitgenossen diesem Vorbringen widerprechen". Walder BSK 1958 65ss. 71.

Flachsmann 22. (Schlaepfer 177 considère cet auteur comme un partisan de la consorité simple).

Jörg Beiner, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Recht, Thèse Bâle 1963, 53: "Sind alle Gläubiger zu einer Prozessführung bereit, so sollen sie gemeinsam vorgehen. Dies kann auch, obwohl sie einzelförmig befugt sind, erzwungen werden. Der gleichzeitigen Prozessführung der Gläubiger kann...dadurch begegnet werden, dass die Prozesse in ein einziges Verfahren gewiesen werden. Einer sukzessiven Prozessführung der einzelnen Gläubiger steht die peremptorische Frist entgegen, an welche die Abtretung geknüpft ist.". Cet auteur se réfère à l'ATF 63 III 20, et à Jaeger vol. V ad 260 n. 3.

163) Habscheid ZPR 154 am 284: "...besondere Form notwendiger Streitgenossenschaft...Diese Streitgenossenschaft betrifft nicht das materielle Recht, sondern das Recht zur Prozessführung. Die Streitgenossenschaft ist daher nicht materiellrechtlich zu begründen...Das Bundesgericht hat - mit sehr vagen Erwägungen - offengelassen, ob es sich um eine notwendige oder um eine einfache Streitgenossenschaft handelt. Da es um einen einheitlichen Anspruch der Masse geht..., kann die Entscheidung nur einheitlich ausfallen; denn nur Einreden, die der Masse zustehen können dem Anspruch entgegengesetzt werden. Wer von den Gläubigern nicht mitmachen will, kann "draussen" bleiben. Somit haben wir es mit einer besonderen Form der uneigentlicher notwendiger Streitgenossenschaft zu tun, die gerade darauf beruht, dass sich die Notwendigkeit aus prozessrechtlichen, nicht aber aus materiellrechtlichen Gründen ergibt". Schlaepfer 183, 186: "Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich die Gemeinschaft der Abtretungsgläubiger nicht in die gängigen prozessualen Institute der einfachen, resp. notwendigen Streitgenossenschaft einordnen lässt...Die Gemeinschaft der Abtretungsgläubiger ist...als eigenständige Gemeinschaft des Konkursrechtes anzusehen, welches primär aus diesem heraus verstanden werden muss und am ehesten als unechte notwendige Streitgenossenschaft bezeichnet werden könnte...Es handelt sich...nicht um eine eigentliche, notwendige Streitgenossenschaft, obwohl das gemeinsame Vorgehen der Abtretungsgläubiger weitgehend dem Verhalten notwendiger Streitgenossen entspricht".

les règles de la consorité nécessaire matérielle sont applicables (164). L'hypothèse de l'article 260 LP démontre à l'évidence que cette opinion est erronée.

F. Consorité nécessaire conditionnelle

L'important étant de ne pas courir le risque de jugements contradictoires (165), la tendance actuelle, que nous partageons, consiste à reconnaître au juge le pouvoir de joindre les causes d'office (166) ou à requête du défendeur pour respecter cette exigence. Elle consiste également à conférer au défendeur le droit de s'opposer à des actions séparées. Les créanciers cessionnaires sont en d'autres termes libres de procéder séparément dans la mesure où le défendeur ne s'y oppose pas (167). On se trouve ainsi en présence d'une consorité nécessaire conditionnelle (168). Le fait pour le défendeur de ne pas s'être élevé contre des actions séparées n'affecte pas leur validité (169).

La jurisprudence et la doctrine ont étudié encore d'autres solutions. La première a été écartée. La deuxième est envisagée mais avec si peu d'enthousiasme que l'on peut dire qu'elle est abandonnée. La jurisprudence juge peu praticable la suspension du procès d'un cessionnaire jusqu'à droit connu dans le procès d'un autre au motif qu'elle écarte le principe des dividendes de la faillite (170) et que le consort dont le procès a été suspendu et qui reprend la procédure s'expose à l'exception de chose jugée (171). La doctrine en revanche n'exclut pas que le défendeur, confronté à des actions séparées, puisse opposer l'exception de litispendance (172) ou de chose jugée lorsque la demande d'un cessionnaire a déjà été tranchée (173), car les procès portent sur le même objet. Comme déjà mentionné, la solution ne soulève toutefois pas l'enthousiasme des auteurs qui l'ont étudiée.

164) Par ex. Habscheid DJPS 182.

165) ATF 107 III 91, 95.

166) L'ATF 63 III 71/JT 1937 II 92 admet l'ouverture de procès séparés et relève qu'en pareil cas, la jonction des causes prononcée d'office par l'autorité cantonale s'accorderait mieux avec les instructions de la formule no 7 et eût été plus justifiée. La jurisprudence cantonale admet la jonction. ZH ZR 42 1953 250 no 149. LU LGVE 1989 I 38 no 16.

Dans l'ATF 63 III 70/JT 1937 II 92, le TF a laissé indécise la question de savoir s'il appartient au droit cantonal ou au droit fédéral de dire si deux actions séparées doivent être jointes ex officio par le juge. Il ne semble pas avoir définitivement tranché la question dans l'ATF 107 III 91, 95: "La compétence ressortit dans ce domaine en première ligne au juge, appelé, selon la procédure cantonale à se prononcer sur la prétention cédée". Pour Flachsmann 22, la question relève du droit cantonal.

Schlaepfer 169: "Um diese Zweck zu erreichen, bedarf es aber keiner ausdrücklichen Regelung. Ein gemeinsames Vorgehen liegt an sich schon aus Zweckmässigkeits- und Kostengründen nahe, gegen eine mehrfache Inanspruchnahme hat der Beklagte prozessuale Einreden, und einer speziellen Grundlage für eine nachträgliche Zusammenfassung der Prozesse und Streitgenossen durch das Gericht bedarf es nicht, da es sich ja bei allen Klagen um ein und denselben Anspruch handelt", Walder BSK 68.

167) ZH ZR 52 1953 250 no 149.

Brügger ad 260 no 8. Blumenstein 805, Maday 214.

168) ZH ZR 89 1990 151 no 68.

169) ZR 22 1923 93 no 49. Flachsmann 22, Maday 214.

170) LU LGVE 1989 I 38 no 16, 46. Dans le même sens: Walder BSK 67ss.

171) ATF 63 III 71. LU LGVE 1989 I 38 no 16, 47. Walder BSK 70.

172) ATF 43 III 164/JT 1917 I 166, 169. BE RJB 61 1925 568 no 40. Schlaepfer 170. Walder BSK 68 et 69 n. 12. Flepp 173.

173) ATF 43 III 164/JT 1917 II 166, 169. Schlaepfer 170, Flepp 173.

TITRE II. LA NAISSANCE DE LA CONSORITE NECESSAIRE

La consorité nécessaire matérielle ne peut être le libre fait des parties. Elle est le résultat d'une action concertée obligatoire dont la particularité est de ne pas être imposée au strict plan procédural - même dans les cantons qui ont reproduit dans leurs règles l'exigence du droit matériel (1) -, mais d'être un effet du droit matériel (2). Même si elle est l'exception, la liberté d'agir en justice n'est pas écartée lorsqu'il y a consorité nécessaire. Elle est même largement reconnue lorsque la consorité nécessaire est formelle. Cette dernière ne peut en effet découler que de la volonté des plaideurs qui ont chacun indépendamment qualité pour agir ou pour défendre (3).

La consorité nécessaire peut être initiale ou subséquente. La consorité nécessaire initiale prend naissance au début du procès par une inchoation active ou passive. La consorité nécessaire subséquente naît en cours de procédure par jonction de causes, par mise en cause, en raison d'une succession dans la qualité de partie et par intervention principale.

§1. Par demande commune

Lorsqu'il y a consorité nécessaire, les consorts n'ayant que conjointement qualité pour agir ou pour défendre, il est exigé d'eux qu'ils procèdent en commun et déposent conjointement leur mémoire de demande ou que l'on procède conjointement contre eux (4). La naissance par demande commune ne nécessite pas l'intervention du juge (5). Elle est accomplie même lorsque les conditions de recevabilité n'ont pas encore été examinées (6). La consorité nécessaire active naît du seul fait que les demandeurs actionnent conjointement le même adversaire (7). Les demandeurs n'ont

- 1) ZH 39/1, SZ 36, OW 37/1, NW 41, GL 32, SO 38, AG 53, TG 20, TI 41. La règle cantonale a alors un champ d'application trop large, car les consorts nécessaires formels ne sont pas tenus d'agir conjointement.
- 2) TG RGOG 1971 58 no9. Matti Streitgenossenschaft 22 et 40 et ZPR 1066, Flepp 117, Ovari 11 et 61, ZH Sträubli/Hauser 87, BE Jolidon 79, Stein/Jonas notes préf. ad 59 nm4, ad 62 nm2, Winte 90: "Einen Zwang zu gemeinschaftlicher Klage kennt die Zivilprozessordnung nicht. Das Erfordernis gemeinschaftlicher Klageerhebung kann sich jedoch...aus dem materiellen Recht ergeben, wenn die Prozessführungsbefugnis nur allen Gemeinschaftern zusammen zusteht. Notwendige Streitgenossenschaft bedeutet jedoch auch hier nicht, dass mit ihr die Beteiligung der nicht klagewilligen Gemeinschaft am Rechtsstreit erwungen werden könnte. Die Anwendung der Regelungen der notwendigen Streitgenossenschaft setzt vielmehr voraus, dass eine notwendige Streitgenossenschaft bereits besteht. Diese mag ausserhalb des Prozesses begründet sein, als prozessuales Institut kann sie nur innerhalb eines bereits rechtshängigen Prozesses Wirkungen entfalten. Wenn...die von einem "Streitgenosse" erhobene Klage als unzulässig abzuweisen ist, so beruht dies allein auf der einzelnen Gemeinschaftern nur gemeinsam zustehenden Prozessführungsbefugnis". Rosenberg/Schwab 279.
- 3) Winte 95: "Zur Durchsetzung des die notwendige Streitgenossenschaft begründenden Rechts...reicht...auch die Klage eines einzelnen Streitgenossen aus, weshalb man hier auch von einem freiwilligen Zusammenschluss spricht". Lindacher JuS 1986 379. Lent IJb 90 28.
- 4) Gyster 17, Guldener ZPR 298: "gemeinsame Prozessbegründungshandlung", Stolz 122, Winte 93: "Ebenso wie die einfache Streitgenossenschaft entsteht die notwendige Streitgenossenschaft erst mit einem ausdrücklichen Akt der Klageverbindung".
- 5) Maday 233.
- 6) Elle est donc d'abord un état de fait. Becker 23: "Auch der Mangel einer Prozessvoraussetzung hat nicht die Folge, dass ein Prozess nicht entsteht. In Wirklichkeit wird vielmehr der Prozess durch die Entscheidung beendet, wenn die Einreden durchgreifen oder sich der Mangel der Prozessvoraussetzung herausstellt". Winte 128 n. 11: "Die Streitgenossenschaft beginnt mit der Klageerhebung, - mag die Klage zulässig sein oder nicht. Dies zeigt doch bereits die Tatsache, dass auch beim Fehlen von Prozessvoraussetzungen ein Urteil ergreift".

pas à prier le juge de traiter les demandes conjointement. Il en va différemment lorsqu'ils déposent des demandes séparées et requièrent la jonction de causes. On considère alors par extension qu'il y a demande commune (8) ou recours commun (9). Le mémoire commun doit énumérer les consorts (10) et leurs conclusions. Les coindivis qui ont exprimé leur volonté de se soumettre sans réserve au jugement n'ont pas à participer à la procédure, mais leurs déclarations doivent être jointes au dossier pour permettre au juge de vérifier la régularité de sa saisine. La *consortité nécessaire passive* résulte du dépôt en justice d'une demande mentionnant tous les codéfendeurs (11) et les conclusions prises contre eux. Sa naissance n'est pas subordonnée à la notification conjointe de la demande (12), ni à l'entrée en matière des défendeurs sur le fond de la demande (13). Le dépôt de la demande confère des droits et impose des obligations aux consorts nécessaires (14).

En procédure fédérale, la consortité nécessaire naît avec la litispendance (15), sous réserve de la mise en cause des consorts dissidents.

En procédure cantonale, il faut distinguer les procédures avec ou sans préliminaires de conciliation et parmi les procédures comportant conciliation, celles qui sont génératrices de litispendance. Dans les procédures sans tentative de conciliation, la consortité nécessaire naît avec la litispendance (16). Cette dernière peut être subordonnée à la signification au défendeur, de sorte qu'il n'y aura consortité passive que lorsque le dernier des défendeurs aura reçu le mémoire de demande. Dans les procédures avec tentative de conciliation et lorsque la saisine de l'autorité de conciliation est génératrice de litispendance, le dépôt de la citation en conciliation crée consortité nécessaire. La pratique admet cependant que la consortité puisse encore naître au dépôt de la demande dans la mesure où tous les consorts ont satisfait à la conciliation (17). Lorsque la saisine de l'autorité de conciliation n'est pas génératrice de litispendance, la consortité nécessaire ne peut naître selon certains auteurs qu'au

En revanche, pour Gysler 18, *Max Hachenburg*, Die besondere Streitgenossenschaft, Mannheim 1889, 41, *Horst Wolff*, Die Wirkungen der notwendigen Streitgenossenschaft, Thèse Würzburg 1933, 10 et *Hans Walsmann*, Die streitgenössische Nebenintervention, Leipzig 1905, 97, il n'y a consortité que si cette étape a été franchie avec succès.

- 7) *Matti Streitgenossenschaft* 19 et ZPR 1066, *Maday* 233, *Ovari* 10, *Flepp* 72, *Geiger* 13, *BE Leuch* ad 36 ch. 1, *BE Jolidon* 79, *TI Ottaviani* 59.
- 8) *Gysler* 17: "Die gleichzeitige Anhebung mehrerer inhaltlich übereinstimmender Klagesuche kann trotz Fehlens einer einzigen Klageschrift den Willen zur gemeinsamen Prozessführung in einem Prozess enthalten".
- 9) *ZH RBOG* 1991 339 no 14.
- 10) *AG VJS* 1914 62, *Ovari* 10: "Eine gemeinschaftliche Klage liegt vor, wenn die Klageschrift mehrere Kläger oder mehrere Beklagte nennt", *AG Eichenberger Beiträge* 37, *Rosenberg/Schwab* 279, *Fasching ZPR* II 188 nm 367.
- 11) *AG VJS* 1914 62, *Ovari* 10.
- 12) *ZH OG* arrêté non publié du 6 mai 1968 en la cause C, K et H contre K, *RGZ* 36 264, *Matti Streitgenossenschaft* 20, *Wieczorek* ad 59 Alal, *Baumbach/Lauterbach notes* prél. ad 59 ch. 2, *Winte* 90, *Behringer* 158: "Nach Zustellung des Klageschriftsatzes an den Beklagten ist dieser Klageerhebungsakt vollendet und die notwendige Streitgenossenschaft entstanden, ohne Rücksicht darauf, ob sie als solche erkannt wurde", *Becker* 24, *Rosenberg/Schwab* 291.
- 13) *Matti Streitgenossenschaft* 20.
- 14) *Gysler* 17: "Von diesem Moment an hat der Prozess begonnen und mit ihm die Notwendigkeit der gemeinsamen Vornahme aller Prozesshandlungen, die das Urteil beeinflussen oder einer sonstigen Verfügung über den Streitgegenstand gleichkommen".
- 15) Mais son exigence est antérieure. *Winte* 90: "Entstehung der Streitgenossenschaft und Rechtshängigkeit fallen dann zusammen".
- 16) *Gysler* 18.
- 17) *TG RBOG* 1918 no 5, *Böckli* ad a29 ch. 4.

dépôt de la demande au fond (18). Nous ne pouvons les suivre. La consorité nécessaire étant imposée par le droit matériel, le droit de procédure ne saurait l'interdire au stade de la conciliation. Il en découle qu'elle préexiste à la litispendance (19).

L'intervention principale est un cas particulier de demande commune (20) lorsqu'un tiers prétend posséder un meilleur droit sur un objet mobilier dont la propriété est disputée par deux autres personnes dans un premier litige. Admissible en procédure sommaire, la consorité nécessaire peut également naître d'une requête commune de mesures provisoires ou de preuves à futur. La légitimation des parties requérantes ou intimées se définissant à ce stade comme dans la procédure au fond, un consort nécessaire n'aurait en principe pas qualité pour déposer seul une telle demande. Le procédé doit toutefois être admis, car il s'agit d'un cas d'urgence (21).

§2. Par jonction de causes

La consorité nécessaire peut naître de la jonction de causes (22). L'admission de la jonction de causes est justifiée par l'existence des règles relatives à la mise en cause de sorte que la jonction a une fonction régulatrice (23). Le juge doit toutefois se

-
- 18) Matti Streitgenossenschaft 20, Flepp 72, Gysler 19, Ovari 11 n. 31, JU Ceppi 50.
- 19) Peter Schnyder, Der Friedensrichter im schweizerischen Zivilprozessrecht, Thèse Zurich 1985, 112. Hans Schibli, über den Friedensrichter nach aargauischem Recht, Thèse Zurich 1973, 111.
Contra Behringer 120: "Zwar bestehen die besonderen, die Voraussetzungen für eine notwendige Streitgenossenschaft bildenden Rechtsverhältnisse des materiellen Rechts auch ohne Klageerhebung; dass aber eine Streitgenossenschaft unter den einzelnen an solchen Rechtsverhältnissen Beteiligten überhaupt erst einmal das Vorliegen eines damit befassten Rechtsstreits erfordert, ergibt sich von selbst. Nachdem also logischerweise von einer Gemeinschaft in einem Rechtsstreit erst gesprochen werden kann, wenn dieser Rechtsstreit anhängig ist, muss die Klageerhebung selbst, - weil gerade sie erst diese Rechtshängigkeit herbeiführt - als eine etwa der notwendigen Streitgenossenschaft zuzuschreibende Prozesshandlung ausgeklammert werden. Die notwendige Streitgenossenschaft besteht erst nach Klageerhebung, nicht aber bereits vor oder bei der Klageerhebung, - denn sie ist eine für den Prozessablauf geschaffene Figur der Verfahrensordnung". Becker 24: "...solange noch kein Prozessverhältnis besteht, gibt es keine Streitgenossenschaft, folglich auch keine notwendige Streitgenossenschaft...". Winte 90.
- 20) Maday 234.
- 21) CC 604/3, TI 45.
ATF 88 I 13/JT 1962 I 591, 592: "Pour répondre à leur but, ces mesures doivent être prises rapidement et 'même, selon les circonstances, d'une manière soudaine', ZH ZR 31 1932 203 no 111.
Escher ad 604 nm15, Picononi ad 604 nm14, ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm3.
- 22) FR 88: "Aux conditions prévues dans les articles précédents, le juge peut...ordonner la jonction...", AR 111/3: "Das Gericht kann...getrennt eingereichte Klagen unter den in Abs. 2 lit. a und b genannten Voraussetzungen vereinigen". VD 76 exclut expressément la jonction de causes lorsqu'il y a consorité nécessaire.
AR RBOG 1950-51 28 no 3, 30.
FR Extraits 1956 131, 132 pour les codéfendeurs dans l'action en désaveu: "on peut concevoir des demandes...séparées, mais...le juge ordonnera la jonction des causes, car la procédure devra être unique et il ne sera rendu qu'un seul jugement concernant tous les consorts".
Kraft 54, Gysler 17, Guldener ZPR 298, Stolz 122; Josef Voyame, Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, RDS 80 1961 II 67ss, 128-129: "Les cantons ne sauraient ignorer...cette institution procédurale" et n. 274: "Il suffit du reste de prévoir la jonction des causes et un seul et même jugement". BE Leuch ad 36 ch. 2 pour les créanciers cessionnaires (260 LP). Contra: Maday 234.
- 23) ZH Arrêt non publié de l'Obergericht du 6 mai 1968 en la cause C, K et H contre K, cité par Geiger 82 n. 41.

montrer plus attentif que pour la consorité simple (24). Il doit ordonner la jonction en vertu du droit matériel même lorsque le droit cantonal de procédure ne lui confère que la faculté de joindre les causes.

La consorité nécessaire par jonction suppose que les demandes soient pendantes au même for. L'article 59 Cst ne peut y faire obstacle. La jonction est prononcée immédiatement après le dépôt des demandes. Le juge statue d'office ou à requête en la forme sommaire (25). La jonction a le même effet que si une demande commune avait d'emblée été formée (26).

§3. Par succession de parties (27)

1. Succession de parties sans transfert du droit invoqué

Dans le canton de Berne, le tiers qui agit à la suite d'une dénonciation de litige peut prendre la place d'une partie principale au procès moyennant le consentement de toutes les parties (28). Cette forme de substitution est source de consorité lorsque la partie initiale est remplacée par une pluralité de plaideurs ayant qualité de consorts

GE ACI non publié 78/1980 du 6 mars 1980 Althaus contre Wild Frères & Cie SA, 11: "on peut se demander...si la façon de procéder de Wild Frères & Cie SA (dépôt simultané d'une requête par défendeur) eût dû conduire à l'irrecevabilité des demandes en cas de consorité nécessaire, car tous les consorts auraient même dans cette hypothèse, été cités simultanément devant le même tribunal et la jonction des causes pouvait réparer l'informalité première".

VS RVJ 1985 262, 270: Mise en cause subséquente des autres consorts par le dépôt d'un nouveau mémoire de demande suivi d'une jonction de causes: "Certains codes autorisent le demandeur qui n'a agi que contre une partie des consorts, à mettre en cause les autres en cours de procédure...Cela devrait pouvoir se faire en Valais, à tout le moins au début de la procédure, par le biais du mémoire-demande notifié aux consorts laissés de côté dans un premier temps suivi d'une jonction de causes (CPC 40)". Jurisprudence contraire à RVJ 1988 148.

Gysler 17, Geiger 81-82, BE Leuch ad 36 ch. 2, Winte 90-91: "Eine notwendige Streitgenossenschaft kann...auch dann entstehen, wenn mehrere Prozesse...wegen der Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung durch Beschluss zu einem Verfahren verbunden werden. Letzteres gilt auch für die Fälle der 2. Alt. der notwendigen Streitgenossenschaft, wenn mehrere für sich unzulässige Einzelklagen zu einem gemeinsamen Verfahren verbunden werden. Für die Entstehung der notwendigen Streitgenossenschaft ist dann der Zeitpunkt der Verbindung massgeblich".

- 24) Kraft 54: "Im Gegensatz zur einfachen wird die notwendige Streitgenossenschaft in einer Reihe von Fällen vom materiellen Recht unbedingt erfordert. Das bedeutet, dass der vereinigende Richter den materiellrechtlichen Voraussetzungen bei der notwendigen Streitgenossenschaft erheblich mehr Aufmerksamkeit zu schenken hat als bei der einfachen; denn auch eine nachträgliche Trennung der notwendigen Streitgenossenschaft kann weniger leicht angeordnet werden als die Trennung der einfachen Streitgenossenschaft". Flepp 116: "ein Zwang zur Vereinigung mehrerer Rechtsstreitigkeiten könnte...vom Richter ausgehen, dass derselbe mehrere Personen nötigen würde, in einem gemeinsamen Verfahren als Kläger oder Beklagte aufzutreten, die ohne diesen Zwang überhaupt nicht auftreten würden. Ein derartiges Vorgehen widerspricht jedoch den Grundsätzen des Zivilprozesses schlechthin; eine andere Frage ist allerdings die, ob der Richter freiwillig auftretende Kläger dazu verhalten könne, ihre Klagen zu vereinigen und dieselben gemeinschaftlich durchzuführen...Wie wir bereits gesehen haben, wird diese Möglichkeit für jene Gesetze zutreffen, die das Institut der richterlichen Vereinigung kennen. Durch letzteres wird aber niemand gezwungen als Kläger oder Beklagte aufzutreten, der nicht sonst schon als solcher aufgetreten wäre, sondern es werden nur bestehende Verfahren im Interesse der richterlichen Prozessleitung und der Parteien zusammengefasst...".

25) FR 88.

26) Flepp 75.

27) Guldener ZPR 298, Stolz 122, Winte 90.

28) BE 49.

nécessaires (29). Elle est subordonnée à la fois aux conditions de la substitution et de la consorité nécessaire (30).

Lorsque le procès a été ouvert par une entité qui ne peut acquérir la personnalité ou qui ne l'a pas encore acquise, la jurisprudence admet par extension une substitution de partie pour éviter le dépôt d'une nouvelle demande, pour gagner du temps et réduire les frais. Lorsque par exemple la demande a été déposée par une personne morale qui n'a pas encore la personnalité morale ou qui l'a perdue en cours de procédure, cette dernière est assimilée à une société simple. La jurisprudence autorise dans ce dernier cas les parties à rectifier les mentions des mémoires et à remplacer les coordonnées de la société privée de personnalité par celles de ses membres agissant en société simple et par conséquent en qualité de consorts nécessaires (31). Il y a également substitution "correctrice" selon la jurisprudence et la doctrine lorsque les plaideurs se trompent sur la qualité pour agir ou pour défendre (l'action a par exemple été formée contre la société simple en tant que telle et non contre ses sociétaires). Le procédé est admis si le droit cantonal le permet et que toutes les parties y consentent (32).

La jurisprudence genevoise opère la substitution de parties en appliquant par analogie les règles relatives à la rectification de qualités lorsque le procès comporte un grand nombre de plaideurs: "Il faut décider que lorsqu'un grand nombre d'associés plaident pour la défense de leurs intérêts communs, toute modification dans la composition de ces plaideurs provoquera..., pour autant que la société continue à exister, voir même en état de liquidation, l'octroi d'un délai pour permettre à d'éventuels successeurs, cessionnaires, hoirs, de remplacer sous une forme analogue à une rectification de qualités le plaideur disparu....Faute par tout intéressé de s'annoncer, il sera considéré comme s'étant désisté et le tribunal se bornera à mettre hors de cause la personne physique ou morale disparue et à déclarer en tant que besoin ses prétentions irrecevables" (33).

Il y a également consorité subséquente lorsqu'une partie unique se transforme en partie multiple en cours de procédure. Des propriétaires distincts peuvent devenir copropriétaires simples (34), copropriétaires par étages ou en mains communes (35).

II. Succession de parties avec transfert du droit invoqué

La consorité naît d'une succession universelle à cause de mort au décès d'un plaideur lorsque la demande porte sur un droit transmissible à cause de mort dont les

29) Ovari 16 pour la consorité simple, mais a fortiori pour la consorité nécessaire, Flepp 81, Matti Streitgenossenschaft 20.

30) Matti Streitgenossenschaft 28.

31) Voir une affaire comparable BS BJM 1966 231, 240: "...Es besteht hier die Besonderheit, dass die Klage von einem Verein erhoben wurde, dem nach der bisherigen Auffassung und Praxis eigene Rechtspersönlichkeit zukam. Darauf durfte sich der ehemalige Kläger, dem als Verein nachträglich dem Bundesgerichtsentscheid vom September 1962 (BGE 88 II 225) der Boden unter den Füßen entzogen worden ist, verlassen. Eine Rechtsnachfolge scheidet zwar unter diesen Umständen aus. Es wäre aber stossend und mit dem Grundsatz der Prozessökonomie nicht zu vereinbaren, der neuen Genossenschaft in die sich der angeblich nicht existente Verein umgewandelt hat, die nachgesuchte Klageänderung nicht zu gewähren... Dass der Kläger schon bei Einreichung der Klage nicht rechtsfähig war, schliesst eine Klageänderung nicht aus: es verhält sich hier nicht anders, als wenn ein angeblicher Zessionar klagt und aus entschuldigten Gründen erst nachträglich in den Besitz einer gültigen Zession gelangt".

32) TF SJ 1987 22. Contra: RVJ 1971 14.

33) GE SJ 1976 169, 174.

34) Consorts nécessaires Stolz 154. Haab notes préli. ad 646-654 nm3, ad 548 nm2.

35) Stolz 154 n. 1.

héritiers ne peuvent disposer qu'en commun. Ces derniers prennent la place du défunt dans la procédure et acquièrent la qualité de consorts nécessaires (36). Lorsque le défunt était demandeur, le défendeur ne peut s'opposer à ce que ses héritiers lui succèdent dans la procédure, car ces derniers continuent le procès du défunt (37). La procédure est le plus souvent suspendue jusqu'au terme du délai de répudiation (38).

Chaque héritier devient automatiquement partie dans le procès que menait le défunt (39). La procédure genevoise consacre la règle contraire lorsque le procès comporte un grand nombre de personnes. Pour éviter que la disparition d'un plaideur ne provoque des suspensions répétées du procès, le tribunal octroie au successeur un délai pour s'annoncer. Si ce dernier ne s'annonce pas, il est présumé s'être désisté de la demande et mis hors de cause et le tribunal déclare en tant que besoin ses prétentions irrecevables (40). La jurisprudence évoquée ici nous semble contraire au droit fédéral, au motif que ce dernier fait d'office du successeur une partie au procès, mais également que la procédure pronée par la Cour de Justice civile a pour effet de priver les consorts qui sont au procès de la qualité pour agir ou pour défendre si le successeur ne s'annonce pas. La jurisprudence précitée ne peut ainsi être admise que si les consorts peuvent agir de manière indépendante, ce qui ne nous paraît envisageable que pour la consorité nécessaire formelle.

La succession universelle peut se produire lorsque le procès comporte déjà une consorité. Un consort nécessaire décédé est alors remplacé dans la procédure par ses propres héritiers (41).

L'exécuteur testamentaire et l'administrateur de la succession peuvent continuer le procès au décès d'un plaideur (42). Investi du droit d'action, mais non de la légitimation conservée par les héritiers, ils ont indépendamment de ces derniers qualité pour faire reconnaître des droits appartenant au défunt.

La consorité nécessaire naît par succession universelle entre vifs lorsque plusieurs personnes ont acquis le patrimoine litigieux comme propriétaires en main commune, notamment en cas de fusion de sociétés (43), mais également lorsque des

36) Maday 234. Pour Ovari 16, la succession universelle n'est pas source de consorité, car les coindivis ne forment qu'ensemble une seule partie (Gesamtpartei), ce qui exclut la consorité.

37) SO SOG 1988 4 no2.

38) Par NE n24. Comp. SO SOG 1988 4 no2: "Dass die Erben die Erbschaft noch ausschlagen können, steht der Fortsetzung eines wegen Todes des Beklagten sistierten Prozesses nicht entgegen. Während der gemäss 587/2 ZGB erstreckten Deliberationsfrist ist der Nachlass als Partei zu behandeln".

La succession peut se produire après le prononcé du jugement pendant le délai de recours. Dans un tel cas, "les difficultés soulevées par de tels événements, survenus après le jugement, se résolvent de la même manière que s'ils s'étaient présentés auparavant...Cependant, le décès d'une partie ne suspend pas le délai de recours. La nomination d'un curateur pourra donc se révéler nécessaire s'il s'agit d'éviter que l'impossibilité de joindre les héritiers n'entraîne une déchéance du droit de recours". Philippe Schweizer, Le recours en révision, spécialement en procédure civile neuchâteloise, Thèse Neuchâtel 1985, 131.

39) Comp. VD JT 1939 III 66: "Lorsqu'il y a suspension de l'instance pour cause de mort, la partie défunte est considérée comme restant au procès aussi longtemps qu'on ignore qui lui succède".

40) GE SJ 1976 169/174.

41) BE Leuch ad 40 ch. 2.

42) CC 554. ATF 79 II 113/JT 1954 I 5. ATF 54 II 197/JT 1928 I 610. Escher ad 554 nm15 et 16, Tuor/Piconi ad 554 nm1ss.

43) CO 181.

époux adoptent le régime de la communauté universelle de biens, lorsqu'une indivision est créée (44), ou qu'une convention sur parts héréditaires est conclue (45).

§5. Par l'entrée en procédure d'une nouvelle partie principale ("Parteibeitritt")

La loi fédérale de 1850 sur la procédure à suivre par devant le Tribunal fédéral en matière civile autorisait des coindivis à entrer en cause subséquentement comme demandeurs ou défendeurs (46). L'entrée en cause subséquente a été remplacée par la mise en cause lors de l'adoption de la loi d'organisation fédérale judiciaire actuelle.

La procédure allemande autorise le ministère public en cours de procès à se joindre à l'une des parties dans le procès en annulation de mariage. Le procureur qui fait usage de cette faculté devient consort nécessaire (47).

La doctrine exclut dans sa majorité que la consorité nécessaire puisse naître par inclusion d'une nouvelle partie principale (48). Nous y sommes pour notre part favorables, car il est concevable que le consort dissident puisse vouloir devancer la mise en cause et se joindre à la procédure (49).

§5. Par mise en cause

Une autre mesure, "plus efficace que la précédente" (50) consiste pour les parties initiales ou pour le juge à appeler en cause le consort qui s'est abstenu ou qui a été omis pour qu'il participe à l'instance en tant que consort du demandeur ou du défendeur. L'appel en cause (Beiladung, Adzitation) permet d'exiger de lui qu'il

Comp. Gysler 19: "Dagegen ist ein Eintritt mehrerer Einzelrechtsnachfolger, zB mehrerer einfacher Gesellschafter, als notwendige Streitgenossen in den bestehenden Einzelprozess ohne Zustimmung des Gegners nicht als zulässig anzusehen: Der Eintritt der Rechtshängigkeit schliesst dann den Parteiewechsel aus. Gestattet die Prozessordnung den Parteienwechsel ohne Einwilligung des Gegners, so ist die Zulässigkeit auch für notwendige Streitgenossen fraglich. Wird sie zugelassen, so muss mindestens von den notwendigen Streitgenossen als Rechtsnachfolgern volle Sicherheitsleistung für die Erfüllung jedes zu erwartenden Urteils verlangt werden, weil sich durch den Eintritt die Exekutionsgrundlage des Schuldners ändert".

44) CC 336ss.

45) CC 635.

46) Rec. off. T. II, 1851, 73ss. 75: Art. 8/2: "Le demandeur peut...mettre subséquentement en cause les coobligés que lui désigne le défendeur. S'il en est ainsi ou s'il réussit à décider d'autres personnes, fondées en droit, à s'associer subséquentement à la demande, la procédure doit être immédiatement continuée, comme si toutes ces personnes avaient été mises en cause dès le commencement du procès".

47) DZPO 634.

Lent ZPR 220, Schönke 97, Baubach/Lauterbach ad 634, Thomas/Putzo ad 634, Wicczorek ad 634 B1, Zöllner ad 634 nm1, Rosenberg/Schwab 280, 290. Contra: Stein/Jonas ad 634 nm1, MünK ad 634 nm2: "Auch ist seine Position nicht mit derjenigen eines notwendigen Streitgenossen zu vergleichen; als Vertreter der öffentlichen Interessen ist er völlig unabhängig und kann nach seinem Ermessen ohne weiteres in den Prozess ein- und austreten".

Voir également DZPO 856/2 qui autorise un tiers à entrer dans la procédure et lui confère la qualité de consort nécessaire. Zöllner ad 856 nm1.

48) Guldener ZPR 298 y est favorable, contrairement à Holzhammer Parteienhäufung 158: "Die Rechtsfigur des gewillkürten Parteibeitritts passt nicht auf die gebundene Streitgenossenschaft. Denn sie setzt sich nach vorgestellter Betrachtung aus zwei Prozessakten zusammen, die beide nur bei gewöhnlicher Parteienhäufung denkbar sind: nachträgliche Klageerhebung und richterliche Prozessverbindung".

49) Hans Minnig, Die Beiladung, Thèse Berne 1950, 104.

50) MCF du 14 mars 1947 à l'appui d'une nouvelle loi de procédure civile fédérale, FF 1947 II 1001ss, 1020.

soutienne le procès conjointement avec l'appelant. L'appelé devient partie principale avec les mêmes droits et les mêmes obligations que les parties originaires (51).

La mise en cause est prévue par la procédure fédérale qui l'a réactualisée (52) à l'article 24 al. 2 lit. a PCF. Développée par la doctrine et intégrée dans la législation par le droit commun (53), elle est prévue dans les cantons de Lucerne, Appenzell-Rhodes Extérieures et des Grisons (54). Les cantons de Zurich (55), Schwyz (56), Obwald (57) et Fribourg (58) l'ont supprimée de leur législation. Les cantons d'Argovie (59) et de Soleure l'envisageaient (60). La proposition n'a pas été retenue au motif que la mesure viole la règle selon laquelle nul ne peut être contraint d'agir en justice (61) et qu'elle est de nature à entraîner des difficultés (62). Les cantons de Berne (63) et du Tessin ont écarté cette possibilité (64). La solution est rejetée par les tribunaux valaisans (65) et les tribunaux thurgoviens (66). La procédure allemande

-
- 51) Guldener ZPR 299 n. 15: "Diese Ordnung durchbricht den sonst geltenden Grundsatz, dass Klageerhebung in das Belieben des Klägers gestellt ist".
 - 52) Max Guldener, Die Beiladung, insbesondere im Bundeszivilprozessrecht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. H. Fritzsche, Zurich 1952, 26: "...Institut...die die BZPO neu belebt hat..." Cité ci-après Guldener Beiladung.
 - 53) Guldener Beiladung 26.
 - 54) LU 74, AR 111/2a, GR 29. L'appel en cause du droit vaudois est une institution très éloignée de la mise en cause. Mais Guldener Beiladung 34-35 n'exclut pas qu'elle puisse s'appliquer à la consorité nécessaire.
 - 55) Solution rejetée par la commission législative. La solution zurichoise consiste à fixer aux parties un délai aux fins de compléter la demande. ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm12, ad 108 nm12, Habscheid ZPR II 158 nm288. Comp. Walder 161 nm28: "Ein fehlender Streitgenosse kann auch nach eingetretener Rechtshängigkeit noch als Kläger dem Prozess beitreten und die bereits erfolgten Prozesshandlungen genehmigen, um die Abweisung der Klage gegenüber dem allein als Kläger aufgetretenen Streitgenossen zu verhindern", n. 25: "Die ZPO enthält zwar keine bezügliche Bestimmung, doch ergibt sich diese Möglichkeit aus dem Zweck der Sache sowie aus §108 ZPO".
 - 56) SZ a71.
 - 57) OW a22.
 - 58) FR a52.
 - 59) AG P54/3, Botschaft des Regierungsrates, 8.12.1980, 28: "...Und schliesslich soll der Richter, wenn eine Klage nicht von allen gemeinsam erhoben oder nicht gegen alle Beteiligten gerichtet wird, den fehlenden Dritten beiladen können..., damit nicht die Klage wegen fehlender Sachlegitimation abgewiesen werden muss". La solution actuelle consiste à fixer aux parties un délai aux fins de compléter la demande. AG Eichenberger ad 53 nm3.
 - 60) SO Projet du 16 avril 1948 art. 39: "Der Richter kann einen Dritten, der in der Rechtsgemeinschaft steht, zum Streit beiladen. Die Beiladung macht den Dritten zur Partei".
 - 61) FR Message concernant le projet de CPC, 9.10.1951, BCG 1952 5ss. 9.
La position du législateur fribourgeois est d'autant plus étrange que l'ancien code fribourgeois connaissait la règle et qu'il ne s'agissait que de confirmer une règle déjà existante et non d'en introduire une nouvelle.
 - 62) AG Eichenberger ad 53 nm3.
 - 63) Mari Streitgenossenschaft 22 n. 2: "Man hätte...durch die Aufnahme der sog. Beiladung in die ZPO eine praktische Lösung finden können, um prozessual eine gleichzeitige Erledigung zusammengehöriger Streitigkeiten zu erzielen".
 - 64) La solution consiste à fixer aux parties un délai aux fins de compléter la demande. TI Ottaviani 69, Picard 239.
 - 65) VS RVJ 1988 148, 153: "Auf die Frage, ob eine Klage auf einen fehlenden Streitgenossen ausgedehnt werden kann, bzw. der Richter einen solchen zum Streite beiladen kann...ist nicht näher einzugehen, da vorliegend zwei getrennte Klagen angehoben wurden. Eine Klageausdehnung bzw. Beiladung ist schon begrifflich nur in Bezug auf die nämliche Klage bzw. Rechtsstreit möglich, womit nach einzelnen Gesetzen erreicht werden soll, einen

autorise la mise en cause dans des circonstances particulières (67). La loi française l'ignore, mais la jurisprudence l'admet occasionnellement (68). Inconnue en droit autrichien (69), la mise en cause est en revanche largement reconnue en Italie (70).

La doctrine n'exclut pas la mise en cause par voie prétorienne (71).

Subordonnée à la condition qu'un consort au moins ait ouvert le procès, la mise en cause permet de parfaire la qualité pour agir ou pour défendre des consorts nécessaires (72) lorsque le droit litigieux appartient en commun aux coindivis (73). Elle permet d'éviter un prononcé d'irrecevabilité ou de mal fondé (74). Justifiée par des motifs d'économie (75), elle facilite la constitution de la consorité nécessaire (76) et doit selon certains auteurs être admise de manière générale même en l'absence de base légale (77). La mise en cause s'impose selon certains auteurs également en cas de consorité nécessaire formelle pour garantir le droit d'être entendu des parties concernées par l'autorité ou l'effet constitutif du jugement (78). Le procédé est illusoire lorsque le nombre d'intéressés est élevé.

La mise en cause est comprise soit comme un cas particulier de dénonciation de litige (79) soit comme une forme intermédiaire entre la dénonciation de litige et l'intervention (80). Elle se distingue de la dénonciation de litige par le fait que le tiers

fchenden Streitgenossen in das bereits hängige Verfahren einzubeziehen, was mitnichten durch eine selbständige Klage erfolgen kann".

- 66) La solution consiste à fixer aux parties un délai aux fins de compléter la demande. TG RBOG 1982 62 no12.
- 67) DZPO 666/3, 856/3.
L'appel en cause du droit allemand est nécessaire en ce sens que la partie qui met un tiers en cause est forcée de le faire. La nécessité est objective dans le cas de l'art. 666 et subjective dans celui de l'art. 856. En effet, dans ce dernier cas, ce sont les désavantages auxquels s'expose la partie en négligeant de mettre le tiers en cause qui l'obligent à appeler.
- 68) Louis Boyer, Les effets des jugements à l'égard des tiers RTDC 1951 163ss, 203 ch. 38.
Elle existait sous l'ordonnance de Louis XIV de 1667, Glasson/Tissier, Traité, vol. 1, 637.
René Morel, Traité élémentaire de procédure civile, 2e éd., Paris 1949, 307 ch. 376.
- 69) H. Sperl, Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege, 1928, 165.
- 70) CPCI 102/2, 106, 107.
- 71) Vogel 134 nm64f: "Neuere Prozessordnungen kennen das Institut nicht. Es könnte aber wohl im Sinne der Minimierung von Prozessverlusten durch die Praxis eingeführt werden".
- 72) Guldener Beiladung 28: "Sie ist somit geeignet, die Aktivlegitimation herzustellen". Anton Berther, Prozessvoraussetzungen im bündnerischen Zivilprozessrecht, Thèse Fribourg 1958, 47: "Art. 41 aZPO bringt den Gedanken der bedingt notwendigen Streitgenossenschaft zum Ausdruck".
- 73) PCF 24/2a, AR 111/2a. Guldener Beiladung 40.
- 74) MCF du 14 mars 1947 à l'appui d'une nouvelle loi de procédure civile fédérale. FF 1947 II 1001as, 1020: "...Il est rarement satisfaisant de voir un tribunal déclarer irrecevable une action commune pour le motif que tous les demandeurs membres de la communauté ne participent pas au procès...".
Habscheid ZPR II 157 nm288: "Das Bundesgericht kann hier die Nichtintretensentscheidung durch Beiladung vermeiden. Diese Lösung ist ökonomisch sinnvoll".
- 75) Habscheid ZPR II 157 nm288.
- 76) Flepp 76.
- 77) Pour Guldener Beiladung 30-31, le fait que la Beiladung soit connue de la procédure fédérale signifie que la Confédération n'a pas pu vouloir l'interdire aux cantons.
- 78) Habscheid ZPR 158 II nm288: "Wir bejahen hier eine notwendige Beiladung, soweit eine Informierung der Betroffenen möglich ist. So könnte zB bei der Klage aus 706 OR eine öffentliche Aufforderung an die Aktionäre ergehen, sich am Verfahren zu beteiligen".
- 79) MCF FF 1947 II 1001ss, 1017.

devient partie principale (81). Certains auteurs la jugent peu compatible avec le droit matériel (82). La mise en cause ne modifie pas l'objet du litige. Elle n'adjoint pas de nouvelles conclusions au procès (83).

En procédure fédérale et dans le canton d'Appenzell Rhodes extérieures, la mise en cause est une faculté du juge, laissée à son appréciation (84). Le juge peut, à n'importe quel stade de la procédure (85), adopter la mesure (86) sans attendre une requête des parties initiales (87). Dans les autres cantons, la mise en cause est subordonnée à requête du demandeur seulement ou des deux parties initiales, le demandeur ou le défendeur. Lorsqu'elle est requise par le demandeur (88), elle constitue une mise en demeure - adressée au coobligé du demandeur (89) - de se joindre à l'attaque (90). Le juge remet à ce dernier la demande et lui fixe un délai pour se joindre au procès (91). Il remet le mémoire de demande au défendeur à l'expiration de ce délai (92). Lorsqu'elle est requise par le défendeur (93), la mise en cause constitue une sommation à se joindre à la défense, adressée au coobligé du défendeur (94).

La mise en cause est subordonnée à la double condition que le tiers soit dans un rapport de communauté avec l'un des plaideurs initiaux (95) et que le tribunal soit compétent à son égard (96). Tel n'est pas le cas selon M. Guldener lorsque la

- 80) Minnig 26. Pour Guldener Beiladung 37, la mise en cause consacre une solution semblable à celle de l'article 2039 BGB.
- 81) Guldener Beiladung 26.
- 82) Anton Berther, *Prozessvoraussetzungen im bündnerischen Zivilprozessrecht*, Thèse Fribourg 1958, 47-48: "Die Regelung durch das Zivilrecht machte diese Bestimmung zum grossen Teil obsolet. Nur insoweit, als das materielle Bundesrecht nicht alle Fälle aufzählt, die sich auf unteilbare Gegenstände oder Leistungen beziehen kommt sie in Frage".
- 83) Guldener ZPR 298, Stolz 122 n. 2.
- 84) MCF 1947 II 1001ss, 1020: Le pouvoir du juge consiste à apprécier si une partie peut estimer avoir le droit d'exiger d'un tiers qu'il soutienne le procès conjointement avec elle. "Le juge en usera naturellement avec retenue en ce qui concerne les demandeurs". (II) "en fera usage lorsque l'abstention de la personne récalcitrante nuirait aux intérêts bien compris de la communauté. L'appel en cause permettra de sauver ces intérêts et épargnera au consort diligent le recours à des procédures de droit civil compliquées". Guldener Beiladung 34.
- 85) Le législateur ne fixe pas de délai. Guldener Beiladung 34.
- 86) Minnig 104: "Dies wird durch Mitteilung der Klage von Seiten des Gerichtes oder durch formelle Verfügung vor sich gehen können".
- 87) PCF 24/2a, AR 111/2a. Guldener Beiladung 34.
- 88) LU 74/2: "Das Adzitationsgesuch ist mit der Klageeinreichung einzubringen". Comp. Guldener Beiladung 34: "es wäre auch nicht richtig, die Beiladung vom Antrag des Klägers abhängig zu machen, weil sie im Interesse des Beklagten liegen kann".
- 89) Flepp 77.
- 90) "Aufforderung sich der Klage anzuschliessen", Guldener Beiladung 29.
- 91) LU 74/1: 20 jours. GR: La loi ne fixe pas de délai.
- 92) Flepp 77.
- 93) Selon Guldener Beiladung 32, les avantages de la Beiladung du côté des défendeurs sont minces, car les cas de consortité nécessaire passive sont rares. FR ne connaissait que celle-là, faisant d'elle une sorte d'action provocatoire (FR a52).
- 94) Flepp 77.
- 95) PCF 24/2a, AR 111/2a. Cette condition est la preuve selon Minnig que la partie omise n'est pas un tiers, mais est en réalité déjà partie; Minnig 103: "Wenn er nämlich in Rechtsgemeinschaft steht, so ist er...zum vornherein Partei. Er könnte ja selber klagen und wird somit nicht erst durch die Beiladung Partei, es sei denn, man unterscheide zwischen

compétence du tribunal résulte d'une clause de prorogation de for à laquelle le tiers est étranger et à laquelle il n'entend pas adhérer (97).

Le tiers ne peut être contraint à participer à la procédure (98). S'il obtempère, il devient consort nécessaire (99). La procédure se poursuit comme s'il n'avait jamais été absent de l'instance (100). Le tiers peut faire valoir ses propres moyens d'attaque ou de défense. Il participe à l'autorité du jugement et aux frais de la procédure (101). S'il n'obtempère pas, le juge déclare la demande mal fondée dans le canton de Lucerne (102). La procédure par défaut y est exclue, la présomption de représentation du consort négligent par le consort de diligent ne s'appliquant pas à l'acte introductif d'instance. Nous y sommes pour notre part favorables. En procédure fédérale et dans le canton des Grisons, le tiers devient consort nécessaire malgré lui (103). La mise en cause est alors comparable à une assignation en déclaration de jugement commun. Le jugement lui est opposable (104), car il aurait eu la possibilité de faire valoir ses droits mais qu'il ne l'a pas fait (105). L'inaction du tiers n'empêche pas que la demande puisse être bien fondée (106) et ne compromet pas les droits des parties initiales (107).

§6. Par intervention

La consorité nécessaire naît de l'intervention lorsque des plaideurs n'ayant que conjointement qualité pour agir entendent soutenir l'une des parties dans un procès déjà pendant.

En procédure bernoise, la consorité nécessaire naît de l'intervention lorsqu'après dénonciation de litige, plusieurs tiers prennent la place du dénonçant la procédure avec l'accord des plaideurs initiaux (108). La consorité nécessaire formelle naît de l'intervention en procédure neuchâteloise (109).

La consorité nécessaire naît de l'intervention principale.

Partei, die aktiv oder passiv am Verfahren teilnimmt, und einer solchen die teilnehmen könnte und erst durch ihre Mitwirkung zur Partei im hängigen Verfahren wird".

- 96) Guldener Beiladung 35.
- 97) Guldener Beiladung 35.
- 98) Flepp 77, Minnig 104.
- 99) Guldener Beiladung 26.
- 100) LU 74: "Schliessen sich Mitberechtigte...der Klage des Adzitiierenden an, ist das Verfahren fortzusetzen, wie wenn alle diese Streitgenossen von Anfang an daran teilgenommen hätten". OW a22 prévoyait la même règle.
- 101) Minnig 103.
- 102) Guldener Beiladung 29: "Durch diese Gesetze wird...nur klar gestellt, dass der Eintritt notwendiger Streitgenossen in den Prozess noch im Verlauf des Verfahrens zulässig ist". Voir également Vogel 134 nm64e.
- 103) Pour Guldener Beiladung 35, il doit être donné la possibilité au tiers de contester la régularité de la mise en cause. La règle est une exception au principe que nul ne peut être contraint d'agir en justice. L'argument est souvent avancé pour justifier le rejet de la mise en cause, Guldener Beiladung 31 et n. 14. Or, le droit de procédure connaît d'autres modes de contraindre une personne à procédure: l'action provocatoire par exemple.
- 104) GR 29 in fine: "Das Urteil wird für die Parteien wie für die Beigeladenen rechtskräftig, sofern es sich auf unteilbare Gegenstände oder Leistungen bezieht".
- 105) Minnig 104.
- 106) Guldener Beiladung 30.
- 107) FR Expressis verbis a52.
- 108) BE 49.
- 109) NE n35.

§7. Par demande reconventionnelle

La consorité nécessaire peut naître d'une demande reconventionnelle (110). Des consorts simples, codemandeurs principaux, peuvent devenir des consorts nécessaires lorsque la demande reconventionnelle dirigée contre eux porte sur un droit qui leur est commun. De même, des codéfendeurs principaux consorts simples peuvent être reconventionnellement des consorts nécessaires. Des cohéritiers sont par exemple actionnés solidairement en paiement du solde du prix de vente d'un meuble acheté par le de cujus. Ils intentent de leur côté une demande reconventionnelle en alléguant l'enrichissement illégitime du fait de la nullité du contrat de vente (111).

Portant sur un droit indivisible, la reconvention dirigée contre des codemandeurs consorts simples peut impliquer la mise en cause de personnes qui n'ont pas participé à la procédure principale. Il y a alors tierce-reconvention (112).

§7. Par dénonciation d'instance ?

La consorité nécessaire ne peut naître de la dénonciation d'instance, le moyen ne permettant pas de parfaire la demande et de suppléer à l'absence d'un consort nécessaire à l'instance (113). La dénonciation d'instance est en revanche admissible lorsqu'il y a consorité nécessaire. Des cohéritiers ont par exemple le droit comme n'importe quelle partie de dénoncer le litige à un tiers.

§8. Par convention de procédure ?

La consorité nécessaire peut-elle naître par convention de procédure? La question amène deux réponses possibles. On peut soutenir d'une part que le domaine de la consorité nécessaire relève de l'ordre public et est par conséquent indisponible de sorte que la consorité nécessaire n'est pas susceptible de faire l'objet d'une convention. On peut soutenir d'autre part que les parties peuvent s'accorder pour parfaire la demande (114). La consorité par convention n'est à notre avis admissible que dans le cas précité. Elle viole le droit fédéral lorsque le droit matériel n'impose pas une unité de procédure et de jugement. Les parties ne sauraient en effet allonger par voie conventionnelle la liste des cas de consorité nécessaire (115).

110) Gysler 20: "...denn der Kläger der die Streitgenossenschaft freiwillig einführt, erleidet durch die Besonderheit der notwendigen Streitgenossenschaft unter denselben Partein keine derartigen Nachteile, dass die Widerklage hier auszuschliessen wäre, jedenfalls aber dann nicht, wenn das Gericht schon bei Beginn oder während des Prozesses Trennung der Haupt- und Widerklage vornehmen kann".

111) Gysler 20.

112) Winte 90, Blomeyer 320, Michael Nieder, Die Widerklage mit Drittbeteiligung, ZJP 85 1972 437ss, 462. Contra Gysler 20: "Erscheint dagegen die klagende oder Beklagte Partei nicht schon in Streitgenossenschaft, so würde die Begründung einer notwendigen Streitgenossenschaft durch Widerklage Hineinziehung eines Dritten wider Willen des Klägers in den Prozess bedeuten und daher...unzulässig sein". Matti Streitgenossenschaft 13 n. 1.

113) ATF 89 II 429/JT 1964 I 365, 370.

114) FR Extraits 1952 130, 139.

115) MDR 1983 1052, Zölter ad 62 nm1: "Eine Erweiterung der Fälle notwendiger Streitgenossenschaft im Wege der Parteivereinbarung...ist nicht möglich". MünK ad 62 nm2, Baumbach/Lauterbach ad 62 1, Stein/Jonas ad 62 nm43.

TITRE III. LES EFFETS DE LA CONSORITE NECESSAIRE

CHAPITRE 1. LA CONSORITE NECESSAIRE ET LA MARCHE DU PROCES

§1. Le droit édicté

La procédure fédérale ne règle pas la marche du procès en cas de consorité nécessaire.

Tous les cantons ont légiféré, à l'exception des cantons de Bâle-Campagne et de Genève.

La norme est spécifique à la consorité nécessaire dans les cantons de Zurich, Schwyz, Obwald, Appenzell Rhodes-Extérieures, St-Gall, Argovie, Thurgovie et du Tessin. Elle est commune à la consorité simple dans les cantons de Berne, Lucerne, Uri, Glaris, Zoug, Nidwald, Fribourg, Soleure, Schaffhouse, Appenzell Rhodes-Intérieures, Vaud, Valais, Neuchâtel et Jura (1).

ZH 39/2, 42	NW 43/2	BL	AG 54, 55	GE
BE 39	GL	SH 85	TG 20	JU 38
LU 63	ZG 20	AR 112	TI 46	
UR 55/2	FR 89	AI 60	VD 77	
SZ 36/2	SO 40	SG 45/2	VS 38-39	
OW 37/2	BS 16-17	GR 29	NE n28	

Laconiques, les dispositions exigent des consorts une action concertée sans autres précisions et règlent dans certains cantons la procédure par défaut (2). Le législateur n'envisage pas l'hypothèse de la présence au procès de consorts adoptant des positions divergentes. Le droit étranger est tout aussi pauvre. La procédure allemande ne règle que l'hypothèse du défaut d'un consort, ce que la doctrine et la jurisprudence déplorent parfois en termes très vifs (3).

La réglementation est perçue comme une ligne directrice renforçant le droit de fond (4). Ses lacunes doivent selon la doctrine être comblées par le droit matériel, mais également subsidiairement par les règles de la consorité simple dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec le droit matériel (5).

- 1) JU Ceppi 38: "La conduite du procès commun est réglée par l'article 38 CPC qui est applicable aux trois consorités (matérielle, formelle et nécessaire)".
- 2) Il y a en cas de contumace d'un consort une présomption irréfragable de représentation par les autres. ZH 39/2, BE 39/2, SZ 36/2, OW 37/2, AR 112/2, SG 45/1, AG 54/2, TI 46, JU 38/2. La règle est prétorienne dans les cantons de Lucerne et du Valais. LU LGVE 1971 102 no89, VS RVJ 1972 238/RSJ 70 1974 269 no65. BE Jolidon 81: "La communauté résultant de la consorité est renforcée par une disposition spéciale de procédure".
- 3) RGZ 48 1901 417: "bedauerlicher Missetand". Pour un résumé des avis doctrinaux, voir Behringer 3ss. Comp. MDR 1983 1050: "...zwingende abschliessende Regelung".
- 4) Behringer 9 n. 30: "Dabei kann nicht übersehen werden, dass bei den Problemen in der Durchführung der notwendigen Streitgenossenschaft der Gesetzgeber durch §62 ZPO immerhin der Auslegung Leitlinien vorgezogen hat".
- 5) Nater 19: "Im Prozess reichen die Bestimmungen über die notwendige Streitgenossenschaft für dieselbe in den meisten Fällen nicht aus, weshalb für sie die Bestimmungen der einfachen Streitgenossenschaft und die allgemeinen prozessualen Grundsätze ergänzungsweise herangezogen werden müssen. Meines Erachtens kann auf eine allzu detaillierte Ausgestaltung der notwendigen Streitgenossenschaft in den Prozessordnungen verzichtet werden. Da sich diese ja immer aus dem materiellen Recht ergibt, muss auch für die prozessuale Behandlung derselben immer auf den konkreten Fall der Notwendigkeit zur Streitgenossenschaft abgestellt werden. Die Rechtsverhältnisse, aus welchen sich die notwendigen Streitgenossenschaften ergeben, sind im materiellen Recht verschiedenartig ausgestaltet, und dem soll durch eine differenzierte prozessuale Behandlung Rechnung getragen werden". Geiger 118: "Die notwendige Streitgenossenschaft ist vom Prozessrecht

§2. La règle: l'action concertée

Le législateur (6), de nombreux auteurs (7) et tribunaux (8) exigent des consorts nécessaires une action concertée non seulement pour l'initiation, mais également pour la marche du procès: les consorts doivent procéder conjointement durant toute la procédure et présenter des mémoires communs (9). Lorsque tous

her nicht anders ausgestaltet als die einfache Streitgenossenschaft, dann ihrem Wesen nach entspringt sie dem Grundtypus der einfachen Streitgenossenschaft. Diese Feststellung lässt denn auch nur den Schluss zu, dass die Stellung der Streitgenössischen Prozesse, vom Prozessualen aus gesehen, hier keine andere ist als dort. „Es kann darum überall dort, wo nicht aus materiellrechtlicher Sicht etwas anderes gelten muss, auf die Stellung der in der einfachen Streitgenossenschaft verbundenen Prozesse verwiesen werden“. Matti Streitgenossenschaft 39: „...Eine gesonderte Behandlung hätte sich nur gerechtfertigt, wenn der notwendigen Streitgenossenschaft, in Anlehnung an die deutsche oder österreichische ZPO, prozessual eine von den übrigen Gruppen von Streitgenossenschaften abweichende Ausgestaltung zuteil geworden wäre. Die notwendige Streitgenossenschaft unterscheidet sich somit prozessual in keiner Weise von den übrigen Arten der materiellen Streitgenossenschaften“. Flepp 154, Scheithammer 680 nm1347, Thomas/Putzo ad 61 Ie et d, ad 62 I et 5, Rosenberg/Schwab 291, Stein/Jonas ad 61 nm13, ad 62 nm2 et 30, Schilken 381 nm682, Arens/Luke 313 nm446 MünK ad 62 nm41.

Contra Maday 214, Gysler 4: (es ist) „zu weitgehend, wenn man sagt, die notwendige Streitgenossenschaft unterscheidet sich prozessual in keiner Weise von den übrigen Streitgenossenschaften...“. Habscheid ZPR 1 123 nm345: „Es liegt auf der Hand, dass die notwendige Streitgenossenschaft eine gegenüber der einfachen Streitgenossenschaft abweichende Regelung verlangt“.

- 6) Règle expresse: AG 54, NW 43/2, FR 89, SO 40, TG 20, VD 77, NE 28.

Règle découlant d'un raisonnement a contrario: Les consorts peuvent agir séparément dans la mesure où ils ne sont pas liés par un rapport juridique particulier: UR 55/2, GL 36, ZG 20/2, AI 60, SH 85, GR 29, Gysler 12: „Dieser „Vorbehalt“ steht in der Prozessordnung und ist prozessualer Natur, aber er schafft nicht, er bestätigt nur eine abweichende Gestaltung der gemeinsamen Prozessführung, die durch das zivilrechtliche Grundverhältnis unter den Parteien bedingt wird: letztere ist daher – auch ohne besondere prozessuale Bestimmung – den schweizerischen Prozessordnungen insoweit als bekannt vorauszusetzen, als das eidgenössische Zivilrecht das von ihm beherrschte, lückenhafte kantonale Prozessrecht ergänzt“.

Règle implicite: VS 39.

- 7) Maday 211: „es handelt sich dabei um zwangstätige Reflexwirkungen des materiellen Rechtszustandes auf die Durchführung des Prozesses“, Vogel 132 nm58, Geiger 121, Gysler 109-110, Matti Streitgenossenschaft 93, 96-97, Flepp 176, Nater 19: „Der Zwang zur Gemeinsamkeit des Verfahrens hat für die notwendige Streitgenossenschaft zur Folge, dass im Prinzip alle Streitgenossen gemeinsam sämtliche Prozesshandlungen vornehmen müssen und es wird durch ein einziges Urteil entschieden... Verstösst einer der Streitgenossen gegen den Grundsatz des gemeinsamen Vorgehens und stellt sich abseits, so hat dies für alle, auch für ihn selbst, schwere prozessuale Nachteile zur Folge“, ZH Sträubli/Hauser ad a39 ch. 4, BS/BL Strahelin/Sutter 89: „...gemeinsam oder durch einen gemeinsamen Vertreter“, AG Eichenberger Beiträge 44, VD Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 77: „Bien que cette disposition ne distingue pas entre consorcié nécessaire et simple, l'obligation de procéder en commun ne s'applique... qu'à la première...“.

Lent tJB 90 62: „Diese Lösung entspricht der Vorschrift gemeinsamer Klagenerhebung...“, Winte 97: „Von der einfachen unterscheidet sich die notwendige Streitgenossenschaft insofern, als hier nicht die Prozesse der Streitgenossen unabhängig nebeneinander stehen, sondern wegen der besonderen Umstände koordiniert werden müssen. Da aber jeder Streitgenosse Partei seines Prozesses ist und damit auf Seiten der Streitgenossen eine Parteienmehrheit vorliegt, besteht eine Diskrepanz zwischen der grundsätzlich fortbestehenden Selbständigkeit der Prozesse und der erforderlichen Einheitlichkeit des Verfahrensablaufes“, 116: „Trotz des Vorliegens mehrerer Prozessrechtsverhältnisse passt die Konstruktion einer Unabhängigkeit und Selbständigkeit der Streitgenossen im Prozess ersichtlich nicht auf diese Fallgruppe“.

- 8) FR Extraits 1952 223: „A teneur de l'article 54, les consorts procèdent en principe simultanément. En procédure civile, ils sont réputés ne former vis-à-vis de leur adversaire qu'une seule partie“. SO SOG 1976 no3, RBOG 1924 12: „Streitgenossenschaft; Grundsatz der Einheitlichkeit und Gemeinsamkeit der Prozessführung“. GR PKG 1948 84 no32, 85: „Eine Ausnahme erleidet das Prinzip der prozessualen Unabhängigkeit der vereinigten

agissent, mais procèdent de manière divergente, ils sont réputés pour une partie de la doctrine ne pas avoir procédé et doivent être considérés comme défaillants (10). La règle est critiquée au motif qu'elle prive les autres coindivis du droit d'être entendu (11). Lorsqu'un seul agit en revanche, il est réputé le représentant des autres qui sont considérés comme défaillants (12).

La règle de la concertation, trop absolue, ne tient compte ni de la nature de l'acte envisagé, ni des hypothèses de droit matériel autorisant les consorts à adopter une attitude indépendante (13). La marche du procès ne peut ainsi être réglée de manière uniforme (14).

Lorsque l'acte de procédure est ou peut être assimilé à un acte de disposition, la liberté des consorts nécessaires matériels est bridée et les principes de la relativité des actes de procédure et de la personnalité des voies de recours mis en échec (15). Les consorts ne peuvent procéder que conjointement (16). Le droit judiciaire ne peut

Klagen erst dann, wenn es sich um eine notwendige materielle Streitgenossenschaft handelt". TI Rep. 1985 334.

- 9) LU EnsCh. 1975 316 no258, 317: "Zwang zu gemeinsamem Handeln, d.h. Zwang zu gemeinsamen Rechtsschriften".
Matü Streitgenossenschaft 93 et 97, Ovari 53, Maday 214, AG Keller/Pfisterer ad a26 ch. 2, VD Poudret/Wurzbürger/Haldy ad 77: "Obligation de procéder en commun, c-à-d par des actes de procédure commun à tous les consorts...", JU Ceppi 37: "...les consorts doivent ...procéder en commun. Cela implique un mémoire commun...".
- 10) Einstimmigkeitsprinzip. Lent DJb 90 27, Holzhammer ZPR II 85: "Obschon die beabsichtigten Wirkungen ausbleiben, zählt das widersprechende Verhalten tätiger Streitgenossen zum Prozessstoff, wie sonst, wenn ein und dieselbe Partei sich widersprochen hat. Es wird zusammen mit den übrigen Ergebnissen der gesamten Verhandlung frei gewürdigt", Wolff 126-127.
- 11) Fasching ZPR 195 nm382, Ballon 81.
- 12) Fasching ZPR 194 nm380, Fasching Komm. II 198, Holzhammer ZPR II 85.
- 13) Le canton d'Argovie fait contraste. AG 54/1: "Die Streitgenossen müssen den Prozess gemeinschaftlich führen, soweit sich nicht aus dem Rechtsverhältnis, an dem sie beteiligt sind, etwas anderes ergibt".
- 14) Winte 301: "Entgegen der h. M. kann in der notwendigen Streitgenossenschaft kein homogenes Gebilde geschehen werden".
- 15) Habscheid DJPS 181, ZPR II 154 nm282, Gottwald JA 1982 70: "Der Zwang zur einheitlichen Prozessführung und Sachentscheidung schränkt die Dispositionsbefugnis des einzelnen Streitgenossen...faktisch ein", Solus/Perrot T. III 21: "Il serait en effet difficilement concevable que l'indivisibilité substantielle du litige se disperse au niveau de l'instance", Moreau 175: "Il n'est pas possible de maintenir à la fois la règle de l'unité de la chose jugée et celle de la relativité de la chose jugée".
- 16) Geiger 121, Matü Streitgenossenschaft 40 et 98, Oysler 11, AG Eichenberger Beiträge 43, JU Ceppi 38, Winte 104.

leur conférer plus de pouvoirs que le droit de fond ne leur en reconnaît (17). L'acte individuel n'a pas d'effets (18).

Dictée par l'unité substantielle du litige, la règle de l'action concertée vise tous les actes de nature à mettre un terme au procès sans exiger nécessairement une décision juridictionnelle (19). Les consorts nécessaires ne peuvent ainsi acquiescer, se désister ou transiger que conjointement. L'acte individuel d'un consort conserve toutefois une certaine validité dans la mesure où le juge peut le considérer comme un fait et à ce titre comme un indice dans l'administration des preuves (20).

La concertation obligatoire n'a pas nécessairement à être simultanée, mais peut être successive. L'acte individuel d'un consort, qui a une validité virtuelle (21), est considéré comme un acte collectif lorsqu'il est *expressément* ratifié par les autres (22).

Une partie de la doctrine en droit autrichien applique le principe de l'acte le plus favorable en ce qui concerne les actes de disposition: "Günstigkeitsprinzip". Fasching ZPR 194 nm381: "Die Günstigkeit ist ausschliesslich vom Blickwinkel des Prozessstandpunktes der einheitlichen Streitpartei aus zu beurteilen, wobei es ausnahmslos auf die abstrakte und daher jederzeit objektiv beurteilbare Rangfolge ankommt. Wirtschaftliche und andere ausserjuristische Chancenabwägungen, insb. des konkreten Prozessgeschickens, bleiben völlig ausser Betracht. Für den Kläger ist die volle Klagsdurchsetzung günstiger als Klagsbeschränkung, diese günstiger als Klagsrücknahme; das volle Obsiegen ist günstiger als ein Vergleich, dieser günstiger als ein Verzicht; Ruhen günstiger als Klagsrücknahme. Für den Beklagten ist die volle Bestreitung günstiger als der Vergleich, dieser günstiger als ein Anerkenntnis. Da es sich immer nur um den Widerspruch zwischen Prozesshandlungen der tätigen Streitgenossen handeln kann, kommen Säumnisfolgen bei der Beurteilung der Günstigkeit nicht in Betracht. Das Gericht hat die günstigste Prozesshandlung dem weiteren Prozess zugrunde zu legen". Fasching Komm. II 198. Ballon 79-80, Wolff 128. Solution rejetée par Holzhammer ZPR II 85: "Abgesehen davon, dass es keine abstrakte Rangordnung der Prozesshandlungen nach ihrer Günstigkeit gibt, lässt sich aus der konkreten Prozesslage kaum ermitteln, welcher Prozessstandpunkt vorzuziehen ist; auch hiesse dies der Urteilschöpfung vorgreifen". Pour une présentation des positions doctrinales: Rechberger/Simotta 73-74 nm137.

17) Guldener ZPR 301 n. 23, Gysler 12, Winte 104.

18) Gysler 10 n. 3, BS/BL Stachelin/Sutter 89-90.

19) Winte 117.

20) Matti Streitgenossenschaft 98, Winte 119: "Sofern wegen der verfügungsähnlichen Wirkungen einer Prozesshandlung für ihre Wirksamkeit gemeinschaftliches Handeln der Streitgenossen verlangt werden muss, ist sie, von nur einem Streitgenossen vorgenommen, als unwirksam zu betrachten. Dennoch kann sie nicht schlechthin unbeachtet bleiben. Zwar kann der Prozesshandlung, da prozessual unwirksam, nicht ihre typische Wirkung zukommen, trotzdem wird sie als tatsächliches Verhalten Gegenstand des Prozessstoffes und ist deshalb zusammen mit dem Verhalten der übrigen Streitgenossen frei zu würdigen...". Lent IJb 90 93: on applique ainsi ici les mêmes règles que pour la consorité simple.

21) Une partie de la doctrine rejette la concertation successive au motif que la ratification ultérieure constitue une condition suspensive qui introduit dans la procédure des incertitudes. Par ex. Winte 115: "Ein derartiger Schwebezustand ist dem Prozessrecht jedoch fremd".

22) Geiger 122: (In keinem Falle verlangt das materielle Recht) "die gleichzeitige Vornahme von Prozesshandlungen. Es muss vielmehr auch die einzelne Vornahme einer Prozesshandlung genügen, sofern nur die entsprechenden Prozesshandlungen der übrigen Streitgenossen ebenfalls vorgenommen werden, wenn vielleicht in einem anderen Zeitpunkt. Der Zwang zur gemeinsamen Vornahme von Prozesshandlungen beinhaltet demnach nicht auch das Element der Gleichzeitigkeit, sondern will nur besagen, dass den Prozesshandlungen der Streitgenossen nur dann Erfolg beschieden sei, wenn sämtliche Streitgenossen sie übereinstimmend vornehmen" et 131. AG Keller/Pfisterer ad a26 ch. 3. La ratification ne saurait à notre avis être tacite: le silence des autres consorts n'équivaut pas à un accord de leur part. Contra Lent IJb 90 90 n. 2, Holzhammer Parteienhäufung 131.

Respectée lorsqu'il y a représentation (23), la règle de concertation exige des consorts un respect mutuel et des égards. Un consort ne doit pas par son comportement mettre en danger les intérêts de ses partenaires (24).

§3. Les exceptions

La nécessité d'une activité collective et simultanée fait de la consorité nécessaire un mécanisme compressif et intolérable qui ne peut qu'exagérer les inconvénients de l'indivision. Aussi comporte-t-elle des exceptions (25):

- Lorsque l'acte de procédure envisagé ne constitue pas un acte de disposition, la règle de l'action concertée est inapplicable (26).
- La procédure conjointe ne peut être imposée lorsque le droit matériel autorise les consorts à procéder de manière indépendante (27), lorsqu'il ne dit rien de contraire ou qu'il est muet sur la question (28).
- La règle ne s'applique pas en cas d'urgence.
- Le législateur assouplit la règle de concertation en reconnaissant que des actes de procédure accomplis par une partie isolément ont des effets à l'égard de tous de manière générale (29) ou en cas de défaut seulement par une présomption de représentation (30). La règle de concertation est également relativisée pour l'allégation

23) *Matti Streitgenossenschaft* 107 n. 2.

24) *Ovari* 130: "Pflicht der einzelnen notwendigen Streitgenossen auf gegenseitige Rücksichtnahme...Diese Pflicht kann aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitet werden. Aus dieser Pflicht...folgt, dass keiner der notwendigen Streitgenossen Handlungen vornehmen darf, die die ordentliche Prozessführung vereiteln".

25) *Maday* 214 n'admet aucune exception.

26) *ZH* ZR 53 1954 310 no143, 317: "Der Satz, jede Prozessführung (bei einem Gesamthandverhältnis) ist als Verfügung über das (gesamthaf) zustehende Recht zu behandeln... ist, in dieser Allgemeinheit nicht haltbar. Es ist vielmehr auf den Einzelfall abzustellen".

Winte 104: "Können die Streitgenossen nach materiellem Recht nur gemeinsam über das streitige Recht verfügen, so müssen alle Prozesshandlungen, die einer Verfügung über den Streitgegenstand gleichkommen, um wirksam zu sein, von allen Streitgenossen gemeinsam vorgenommen werden. Umgekehrt dürfen die den Streitgenossen danach zustehenden Befugnisse nur dann und insoweit eingeschränkt werden, als höherrangige Interessen dies erfordern".

27) Il en est ainsi de la mère et de l'enfant recherchés en désaveu par le mari, ou du mari et de la mère recherchés par l'enfant. CC 256, ATF 95 II 294, ATF 82 II 1/JT 1956 I 322. *Hegnauer* BK ad 256 nm86, 260a nm111, *Guldener* 300, *BS/BL* Stachelin/Sutter 90, *AG* Eichenberger ad 54 nm2.

28) *Ovari* 128-129: "Das Prozessrecht verlangt...nirgends die kollektive Vorname von Prozesshandlungen, wo ein solches Vorgehen sich nicht aus dem materiellen Recht ergibt. Das kantonale Prozessrecht darf es nicht einmal tun. Solche Vorschriften wären bundesrechtswidrig...Die notwendigen Streitgenossen dürfen Prozesshandlungen allein vornehmen, wenn nicht das Zivilrecht das kollektive Vorgehen vorschreibt".

29) *TI* 46: "Se un litisconsorte non partecipa ad un altro atto processuale, l'istruzione della causa continua, ritenuto che il litisconsorte diligente rappresenta gli altri. La medesima disposizione si applica all'appello principale, all'appello adesivo, e alla risposta all'atto di appello".

Habscheid DJPS 181, *TI* Ottaviani 70: "Siamo in presenza di una particolare "adzitatio", che si risolve appunto con la rappresentanza". La soluzione del CPC prevista per questi atti processuali successivi alla petizione appare equa: una volta costituitosi il litisconsorzio, non è giusto far dipendere la continuazione della causa dal veto di un solo membro, il quale aveva al momento della petizione l'opportunità di opporsi all'azione. Questo istituto trae le sue origini dal diritto romano, che prevedeva già che dopo la "litiscontestatio" ogni litisconsorte era procuratore processuale dell'altro". *Picard* 240.

30) *ZH* 39/2, *BE* 39/2, *SZ* 36/2, *OW* 37/2, *AR* 112/2, *SG* 45/1, *AG* 54/2, *JU* 38/2, *DZPO* 62.

- A l'exception des recours: *ZH* 39/2, *SZ* 36/2, *AG* 54/2.

- A l'exception des moyens d'attaque ou de défense particuliers: *BE* 39/2, *JU* 38/2.

Idem en droit autrichien: Repräsentationsprinzip. *Ballon* 81, *Holzhammer* ZPR II 85-86.

des faits et la proposition des preuves, de manière générale pour toute la phase probatoire (31).

- La règle épargne tout le secteur des prérogatives personnelles des consorts dans la mesure où l'acte envisagé ne risque pas d'entraîner une contrariété de décisions (32) ou provoquer une division de causes (33). Les consorts peuvent en effet avoir des intérêts particuliers à défendre (34).

- Des dérogations sont également admises lorsqu'un consort agit dans l'intérêt collectif. Un consort nécessaire peut dans cette mesure veiller valablement à la régularité de la procédure sans le concours mais avec effets à l'égard des autres (35). Il peut exciper de l'incompétence du tribunal, demander la prolongation ou la restitution d'un délai, requérir la récusation du juge au profit de tous, demander à consulter le dossier (36).

- La règle de concertation est enfin écartée lorsqu'il y a consorité nécessaire formelle. Les consorts nécessaires formels ont des pouvoirs de procédure plus larges que les consorts nécessaires matériels (37). La doctrine leur reconnaît des pouvoirs de procédure analogues mais plus restreints que ceux des consorts simples en raison de l'exigence d'une solution unique à l'égard de toutes les parties (38).

§4. La marche du procès pour le juge et l'adversaire des consorts

Les dispositions sur la marche du procès ne règlent pas les pouvoirs du juge. L'existence même de la consorité nécessaire lui impose toutefois des charges. Le juge doit être garant de l'unité de la procédure et doit s'assurer que les initiatives individuelles d'un consort ne puissent pas compromettre l'unité et l'exécution du jugement. Il doit reconnaître dans cette mesure un acte individuel qui ne constitue pas

- 31) Voir Troisième partie, Titre III, Chapitre 6.
Winte 117: (Solche Prozesshandlungen), "die lediglich dazu bestimmt und geeignet sind, dem Gericht ohne formal bindende Wirkung die Sachlage darzustellen, unterliegen der freien Würdigung des Gerichts...Da bei ihnen allein das Gericht entscheidet, ob sie der Entscheidung als wahr zugrunde zu legen sind, kommt ihnen keine verfügungsähnliche Wirkung zu".
- 32) Certains cantons reconnaissent aux consorts la faculté, sur autorisation du juge, de produire des moyens particuliers d'attaque ou de défense dans un mémoire séparé, BE 39/1, FR 89/1, AG 51/1, JU 38/2.
BE RJB 51 1915 265 no8, RJB 51 1915 321 no17, RJB 50 1914 620 no55, RJB 48 1912 345 no12, RJB 26 1890 396. Matti Streitgenossenschaft 96, BE Jolidon 80, NW Stöckli 76, FR Deschenaux/Castella 68: "Cela ne se conçoit guère dans la consorité nécessaire où les consorts ne peuvent valablement agir qu'en commun".
- 33) Matti Streitgenossenschaft 96, Baumbach/Lauterbach ad 62 4Ba.
- 34) Ovari 129, Guldener ZPR 300, BS/BL Staehelin/Sutter 90, AG Eichenberger ad 54 nm2 et Beiträge 42.
Comp. les arguments du premier juge in VD JT 1941 III 24: "Le juge doit...s'inspirer d'autres normes juridiques, notamment de celles qui concilient l'unité du procès avec les droits de procédure de chaque partie, c'est-à-dire de la règle que si le procès doit être un, chaque partie doit pouvoir cependant, sans être entravé par cette pluralité de consorts, défendre ses intérêts particuliers".
- 35) Geiger 120: "Nicht den besonderen Regeln notwendiger Streitgenossenschaften ist...jene Prozessführung unterworfen, die nicht mit der Ausübung des gemeinsamen Rechts als solchem zu tun hat, weil sie nur die Ausübung rein prozessualer Befugnisse zum Inhalt hat. Es sind dies alle jene prozessualen Vorkehren, die nur das Verfahren als solches betreffen".
- 36) Geiger 120, Fasching ZPR 193 nm377, Ballon 81.
- 37) Winte 101: "Streitgenossen, die dazu gezwungen sind, gemeinsam zu klagen, um ihr Rechtsschutzziel zu erreichen, können nicht mit solchen gleichbehandelt werden, deren Rechte auch ohne ihr Zutun gesichert werden könnten. Daraus ist zu folgern, dass die Streitgenossen der 1. Alt. wegen ihrer freiwilligen Teilnahme am Prozess, in ihrer prozessualen Handlungsfähigkeit freier sein müssen als die der 2. Alt".

un acte de disposition ou qui n'est pas de nature à provoquer une division de causes (39).

Le législateur ne règle pas non plus la conduite de l'adversaire des consorts. Ce dernier adoptera le plus souvent la même attitude à l'égard de tous ses contradicteurs de sorte que l'unité de procédure et de jugement n'est pas mise en danger (40).

Quid cependant lorsqu'il adopte une attitude différenciée à leur égard ? Le cas devrait être rare en pratique, car son intérêt est de procéder contre tous pour ne pas mettre en danger l'unité du procès. Il faut là aussi distinguer. Lorsque l'acte envisagé est de nature à mettre un terme à la procédure et aurait pour effet de priver les consorts de leur qualité pour agir et d'un titre exécutoire régulier pour obtenir l'exécution du jugement, il ne peut procéder qu'à l'encontre de tous et ne saurait se limiter à l'un ou quelques-uns d'entre eux (41). Le juge peut l'inviter à compléter son mémoire dans certains cantons (42). L'adversaire des consorts peut en revanche limiter les actes qui relèvent de la procédure probatoire (allégation ou aveu, proposition des preuves) à l'un ou quelques d'entre eux. Ne portant que sur des faits, sa démarche est laissée à la libre appréciation du juge de sorte que la limitation à une partie des consorts ne nuit ni à ces derniers, ni à lui-même.

38) Winte 123: "Nur soweit einzelne Prozesshandlungen wegen der ihnen eigentümlichen Wirkungen eine Gefahr für die einheitliche Entscheidung darstellen, ergeben sich Einschränkungen aus der Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung".

39) Il peut sanctionner disciplinairement un consort, car cela ne met pas en danger l'unité de la procédure. Geiger 120.

40) Pour Flepp 176, ce dernier doit toujours agir contre tous.

41) FamRZ 1957 97, BGH 23 74, RG 61 399.

Gysler 112, Ovari 151, Winte 126, Schellhammer 681 nm1350, MünK ad 62 nm51, Rosenberg/Schwab 292, Holzhammer ZPR II 86: "Gericht und Gegner müssen in der mündlichen Verhandlung allen tätigen Streitgenossen gegenüber handeln, ausserhalb der mündlichen Verhandlung allen Streitgenossen gegenüber".

42) TI 47: "(Completazione dell'indicazione della controparte). Quando l'atto processuale è stato diretto solo contro parte degli interessati, il giudice invita la parte che lo ha presentato a volervi rimediare entro un termine adeguato, con la comminatoria dello stralcio della causa dal ruolo...".

CHAPITRE 2. LA REPRESENTATION DES CONSORTS NECESSAIRES

§1. Le mandataire ad litem

La législature cantonale exige dans certains cantons des consorts nécessaires qu'il désigne un mandataire ad litem commun dans le premier acte de procédure (1). En procédure fédérale, dans d'autres cantons ainsi qu'en droit étranger, les consorts sont en droit d'avoir chacun un avocat dans le silence de la loi (2) et dans la mesure où ils sont prêts à en supporter les conséquences financières (3).

Lorsque le droit matériel exige des consorts une action concertée, il est préférable par simplification qu'ils constituent le même mandataire (4). La non-désignation d'un mandataire commun ou la désignation de plusieurs mandataires ne constitue pas une circonstance autorisant un jugement par défaut. Elle permet toutefois au juge de faire supporter aux consorts les frais qui découlent de la représentation multiple (5) et à l'adversaire des consorts d'exiger en cas de perte du procès une réduction des honoraires au motif que le travail a pu être réparti entre les mandataires (6).

- 1) LU 63/1, ZG 20/1, VS 38.
SO SOG 1958 91 no6, 92: "§11 ZPO passt im Grunde genommen nur für die notwendige Streitgenossenschaft...§11 kann nur bei der notwendigen Streitgenossenschaft in der ganzen Konsequenz angewendet werden". RBOG 1931 109 no9. VS RTC 1944 18.
AG Keller/Pfisterer ad a26 ch. 3: "Die Streitgenossen haben ihre Rechtsvorkehren gemeinschaftlich vorzunehmen, dh sie müssen einen gemeinschaftlichen Vertreter (Anwalt) mit der Führung des Prozesses beauftragen". JU Ceppi 37: "Les consorts doivent...procéder en commun. Cela implique...un avocat commun".
- 2) ATF 43 II 364/JT 1918 I 226, ZH ZR 77 1978 132 no47, ZR 67 1968 186 no51, ZR 19 1920 334 no185, ZR 3 1904 271 no164.
Flepp 93, Geiger 133, Poudret/Sandoz COJ ad 29 ch.2.1, ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm15, SG Lutz ad a104 ch. 3, AG Eichenberger Beiträge 42: "Für die Streitgenossenschaft soll also der Grundsatz, dass es einen Anwaltszwang nicht gibt, nicht gelten? Wäre das der Wille des Gesetzes, so hätte ausdrücklich gesagt werden müssen, dass ein gemeinsamer Anwalt zu bestellen sei". TG Böckli ad 30 ch. 1, VD Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 77: "L'obligation de procéder en commun...ne prive pas ceux-ci du droit de se faire représenter séparément, le CPC n'imposant ni un mandataire commun, ni même une élection de domicile commune" et ad 259, Baumbach/Lauterbach ad 62 4Bd, Lindacher JuS 1986 384, Zöller ad 62 nm24, Stein/Jonas ad 62 nm31, Zimmermann ad 61 nm2, MünK ad 62 nm48, Moreau 177: (L'indivisibilité) "n'affecte pas le droit pour chacune des parties de se faire représenter distinctement".
Le canton de Bâle-Ville réserve les deux possibilités. BS 16-17.
Comp. VS RVJ 1977 32, 39: "S'agissant de la représentation en justice, c'est dans le droit fédéral que se trouveront les règles essentielles".
- 3) LU Entsch. 1975 316 no258, 318: "Die genannte Vorschrift erklärt jeden Bürger als berechtigt, seine Rechtssachen entweder selber zu verfechten oder durch andere verfechten zu lassen. Dieses Recht ist auch dann gewährleistet, wenn unökonomische Prozessführung die Belastung mit daraus entstehenden Mehrkosten nach sich zieht, ganz abgesehen davon, dass sich die vertragliche Vertretung "nach Massgabe eidgenössischer oder kantonaler Gesetze" zu richten hat".
- 4) SO RBOG 1931 108 no9, Baumgartner 74: "Ajoutons que ce représentant conventionnel sera le moyen qu'adopteront le plus souvent les coindivis pour simplifier les difficultés que l'action commune peut présenter...".
- 5) VS RVJ 1977 32: "Il n'est pas envisageable que la sommation aux cohéritiers demandeurs sur la base de l'art. 38 CPC de désigner un représentant commun ait pu constituer en l'espèce un cas de jugement par défaut". RTC 1944 18.
- 6) ZH ZR 67 1968 186 no51, LU Entsch. 1975 316 no258.
Matth Streitgenossenschaft 95: "Da aber die gemeinsame Prozessführung am besten erreicht wird, wenn die Streitgenossen einen gemeinsamen Anwalt bestellen, so darf der Richter zweifellos durch Verweigerung des vollständigen Kostenersatzes eine durch mehrere Prozessbevollmächtigte bewirkte unnötige Weiterung ahnden". Stolz 123, BE Leuch ad 66 ch. 2, SG Lutz ad a104 ch. 3: "Gemeinsame Vertretung vereinfacht das Verfahren, ist aber nicht vorgeschrieben".

Lorsque le droit matériel autorise les consorts à adopter des attitudes différentes, il ne saurait être question de les obliger à désigner un représentant commun. La disposition cantonale de procédure imposant un mandataire commun ne trouve pas application dans ce cas. Elle viole le droit fédéral (7) et l'ordre public, car elle contraint le mandataire à servir des intérêts contradictoires.

Les consorts peuvent se faire représenter par l'un d'entre eux moyennant procuration (8) ou en cas d'urgence (9).

Le mandataire peut être tenu de justifier ses pouvoirs (10). Le juge peut lui fixer un délai à cette fin (11). A défaut de justification, le mandat est réputé non venu: l'avocat est réputé n'avoir introduit action qu'au nom du ou des signataires qui ont ratifié ses actes de procédure. Il n'y a pas contumace (12). Seuls les coindivis non parties au procès peuvent exciper du défaut de procuration. N'ont pas cette qualité les consorts qui ont déclaré se soumettre par avance à l'issue du procès ainsi que ceux qui participent à la procédure.

7) FR Extraits 1956 131. VS RVJ 1977 32, 39.

8) ZH ZR 30 1931 50 no27. GR PKG 1983 62 no11. VS RVJ 1987 302, RVJ 1977 32, 38. Geiger 133. Comp. Siesse 373: "...la nécessité de l'action collective, en faisant obstacle aux initiatives individuelles, écarte toute possibilité de représentation mutuelle". Lorsque l'un des héritiers est au bénéfice d'une procuration post mortem, son partenaire peut agir seul pour en obtenir la révocation. ZH ZR 58 1959 116 no59, ZR 59 1960 282 no120. Sträuli/Messmer ad 39 nm3.

9) ATF 75 II 215/JT 1949 I 264, ATF 58 II 195/JT 1933 I 561.

10) ZH ZR 53 1954 330 no153: "Eine für die Auseinandersetzung zwischen den Erben erteilte Vollmacht genügt nicht zur Führung eines Prozesses gegen einen Schuldner des Erblassers".

11) VS RVJ 1977 32, 41: "Pour recueillir les pouvoirs écrits de quatorze héritiers répartis dans le Haut-Valais, si ce n'est en territoire confédéré, voire à l'étranger, avec nécessité de légalisation..., ce délai ne peut être valablement limité à 10 jours. Compte tenu des circonstances, c'est 60 jours qu'il faudrait compter".

12) VS RVJ 1986 183: "Solutions à disposition des consorts nécessaires, lorsque l'un d'entre eux se refuse à recouvrer par voie d'action une créance commune, dont ils ne peuvent disposer que tous ensemble, et ne signe donc pas non plus de procuration à ce effet en faveur de l'avocat. Après admission de l'exception du défaut de procuration, il doit être imparté au défendeur un nouveau délai de réponse; respectivement dans la procédure accélérée, il faut reciter aux débats préliminaires. Par conséquent il est inadmissible de remédier au vice du défaut de la procuration en considérant comme un second défendeur le consort nécessaire qui s'est refusé à délivrer procuration, puis en rendant sans délai un jugement par défaut contre celui-ci et l'autre défendeur, parce que ce dernier (en procédure accélérée) n'a pas comparu personnellement aux débats préliminaires".
RVJ 1977 32, 41: "Il résulte de cet examen qu'il n'y a pas lieu à jugement contumacial et que le dossier doit être renvoyé au juge instructeur pour reprise de la procédure en contradictoire. Les considérants formés ci-dessus dictent pratiquement les mesures à prendre: - Assigner à Me X un délai de 60 jours - avec faculté de rectifier dans ce délai, par exploit, la désignation exacte des parties et les conclusions. - avec obligation alternative de déposer dans ce délai a) les procurations signées par chacun des cohéritiers ou b) des déclarations signées par les cohéritiers exprimant clairement leur volonté de se soumettre sans réserve au jugement à porter sur l'action intentée...ou c) une décision du juge instructeur compétent désignant un représentant de la communauté au sens de l'article 602/3 CCS. Si les facultés offertes ne sont pas utilisées, il y aura lieu...de porter une décision incidente sur la recevabilité de l'action, notifiée à Me X pour sa mandante ou pour ses mandants. Si l'une au moins des obligations faites sous a) à c) n'est pas exécutée dans le délai imparté, il faudra en outre...porter une décision incidente - constatant que les pouvoirs allégués pour les non-signataires sont réputés non venus et que l'action n'a été introduite qu'au nom des cohéritiers signataires de procurations, - statuant sur la recevabilité de l'action, eu égard au fait que tous les cohéritiers ne sont pas en cause, sans avoir déclaré par écrit se soumettre au jugement à porter".

La procuration du mandataire peut être tacite. Le juge peut inférer du fait qu'il a en mains le dossier de la cause (13) ou que ses clients comparaissent avec lui qu'il est habilité à représenter les consorts.

Les pouvoirs du mandataire commun valent pour tous les actes de la procédure (14). Ses actes sont imputables aux consorts (15).

Il ne faut pas confondre le mandataire commun avec le représentant des cohéritiers au sens de l'article 602 al. 3 CC. En vertu de cette disposition, l'autorité compétente peut, à la demande d'un cohéritier, désigner un représentant aux cohéritiers jusqu'au moment du partage lorsque les héritiers sont en désaccord (16), que l'un d'eux se trouve à l'étranger (17), lorsque les intérêts d'un cohéritier sont menacés (18), enfin lorsque tous les héritiers ne veulent pas participer à la procédure (19).

Ces deux représentants ne sont pas désignés en vertu de la même règle. Le représentant des cohéritiers l'est en vertu du code civil, le mandataire commun en vertu d'une disposition cantonale de procédure. La disposition cantonale trouve application aussi longtemps que le juge de l'ouverture de la succession n'a pas désigné un représentant à l'hoirie. Elle s'efface devant l'article 602 al. 3 CC dès que le juge a nommé un tel représentant (20).

L'autorité de désignation n'est pas la même pour les deux types de représentant. L'autorité compétente pour désigner le représentant de la communauté est le juge du ressort dans lequel se situe le dernier domicile du défunt (21). Le juge compétent pour désigner le représentant des consorts en vertu du droit cantonal est celui saisi de l'action.

La nomination et les pouvoirs du représentant de l'hoirie diffèrent de ceux du mandataire commun des consorts nécessaires. La désignation du premier fait suite à une requête d'un ou de plusieurs cohéritiers. Celle du second peut faire suite à un ordre du juge agissant d'office (22).

Le représentant de l'hoirie en vertu du code civil est un représentant légal. L'autorité compétente peut le charger de faire le procès. Il a qualité pour agir en son propre nom (23). L'autorité compétente seule (24) a le pouvoir de retirer, étendre ou

13) VS RVJ 1987 330, 336, RVJ 1967 170.

14) VS 38.

15) Le représentant ne peut qu'agir identiquement vis-à-vis de tous les consorts. Geiger 134: "Es muss angenommen werden, dass der Vertreter, der gleichzeitig mehrere Streitgenossen vertritt, sich im Verhältnis zu den einzelnen Prozessen grundsätzlich verschieden verhalten darf. Eine Ausnahme greift...aus materiellrechtlichen Gründen in jenen Fällen Platz, wo die Streitgenossen dem Zwang zu einer gemeinsamen Prozessführung unterliegen".

16) ATF 74 II 215/JT 1949 I 264, ZH ZR 54 1955 82 no34, BS BJM 1979 188, TI Rep. 1967 220.

17) VS RVJ 1967 170.

18) BS BJM 1979 188.

19) ATF 74 II 215/JT 1949 I 264.

20) VS RVJ 1977 32, 40: "La désignation d'un représentant de la communauté exclut non seulement la possibilité, mais aussi la nécessité d'un représentant commun au sens du droit cantonal de procédure".

21) VS RVJ 1977 32, 40. Il s'agit dans le canton de Neuchâtel du président du tribunal de district. LINCC art. 1 ch. 8 (RSN 211.1).

22) VS RVJ 1977 32, 39.

23) Poudret/Sandoz CQJ 387 ad 53 ch. 2.2 et les références citées.

24) Ni l'ensemble des cohéritiers, ni celui qui a provoqué sa nomination, encore moins la majorité des cohéritiers.

restreindre ses pouvoirs (25). Le mandataire commun en vertu du droit cantonal ne tient en revanche ses pouvoirs que du consentement unanime des consorts, alors même que sa désignation peut intervenir sur invitation du juge. Il est soumis aux instructions unanimes des consorts. Chacun d'eux peut révoquer son mandat en tout temps, conformément à l'article 404/1 CO (26).

Le représentant de la communauté au sens du code civil et le mandataire commun peuvent être un tiers ou un avocat. S'il n'est pas avocat, le représentant peut mandater un avocat lorsqu'il représente la communauté en vertu du droit matériel, et avec le consentement exprès ou tacite de ses mandants ou sur sommation du juge, lorsqu'il représente les consorts en vertu du droit cantonal (27).

§2. Le mandataire ad significationem

Le législateur exige dans la majorité des cantons par économie de procédure (28) la désignation d'une personne chargée de recevoir toutes les communications, citations et notifications. La règle étant applicable à toutes les formes de consorité et donc également à la consorité nécessaire (29), nous renvoyons le lecteur aux développements relatifs à la consorité simple (30) pour toutes les questions que nous n'abordons pas dans le présent paragraphe.

Lorsque les consorts nécessaires ont un mandataire ad significationem, le tribunal adresse tous les actes à ce dernier.

Le tribunal notifie les actes à tous les avocats constitués, lorsque chaque consort a un mandataire (31).

Lorsque les consorts ont un mandataire commun, les documents judiciaires lui seront adressés, à charge pour lui de les communiquer à ses clients (32). Le tribunal est toutefois dans certains cantons en droit, voire à l'obligation dans cette hypothèse de signifier à chacun personnellement (33) et ce même s'ils ont le même domicile (34). En procédure genevoise, c'est à celui qui requiert la signification d'un acte qu'il incombe de désigner correctement les personnes à atteindre, en les qualifiant toutes individuellement. Cette exigence subsiste même pour l'indivision constituée pour des biens de famille, la LPC genevoise permettant simplement de renoncer à la signification de l'acte à tous les indivis pour se contenter d'une remise en mains du chef de l'indivision, lorsque ce dernier est inscrit au registre du commerce (35). Dans

-
- 25) VS RVJ 1977 32, 40. Les cohéritiers peuvent toutefois s'en prendre à lui pour l'exécution incomplète de sa mission. Tuor/Picconini BK ad 602 nm46 à 62. Piotet DPS 591ss.
- 26) VS RVJ 1977 32, 40: les pouvoirs du représentant relèvent exclusivement des articles 394 à 406 CO.
- 27) VS RVJ 1977 32, 40-41.
- 28) Geiger 67.
- 29) FR 89/2: "Dans tous les cas...". Geiger 134, ZH Sträuli/Messmer ad 42, AG Eichenberger ad 55. Rechberger/Simotta 74 nm137.
- 30) Deuxième partie, Titre III, Chapitre 2.
- 31) Flepp 93. Baumbach/Lauterbach ad 189 1B: "Wenn von mehreren Beteiligten, jeder einen Vertreter hat, muss eine Zustellung an jeden Vertreter erfolgen".
- 32) Ovari 149. Baumbach/Lauterbach ad 189 1A, Zöfller ad 189 nm1. Voir également AG AGVE 1971 329 no21.
- 33) TI 121 lit. f: "gli atti giudiziari sono notificati...nel caso di una comunione o di un fittisconsorzio al loro rappresentante quando ne consti l'esistenza, o singolarmente ad ogni membro".
VD JT 1963 III 34, JT 1919 III 7.
Ovari 149, Flepp 93. VD Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 20 al. 1.
- 34) Siesse 353.

d'autres cantons, la signification personnelle n'est autorisée que tant que les consorts n'ont pas désigné un mandataire (36). La signification privée est prohibée, sauf lorsque l'identité d'une partie des consorts est inconnue (37) ou en cas d'urgence (38). Le tribunal ne saurait ainsi signifier à l'un des consorts à charge pour ce dernier de communiquer l'acte aux autres consorts (39).

Chaque consort nécessaire a droit à un exemplaire du jugement même lorsque les consorts ont désigné un mandataire ad significationem (40). En procédure fribourgeoise, lorsque de deux consorts recherchés en désaveu, l'un a recouru mais pas l'autre, l'autorité de recours doit signifier également un exemplaire de l'arrêt au non recourant (41).

Lorsqu'il appointe une audience, le tribunal doit citer tous les consorts nécessaires (42). En procédure fribourgeoise, l'autorité de recours n'a pas à citer devant elle le consort non recourant lorsque les consorts nécessaires sont en droit de former des recours distincts (43).

Lorsqu'aucun consort n'a été cité, la procédure par défaut serait irrégulière (44). Lorsque tous les consorts ont été cités et qu'ils sont tous défaillants, ils sont jugés par défaut. Les cantons de Zurich, Berne, Lucerne, Schwyz, Obwald, Appenzell Rhodes-Extérieures, St-Gall, Argovie, Valais, Tessin et Jura instituent une présomption de représentation pour éviter un jugement contumacial lorsqu'un des consorts est défaillant (45). Lorsque seuls certains consorts ont été cités mais que tous les consorts comparaissent et que le consort irrégulièrement cité se comporte et agit comme si la notification avait été régulière, la procédure par défaut est impossible. La contumace est également exclue lorsque le consort non cité ne comparait pas ou

- 35) GE 19e: "Les significations sont faites pour une indivision, à tous les indivis; en cas d'indivision contractuelle (336ss CC) au chef ou au gérant de l'indivision s'il en a été désigné un et s'il est inscrit au registre du commerce". Bertossa ad 19 ch. 2 lit.e.
- 36) Ovari 149. BE Leuch ad 39 ch. 4.
- 37) VD JT 1963 III 34.
Comp. Pictet Mélanges Riese, 377ss, 384: "L'article 20g CPC...prévoit la possibilité de notifier un exploit, adressé aux membres d'une indivision à l'un des indivis à charge pour lui d'en aviser les autres dans la mesure où il peut et doit les connaître. Cela nous paraît contraire au droit fédéral, même si la notification n'est considérée comme accomplie que quand et dans la mesure où les coindivis en sont effectivement avisés - ce qui paraît être le cas - et au moins si l'acte notifié à l'un des héritiers est considéré comme notifié en même temps aux autres".
- 38) TI Rep. 1988 381: (Main-levée. Qualité pour défendre de la communauté héréditaire prise comme telle reconnue): "è regolare la notifica dell'istanza di rigetto e relativa citazione all'udienza fatta all'erede indicato quale rappresentante della comunione nel precetto esecutivo, benché lo stesso comunicò al pretore di non rappresentarla".
- 39) TI Rep. 1920 114. Baumgartner 158: L'exploit mentionnant comme partie "les héritiers X" et "Notifié à l'un d'eux "à charge de le communiquer à ses coindivis" est irrégulier et nul d'office.
- 40) ZH ZR 3 1904 169 no102. ZH Hauser/Hauser ad 199 GVG ch. 4.
- 41) FR Extraits 1956 131.
- 42) Baumbach/Lauterbach ad 63: "Die Ladung sämtlicher Streitgenossen erfolgt von Amtes wegen durch das Gericht...Es muss die Streitgenossen mitladen, wenn auf Grund des Antrags nur eines Streitgenossen oder auf Grund der Prozesshandlung auch nur eines Streitgenossen ein Termin anberaumt wird".
- 43) FR Extraits 1956 131.
- 44) Stein/Jonas ad 63 nm5.
- 45) ZH 39/2, BE 39/2, SZ 36/2, OW 37/2, AR 112/2, SG n45/1, AG 54/1, TI 46/1 et 48, JU 38/2, LU LGVE 1971 102 no89. VS RVJ 1972 238/RSI 70 1974 269 no65.
Baumbach/Lauterbach ad 63 B: "Im Fall der notwendigen Streitgenossenschaft vertritt ein erschienener Streitgenosse die geladenen, aber nicht erschienenen anderen Streitgenossen". Stein/Jonas ad 63 nm5.

comparaît mais excipe de l'irrégularité de la citation (46) ou qu'une partie seulement des consorts a été citée et que tous les consorts font défaut (47).

46) Baumbach/Lauterbach ad 63 B: "Es findet aber keine Verhandlung statt, wenn ein notwendiger Streitgenosse nicht geladen wurde und entweder nicht erschienen ist oder erscheint, aber das Fehlen der ordnungsmässigen Ladung rügt".

47) Stein/Jonas ad 62 nm35: même lorsque la consorité est nécessaire formelle, car le jugement ne peut être partiel.

CHAPITRE 3. LA CONCILIATION

La conciliation en cas de consorité nécessaire fait l'objet de règles particulières. Elle est suivant les cantons expressément prescrite (1) ou exclue selon les cas (2).

La conciliation doit être tentée au for de l'un des consorts au choix du demandeur dans les relations intercantionales, au for de la consorité passive au plan intracantonal (3). Elle ne peut l'être que par ou contre tous (4). La règle est justifiée par la vocation commune des consorts, mais également par le fait que la conciliation n'a valeur de jugement exécutoire que si tous y ont participé (5). La conciliation tentée par ou contre quelques-uns est nulle ou irrecevable dans les cantons de Berne, Lucerne, St-Gall, Grisons, Argovie et Thurgovie (6). Dans le canton de Zurich, le juge peut mettre en cause le consort manquant ou suppléer à l'absence en délivrant une autorisation de citer pour tous (7). Dans le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, le dépôt d'une demande commune corrige l'informalité lors même que la citation soit introductive d'instance (8). Dans le canton de Vaud, le juge conciliateur

- 1) SZ 82/3. VD 128: "La conciliation préalable est obligatoire dans les actions en constatation de la filiation". Texte introduit par une loi du 27 février 1990, ROLV 1990 63. Le législateur vaudois a supprimé la conciliation obligatoire pour les actions en contestation de la filiation au motif qu'elle aurait été inopérante puisque ces actions ne peuvent aboutir que par un jugement et non un acquiescement, ce "qui revient à oublier que la conciliation peut parfaitement consister dans la renonciation au désaveu". La proposition de supprimer la conciliation pour les actions en constatation de la filiation a été rejetée au motif que la conciliation peut aboutir à une reconnaissance en paternité selon l'article 260/3 CC (BGC 1990 2423, 2526-2527 et 2530). Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 128. Le canon de Vaud est un des seuls cantons à ne pas imposer de tentative de conciliation préalable pour les actions du droit de famille à l'exception du cas de l'article 128 CPC.
- 2) La conciliation est totalement exclue dans le canton de Soleure: SO 117a: "Eine Aussöhnungsverhandlung vor dem Friedensrichter findet nicht statt bei einer Streitgenossenschaft". La conciliation est partiellement exclue: ZH 196 ch. 1, UR 6, NW 20 ch. 8, GL 1/2 ch. 1, ZG 70/3 ch. 2, FR 142, SH 148 lit. c ch. 12 et 13, AR 6 ch. 5, TG 43/1 ch. 5.
- 3) Hans Schibli, Ueber den Friedensrichter nach aargauischem Recht, Thèse Zurich 1973, 93. Voir Quatrième partie, Titre 1.
- 4) Peter-Max Alborn, Der Friedensrichter im thurgauischen Prozessrecht, Thèse Bâle 1977, 109: "Wenn auch das thurgauische Zivilprozessrecht nicht ausdrücklich vorsieht, dass die Parteien im Falle der notwendigen Streitgenossenschaft schon im friedensrichterlichen Verfahren gemeinsam vorzugehen haben, darf dies jedoch als gegeben betrachtet werden, zumal schon von materiellen Bundesrecht wegen den Kantonen die Durchführung des Prozesses in einem einheitlichen Verfahren vorgeschrieben ist. Dabei müssen alle Streitgenossen in den Prozess einbezogen werden, ansonsten der Partei die Aktiv- bzw. Passivlegitimation fehlt", AG Keller/Pfisterer ad a24 ch. 2.
- 5) AR ABOG 1950-51 28 no3: "Die Klage gegen die notwendige passive Streitgenossenschaft...ist schon beim Vermittleramt gegen die Streitgenossen gemeinsam zu richten". Peter Schnyder, Der Friedensrichter im schweizerischen Zivilprozessrecht, Thèse Zurich 1985, 111-112; Hans Mahnig, Der Friedensrichter im luxemburgischen Recht, Thèse Berne, 1959, 30.
- 6) BE RJB 45 1909 434 no29, GR PKG 1983 63 no11, AG VJS 1925 129 no38, Schnyder 111-112, LU Mahnig 30; BE Leuch ad 161 ch. 2, SG Lutz ad a104 ch. 1, AG Schibli 11, Keller/Pfisterer ad 106 ch. 11, TG Böckli ad a29 ch. 4.
- 7) ZH ZR 76 1977 271 no102 c. IV 3: "Die Möglichkeit, den Mangel durch Einreichung einer Weisung gegen andere Erben zu heilen, besteht in der zweiten Instanz nicht mehr".
- 8) AR RBOG 1950-51 28 no3 où des tentatives de conciliation séparées avaient eu lieu, mais le demandeur ne s'y était pas opposé: "Der Mangel des getrennten Vermittlungsverfahrens kann...durch gemeinsame Klageeinleitung gegen die Streitgenossen geheilt werden".

corrige l'informalité en tentant la conciliation à l'égard du consort ni présent ni représenté (9).

La conciliation débute par le dépôt d'un exploit unique mentionnant tous les consorts (10) et les conclusions. Il n'y a en principe qu'une audience (11). Les consorts comparaissent personnellement (12). La règle est tempérée par l'admission de la représentation (13) et par celle d'une dispense pour motifs valables (14). Lorsque tous les consorts nécessaires n'ont pas donné procuration, le juge conciliateur leur accorde un délai à cette fin (15). Le défaut de demandeurs est susceptible de relief. Le défaut de défendeurs équivaut à l'échec de la conciliation.

La conciliation réussie vaut jugement exécutoire (16). Elle est inscrite au procès-verbal signé par les parties.

La conciliation échoue dès qu'un consort manifeste son désaccord (17). Le juge établit l'acte de non-conciliation et signe l'autorisation de citer. Il établit un document unique (18) mentionnant tous les consorts (19). Il n'a pas à y faire figurer le consort qui a par avance déclaré se soumettre au résultat du procès (20). Le contenu

-
- 9) VD JT 1976 III 41: action en désaveu contre la mère et l'enfant. Le juge de paix omet d'assigner l'enfant à l'audience de conciliation. La conciliation aboutit entre le mari et la mère. Le mari forme un recours tendant à l'annulation de l'acte de conciliation, parce que l'enfant n'a pas assisté à l'audience. L'autorité de recours n'invalide pas l'instance, mais accorde au juge de paix un délai pour y remédier. Dans ce cas, l'action avait été régulièrement ouverte, mais le juge de paix avait commis un erreur.
Comp. Poudret/Wurzbarger/Haldy ad 123 ch. 4 et 130/3: lorsque le juge de paix omet d'assigner une partie, ici l'enfant défendeur à une action en désaveu, et délivre à tort acte de conciliation au demandeur, celui-ci peut recourir en nullité et la cause devrait être suspendue jusqu'à nouvelle tentative de conciliation. L'acte aurait dû selon ces auteurs être annulé en vertu de l'art. 444/1 ch. 3 et la cause renvoyée au juge de paix en application de l'art. 448 sans que la suspension soit nécessaire.
- 10) AR ABOG 1950-51 28 no3, GR PKG 1977 86 no22.
- 11) AR RBOG 1950-51 28 no3, 29. TG Böckli ad a29 ch. 4.
- 12) GR PKG 1983 63 no11, AG VJS 1925 129 no38.
LU Mahnig 30, AG Schibli 111, TG Albom 109, AG Keller/Pfisterer ad a24 ch. 2 et ad a106 ch. 11.
- 13) Comp. SH CPC 1869 art. 178 ch. 5: "Vor Friedensrichteramt haben die Parteien persönlich zu erscheinen. Stellvertretung findet nur ausnahmsweise...durch Bevollmächtigte statt, in Sachen von Streitgenossen durch einen Streitgenossen".
- 14) Par ex. ZH 31/1, FR 147.
- 15) GR PKG 1983 64 no11 c. 2, VD JT 1979 III 71.
- 16) VD JT 1966 III 67 et note: La décision du juge de paix prenant acte de la conciliation est un jugement principal qui peut faire l'objet d'un recours en réforme ou subsidiairement en nullité, JT 1936 III 103: la conciliation a les mêmes effets que le jugement, la transaction judiciaire ou le passé-expédient.
- 17) Voir toutefois VD JT 1976 III 41 et Poudret/Wurzbarger/Haldy ad 132: "...dans les procès portant sur des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition, le juge de paix doit délivrer un acte de non-conciliation lorsque les parties sont d'accord pour que l'action aboutisse, ce qui nécessite le déroulement du procès jusqu'au jugement".
- 18) TG Böckli ad a29 ch. 4.
- 19) GR PKG 1955 24 no5. Il ne saurait établir un acte de non-conciliation à la partie instante. VD JT 1979 III 71, 74: L'arrêt vise la consorité simple, mais peut aussi bien concerner la consorité nécessaire.
- 20) GR PKG 1952 37 no15.

de l'autorisation de citer ne supplée pas à l'absence d'indication des consorts dans le mémoire de demande (21).

De l'échec de la conciliation, les demandeurs disposent d'un délai souvent très court pour agir (22). Aussi faut-il admettre qu'un seul consort puisse former l'action au fond, car il y a urgence.

La non-conciliation relative à un droit transmissible et tentée par un plaideur vaut pour ses héritiers (23) qui peuvent valablement déposer une demande sans renouveler la conciliation. Une nouvelle tentative est toutefois possible lorsque les héritiers entendent revenir sur la position du défunt.

Robert Jörger, Der Leitschein im bündnerischen Zivilprozess, Thèse Zurich 1960, 62: "Ein solches Parteimitglied wird - sofern der Verzicht schon vor dem Vermittleramt geleistet wird - nicht in den Leitschein aufgenommen und hat am Prozess kein Mitspracherecht" et n. 31: "Wird diese Verzichtserklärung später bestritten, so ist es nicht Sache des Prozessgerichtes, darüber zu befinden. Dem Betreffenden steht der Beschwerdeweg gegen den Vermittler gemäss §266 ZPO an den kleinen Rat offen. Unrichtig PKG 1942 26 no7".

- 21) AG VJS 1914 62 no37. Keller/Pfisterer ad a24 ch. 2.
- 22) De 1 mois (VD 137, GE 64/34) à 6 mois (BE 153).
- 23) SG GVP 1974 65 no22.

CHAPITRE 4. LES EXCEPTIONS, LES OBJECTIONS ET LES INCIDENTS

§1. En général

Les défendeurs n'ont pas à opposer les exceptions conjointement. Il suffit *lorsqu'une irrégularité a été commise au détriment de tous*, qu'un seul soulève l'exception (1). Admis pour la consorité simple, le procédé doit a fortiori l'être pour la consorité nécessaire de sorte que cette dernière implique l'existence d'*exceptions communes*. Il y a présomption de représentation dans les cantons de Zurich, Berne, Lucerne, Obwald, Schwyz, St-Gall, Appenzell Rhodes-Extérieures, Valais, Argovie, Tessin et Jura ainsi qu'en procédure allemande. Le consort qui ne se joint pas à l'exception est considéré comme défaillant et réputé représenté par celui qui soulève l'exception (2). La solution consistant à exiger de ce dernier qu'il intime le partenaire qui ne s'est pas joint au moyen pour éviter que l'invalidation de la procédure ne soit prononcée à l'insu de ce dernier et ne viole son droit d'être entendu a été rejetée en procédure vaudoise (3).

L'admission de l'exception profite à tous les défendeurs. La demande dirigée contre eux est irrecevable (4). Le tribunal ne saurait prononcer une invalidité partielle et laisser se poursuivre la procédure contre le consort qui n'a pas soulevé d'exception (5).

Lorsqu'une irrégularité a été commise au détriment d'un seul consort, ce dernier est seul en droit de soulever une exception de procédure. La présomption de représentation ne s'applique pas dans les cantons qui la connaissent. Le consort comparant ne peut faire valoir une exception que seul le consort défaillant peut soulever (6). La représentation expresse est réservée. Un consort peut soulever une exception personnelle à un autre consort moyennant procuration ad hoc. L'admission de l'exception entraîne un jugement d'irrecevabilité à l'encontre de tous les consorts, si elle leur fait perdre la qualité pour agir ou pour défendre (7). La doctrine admet

- 1) Comp. ZH RBOG 1991 339 no14. Geiger 120-121 notamment pour l'exception d'incompétence. Matti Streitgenossenschaft 97, Ovari 149, Fasching Komm. II 199, Fabbrini 829.
- 2) Matti Streitgenossenschaft 108. Wieczorek ad 274 CIVa, Winte 221: "...Darunter fallen grundsätzlich alle die Begründetheit der Klage betreffenden Prozesshandlungen, - die sich lediglich auf die Zulässigkeit des Verfahrens beziehenden Prozesshandlungen jedoch nur dann, wenn sie in der Person jedes Streitgenossen begründet sind". La présomption de représentation est inapplicable aux exceptions soumises à la maxime d'office.
- 3) Solution du premier juge dans VD JT 1966 III 3: Un père intente une action en désaveu contre la mère et l'enfant et omet d'indiquer dans son mémoire que l'enfant est représenté par un curateur. Il dépose ultérieurement un mémoire rectifié qui comporte cette mention. L'enfant conclut à l'invalidation au profit de sa mère et de lui-même, mais omet de mentionner sa mère comme partie dans la procédure incidente. Le président du tribunal civil rejette les conclusions incidentes, au motif que le procès n'a pas été suivi régulièrement, que l'observation des règles sur la représentation de l'incapable viole une règle essentielle de procédure, que même si l'enfant a conclu à juste titre à l'invalidation totale, il ne peut prononcer une telle mesure sans violer le droit d'être entendu de la mère restée étrangère à la procédure incidente et que de surcroît la procédure incidente elle-même est irrégulière, car la mère n'a pas été intimée à l'incident.
- 4) Behringer 166-167, Lent IhJb 90 96-97, Winte 222, Fuhr 15-16, Kisch 62-63. Contra Brückner 240-241, 247-148.
- 5) Voir cependant: VD JT 1966 III 3 où la solution de l'invalidation partielle a été adoptée, tous les consorts nécessaires n'ayant pas participé à l'exception. Comme le relève avec pertinence l'arrêtiste en note à cet arrêt, la solution est logique en procédure, mais peu compatible avec la nature de l'action en désaveu de sorte que l'invalidation ne peut être que totale.
- 6) Matti Streitgenossenschaft 110, Winte 221, Lent IhJb 90 97. Rosenberg/Schwab 291: "Jeder Streitgenosse...kann...Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Klage nur für seine Person erheben".

également la présomption de représentation lorsque l'exception n'a pas été soulevée ou a été soulevée trop tard par le consort comparant, de sorte que sa négligence nuit aux défaillants (8).

§2. L'exception de chose jugée

Un consort nécessaire peut exciper de la chose jugée au profit de tous (9).

Lorsqu'un premier procès s'est achevé par le mal fondé de la demande pour défaut de légitimation active au motif que tous les consorts nécessaires n'y ont pas figuré comme demandeurs et que les coindivis ouvrent, contre le même adversaire, un second procès auquel ils participent tous, l'adversaire peut exciper de l'exception de chose jugée (10). Les auteurs et tribunaux s'accordent sur le fait que les conditions de la triple identité exigée pour l'admission de l'exception ne sont pas remplies. Si la condition d'identité liée à l'objet fait l'unanimité - la chose demandée est la même dans les deux procès -, celles liées à la cause et aux parties font en revanche l'objet d'avis divergents. Il y a *identité de causes* selon la jurisprudence vaudoise. L'arrêtiste est d'avis contraire: "Il est clair en effet que la présence du quatrième héritier dans le deuxième procès constitue...un fait nouveau important, c'est à dire une cause nouvelle...excluant la chose jugée" (11). Il n'y a en revanche pas *identité de parties* selon cette même jurisprudence, car les consorts n'agissent pas au même titre dans les deux procès. Les cohéritiers n'étaient pour les tribunaux vaudois pas fondés à agir dans le premier procès, car ils n'avaient pas qualité pour représenter l'hoirie en l'absence de l'un d'entre eux. Ils ne pouvaient agir qu'à titre personnel, ce qui les a mis dans la situation d'un représentant sans pouvoirs. Ayant agi à titre d'héritiers et au nom de l'hoirie dans le second procès, ils ont agi en une qualité différente, car l'identité des parties implique la même personnalité juridique et non seulement la même personnalité physique (12).

L'exception de chose jugée peut être invoquée alors même que les rôles des parties ont été inversés. Il en est ainsi lorsqu'un premier procès en désaveu du mari contre la mère et l'enfant a été rejeté et que l'enfant, représenté par son curateur, a ultérieurement ouvert un second procès contre le mari et la mère (13). L'enfant peut

-
- 7) Il y a en revanche irrecevabilité partielle pour la consorité nécessaire formelle. Winte 222.
- 8) Stein/Jonas ad 62 nm27, Rosenberg/Schwab 293-294, Behringer 210ss, Leni IJJB 90 72, Samper 22, Wolff 17, Fuhr 21-22.
Les défaillants peuvent réintégrer la procédure, mais sont forclos pour l'exception. Präklusionswirkung. Samper 22, Kisch 63, Comp. Winte 224-225: "Der h. M. ist nur hinsichtlich solcher Verfahrensmängel zu folgen, die die Verhandlung zur Hauptsache betreffen, also z.B. Mängel bei der Beweiserhebung, einer Beeidigung... Grundsätzlich anders ist demgegenüber der Verzicht hinsichtlich solcher Mängel zu beurteilen, die ohne die Erstreckung des Verzichts zu einer Abweisung der Klage führen müssten, wie etwa Mängel bei der Klageerhebung oder der Zuständigkeit des Gerichts...". 227: "Eine Präklusion kann...grundsätzlich nur hinsichtlich solcher Einreden in Betracht kommen, die in den Prozessen sämtlicher Streitgenossen begründet sind".
- 9) Fasching Komm. II 199.
- 10) VD JT 1990 III 8. Procès en paiement d'une commission de courtage, ouvert par trois héritiers réservataires. Action rejetée pour défaut de légitimation active, l'héritière instituée ne s'étant pas jointe aux trois demandeurs. Nouveau procès des héritiers réservataires et de l'héritière instituée en paiement de la même commission. Nater 75-76.
- 11) VD Poudret Note ad JT 1990 III 8, 10.
- 12) VD JT 1990 III 8, 9.
Dans le même sens: Walder ZPR 160: "...so muss die Klage abgewiesen werden, doch steht einer später von allen Klägern neu erhobenen Klage die Einrede der abgeurteilten Sache nichts entgegen, weil es sich nicht um die gleiche Klage handelt". SG Schneider 87-88. TI Quaviani 68: "in ogni caso esiste sempre la possibilità di iniziare una nuova causa congiuntamente senza timore dell'eccezione di cosa giudicata: infatti non esiste identità tra le parti e non si tratta della stessa azione".

en revanche former reconventionnellement sa propre action en désaveu dans le premier procès tant qu'il n'y a pas eu de jugement (14).

§3. L'exception de litispendance

Les conditions de la triple identité doivent également être remplies lorsque le défendeur fait valoir l'exception de litispendance qui ne peut être admise partiellement en raison de l'unité du litige (15). Elle peut être soulevée contre les héritiers qui intentent un second procès à la mort du défunt alors qu'ils lui ont succédé dans le premier procès (16).

L'exception de litispendance doit dans certains cas être admise même en l'absence d'identité subjective: le défendeur peut s'opposer à un second procès ouvert par l'ensemble des coindivis, lorsque le premier procès n'a réuni que ceux d'entre eux qui n'avaient pas déclaré par avance se soumettre au jugement. L'exception de litispendance doit être admise, car les cointéressés restés à l'écart de la première procédure y sont virtuellement parties en raison de l'opposabilité du jugement à leur égard (17).

Chaque codéfendeur peut exciper de la litispendance au profit de tous (18).

§4. L'exception tirée d'un vice de forme

Les impératifs touchant à la rédaction des actes de procédure ne peuvent céder même dans l'hypothèse d'un procès en consorité nécessaire. La question de la forme relève dans de nombreux cantons de la maxime d'office (19).

Les mémoires doivent obligatoirement énumérer tous les consorts (20). La règle se justifie par le formalisme procédural, par le fait qu'elle garantit aux consorts la qualité pour agir ou pour défendre, qu'elle assure l'exécution du jugement (21) et le partage du patrimoine commun (22), qu'elle permet aux consorts, une fois la

-
- 13) ATF 88 II 477/JT 1963 I 265. VS RVJ 1977 333.
ZH Sträuli/Messmer ad 191 nm4 in fine, BE Leuch ad 192 ch. 11c.
- 14) VS RVJ 1977 333.
- 15) VD JT 1973 III 70.
- 16) Jean-Marc Reymond, L'exception de litispendance, Thèse Lausanne 1991, 246.
- 17) Reymond 244: "Pour prévenir des décisions contradictoires, l'exception de litispendance les empêche d'ouvrir la même action avant que le jugement à intervenir n'entre en force".
- 18) Fasching Komm. II 199.
- 19) AR RBOG 1959-60 46 no8, 47: "Die Parteibezeichnung muss vom Richter...von Amtes wegen geprüft werden, da es sich beim Erfordernis der genauen Parteibezeichnung um eine Prozessvoraussetzung...handelt...Die Führung eines Prozesses für oder gegen eine ungenügend bezeichnete Partei ist ausgeschlossen. Da die ordnungsgemässe Klageerhebung und damit die genügende Parteibezeichnung von Amtes wegen zu prüfen ist, kann gegen die Anbringung der prozessualen Einrede seitens des Klägers auch im Stadium der Appellation nichts eingewendet werden".
- 20) ATF 79 II 115, ZH ZR 50 1951 128 no65: "...so sind sie gesondert in Weisung und Klageschrift aufzuführen". AR RBOG 1959-60 46 no8. TG RBOG 1977 68 no10. VD JT 1919 III 8. GE SJ 1933 349.
ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm3, AR Ehrenzeller 79 annexe ad 59.
- 21) AR RBOG 1959-60 46 no8, 48: "Die Unterlassung der Angabe der als Partei auftretenden einzelnen Erben hätte in jedem Falle auch Schwierigkeiten in der Vollstreckung des Urteils zur Folge".
- 22) ZH ZR 26 1927 367 no185, 368: Action en partage, 80 héritiers. "Es hätten die sämtlichen Erben genannt werden müssen...Ohne diese Angaben wäre eine Erteilung geradezu ein Ding der Unmöglichkeit, weshalb die Klage...wegen ungenügender Substanziierung abgewiesen werden müsste".

communauté dissoute, de procéder individuellement (23). Un exploit notifié à la requête d'une hoirie doit contenir les noms, prénom, profession et domicile de chaque héritier (24). Selon la doctrine, n'ont pas à être inscrits dans l'acte les héritiers qui avant l'ouverture de l'instance ont renoncé expressément ou tacitement à leurs droits sur la prétention litigieuse (25). Nous l'approuvons sous réserve que le mémoire fasse mention de la renonciation. Il n'est pas nécessaire, selon une jurisprudence à notre avis trop libérale, que le mémoire mentionne les cohéritiers lorsque la demande est formée par le représentant officiel de la succession au sens de l'article 602 al. 3 CC (26).

Une désignation collective entache les mémoires d'irrégularité. Les désignations "hoirie X, représentée par Y (27), "Héritiers de M. Y" (28), "Succession Z" sont insuffisantes (29). L'acte manque d'une formalité essentielle, car il émane ou est dirigé contre une partie inexistante (30). La demande est irrecevable (31), sauf en matière de poursuite où la succession a en tant que telle qualité pour agir ou pour défendre (32). Si le mémoire doit mentionner tous les consorts nécessaires, il n'est en revanche pas indispensable d'indiquer à la suite de leurs noms et prénoms que les consorts forment une société simple ou une hoirie (33). De même, l'adjonction d'une

- 23) AR RBOG 1959-60 46 no8, 47-48: "Die genaue Bezeichnung der als Partei auftretenden Erben ist insbesondere dann ebenfalls notwendig, wenn nach Beendigung der gesetzlichen Erbengemeinschaft bestimmte Erben Klage erheben oder belangt werden wollen".
- 24) SZ GVP 1959 38.
AR RBOG 1959-60 46 no8.
GR PKG 1981 33 no9, PKG 1961 81 no25, PKG 1955 24 no5, PKG 1944 30 no8.
TG RBOG 1982 62 no12: "Solche Mängel der Prozessfähigkeit sind nach §118 in Verbindung mit §26 beheben zu lassen". Contra: RBOG 1977 68 no10: "...so handelt es sich nicht um einen verbesserlichen Mangel, zu dessen Behebung Nachfrist anzusetzen wäre. Die Erbengemeinschaft als solche kann keine Prozesshandlungen rechtswirksam vornehmen, also auch nicht durch Nachfristansetzung zur Prozesspartei werden. Verbesserliche Mängel...betreffen nur Unklarheiten oder Unvollständigkeiten, nicht aber das grundsätzliche Fehlen der Prozessfähigkeit. Wer eine Erbengemeinschaft statt ihre Mitglieder einklagt, bezeichnet nicht eine Partei falsch, sondern erhebt Klage gegen eine nicht existierende Partei. Guldener ZPR 231 und Sträuli/Messmer n12 zu §108 sind hier nicht anwendbar".
RBOG 1962 59 no4.
VD JT 1919 III 8. VS RVJ 1977 32, 36. GE SJ 1933 349.
Tuor/Picconini ad 602 nm32, Escher ad 602 nm63.
- 25) GR PKG 1952 36 no14. Baumgartner 157.
- 26) GR PKG 1961 81 no25, PKG 1944 30 no8.
La mention n'est pas d'avantage indispensable lorsque l'action est dirigée contre les cohéritiers. Baumgartner 157, 159.
- 27) TG RBOG 1982 62 no12.
- 28) AR RBOG 1959-60 46 no8.
- 29) BE RSJ 14 1917/1918 91 no30. GR PKG 1961 81 no25.
- 30) ATF 79 II 113/JT 1954 I 5.
GR PKG 1981 33 no9, TG RBOG 1982 62 no12, TG RBOG 1977 68 no10, RBOG 1962 59 no4.
VD JT 1963 III 34: la communauté héréditaire ne constituant pas une personne morale, il faut désigner nommément tous les héritiers pour autant qu'ils soient connus. Dans le cas contraire, il suffit de les désigner comme héritiers légaux inconnus du défunt et leur notifier un exploit par remise à l'un des héritiers connus à charge de communication à ses indivis.
NE CCC V 19, ATC V 169.
Baumgartner 156, Claude Bonnard, Les moyens de fond et l'exception de procédure en droit vaudois, JT 1955 III 33ss, 55.
- 31) ATF 79 II 115/JT 1954 I 5.
GR PKG 1981 33 no9, PKG 1955 25 no5.
- 32) ATF 102 II 185/JT 1978 I 34: qualité pour défendre dans la main-levée. BS BJM 1973 171.
Voir également en matière de poursuites pour dettes la circulaire du TF no16 du 3 avril 1925 relative aux communautés héréditaires et indivisions, ATF 51 III 98. Brügger ad 49 LP et les références citées.

telle précision ne l'entache pas d'un vice de forme. Tout au plus l'acte peut-il être rectifié (34).

La pratique admet la validité du mémoire lorsque l'identité des consorts découle du dossier ou de preuves annexées à la demande, par exemple un certificat d'héritiers (35), un extrait du registre du commerce ou du registre foncier (36). Le tribunal fixe même dans certains cantons un délai aux parties aux fins de compléter le mémoire (37).

La rectification ajoute parfois au procès un plaideur supplémentaire sans équivaloir à une mise en cause. Dans un procès tendant à l'inscription d'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs, le demandeur n'avait par erreur actionné que l'un des deux propriétaires en main commune. Le dossier comportant un extrait du registre foncier, il n'y avait de doute sur l'identité des parties ni pour les parties, ni pour le tribunal, d'autant plus qu'il renfermait de surcroît une ordonnance de mesures provisoires contre les deux propriétaires. La cour d'appel fribourgeoise a estimé que la désignation, dans les conclusions, du fonds à grever impliquait celle du ou des propriétaires inscrits au registre foncier et a appliqué par analogie les règles sur la désignation inexacte des parties (38).

Le mémoire commun doit mentionner le domicile de chacun des consorts, même lorsqu'ils ont un domicile de notification commun. La question est d'importance lorsqu'il s'agit d'examiner les conditions de la *cautio judicatum solvi*. En procédure zurichoise, le consort qui n'indique que le domicile de notification et tait son adresse personnelle est assimilé à un plaideur étranger (39).

La jurisprudence genevoise atténue les exigences formelles lorsque les consorts sont nombreux. Le consort est autorisé à remédier à l'informalité dans un certain délai et est mis hors de cause si la régularisation n'intervient pas dans le délai fixé (40). La simplification adoptée par la Cour de Justice nous paraît contraire au droit fédéral. La mise hors de cause d'un consort nécessaire rend en effet la demande irrecevable, car elle prive les autres de la qualité pour agir ou pour défendre.

122

-
- 33) GE Bartossa ad 7 nm3.
- 34) ZH ZR 50 1951 128 no65: Coordonnées des associés d'une société simple suivie de "Firma": le tribunal a radié d'office l'adjonction.
- 35) BE RJB 76 1940 405, AR RBOG 1959-60 46 no8, 48: "Die Identität der als Prozesspartei auftretenden Erben von Frau G. E. erscheint...als derart ungewiss, dass es auch nicht angehen würde, diese ungenaue Parteibezeichnung von Amtes werden zu berichtigen. Dies wäre höchstens dann möglich, wenn sich die Partei aus den Akten sicher bestimmen liesse". GR PKG 1983 62 no11, PKG 1981 33 no9, PKG 1977 109 no32. AG AGVE 1980 54 no12. NE RJN 1990 72, RJN 71 35. GE SJ 1935 27.
ZH Sträub/Messmer ad 100 nm2, 108 nm3, BE Leuch ad 157 ch. 2.
- 36) FR Extraits 1980 47. NE RJN 1980-81 96: notoriété du registre du commerce en pareil cas.
- 37) VS RVJ 1977 32, 37: "Faute d'application de l'article 147, l'on se trouve en la présente espèce, après l'échange des mémoires et le dépôt du certificat d'hérédité, face à une irrégularité au sens de l'article 344/1 et /2 CPC, dont il faudra ordonner la rectification par exploit, sur la base des art. 76/2 et 77 CPC concernant les devoirs du juge et les lacunes des actes de procédure".
- 38) FR Extraits 1980 47.
- 39) ZH 74.
- 40) GE SJ 1976 169.

§5. La compensation

Les consorts nécessaires ne peuvent opposer la compensation que conjointement, car il s'agit d'un acte de disposition (41). Il n'y a pas présomption de représentation (42).

§6. Les objections

Lorsqu'il y a consorité nécessaire, il faut reconnaître le droit à un défendeur de soulever une objection *commune*. Il y a présomption de représentation dans les cantons qui connaissent ce système. Lorsque l'objection est *personnelle* à un défendeur, la présomption de représentation ne trouve pas application (43).

Lorsque l'action n'a pas été formée par ou contre tous les consorts nécessaires, le juge examine le plus souvent d'office la question de la qualité et de la légitimation (44). L'adversaire des consorts est toutefois également en droit d'opposer l'exception de consorité, exceptio plurium litisconsortium, appelée également exception retardatrice de consorité (45) ou exception de défaut de qualité (46). Il ne fait pas valoir un vice de forme en opposant ce moyen, mais conteste la titularité du droit invoqué et affirme que les codemandeurs n'en sont pas les sujets actifs, ni les codéfendeurs les sujets passifs (47).

L'adversaire des consorts peut dans certains cantons faire valoir ce moyen en tout temps jusqu'au prononcé du jugement (48). Il n'a pas à y ajouter une exception de procédure (49). Il soulève en procédure neuchâteloise un moyen de fond, mais peut l'opposer sous la forme d'un moyen préjudiciel (50). L'admission du moyen entraîne l'irrecevabilité de la demande et dans certains cantons emporte jugement sur le droit prétendu de sorte que la demande est déclarée mal fondée (51).

-
- 41) Schilken 382 nm685.
42) MünK ad 62 nm49.
43) Matti Streitgenossenschaft 109.
44) ATF 74 II 216/JT 1949 I 264, NE RJN 1980-81 96, Nater 75.
Comp. TI Rep. 1960 305, 308: "...l'assenza di un coerede nella lite promossa da altri coeredi deve essere rilevata dalle parti sollevando l'eccezione di carenza di legittimazione, che è di natura perentoria. Il giudice può interloquire ex officio soltanto quando la domanda petizionale tende a creare o a modificare una situazione di diritto per tutti gli interessati, cioè quando esiste per la domanda di causa un consorzio necessario, affinché l'autorità della cosa giudicata della relativa sentenza possa essere opposta a tutti gli interessati, come venne deciso con la sentenza richiamata dai ricorrenti".
45) ATF 74 II 216/JT 1949 I 264, 266.
46) LU LGVE 1973 164 no141. FR Deschenaux/Castella 67.
47) LU Entsch. 1973 164 no141. TG RBOG 1977 68 no10.
Nater 74-75: "Mit dieser Einrede wird darauf hingewiesen, dass der geltend gemachte Anspruch nicht gegen die Beklagten alleine geltend gemacht werden kann (wenn nicht alle Erben mit der Klage erfasst worden sind) oder dass der nicht den Klägern allein zusteht (wenn nicht alle Erben gemeinsam klagen)".
48) VS RTC 1959 227 no85, 228. Il suffit que la légitimation soit donnée au moment du jugement.
49) Geiger 76: "Richtigerweise bedürfte es hier zur Abweisung einer Klage gar keiner Berufung auf § 37/2 ZPO..., denn wenn die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft ohnehin eine Sache des materiellen Rechts ist, so umfasst der allgemeine Begriff des Sachurteils auch ohne weiteres eine Abweisung der Klage wegen mangelnder Streitgenossen...Die durch die Einrede der mehreren Streitgenossen...ausgesprochene prozessuale Notwendigkeit entspricht der heutigen Auffassung von der notwendigen Streitgenossenschaft in keiner Weise."
50) NE n162: d'entrée de cause.
51) Guldener ZPR 298, Nater 75, FR Deschenaux/Castella 67.

87. Les incidents

Il faut reconnaître à chaque consort nécessaire le droit de soulever incident, car la procédure leur est commune et chacun d'eux doit pouvoir veiller à son organisation régulière. Il y a présomption de représentation dans les cantons qui connaissent ce système (52).

Parmi les incidents, il faut mentionner *l'incapacité et la récusation du juge*.

L'incapacité du juge est déterminée par les règles générales. Le juge consort est frappé d'exclusion (53). Il en va de même du juge parent ou allié d'un ou plusieurs consorts (54). Est également inhabile le juge qui participe au rapport litigieux sans participer à la procédure (55).

La faculté de *récusation* n'est pas limitée au consort qui aurait lieu de craindre la partialité du juge. Chaque consort nécessaire peut demander le départ du juge (56). Il n'est pas nécessaire qu'il ait un motif de récusation. Il faut mais il suffit que l'un des colitigants puisse faire valoir un tel motif (57). Chaque consort nécessaire peut également recourir contre la décision refusant la récusation (58). Les consorts ne sont pas présumés avoir renoncé à requérir la récusation au motif qu'ils ne l'ont pas requise de concert. La récusation est proposée d'entrée de cause avant tout débat ou dès qu'elle est connue avant tout nouvel acte de procédure. La requête de récusation doit être soumise non seulement à l'adversaire, mais également aux partenaires du requérant (59). Le juge récusable a qualité pour siéger tant que l'un des consorts n'a pas demandé son départ.

Le juge inhabile ou récusable l'est pour tous les consorts nécessaires (60). Il doit se récuser dès qu'un motif d'incapacité apparaît chez l'un d'eux (61). L'incapacité a des effets ex tunc et affecte tous les actes auxquels il a participé. La récusation a des effets ex nunc et ne touche que les opérations postérieures à la demande de récusation. Chaque consort nécessaire et non seulement celui qui a requis la récusation (62) peut demander l'annulation des actes accomplis par le juge inhabile ou récusable. Il peut dans le canton de Berne demander la cassation d'office ou attaquer en nullité le prononcé du juge qui a fonctionné au mépris des règles de récusation (63).

-
- 52) Winte 223: "Zu einer uneingeschränkten Anwendung der Vertretungsfiktion kommt es...bei den Prozessanträgen, die sich unmittelbar nur auf die Gestaltung des Verfahrens selbst beziehen", Kisch 42, Wachenfeld 134-135.
- 53) Poudret/Sandoz COJ ad 22 ch. 2. 1.
- 54) Stein/Jonas ad 41 nm11: "Es genügt, dass der Richter mit einem von mehreren Streitgenossen verwandt oder verschwägert ist".
- 55) Stein/Jonas ad 41 nm8, Baumbach/Lauterbach ad 41 2A, Christian Stemmler, Befangenheit im Richteramt, Thèse Tübingen 1975, 23 et 25.
- 56) Geiger 120. Wicczorek ad 42 B1: "Das Ablehnungsrecht...steht jedem Kläger und jedem Beklagten für sich, mag er...in notwendiger...Streitgenossenschaft stehen".
- 57) Matti Streitgenossenschaft 67. Wicczorek ad 44 cIIa.
- 58) Geiger 122 n. 14.
- 59) Wicczorek ad 44D.
- 60) Matti Streitgenossenschaft 67, Geiger 121, Thomas/Putzo notes prélim. ad 41 III. Zöller ad 41 nm4.
- 61) Matti Streitgenossenschaft 67: "Bei Streitgenossenschaft genügt es zur Begründung des Ausstandes...einer Gerichtsperson, wenn die beanstandbare Beziehung bezüglich eines einzigen Streitgenossen besteht".
- 62) Et même l'adversaire. Poudret/Sandoz COJ ad 24 ch. 1.
- 63) Matti Streitgenossenschaft 67.

CHAPITRE 5. LA DEMANDE RECONVENTIONNELLE ET L'INTERVENTION

§1. La demande reconventionnelle

La qualité pour agir reconventionnellement appartient à tous les défendeurs conjointement lorsque le procès reconventionnel porte sur un droit *indivisible*. Consorts nécessaires au principal, ils le sont également dans la reconvention (1). Il n'y a pas présomption de représentation. Le consort qui ne participe pas à la reconvention n'est pas réputé représenté par les autres, car la présomption ne s'applique pas aux actes de disposition (2). La présomption de représentation est également exclue lorsque la consorité est nécessaire formelle, car elle aurait pour effet d'introduire dans une procédure pendante des plaideurs qui ne voulaient pas agir en justice (3).

Lorsque la reconvention porte sur un droit *divisible*, les défendeurs, consorts nécessaires au principal, sont consorts simples dans l'instance reconventionnelle (4). Les consorts peuvent ainsi être à la fois des consorts simples et des consorts nécessaires dans le même cadre de procédure. Il en découle qu'un codéfendeur peut agir reconventionnellement, car sa qualité de consort nécessaire découle de la demande principale et non de la reconvention.

Le consort nécessaire formel a qualité pour former une demande reconventionnelle de manière indépendante (5).

La demande reconventionnelle permet parfois à l'un des défendeurs d'échapper à l'exception de chose jugée: dans un procès en désaveu du mari contre la mère et l'enfant, le tribunal a conseillé à l'enfant de prendre des conclusions reconventionnelles subsidiaires contre le père et des conclusions additionnelles contre la mère pour éviter de s'exposer à la chose jugée dans un procès distinct (6).

Lorsque la reconvention porte sur un droit *indivisible*, la qualité pour défendre reconventionnellement appartient conjointement à tous les demandeurs qui sont consorts nécessaires aussi bien dans l'instance principale que dans l'instance reconventionnelle.

Lorsque la reconvention porte sur un droit *divisible*, le demandeur reconventionnel n'est pas obligé de diriger son action contre tous les demandeurs principaux. Le défendeur peut n'actionner qu'un seul consort (7), car les demandeurs sont consorts nécessaires au principal, mais consorts simples ou tiers dans la reconvention (8).

1) Gysler 113, Stolz 131, *Marianne Lessing-Blum*, Die Zulässigkeit der Widerklage, Thèse Bochum 1978, 75-76 et Zöller ad 33 nm18 pour les consorts recherchés par un intervenant principal. Idem ZH Sträuli/Messmer ad 60 nm6, mais cet auteur l'exclut pour les créanciers cessionnaires au sens de l'art. 260 LP.

2) Winte 253.

3) Winte 253.

4) Lessing-Blum 75. Des cohéritiers requièrent par exemple un passage nécessaire à des cohéritiers, propriétaires du fond voisin; ces derniers concluent reconventionnellement à leur tour à l'octroi d'un droit de passage.

5) Winte 253.

6) VS RVJ 1977 333.

7) TI Rep. 1966 83, GE SJ 1921 281.

8) BE RJB 87 1951 348; Dans l'action tendant à l'attribution d'un domaine agricole, les codéfendeurs sont des consorts nécessaires, mais les codemandeurs sont des consorts simples. Les codéfendeurs consorts nécessaires au principal sont consorts simples dans la reconvention.

Lorsque la valeur litigieuse de la demande reconventionnelle dépasse celle de la demande principale, elle peut fonder une autre compétence et provoquer la division entre l'instance principale et l'instance reconventionnelle (9).

§2. L'intervention

L'intervention dépendante à plusieurs en faveur d'un tiers est possible aux conditions de la consorité nécessaire. Intéressés à son succès, des cohéritiers peuvent par exemple vouloir soutenir un plaideur dans une procédure déjà pendante.

L'intervention d'un tiers en faveur de consorts nécessaires est également possible (10). La jurisprudence est inexistante et la doctrine laconique sur la question de savoir si le tiers qui souhaite intervenir doit assister l'ensemble des consorts nécessaires ou s'il peut soutenir un consort seulement. Wieczorek laisse la liberté au tiers (11). Nous sommes pour notre part favorables à une intervention en faveur d'un seul lorsque les consorts peuvent adopter des positions différentes. Lorsque tel n'est pas le cas, le tiers ne peut qu'assister l'ensemble des consorts, pour ne pas nuire à l'unité du procès.

Un consort nécessaire peut-il être l'intervenant accessoire d'un autre ? Certains auteurs l'excluent (12), d'autres l'admettent (13). Avec M. Guldener, nous y sommes favorables, car l'intervention peut pallier au défaut d'un consort et garantir la qualité pour agir des coindivis (14).

L'intervention d'un consort nécessaire au profit de l'adversaire commun est exclue. Le procès portant sur une prétention dont le sort doit être scellé de la même manière pour tous, il faut considérer que le consort "s'actionne" lui-même, ce qui est impossible (15). L'indivis qui a déclaré par avance se soumettre au résultat du procès, ne peut, de même, pas soutenir l'adversaire, bien qu'il ne soit pas formellement partie à la procédure, car il s'est déjà prononcé sur le fond du droit (16).

- 9) Matti Streitgenossenschaft 116: "Diese Verweisung wird namentlich angezeigt sein, wenn die Widerklage nur einzelne Streitgenossen einer notwendigen Streitgenossenschaft betrifft und daher eine Trennung unzulässig ist".
- 10) Dans l'action en contestation de la reconnaissance (CC 260a), la mère de l'enfant qui n'est pas défenderesse, peut intervenir aux côtés de l'auteur de la reconnaissance et de l'enfant. Hegnauer BK ad 260a nm15. La procédure cantonale autorise parfois le ministère public à intervenir. Guldener ZPR 215.
L'intervention est parfois exclue, ainsi dans l'action en désaveu. Hegnauer BK ad 256 nm93: "Wer befürchtet, dass bei Aufhebung des Kindesverhältnisses die Vaterschaftsklage gegen ihn erhoben würde, kann nicht zugunsten der Beklagten intervenieren".
- 11) Wieczorek ad 66 Allf1: "Wer von mehreren Streitgenossen derselben Parteienseite er beitrifft, steht regelmässig in seiner Wahl... Weder die Partei noch ihre Rechtsstellung zu den anderen Streitgenossen (etwa als notwendiger Streitgenosse...) hat auf diese Wahl des Streitgchilfen unmittelbarer Einfluss".
- 12) Lent ZPR 224 a contrario. Cet auteur semble toutefois admettre l'intervention dans les cas d'indivisibilité "logique" pour lesquelles la construction de la consorité nécessaire est rejetée.
- 13) Guldener ZPR 307, Ovari 150: la condition de la préexistence d'un procès est toujours réalisée alors que celle de l'intérêt juridique au succès du consort soutenu doit être examinée de cas en cas. Geiger 147 l'admet, mais doute de son utilité lorsque les consorts nécessaires peuvent procéder de manière indépendante. Cet auteur l'exclut toutefois pour les créanciers cessionnaires 260 LP. Stein/Jonas ad 66 nm9.
- 14) Guldener ZPR 299 n. 19, 307 n. 6, Geiger 147. Solution rejetée par Ovari 153.
- 15) Lent note ad NJW 1950 704, Wieczorek ad 66 Allf2. Pour Geiger 153-154, une telle intervention frise l'abus de droit (intervention du cessionnaire 260 LP en faveur de l'adversaire commun).
- 16) Lent note ad NJW 1950 705: "es lässt sich auch praktisch kein Fall konstruieren, wo die Interessenlage solches Verhalten erklären könnte".

L'intervention indépendante d'un tiers en faveur de consorts est possible. L'intervenant ne devient pas partie au procès, sauf en procédure neuchâteloise (17). Il a toutefois les mêmes droits et obligations qu'un consort nécessaire (18). Peut ainsi intervenir l'actionnaire qui avait primitivement renoncé à demander l'annulation d'une décision de l'assemblée générale.

L'intervention indépendante d'un consort en faveur d'un autre ne peut être admise lorsque les consorts ne peuvent qu'adopter une attitude concertée, car elle aurait pour effet de leur conférer indirectement le droit d'adopter des positions divergentes. Il est toutefois un cas dans lequel l'intervention nous paraît utile. L'indivis qui avait déclaré par avance se soumettre au jugement et qui se rétracte peut intervenir, car le jugement qui aurait été rendu à son égard aurait eu un effet direct sur ses rapports avec la partie adverse.

17) NE n35.

18) Stein/Jonas ad 69 nm8: "...Es gelten für seine Prozesshandlungen die Grundsätze des §61 und damit die dort vorbehaltene Ausnahme des §62, da in allen Fällen des §69 die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft vorliegen müssen".

CHAPITRE 6. LES ALLEGATIONS ET LA PROPOSITION DES PREUVES

A l'instar de tout procès, les mémoires introductifs d'instance doivent lorsqu'il y a consorité nécessaire comporter des faits, moyens de droit et conclusions (1).

La question de l'allégation des faits et de la proposition des preuves, qui est son corollaire, fait pour la consorité nécessaire l'objet de trois courants.

De nombreux auteurs sont en faveur d'une action concertée au motif que les consorts n'ont qu'ensemble qualité pour agir ou pour défendre de sorte que l'allégation, la dénégation des faits et la proposition des preuves ne peuvent être que conjointes. Le fait est inexistant lorsque tous les consorts n'ont pas participé à l'allégation. Le moyen est tenu pour non invoqué s'il n'a pas été proposé par tous (2). On ne peut pour certains auteurs empêcher les consorts d'alléguer des faits contradictoires, mais le juge doit leur fixer un délai pour s'accorder (3). Nous avouons ne pas bien saisir leur pensée, car la solution équivaut à une allégation conjointe obligatoire. La présomption de représentation est une variante de l'action concertée: le consort qui ne participe pas à l'allégation, à la détermination et à la proposition des preuves est présumé défaillant et réputé représenté par le partenaire diligent dans les cantons qui connaissent ce système (4).

Justifié par la libre appréciation des preuves (5), un deuxième courant fait profiter chaque consort des allégués de l'autre et autorise les consorts à alléguer de manière divergente (6). La solution est admise aussi bien pour la consorité nécessaire matérielle (7) que pour la consorité nécessaire formelle (8).

- 1) GE ACJ non publié 335/1984 UBS c/Drake Systems Limited et autres du 19 octobre 1984: à peine de nullité.
- 2) Guldener ZPR 299, Geiger 122 et 124 sauf lorsqu'il y a maxime d'office. Gysler 117, Stolz 123, ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm13, AG Eichenberger ad 54 nm1. Holzhammer Partienhäufung 134, Brückner 126 qui y voit un acte de disposition.
- 3) Walder ZPR 161: "Man wird...mehreren notwendigen Streitgenossen nicht verwehren können, getrennte Parteivorträge abzugeben. Enthalten diese Widersprüche, so wird dem Streitgenossen unter der jeweiligen für den einzelnen Fall sich als geeignet anbietenden Androhung (GVG 196) Frist anzusetzen sein, um sie zu beheben". Dans le même sens SG Schneider 88.
- 4) Muti Streitgenossenschaft 108-109, Baumbach/Lauterbach ad 62 4Ba, Stein/Jonas ad 62 nm27, Brückner 231, Lent InFu 90 71-72, Kisch 50, Fuhr 14, Wachenfeld 154-155, Winte 229: "Der säumige Streitgenosse ist bei einem späteren Wiedereintritt in den Prozess...aber nicht gehindert, hiervon abweichende Tatsachenbehauptungen aufzustellen und dafür vorhandene Beweismittel in den Prozess einzuführen. Soweit seine Tatsachenbehauptungen im Widerspruch zu denen des tüchtigen Streitgenossen stehen sollten, ergibt sich keine andere Situation, als wenn von vornherein die Streitgenossen voneinander abweichende Sachdarstellungen gegeben hätten".
- 5) Habscheid ZPR II 154 nm283: "Von den Streitgenossen stets übereinstimmenden Sachvortrag und identische Beweisanträge zu verlangen, erscheint uns zu dogmatisch. Bei widersprechenden Vorbringen entscheidet das Gericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung". Winte 117: "Sachdarstellungen...können die Streitgenossen...selbständig und völlig unabhängig voneinander vornehmen. Da gerade das Untertassen einer Prozesshandlung dispositive Wirkung haben kann, z. B. wenn eine entscheidungserhebliche Tatsache nicht vorgetragen oder ein günstiger Zeuge nicht benannt wird, darf das Gericht die von nur einem Streitgenossen vorgetragene günstige Tatsache nicht unberücksichtigt lassen, bzw. die Zeugenvernehmung nicht deshalb ablehnen, weil ein Streitgenosse diese Tatsache nicht vorgetragen, bzw. den Beweis nicht angetreten hat. Hinsichtlich der für die Streitgenossen günstigen Tatsachenbehauptungen...folgt dies bereits daraus, dass materiellrechtlich jeder Mitberechtigter alle für die Gemeinschaft günstigen Handlungen vornehmen kann. Auch ohne die Annahme der Notwendigkeit einer einheitlichen Entscheidung kann schon aus allgemeinen Grundsätzen die Würdigung von sich widersprechenden Sachdarstellungen...durch das Gericht nur einheitlich erfolgen", 139: "Abzulehnen...sind alle Meinungen die...für den Tatsachenvortrag und die Beweisantretung gemeinschaftliches Handeln der Streitgenossen verlangen". Lent ZPR 223.
- 6) Geiger 124 lorsqu'il y a maxime d'office: "Denn wenn der Richter im einzelnen Prozess Tatsachen berücksichtigen darf, die von den betreffenden Parteien nicht vorgebracht

Le troisième cours est à notre préférence. Consacré en consorité simple (9), il n'est curieusement que peu évoqué pour la consorité nécessaire. Il autorise un consort à alléguer ou contester les faits au profit de tous ainsi qu'à proposer leurs preuves (10). Le consort qui ne participe pas à l'allégation, à la détermination ou à la proposition est présumé accepter la présentation des faits qui ne sauraient être tenus pour inexistantes pour défaut d'action concertée. Les mêmes règles sont applicables aux faits nouveaux (11). La solution s'impose par le fait que l'allégation des faits et la proposition des preuves ne sont pas des actes de disposition.

L'allégation et la proposition des preuves sont individuelles lorsque le droit matériel autorise les consorts à prendre des positions indépendantes (12). Il en va de

wurden, so können auch alle jene Prozesshandlungen, die geeignet sind, eine bestimmte Tatsache im Verfahren geltend zu machen, nicht mehr dem Zwang zur gemeinsamen Vornahme unterliegen. Tatsachenbehauptungen... eines einzelnen Streitgenossen wirken alsdann auch in den Prozessen der Mitstreitgenossen, sofern sie die Überzeugung des Richters zu gewinnen vermögen. Dies hat zur Folge, dass die erwähnten Prozesshandlungen von jedem einzelnen Streitgenossen vorgenommen werden können, und dies selbst dann wenn sie sich gegenseitig widersprechen".

Pius Bosshart, Die Tatsachenforschung im ordentlichen schweizerischen Zivilprozessverfahren, Thèse Fribourg 1952, 13: "...Was... bei Nichtteilnahme eines Streitgenossen gilt, muss auch dann gelten, wenn zwar alle am Streit teilnehmen, Tatsachen und Beweismittel aber nur von einem oder einigen Streitgenossen vorgebracht werden. Andererseits hat jeder das Recht zu den schon vorgebrachten Anbringen weitere Tatsachen und Beweismittel geltend zu machen. Jeder kann eine von den andern abweichende Sachdarstellung geben, die Behauptungen des Gegners bestreiten oder zugestehen, auf den geltend gemachten Anspruch verzichten oder ihn anerkennen... Es ist also nicht erforderlich, dass ein und dieselbe Tatsache von allen gemeinsam vorgebracht werde, indem etwa alle unterzeichnen oder die mündliche Behauptung eines Streitgenossen ausdrücklich bejahen. Aber die Einheitlichkeit der Entscheidung verlangt Einheitlichkeit des Prozessstoffes. Bei widerstreitenden Sachdarstellungen entscheidet die über dem Urteil als wahr zugrundezuliegende die Beweisaufnahme und die Beweiswürdigung des Gerichtes, die nur eine einheitliche sein kann".

Theodor Keller, Die Edition von Urkunden im zürcherischen Zivilprozess, Thèse Zurich 1963, 36.

Zöller ad 62 nm24: "Die Behauptungen oder das Bestreiten durch einen Streitgenossen wirken für und gegen diesen, soweit die übrigen sich ausdrücklich oder konkludent anschliessen". Fasching Komm. II 201: "Für Wissenserklärungen gilt, dass jede Erklärung eines Mitgliedes der einheitlichen Streitpartei in gleicher Weise zu berücksichtigen ist. Bei widersprechenden Wissenserklärungen obliegt es der freien richterlichen Beweiswürdigung, welcher Erklärung der Richter folgt".

L'article 307 al. 2 CPC VD semble autoriser cette variante. Cette disposition permettant au consort comparant de prendre à son compte les offres de preuve du consort défaillant, il faut en conclure que le comparant est en droit de se prévaloir des faits allégués par l'autre, sinon la règle n'aurait pas de sens.

- 7) *Lent* JJB 90, 93-94, *Kisch* 89, *Fuhr* 29, *Amelunxen* 73-74, *Wachenfeld* 154, *Hachenburg* 63-64, 68-69, *Becker* 22, 42.
- 8) *Brückner* 48: "...Im Widerspruchsfalle ist die Prozesshandlung jedes einzelnen Streitgenossen voll wirksam und kann - über das gemeinsame Urteil - auf die Rechtsstellung der Mitgenossen einwirken" et 50 n. 1.
- 9) Voir Deuxième partie, Titre III, Chapitre 6.
- 10) *Ovari* 148, *Matti* Streitgenossenschaft 96-97, *Winte* 139. *MünK* ad 62 nm48. *Lent* JJB 90, 94. *Fasching* Komm. II 199: "Jeder Prozessantrag eines Streitgenossen, der sich auf die Sammlung des Tatsachenmaterials bezieht, wirkt auch zugunsten der anderen Streitgenossen... Das Gericht hat also alle Beweisanträge der einzelnen Streitgenossen zu prüfen und seiner Stoffsammlung zugrunde zu legen".
- 11) *Alfred Bühler*, Das Noverrecht im neuen aargauischen Zivilprozessrecht, Thèse Zurich 1986, 28: "Das von einem Streitgenossen ausgeübte Noverrecht gilt... als gemeinschaftliche Prozesshandlung für alle. Umgekehrt schliesst die Zurückweisung von Neuerungen eines Streitgenossen das Noverrecht der anderen für dieselben neuen Tatsachenbehauptungen, Beweismittel und Einreden aus" et 64.
- 12) *Geiger* 127, *Guldener ZPR* 300, *Winte* 117 et 139.

même lorsque les consorts ont des intérêts personnels à défendre (13). La solution est générale pour les consorts nécessaires formels (14).

Les déterminations de l'adversaire commun ne peuvent que valoir pour tous les consorts.

13) Ovari 147-148, 213.

14) Winte 105, Brückner 126.

CHAPITRE 7. LES CONCLUSIONS

Lorsque les consorts nécessaires ne peuvent procéder de manière indépendantes, ils ne peuvent conclure individuellement, encore moins contradictoirement (1). Un consort nécessaire n'est pas en droit de conclure au profit de tous (2), sauf représentation conventionnelle ou légale. La présomption de représentation n'est pas admise, car il s'agit d'un acte de disposition. Les conclusions doivent être communes (3). La restriction s'explique par le caractère impératif de la consorité nécessaire. En effet, si l'un d'eux n'a pas qualité, sauf urgence (4), pour représenter la communauté dans le procès, à plus forte raison ne peut-on autoriser plusieurs d'entre eux, prétendant agir au nom de la communauté, à prendre des conclusions différentes ou contradictoires. La concertation peut être successive. Les conclusions d'un consort qui ont été ratifiées par les autres sont valables. Lorsque des cohéritiers n'arrivent pas à se mettre d'accord, ils peuvent requérir la désignation d'un représentant officiel en vertu de l'article 602 al. 3 CC (5).

Lorsque les consorts nécessaires peuvent procéder de manière indépendante, ils peuvent conclure individuellement et même contradictoirement (6). Les cohéritiers actionnés en partage peuvent prendre des conclusions personnelles à l'encontre des membres de l'hoirie qui s'opposent à leurs prétentions, dans la mesure où elles ont trait à un problème intéressant la succession non partagée (7). Les consorts nécessaires formels peuvent formuler des conclusions divergentes, mais prennent le risque d'être expulsés du procès (8).

Les conclusions entre consorts ne sont pas impossibles lorsqu'il y a consorité nécessaire. Les époux, actionnés en nullité de mariage peuvent conclure l'un contre l'autre en ce qui concerne les effets de la nullité (9). Les consorts peuvent également

- 1) Lent ZPR 223.
- 2) ATF 54 II 243/JT 1929 I 162, ATF 51 II 28, ATF 50 II 216/JT 1924 I 505. Tuor/Piconi ad 602 nm32a. Escher ad 602 nm58. BS/BL Staehelin/Sutter 88-89. Comp. Baumbach/Lauterbach ad 62 31Bc: "Einer sachlich rechtlich etwa zulässigen Klage des einen auf die Leistung an alle steht nichts im Weg".
- 3) GE ACJ 335/1984 non publié UBS contre Drake Systems Limited et autres du 19 octobre 1984 10: "...En cas de pluralité de demandeurs, ceux-ci doivent donc présenter des conclusions motivées, lesquelles...leur seront communes s'ils invoquent la consorité nécessaire, étant concernés par le même rapport de droit...". Theo Gühli/Alfred Koller/Jean Nicolas Druey, Das schweizerische Obligationenrecht, Zurich 1991, 26: "...so ist die zum Gemeinschaftsvermögen gehörende Forderung ein ungeteiltes, gemeinsames Recht der die Gesamtheit bildenden Personen. Es ist nur eine Forderung vorhanden, über die, unter Vorbehalt der besonderen Bestimmungen bei der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft (OR 562, 602) nur alle Gesamthänder gemeinsam verfügen...der einzelne Erbe ist nicht forderungsberechtigt, weder auf einen Teilbetrag, noch in der Weise, dass er auf Leistung des Schuldners an alle Gläubiger gemeinsam klagt". Lent DJB 90 32.
- 4) ATF 74 II 215/JT 1949 I 264, ATF 73 II 162/JT 1948 I 209, ATF 58 II 195/JT 1933 I 561.
- 5) Baumgartner 184.
- 6) FR Extraits 1952 131. Lent ZPR 223.
- 7) GE SJ 1963 252, 255.
- 8) Lent DJB 90 44: "...es liegt niemals ein einziger unteilbarer Antrag der Gesamtheit aller Streitgenossen vor, sondern es sind so viele Anträge vorhanden wie Streitgenossen. Die Anträge richten sich auf eine Entscheidung gleichen Inhalts, aber sie sind selbständig. Da über jeden Antrag entschieden werden muss, sind auch so viel Entscheidungen notwendig wie Anträge gestellt werden, es gibt daher auch keine unteilbare Gesamtentscheidung" et 67.
- 9) ZH 201: "Im Prozess auf Ungültigerklärung der Ehe, welcher durch Klage eines Dritten eingeleitet wird, kann jeder Ehegatte gegen den andern selbständig Rechtsbegehren stellen".

conclure les uns contre les autres dans les procès en partage lorsque plusieurs coïndivis ont requis le partage (10).

Si la jurisprudence s'exprime sur la forme des conclusions communes - les consorts ne peuvent requérir condamnation en faveur de la partie instante, ni en faveur du groupement des consorts désigné par un vocable collectif, par exemple conclure en faveur de la masse successorale (11) - elle est laconique sur la forme des conclusions à prendre par un coïndivis qui, dans le but d'éviter l'irrecevabilité de la demande, veut actionner ses partenaires récalcitrants afin qu'ils soient aux procès. Le Tribunal fédéral se contente d'observer que les conclusions à prendre contre les coïndivis doivent être adéquates ou complémentaires et qu'elles ne peuvent être identiques à celles prises contre le défendeur (12).

L'amplification ou la diminution des conclusions est également subordonnée à concertation ou à tout le moins à l'assentiment de tous les consorts (13). Il n'y a pas présomption de représentation, car l'amplification est assimilée à un acte de disposition échappant à la présomption (14). La règle comporte une exception lorsque un consort entend prendre des conclusions divisibles nouvelles. Il peut les formuler de manière indépendante, car il est un consort simple à cet égard. La mise en cause d'un consort nécessaire ne constitue pas une modification de conclusions (15). Les consorts nécessaires formels peuvent modifier leurs conclusions de manière indépendante (16).

Les consorts peuvent rectifier leurs conclusions. La rectification peut transformer la consorité nécessaire en consorité simple (17).

L'attaque ou la défense de l'adversaire doit être uniforme aussi bien pour les consorts nécessaires matériels (18) que pour les consorts nécessaires formels (19). Il

ZH ZR 56 1957 222 no106, 225: "Die Beklagten 1 und 2 haben demnach in einem solchen Prozess nicht nur die Stellung einer notwendigen passiven Streitgenossenschaft mit Bezug auf die Hauptfrage der Ehenichtigkeit, vielmehr stehen sie bezüglich der Nebenfolgen der Ehenichtigkeit einander als Prozessparteien gegenüber; innerhalb des Hauptprozesses über die Frage der Ehenichtigkeit kann, wenn es einer der beiden Beklagten Ehegatten verlangt, auch der Prozess über die Nebenfolgen der Nichtigkeit abgewickelt werden. Das wird sogar von Amtes wegen geschehen müssen, wenn über die Zuteilung von Kindern zu befinden ist. In diesem Prozess im Prozess ist über die Ansprüche gemäss Art. 133 Abs. 2 ZGB (Kinderzuteilung) und Art. 134 Abs. 2 ZGB (güterrechtliche Auseinandersetzung, Entschädigungs-, Unterhalts- und Genugtuungsansprüche) zu entscheiden, und insofern hat die Vorinstanz mit Recht über die Unterhaltsleistungen des Beklagten 1 gegen die Beklagte 2 und die Zuteilung des Hausrates befunden". ZH Sträuli/Messmer ad 201. Sträuli/Hauser ad 253 ch. 6.

10) Guldner 301 n. 22, Voir également Tuor/Picconini ad 604 nm4b.

11) ATF 50 II 216/JT 1924 I 505, 508.

12) ATF 74 II 217/JT 1949 I 264.

13) Ovari 214, Gysler 112. Lent JhB 67-68, 90, Thomas/Putzo ad 62 ch. 6, Winte 180, Lent ZPR 223.

Pour Gottwald JA 1982 70, la modification des conclusions par un consort est possible. Elle lie ce dernier et peut être considérée par le juge comme un indice dans l'administration des preuves.

14) Thomas/Putzo ad 62 ch. 6b, Becker 41, Winte 250-251.

15) Guldner ZPR 298.

16) Lent ZPR 223 et JhBJ 90 67, Seite 24.

17) VS RVJ 1968 28.

18) Action en interdiction de mariage: Götz ad 111 nm5.

19) Lent JhB 90 68: Des conclusions distinctes sont possibles, mais elles ont pour effet d'expulser le consort nécessaire formel du procès, de sorte que la règle a peu de sens.

ne peut prendre des conclusions distinctes, ni limiter l'amplification ou la réduction des conclusions à l'un ou quelques-uns des consorts (20).

Il est des cas cependant où l'adversaire commun peut conclure différemment contre les consorts. Il en est ainsi notamment, lorsqu'il a la qualité d'intervenant principal. Il peut formuler des conclusions constatatoires contre un consort et condamnatoires contre l'autre (21).

20) Lent JhJb 90 36: "Der Gegner stellt nicht so viel getrennte Anträge, wie ihm Genossen gegenüberstehen, sondern nur einen einzigen unteilbaren Antrag" et 68, Winte 183: "In den Fällen der 2. Alt. ist die gegenüber einem einzelnen Streitgenossen vorgenommene Klageänderung schon immer dann unzulässig, wenn der Kläger zur Durchsetzung seines Anspruchs auch hinsichtlich des neuen Streitgegenstandes gegenüber allen Gesamthändern obsiegen muss, und sein Interesse deshalb an sich nur auf eine Klage gegen alle Gesamthänder gerichtet sein kann".

21) Blomeyer 638.

CHAPITRE 8. LA REFORME

Les consorts nécessaires ont le droit de se réformer jusqu'à la clôture des débats dans le canton de Neuchâtel ou de l'audience de jugement dans le canton de Vaud (1).

Lorsqu'ils ne peuvent procéder que de manière concertée et que la réforme est complète - elle porte sur toute la demande (2) -, la réforme ne peut être formée que par tous. La représentation est réservée. Lorsque la réforme porte sur un allégué commun, le consort qui avait qualité pour l'alléguer individuellement a corrélativement qualité pour se réformer et alléguer un nouveau fait dans la mesure où l'allégué nouveau reste commun aux consorts. La réforme déclarée par un consort peut ainsi profiter à tous. Lorsque la réforme porte sur les conclusions, elle ne peut être que conjointe, un consort n'ayant pas qualité pour conclure au profit de tous. La réforme permet aux consorts de rectifier les conclusions. Ainsi, lorsque les cohéritiers ont conclu au paiement à l'hoirie de sommes qui ne pouvaient être dues qu'aux héritiers, membres de l'hoirie, peuvent-ils corriger leur erreur dans leurs conclusions en concluant correctement au paiement à chaque hoir. La modification n'ajoute pas une demande nouvelle. La réforme peut transformer la consorité nécessaire en consorité simple. Il en est ainsi lorsque le patrimoine commun ayant été partagé en cours de procédure, les consorts modifient leurs conclusions pour en prendre d'individuelles.

Lorsque les consorts peuvent adopter en procédure des positions différentes ou qu'ils font valoir une prérogative personnelle, ils ont qualité pour se réformer individuellement.

L'adversaire ne peut que se réformer à l'égard de tous les consorts lorsqu'il entend alléguer de nouveaux faits communs ou prendre de nouvelles conclusions. Il peut se réformer à l'égard d'un seul lorsque la réforme a trait à des faits personnels. La réforme est un moyen de parfaire sa demande lorsqu'il a omis d'actionner tous les consorts.

1) NE n195/2, VD 153/1.

2) Dans le canton de Neuchâtel, la réforme non suivie d'une nouvelle demande dans le délai légal de 10 jours est un désistement d'instance. NE 200.

CHAPITRE 9. L'INSTRUCTION

Comme pour la consorité simple, le juge ne peut passer à une phase ultérieure de la procédure que lorsque la précédente est achevée pour tous les consorts. L'instruction ne peut en d'autres termes commencer que lorsque l'échange des écritures est terminé (1). Cela devrait être le plus souvent le cas. Une distorsion dans le temps pourrait toutefois se produire dans la phase introductive d'instance pour les consorts nécessaires autorisés à adopter des positions indépendantes.

La preuve doit être pertinente et porter sur les faits non constants, contestés ou admis, mais dont le juge doit vérifier la réalité en vertu de la maxime d'office. Relativement aux droits disponibles, elle n'a pas trait aux faits avoués, présumés constants. Elle n'a pas non plus trait aux allégués retirés. Elle ne porte pas sur les faits notoires. Un fait considéré comme notoire ne saurait sans arbitraire perdre cette qualité à l'égard de l'un ou de certains consorts.

Les preuves sont administrées en audience (s) commune(s) aux consorts.

§1. Le témoignage

Le consort nécessaire matériel ne peut être témoin, car il déposerait dans sa propre cause (2). Son incapacité de témoigner est liée à sa qualité de partie (3). Même celui qui a déclaré par avance se soumettre au jugement n'a pas qualité pour témoigner lors même qu'il reste à l'écart du procès, car il n'est pas étranger au litige et le jugement sera rendu également contre lui. Le consort nécessaire matériel peut exceptionnellement être entendu comme témoin lorsque son témoignage porte sur des faits personnels à un autre. Le cas devrait être rare (4).

Le consort nécessaire formel a vocation pour témoigner, mais ne peut se fonder sur ses déclarations (5). La jurisprudence zurichoise applique la même règle dans le procès en désaveu. Partie au procès, la mère de l'enfant est entendue comme témoin, mais ne peut invoquer sa déposition (6).

Le tiers, cité comme témoin dans le procès de consorts nécessaires et lié à l'un d'eux par des liens de parenté, peut *refuser* de témoigner (7).

§2. L'interrogatoire

Comme un consort nécessaire ne peut être entendu comme témoin, il ne peut être qu'interrogé comme partie (8).

Sur la question de savoir s'il faut entendre obligatoirement tous les consorts ou non, deux positions sont envisageables. On peut considérer qu'il faut entendre tous les

- 1) BE RJB 51 1915 407 no57.
- 2) LU RJB 21 1885 283 no11: "Streitgenossenschaft - passive - macht die Streitgenossen nicht unfähig gegenseitig als Zeugen angerufen zu werden, wenn der Streitgenossenschaft keine materielle Interessen gemeinschaft zu Grunde liegt". Winte 125. Question laissée ouverte: JZ 1973 59.
- 3) Ovari 150, Baumbach/Lauterbach ad 373 2b.
- 4) Winte 125.
- 5) Winte 124-125, Samper 55 admet une vocation générale pour témoigner en cas de consorité nécessaire formelle. Contra Becker 42.
- 6) ZH ZR 62 1963 126 no49/RSJ 58 1962 285 no151: "Die Mutter des die Vaterschaftsklage anhebenden Kindes kann auch dann, wenn sie neben dem Kinde als Klägerin auftritt, ohne Einschränkung auf ein bestimmtes Thema Zeugnis ablegen, soweit die Klage des Kindes in Frage steht. Ihr Zeugnis darf aber beim Entscheid über ihre eigene Klage nicht als Beweismittel berücksichtigt werden".
- 7) Baumbach/Lauterbach ad 383 I 1: "Es genügt, dass die Beziehung zu einem von mehreren Streitgenossen... besteht, es sei denn, dass die Beweisfrage diesen gar nicht berührt. Daher ist eine Weigerung bei einer notwendigen Streitgenossenschaft immer allgemein berechtigt".

consorts parce qu'ils n'ont qu'une vocation commune (9). L'interrogatoire portant sur des faits communs aux consorts, on peut à l'inverse se contenter de la déposition de l'un (10) ou de quelques-uns d'entre eux (11). Le tribunal doit motiver son choix lorsqu'il ne résulte pas déjà d'emblée des faits établis (12). Il interrogera le consort qui lui paraît le mieux connaître la cause (13) et s'abstiendra d'entendre celui dont la déposition paraît superflue (14). Lorsqu'un consort se trouve à l'étranger et que l'autre assiste à l'audience, il entendra ce dernier. L'audition d'un seul consort nécessaire ne constitue pas un vice de procédure (15). Constitue en revanche un vice de procédure dans certains cantons le fait d'entendre un consort nécessaire comme témoin (16). La règle est trop sévère (17).

Lorsque l'interrogatoire a lieu à requête, un consort nécessaire est en droit de demander l'interrogatoire de l'adversaire, car il a qualité pour alléguer et prouver un fait avec effets pour tous. Un consort nécessaire ne peut requérir du juge l'interrogatoire d'un partenaire, car ce dernier n'est pas adversaire et le consort requérant se trouve dans la même situation qu'une partie qui veut prouver son droit par sa propre déposition (18).

- 8) SG n121/1: "...Gesellschafter (OR 530ss)...werden als Parteien befragt". VS 253/4: "Les consorts au procès peuvent, de même, être astreints à subir l'interrogatoire". ZH Sträuli/Messmer ad 151 nm7. Zöller ad 373 nm6. Winte 125.
- 9) Edwin Blöchliger, Das Untersuchungsverfahren im sankt-gallischen Zivilrechtspflegegesetz, Thèse Zurich 1961, 100: "Im Falle der notwendigen Streitgenossenschaft sind...alle...Beteiligten einzunehmen, weil erst sie zusammen die Partei ausmachen". AG Keller/Pfisterer ad a26 ch. 3. Wieczorek ad 449 Ala, Alab.
- 10) Pour ZH Sträuli/Messmer ad 151 nm7, il semble même que ce soit la règle.
- 11) LU 198, GR 202/2: "Handelt es sich...um eine gesetzlich umschriebene Personengemeinschaft...bestimmt der Richter wer für sie zu befragen ist". TI 273/2: "Il giudice designa quale delle persone deve essere sottoposta all'interrogatorio se la facoltà d'obbligare la persona giuridica spetta a più persone fisiche insieme o separatamente; egli procederà nel medesimo modo se la parte è un litisconsorzio". DZPO 449: "Besteht die zu vernehmende Partei aus mehreren Streitgenossen, so bestimmt das Gericht nach Lage des Falles, ob alle oder nur einzelne Streitgenossen zu vernehmen sind". AZPO 373/4: "Können hienach oder weil auf Seiten einer Partei Streitgenossen auftreten, mehrere Personen vernommen werden, so hat das Gericht zu bestimmen, ob alle oder welche unter diesen Personen abzufragen sind". Stein/Jonas ad 449 nm1. Baumbach/Lauterbach ad 449, Holzhammer Parteienhäufung 123: "Bloss einzelne Parteien zu vernehmen ist sinnvoll, wenn es um gemeinsame Tatsachen geht".
- 12) Wieczorek ad 449 Allc2: "Die Auswahl ist zu begründen, wenn sie sich nicht aus dem sonst festgestellten Tatbestand schon von selbst ergibt".
- 13) Stein/Jonas ad 449 nm2.
- 14) Baumbach/Lauterbach ad 449: "Das Gericht bemüht nicht diejenigen Streitgenossen umsonst, denen von vornherein jede Kenntnis abgehen muss, ebensowenig diejenigen auf deren Bekundung von vornherein nichts zu geben wäre". Comp. OW a164/3: "Streitgenossen haben, jene Person zu bezeichnen, die mit dem Inhalt den im Streit liegenden Verhältnissen am besten vertraut sind".
- 15) Fasching Komm. III 523.
- 16) LU Entsch. 1949 581 no677. LU RJB 86 1950 48. SG GVP 1951 70 no48: "Zeugenaussagen von Personen die in einem Zivilprozess nicht hätten einvernommen werden dürfen sind ungültig". Eugen Weber, Der Rekurs wegen Verletzung klarer Prozessvorschriften im zürcherischen Zivilprozess, Thèse Zurich 1956, 153.
- 17) Dans le même sens: JBl 1962 614. NJW 1965 2254. Schellhammer 306, Zöller 373 nm7.
- 18) Dans ce sens: ZH ZR 59 1960 334 no130. L'arrêt a trait à la consorité simple, mais peut s'appliquer à la consorité nécessaire.

Lorsque l'interrogatoire a lieu à requête de l'adversaire, celui-ci peut désigner le ou les consorts à interroger (19). Sa détermination lie le tribunal qui ne saurait entendre un autre consort, sauf accord de toutes parties (20). La requête doit, en l'absence de précision, s'interpréter comme portant sur l'audition de tous les consorts. Le juge peut toutefois restreindre l'audition à l'un ou quelques-uns d'entre eux (21) avec l'accord de toutes parties dans le canton de Lucerne (22), de manière générale en procédure allemande (23). Lorsque l'adversaire désigne le consort à interroger, peut seul formuler des observations en procédure allemande le consort dont l'interrogatoire est demandé. Les autres n'ont pas à être consultés (24).

Lors de l'interrogatoire proprement dit, chaque consort peut poser ou faire poser à l'adversaire les questions propres à éclairer les circonstances de la cause. Les consorts assistent à l'interrogatoire. Lorsque seuls quelques consorts sont entendus, les autres ne peuvent être entendus comme témoins (25). Les consorts peuvent assister à l'interrogatoire du partenaire (26).

§3. L'aveu

L'aveu émane d'une partie au procès. Lorsqu'il y a consorité nécessaire, il faut distinguer suivant que les consorts peuvent adopter ou non des positions indépendantes.

Lorsque les consorts peuvent adopter des positions indépendantes, l'aveu de l'un d'eux est efficace (27).

Lorsque le droit matériel exige des consorts une action concertée, la fiction de vérité qui est la conséquence de l'aveu ne peut selon une partie de la doctrine n'être retenue au détriment de tous que si l'aveu est conjoint. L'affirmation est justifiée par la vocation conjointe des consorts (28) et par le fait que le juge doit lorsqu'il y a maxime d'office prendre en considération tous les faits, y compris ceux qui n'ont pas été allégués, de sorte que lorsqu'il y a maxime des débats l'aveu ne peut être que collectif (29). L'opinion précitée confond la capacité de disposer de l'objet du litige et l'efficacité de l'aveu qui n'est pas un acte de disposition, mais un moyen de faire

Salvatore Satta/Carmine Punzi, Diritto processuale civile, 1992, 366 ch. 193: "L'interrogatorio può essere deferito da qualunque parte (non dal convenuto ad altro convenuto che non si trovi con lui in posizione di contraddizione)", Mandrioli 182, Carpi/Colesanti/Taruffo ad 230 CPC I ch. II.
 Contra: ZH Sträuli/Messmer ad 151 nm7.

- 19) Jan Feliks Kwiatek, Die Parteibefragung als Beweismittel im Zivilprozess, Thèse Berne 1926, 68; ZH Sträuli/Hauser ad a172; Wieczorek ad 449 All.
- 20) Zöller ad 449 nm1.
- 21) Zöller ad 449 nm1.
- 22) LU 198: "Nach Anhörung der Parteien".
- 23) Stein/Jonas ad 449 nm3; Wieczorek ad 449 B.
- 24) Wieczorek ad 449 B, Stein/Jonas ad 449 nm3.
- 25) Zentralblatt für juristische Praxis 1927 no269.
- 26) ZH Sträuli/Messmer ad 151 nm7, Sträuli/Hauser ad a172 ch. 2.
- 27) Geiger 127.
- 28) Guldener ZPR 299; cet auteur admet toutefois que l'aveu d'un consort peut servir d'indice en défaveur des autres (n. 18), Geiger 122 (l'aveu d'un seul est inexistant) et 124, René Greninger, Das Zugeständnis im Zivilprozessrecht, Thèse Zurich 1981, 41: "Im Wesen der notwendigen Streitgenossenschaft liegt es, dass behauptete Rechte nur gemeinsam ausgeübt werden können. Somit sind auch Prozesshandlungen nur dann wirksam, wenn sie gemeinsam, bzw. übereinstimmend vorgenommen werden. Ein Zugeständnis ist daher nur insofern von Bedeutung als es durch die Streitgenossen gemeinsam erfolgt", Ovari 213-214 pour les propriétaires en main commune, Gysler 116. Zimmermann ad 62 nm10, Wachenfeld 146. Contra: Matti Streitgenossenschaft 109.
- 29) Geiger 124.

perdre de plein droit au fait avoué son caractère contesté (30). Même si son efficacité suppose l'unanimité des consorts (31) - l'adversaire des consorts est alors dispensé de la preuve du fait à leur égard - (32), l'unanimité peut être successive. L'aveu déploie tous ses effets lorsqu'il est exprimé par un consort nécessaire et qu'il a reçu l'approbation ultérieure des autres (33). Son efficacité n'exige pas le renouvellement de l'aveu de la part de l'avouant. L'adversaire est dispensé de la preuve (34). Dans les cantons qui connaissent la présomption de représentation, le consort qui ne participe pas à l'aveu est présumé défaillant et réputé représenté par l'avouant de sorte que l'adversaire n'a plus à prouver le fait (35). L'aveu d'un consort qui représente les autres moyennant procuration a le même effet. Le fait reste contesté lorsque tous les consorts ne participent pas à l'aveu ou que l'un d'eux le conteste ou le révoque (36). L'adversaire doit en apporter la preuve (37).

30) Winte 160, 162.

31) Winte 161, 163: "Müsstc im Falle einer Leistungsklage mehrerer Gesamthänder die Klage eines von ihnen aufgrund seines Geständnisses abgewiesen werden, so hätte es dieser Streitgenosse in der Hand, durch Zugeständnis von Tatsachen, die zur Abweisung seiner Klage führen müssen, zum Nachteil der übrigen Streitgenossen zu handeln. Auch wenn das Geständnis selbst nicht einer Verfügung über den Streitgegenstand gleichkommt, so könnte er durch die rechtskräftige Abweisung seiner Klage die Durchsetzbarkeit des gesamten Anspruchs unmöglich machen". Thomas/Putzo ad 62 ch. 6, Arens/Lüke 313 nm448.

32) Becker 25.

33) Gysler 117, Ovari 146. Winte 161, Schellhammer 680 nm1348, Arens/Lüke 313 nm448.

34) Geiger 124, Ovari 146. Gysler 116-117: "...Somit kann das Geständnis als Verfügung im Sinn des materiellen Rechts angesehen werden. Für den gestehenden Streitgenossen ist das Geständnis aber in dem Sinn wirksam, dass es bei nachträglicher Zustimmung durch die übrigen Genossen bindend ist; ferner kann es als Indiz für die zu beweisende Tatsache verwendet werden". Pius Bosshart, Die Tatsachenforschung im ordentlichen schweizerischen Zivilprozessverfahren, Thèse Fribourg 1952, 13: "Wenn ein Streitgenosse ein Geständnis...erklärt, so kann die entsprechende Wirkung nur eintreten, wenn sich alle Streitgenossen ebenso verhalten, da die Erklärung des einen die anderen nicht bindet, die Entscheidung aber eine einheitliche sein muss. Das bedeutet aber nicht, dass...das Geständnis nur eines Streitgenossen ohne jede Wirkung bleibe. Nur Urteilsgrundlage können jene Erklärungen infolge des Widerspruchs der übrigen Streitgenossen nicht sein. Sie können aber einen Beweisgrund, ein Indiz abgeben, und äussern ihre volle Wirkung, sobald die anderen Streitgenossen später eine gleichlautende Erklärung abgeben". Schellhammer 680 nm1348: "Sie binden den Streitgenossen für den Fall, dass sich die anderen anschliessen...Eine streitige Behauptung steht erst ohne Beweis fest, wenn alle notwendigen Streitgenossen zugestehen".

35) Matti Streitgenossenschaft 109, BE Leuch ad 215 ch. 3. Idem en procédure allemande: Notamment Rosenberg/Schwab 293, Stein/Jonas ad 62 nm27. Thomas/Putzo ad 62 ch. 6b, Fuhr 14. La présomption de représentation ne vaut que pour la durée du défaut, le défaillant peut réintégrer la procédure et contester l'aveu, Blomeyer 633, Winte 161, 240. Contra Schöнке 100, Arens/Lüke 313 nm448.

36) Winte 163: "Hat...ein Streitgenosse eine den gemeinsamen Streitgegenstand betreffende Tatsache zugestanden, die von anderen bestritten wird, so bleibt diese für alle beweisbedürftig und unterliegt der freien Beweiswürdigung des Gerichts". Lent ZPR 223, Stein/Jonas ad 62 nm33, Gollwald JA 1982 70, Fasching ZPR 195 nm381: "Geständnisse eines Teilgenossen können von jedem anderen Teilgenossen ausdrücklich oder durch Aufstellung von gegenteiligen Sachbehauptungen widerrufen werden: dieses unterliegt dann der freien Würdigung durch das Gericht".

37) Ovari 146: "Wenn also ein notwendiger Streitgenosse eine Tatsache gesteht, bedarf diese immer noch des Beweises, solange sie von anderen Streitgenossen bestritten wird". ZH Strüuli/Messmer ad 152 nm7: "Ergeben sich bei der einfachen Parteibefragung mehrerer notwendiger Streitgenossen Widersprüche, indem eine Tatsache teils zugestanden, teils bestritten wird, so ist nach dem Umständen abzuwägen, ob auf das Geständnis abzustellen ist". Grunsky 283, Stein/Jonas ad 62 nm33: "...hat einer der notwendigen Streitgenossen eine für alle gemeinsam erhebliche Tatsache zugestanden, die von anderen bestritten wird, so tritt zwar für ihn die Bindung... im übrigen...bleibt die Tatsache beweisbedürftig". Lent hJB 90 94-95.

Comme toute partie, les consorts nécessaires ne peuvent rétracter l'aveu en se réformant (38).

Lorsque l'aveu de l'*adversaire des consorts* porte sur un fait personnel à un consort, il délie ce dernier de la preuve. Lorsque l'aveu porte sur un fait commun aux consorts, il les dispense tous de la preuve (39).

§4. La preuve par titres et la preuves par experts

Chaque consort nécessaire est en droit de requérir l'édition de documents de la part d'un tiers (40).

Le consort nécessaire ne peut fonctionner comme expert.

§5. L'appréciation des preuves

Lorsque les faits à reconstituer sont communs aux consorts, la consorité atténue le principe dispositif. Un consort étant habilité à les alléguer et les prouver, le juge ne saurait les tenir pour inexistantes pour défaut d'action concertée. Le juge doit retenir contre tous un fait avoué ou prouvé par l'adversaire. Il peut écarter un fait contre tous lorsqu'un consort est défaillant, à moins que les consorts comparants ne l'aient établi et prouvé.

En vertu du droit fédéral, le juge établit d'office les faits dans les actions en constatation et en contestation de la filiation (41). Il peut retenir des faits qui non pas été formellement allégués dans la mesure où ils ont été établis contradictoirement. Il statue sur l'ensemble du dossier.

Le juge apprécie librement les preuves. La consorité exige de lui une conviction unique et lui interdit sous peine d'arbitraire d'avoir à l'égard des consorts une certitude différente sur l'existence ou l'inexistence d'un même fait. Les faits communs ne peuvent être qu'établis ou rejetés pour l'ensemble des consorts. La déclaration du consort interrogé vaut pour tous. Le juge apprécie librement le refus de déposer d'un consort qui n'empêche pas l'interrogatoire d'un autre (42). L'appréciation est également libre lorsque plusieurs consorts ont été entendus et que leurs dépositions sont contradictoires (43). Le juge peut pour parfaire son opinion entendre ultérieurement d'autres consorts (44).

38) NE n196/1a, VD 155/2.

39) Wicczorek ad 62 BIIIb3: "Das Geständnis des Gegners wirkt stets zugunsten aller".

40) *Theodor Keller*, Die Edition von Urkunden im zürcherischen Zivilprozess, Thèse Zurich 1963, 35: "Ebenso sind die Streitgenossen antragsberechtigt...die notwendigen Streitgenossen sind berechtigt, widersprechende Behauptungen aufzustellen und diese sind zu berücksichtigen und damit auch ihre diesbezüglichen Editionsanträge".

41) CC 254. ATF 109 II 198/JT 1985 I 108. ZH Siräuli/Messmer ad 203.

42) Stein/Jonas ad 449 nm3.

43) *Matti Streitgenossenschaft* 98-99, ZH Siräuli/Messmer ad 151 nm7, Wicczorek ad 449 BIV, Fasching ZPR 195 nm381.

44) Stein/Jonas ad 449 nm4.

Il peut attribuer valeur d'indice au fait avoué par un consort (45), mais ne peut agir en ce sens qu'à l'encontre de tous. Son appréciation transforme ainsi l'aveu individuel - qui lie l'avouant (46) - en un aveu collectif.

-
- 45) AG VJS 1938 6 no3, 7. JW 1903 21.
 Guldener ZPR 299 et 354, Ovari 146, Geiger 123, Gysler 117, Matti Streitgenossenschaft 98, ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm13 et ad 151 nm7, BE Leuch ad 215 ch. 3, AG Eichenberger ad 54 nm1 et Beiträge 43 et 159, AG Keller/Pfisterer ad a26 ch. 3, ad a152, Schellhammer 680 nm1348, Baumbach/Lauterbach ad 62 4ba: "Jeder notwendige Streitgenosse kann unabhängig vom anderen Angriffs- und Verteidigungsmittel wählen, soweit nicht eine einheitliche Entscheidung gefährdet würde. Deshalb bindet ein Geständnis des einen Genossen nur diesen. Das Gericht muss dieses Geständnis aber auch im Hinblick auf die übrigen Streitgenossen frei würdigen, soweit diese übrigen Streitgenossen nicht etwa ebenfalls ein Geständnis ablegen". Zöllner ad 62 nm24, Stein/Jonas ad 62 nm33, Schilken 382 nm685, Arens/Lüke 313 nm448, Lent HJB 90 93, Lent ZPR 223, Lindacher JuS 1986 384, Gottwald JA 1982 70, MünK ad 62 nm48, Winte 138ss, 166ss. Fasching ZPR 195 nm381, Fasching Komm. II 201.
 Comp. en droit italien: CC 2733/3: "In caso di litisconsorzio necessario, la confessione resa da alcuni soltanto dei litisconsorti è liberamente apprezzata dal giudice".
- 46) Grunsky 283: "Ganz ohne Bedeutung ist das Geständnis gleichwohl nicht. Im Rahmen der Beweiswürdigung kann es durchaus gegen den bestreitenden Streitgenossen verwendet werden". Lent HJB 90 94.

CHAPITRE 10. LE RECOURS

§1. Le recours principal

I. Qualité pour recourir

A. La règle: la vocation commune

La qualité pour recourir appartient en principe *conjointement* à tous les consorts (1). La vocation commune se justifie par le fait qu'ils n'ont que conjointement qualité pour agir (2). Elle s'explique très subsidiairement pour des motifs de procédure: l'adversaire ne pouvant former un recours incident que contre tous, le recours principal ne peut être formé que conjointement (3).

Le recours interjeté par un consort nécessaire est irrecevable (4) sous réserve de représentation expresse (5) ou de ratification (6). Un recours conjoint est encore

- 1) Jurisprudence abondante, notamment:
FR Extraits 1940 14, 16.
SO SOG 1976 6 no3.
GR PKG 1952 37 no15.
AG VJS 1938 6, VJS 1916 47 infirmés par AGVE 1974 25 no5.
VD ATC non publié du 15. 7. 1986 Forestier c/Baldacchino cité par Poudret/Wurzbürger/Haldy ad 443 ch. 3: Aux termes de cet arrêt, le recours interjeté par une hoirie ou son représentant serait recevable, mais le jugement rendu à l'égard d'une telle hoirie devrait être annulé d'office en application de l'article 457/3 au motif que la désignation exacte des parties est un élément essentiel de toute procédure. Poudret/Wurzbürger/Haldy jugent cet arrêt discutable, car il ne s'agit pas d'un fait; JT 1936 III 59: "Pour être recevable, le recours interjeté contre un jugement déboutant les propriétaires d'un fond, ensuite d'une action ouverte contre eux en cette qualité, doit être signé par tous les propriétaires demandeurs. Peu importe à cet égard qu'il y ait copropriété ou propriété commune".
NE RJN 2 I 101.
Maday 214, Ovari 211, Gysler 16, Geiger 122, Matti Streitgenossenschaft 99 n. 3, Guldener ZPR 299 et 493, Walder ZPR 161, Kummer 191, Nater 21, Poudret/Sandoz COJ ad 53 ch. 2, 2 et la jurisprudence fédérale citée; ZH Sträubli/Messmer ad 39 nm13, BE Leuch ad 36 ch. 2 et ad 333 ch. 1, FR Deschenaux/Castella 68, BS/BL Stachelin/Sutter 90, AG Eichenberger ad 54 nm1 et Beiträge 43, Keller/Pfisterer ad a328 ch. 3, JU Ceppi 38. Et les auteurs des innombrables thèses consacrées aux recours.
- 2) Henri-Robert Schüpbach, Le recours en cassation, spécialement en procédure civile neuchâteloise, Thèse Neuchâtel 1961, 238: "...L'entité juridique titulaire des droits et affectée par le jugement est exclusivement l'ensemble des consorts nécessaires".
- 3) Philippe Meyer, Der Rekurs im zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1985, 168; Urs Korner, Die Berufung im zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1980, 69; Hans Peter Ricci, Reformatio in pejus und Anschliessung an das Rechtsmittel im Zivilprozess, Thèse Zurich, 1955, 66.
- 4) SO SOG 1976 6 no3, Matti Streitgenossenschaft 106, AG Eichenberger ad 54 nm3, GE Bertossa ad 300 nm5 et 6: l'erreur de l'appelant doit être relevée d'office par l'autorité de recours.
Comp. NJW 1966 1775: "Haben notwendige Streitgenossen verschiedene Rechtsmittel eingelegt, die denselben Streitgegenstand treffen, so ist nur das zuerst eingelegte Rechtsmittel zulässig".
- 5) FR Extraits 1940 14, 16: "...un membre de la communauté héréditaire n'a pas qualité pour recourir seul en appel contre ou même sans la volonté des autres cohéritiers. Il est sans doute possible de concevoir une renonciation en faveur d'un cohéritier qui recourt, lorsque dite renonciation confère au recourant le droit d'agir au nom de la masse et au profit de celle-ci".
- 6) Geiger 122: "...jeder Prozesshandlung eines Streitgenossen kommt...eine gewisse Wirkung zu, in dem Sinne, dass sie unter der suspensiven Bedingung der übereinstimmenden Vornahme durch die Mitstreitgenossen berücksichtigt werden muss..."

possible lorsque le délai court encore. Il y a recours conjoint lorsque des recours distincts, mais de même contenu sont déposés par les consorts (7).

Le recours interjeté par un consort nécessaire peut parfois être régularisé.

La procédure italienne autorise l'instance de recours à fixer un délai aux non recourants aux fins d'entrer dans l'instance (8).

En procédure suisse, le recourant - mais non l'instance de recours -, peut selon certains auteurs, mettre en cause les non recourants pour que l'arrêt leur soit opposable (9). Pour d'autres, la mise en cause est exclue devant le Tribunal fédéral, l'ora même que la loi fédérale de procédure civile la prévoit (10).

D'autres entendent résoudre la difficulté en autorisant le recourant à procéder comme intervenant accessoire des non recourants (11). La solution est critiquée aux motifs qu'elle déroge au principe de l'action commune (12), qu'elle n'est concevable que si le recourant est un intervenant indépendant, ce qui lui permet d'agir à l'encontre du consort soutenu (13), que l'intervention accessoire suppose que ce dernier ait manifesté sa volonté de ne pas recourir (14), qu'enfin la mise en oeuvre de

- 7) ZH RBOG 1991 339 no 14: "Notwendige Streitgenossen bei einer Erbhengemeinschaft können beim Prozess gegen einen Dritten auch in der Weise "gemeinsam" als Beschwerdeführer auftreten, dass sie in getrennten Beschwerdechriften übereinstimmende Anträge stellen. Verschiedene Beschwerdeschriften dieser Streitgenossen können aber nur insoweit berücksichtigt werden, als nicht nur alle innert Frist eingereicht werden und übereinstimmende Anträge enthalten, sondern auch inhaltlich in Bezug auf die einzelnen gerügten und nachzuweisenden Nichtigkeitsgründe übereinstimmen (soweit es sich nicht um die Geltendmachung von rein prozessualen Befugnissen handelt)".
- 8) CPC 331: "Si la sentence prononcée entre plusieurs parties dans un litige indivisible ou dans les litiges dépendant entre eux (article 102) n'a pas été frappée d'une voie de recours dans les rapports de toutes les parties, le juge ordonne l'entrée de celles-ci dans l'instance en fixant le délai dans lequel la notification doit être faite et, si cela est nécessaire, l'audience de comparution. La voie de recours est déclarée irrecevable si aucune des parties n'entre dans l'instance dans le délai fixé" et 332: "Si la voie de recours d'une sentence prononcée dans des causes divisibles a été intentée seulement par quelques-unes des parties ou à l'encontre de quelques-unes d'entre elles, le juge en ordonne la notification à celles vis-à-vis desquelles le recours n'est pas interdit ou exclu, en fixant le délai dans lequel la notification doit être faite et si cela est nécessaire, l'audience de comparution" (trad. Y. Lobin).
- 9) *Liselotte Helberg*, Die Rechtsmittel des genferischen Zivilprozessrechts, Thèse Zurich 1956, 28: "Ausgeschlossen ist dagegen, dass das Gericht selber, von Amtes wegen die notwendigen Streitgenossen in das Rechtsmittelverfahren einbeziehen würde"; *Urs Körner*, Die Berufung im zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1980, 36; *Philippe Schweizer*, Le recours en revision spécialement en procédure civile neuchâteloise, Thèse Neuchâtel 1985, 138.
- 10) *Georg Messmer/Hermann Imboden*, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zurich 1992, 59 ch. 39: "Grundsätzlich ist gemeinsames Handeln der notwendigen Streitgenossen auch dann erforderlich, wenn sie ein Rechtsmittel einlegen: fehlt es daran, so kann der Mangel vor Bundesgerichte auch nicht durch Beiladung behoben werden" et n. 20: "Das ergibt sich sinngemäss aus 53 Abs. 2 OG (Abw. 24 Abs. 2 a BZP).
- 11) *Guldener ZPR* 493 n. 61; *Max Guldener*, Die Nichtigkeitsklage in Zivilsachen nach zürcherischem Recht, Thèse d'habilitation Zurich 1942, 54; *Urs Körner*, Die Berufung im zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1980, 35; *Philippe Meyer*, Der Rekurs im zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1985, 115; *Balz Rust*, Die Revision im zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1981, 82-83; *Philippe Schweizer*, Le recours en revision, Thèse Neuchâtel 1985, 133.
- 12) Solution rejetée par: *Edelmann* 81-82 n. 7; *Peter Bont*, Appellation, Nichtigkeitsbeschwerde und Rekurs im solothurnischen Zivilprozess, Thèse Bâle 1980, 53 n. 3; *Werner Perrig*, Berufung und Nichtigkeitsklage im Zivilprozess des Kantons Valais, Thèse Fribourg 1954, 72.
- 13) Pour *Edelmann* 81-82 n. 7, l'intervention à titre de conso n se conçoit que dans les cas de consortité nécessaire formelle.
- 14) *Ovari* 153; *Peter Bont*, Appellation, Nichtigkeitsbeschwerde und Rekurs im solothurnischen Zivilprozess, Thèse Bâle 1980, 53 n. 3; *Simon E. Schweizer*, Das Rechtsmittelsystem im basellandschaftlichen Zivilprozessrecht, Thèse Bâle 1988, 47-48.

l'intervention est compliquée par le particularisme helvétique qui prévoit des modalités d'intervention différentes selon les cantons (15).

B. La vocation individuelle

L'action concertée comporte des exceptions.

Le Tribunal fédéral admet le recours individuel en cas d'urgence. Lorsque l'intérêt des indivis exige une action rapide, un seul d'entre eux est habile à agir. Pour que le recours préserve les autres de la déchéance, le consort recourant doit recourir en son nom et en celui des non-recourants (16).

La qualité pour recourir d'un consort nécessaire est également donnée lorsque les autres ont déposé préalablement une déclaration que l'arrêt à rendre les liera également (17). Le recours est ici soumis à une condition suspensive. Le consort doit recourir au nom des autres (18).

Le Tribunal Fédéral admet également un recours individuel dans les actions d'état (19). Un consort peut recourir indépendamment et même contre la volonté des autres (20), mais pour leur compte également (21). L'intimé n'est pas fondé à exiger que tous recourent (22). Le recourant ne peut pas d'avantage exiger du non recourant qu'il se joigne à lui (23). Selon le Tribunal fédéral il n'est pas nécessaire d'attribuer au non recourant la qualité d'intimé (24). Ses déclarations n'ont pas à être prises en considération, car il n'est pas partie à l'instance de recours (25). Selon la jurisprudence fribourgeoise en revanche, le consort non recourant conserve la qualité de partie, bien qu'il reste à l'écart de l'instance de recours. "Momentanément absent du procès" (26).

- 15) Ovari 153.
- 16) ATF 74 II 217, ATF 58 II 195/JT 1933 I 561. SO SOG 1976 6 no3.
Henri-Robert Schüpbach, Le recours en cassation, Thèse Neuchâtel 1961, 239: "Il faut...admettre qu'un héritier introduise seul, valablement un recours comme représentant de la communauté pour les cas urgents, soit parce qu'il n'est pas possible de recueillir l'unanimité avant l'expiration du délai, soit dans l'attente de la nomination d'un représentant légal".
- 17) ATF 86 II 451/JT 1961 I 467. SO SOG 1976 6 no3.
- 18) FR Extraits 1962 38, 49.
Urs Korner, Die Berufung im zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1980, 36.
- 19) ATF 95 II 294/JT 1970 I 261, ATF 87 II 284/JT 1963 I 265, ATF 82 II 2/JT 1956 I 323. FR Extraits 1961 103, Extraits 1957 131.
Doctrines abondantes, par ex. Guldener ZPR 300, Hegnauer ad 256 nm86: la mère ne peut recourir que contre l'admission de l'action, ad 260a nm111.
- 20) FR Extraits 1956 131, 132. TI Rep. 1946 130.
Peter Bont, Appellation, Nichtigkeitsbeschwerde und Rekurs im solothurnischen Zivilprozess, Thèse Bâle 1980, 52; BE Leuch ad 333 ch. 5.
- 21) Poudret/Sandoz COJ 387 ad 53 ch. 4.
- 22) ATF 82 II 1/JT 1956 I 323.
- 23) FR Extraits 1956 131, 132: "Il n'existe pour le consort qui entend recourir aucun moyen de contraindre l'autre à en faire autant avec lui et l'attitude négative de l'un ne saurait porter préjudice à l'autre".
- 24) ATF 82 II 1/JT 1956 I 322, 324.
Pour Geiger 129, le recourant représente le non-recourant. Selon cet auteur, attribuer à ce dernier la qualité d'intimé devant l'instance de recours aurait pour conséquence de réunir du même côté de la barre des plaideurs qui occupaient des rôles antagonistes devant le premier juge. En première instance, le demandeur est en effet opposé à deux codéfendeurs consorts nécessaires. Devant l'instance de recours, le codéfendeur qui a recouru fait face au demandeur et au codéfendeur non recourant.
- 25) ATF 82 II 1/JT 1956 I 322, 324.
- 26) FR Extraits 1961 103, Extraits 1956 131, 133.

il n'a pas à être cité devant cette dernière (27) mais son droit d'être entendu doit être respecté. Un exemplaire du recours doit lui être communiqué pour lui permettre de recourir à son tour si le délai n'est pas encore échu (28) et de présenter des observations (29).

Lorsque plusieurs consorts recourent dans les actions d'état, ils ne peuvent selon la jurisprudence prendre des conclusions contradictoires contre l'adversaire lors même qu'ils sont relativement indépendants (30).

Les cantons d'Obwald (31), de St-Gall (32), Appenzell Rhodes-Extérieures (33) et du Tessin (34) et la procédure allemande reconnaissent un droit de recours individuel par le jeu d'une présomption de représentation. Le consort non recourant est présumé défaillant et réputé représenté par le recourant. Le recours a des effets pour tous les consorts qui n'ont pas recouru ou ont recouru tardivement (35). Les cantons de Zurich, Berne, Lucerne, Schwyz, Argovie, Valais et Jura connaissent également la présomption de représentation, mais excluent le recours de son champ d'application, de sorte que le recours n'y peut être que conjoint (36). Il faut les approuver, car l'intentat d'un recours est assimilable à un acte de disposition qui échappe à la présomption (37). La règle contraire viole le droit fédéral, car elle confère au consort plus de droits que le droit matériel ne lui en reconnaît.

La jurisprudence fribourgeoise (38), argovienne (39) et tessinoise (40) appliquent par extension la jurisprudence fédérale en matière d'actions d'état à tous les cas de consorité nécessaire au motif que le droit cantonal peut reprendre les règles

- 27) FR Extraits 1956 131, 133.
- 28) FR Extraits 1956 131, 133.
- 29) TI Rep. 1946 310. Guldener ZPR 300 n. 21: "Meines Erachtens muss dem Streitgenossen der kein Rechtsmittel eingelegt hat, Gelegenheit gewährt werden, sich im Rechtsmittelverfahren zu äussern. Das fordert der Grundsatz des rechtlichen Gehörs". Hegnauer ad 256 nm86.
- 30) FR Extraits 1962 38, 49.
- 31) OW 37/2: "Rechtzeitige Prozesshandlungen eines Streitgenossen wirken auch für säumige Streitgenossen".
- 32) SG 45/1: "Rechtzeitige Prozesshandlungen eines notwendigen Streitgenossen wirken zugunsten säumiger Streitgenossen".
- 33) AR 112/2: "Solange ein notwendiger Streitgenosse nicht den Abstand vom Prozess erklärt oder sich vorweg dem Entscheid unterzieht, wird er bei Säumnis durch die nicht Säumigen vertreten".
- 34) TI 46: "Se un litisconsorte non partecipa ad un altro atto processuale, l'istruzione della causa continua, ritenuto che il litisconsorte diligente rappresenta gli altri. La medesima disposizione si applica all'appello principale, all'appello adesivo, e alla riposta all'atto di appello". La disposition est nouvelle. comp. a289. Voir à ce sujet les longs développements de TI Picard 241ss.
- 35) RGZ 157 33.
Baumbach/Lauterbach ad 62 4Db, Schönke 101, Zimmermann ad 62 nm11, Arens/Lüke 313 nm448, Stein/Jónas ad 62 nm39 à 42, Lent IuJB 90 77-78.
- 36) ZH 39/2, BE 39/2, SZ 36/2, AG 54/2, JU 38/2.
LU LGVE 1972 102 no89. VS RVJ 1972 238/RSJ 1974 269 no65.
ZH Exposé des motifs, Feuille officielle 1971, 1899: "Gleich wie bei der Klageerhebung bedarf es...bei der Ergreifung von Rechtsmitteln ein gemeinsames Handeln". ZH RBOG 1991 343 no 35.
BE Leuch 313 ad 333 ch. 1, Matti Streitgenossenschaft 106, JU Ceppi 38.
- 37) Dans le même sens Brückner 268ss.
- 38) Extraits 1961 103: "Le fait que l'un des demanderessees a renoncé à recourir en appel contre le jugement rendu en première instance, ne saurait priver ses consorts de leur droit d'interjeter seuls un recours contre ce jugement...il est indéniable que ce droit de recourir doit être reconnu à un des consorts. En effet, il n'existe pour le consort qui entend recourir,

fédérales et reconnaître le droit individuel de recours dans les circonstances prescrites par le législateur fédéral. On peut se demander si elle ne viole pas le principe de l'action concertée en étendant ce droit à d'autres circonstances que celles admises par le Tribunal fédéral.

De nombreux auteurs sont favorables à un recours individuel. Tel était déjà le cas de Th. Weiss, qui se fondant sur les règles de procédure et d'organisation judiciaire de l'époque, professait que les principes généraux du droit autorisaient un consort nécessaire à recourir seul et que l'arrêt obtenu par lui avait des effets pour tous (41). Une partie de la doctrine entend, pour assurer la protection des droits des consorts (42), appliquer la jurisprudence fédérale en matière d'actions d'état à *tous les cas de consorité nécessaire*. Le recourant représenterait le non recourant même en l'absence de règle expresse (43). Se situant dans la tradition française qui entend vivifier les droits des parties plutôt que de les anéantir, P. Girardet se déclare favorable à l'admission de la gestion d'affaires. Le consort recourant générerait les affaires des autres (44).

De fait, il est des cas en dehors de ceux déjà cités où il faut admettre le recours individuel (45). Un consort nécessaire doit avoir le droit de recourir seul lorsque le jugement critiqué porte sur une question de procédure qui concerne tous les litigants. Un consort nécessaire peut ainsi entreprendre seul la décision par laquelle le premier juge s'est déclaré incompétent (46) ou dans laquelle il a transgressé les règles sur la récusation (47). Il faut également reconnaître à un consort nécessaire le droit de recourir seul lorsqu'il pourrait sauvegarder ses droits comme un consort simple. Il doit en être de même pour les questions de procédure qui le concernent exclusivement (48). Ainsi doit-il lui être donnée la possibilité de faire constater une irrégularité de

aucun moyen de contraindre l'autre à en faire autant en commun avec lui et l'attitude négative de l'un ne saurait porter préjudice à l'autre...".

- 39) Changement de jurisprudence: AG AGVE 1974 25 no5, désapprouvé par AG Eichenberger ad 54 nm3.
- 40) TI Rep. 1946 130.
- 41) *Theodor Weiss*, Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen, Thèse Berne 1908, 90.
- 42) Habscheid ZPR II 155 nm285: "bei der eigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft würde die Nichtzulassung einer Anfechtung des Urteils durch einen Streitgenossen zu einer Verkürzung des Schutzes bundesrechtlicher verbrieftter Ansprüche führen". Edelmann 81 critique ce point de vue: Cette réduction devrait d'autant plus être admise lorsqu'un consort refuse de participer à l'action commune et ne veut pas intenter un procès.
- 43) Habscheid DJPS 181, 479, Habscheid ZPR II 155 nm285, Ovari 162, 167: Le consort a le droit de défendre ses intérêts propres. Ce que le TF admet, le droit de procédure doit l'admettre aussi. Voir également ZH RBOG 1991 343 no35: l'Obergericht zurichois suit la doctrine précitée, à la différence que le consort non recourant doit être intimé. La plainte et le recours LP sont des droits individuels qui n'ont pas besoin d'être exercés selon les règles de la consorité nécessaire (Poudret/Sandoz COJ 726 ad 78 ch. 3.1).
- 44) *Patrice Girardet*, Le recours en nullité en procédure civile vaudoise, Thèse Lausanne 1986, 272, 300.
- 45) Chaque héritier peut interjeter un recours de droit administratif pour le compte de l'hoirie, dès lors qu'il a un intérêt de fait suffisant au regard de l'art. 103a OJF, Poudret/Sandoz COJ 381 ad 53 ch. 2.2 et les références citées.
- 46) Geiger 122 n. 14.
- 47) Geiger 122 n. 14.
- 48) ZH ZR 60 1961 105 no56: "Dass von notwendigen Streitgenossen einer Parteilseite nur einer ein Rechtsmittel ergreife...ist zulässig, wenn dadurch kein unerträgliches Ergebnis entsteht...Am Erfordernis eines gemeinsamen Weiterzugs ist...nur festzuhalten, wenn sich sonst etwas Unerträgliches ergäbe".

procédure commise à son seul détriment (49). Le consort nécessaire a toujours qualité pour recourir seul lorsque il veut attaquer le dispositif sur les frais et dépens, car les consorts nécessaires sont des consorts simples relativement à cette question (50). La qualité pour recourir est enfin toujours individuelle dans les procès entre indivis, mais le consort qui recourt doit intimier tous les autres (51).

II. Qualité pour être intimé

Lorsque les consorts nécessaires ont eu gain de cause en première instance, le perdant doit les mettre tous en cause devant l'instance de recours (52) parce qu'ils n'ont que conjointement qualité pour défendre. La mise en cause de tous les consorts s'explique toutefois également par le fait qu'il faut leur assurer la faculté de former un recours par voie de jonction qu'ils ne peuvent interjeter que conjointement. Le défaut d'intimation d'un seul d'entre eux est une exception qui peut être invoquée par tous et provoque l'irrecevabilité du recours, car l'erreur est imputable au seul recourant (53). Il n'y a pas présomption de représentation (54).

Gysler 118; *Werner Perrig*, *Berufung und Nichtigkeitsklage im Zivilprozess des Kantons Wallis*, Thèse Fribourg 1954, 18: "Dieses Gebot der Notwendigkeit des gemeinsamen Handelns gilt jedoch nicht für die Berufung gegen einen Entscheid über eine Prozessvoraussetzung, wenn dieselbe wesentlich nur die Person eines einzigen Streitgenossen betrifft, wie zB die Prozessfähigkeit. In diesem Fall darf uE einer der Streitgenossen allein handeln, weil mit Bezug auf diesen Gegenstand keine Gemeinschaft besteht".

Si la cause de nullité ne concerne qu'un consort, ce dernier a qualité pour recourir seul et l'annulation du jugement concernera tous les consorts. BE Leuch notes préf. ad 359, JU Ceppi 38.

- 49) Geiger 122 n. 14: "Zu beachten bleibt aber, dass die Ergreifung eines Rechtsmittels durch den einzelnen Streitgenossen...zulässig sein muss, wenn das Rechtsmittel nur der Durchsetzung einer rein prozessualen Befugnis dienen soll...Das Recht auf ein ordnungsgemässes Verfahren muss jedem Streitgenossen zugestanden werden".

- 50) FR Extraits 1957 84, 91. SH ABOG 1988 179: "Wurden die Prozesskosten (Staatsgebühr, Entschädigung an die Gegenpartei) mehreren Mitgliedern einer notwendigen Streitgenossenschaft (im vorliegenden Fall Erbengemeinschaft) unter Solidarhaft eines jeden für den ganzen Betrag überbunden, so ist jeder zur Kostentragung verpflichtete Streitgenosse legitimiert, gegen die ihm auferlegte Kosten- und Entschädigungspflicht selbständig Rekurs zu erheben...Sowohl hinsichtlich der von den Beklagten zu entrichtenden Kosten an den Staat...als auch hinsichtlich der an den Kläger zu bezahlenden Entschädigung sind die Beklagten 1-5...solidarisch verpflichtet. Insoweit betrifft der Rekurs somit nicht ein Rechtsverhältnis, das allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann. Da der jeweilige Gläubiger...jeden Solidarschuldner einzeln auf Erfüllung der ganzen Schuld belangen darf, muss andererseits jeder angebliche Solidarschuldner befugt sein, im Prozess selbständig geltend zu machen, dass die behauptete Schuld nicht bestehe. Daraus folgt..., dass jeder Solidarschuldner für sich allein legitimiert ist, gegen die ihm mit dem erstinstanzlichen Beschluss auferlegten Kosten- und Entschädigungen Rekurs zu erheben..."

- 51) ATF 54 II 243. ZH ZR 90 1991 38 no12: "Die einfachen Gesellschafter sind im Prozess unter den Gesellschaftern unabhängig voneinander zur Ergreifung eines Rechtsmittels legitimiert. Dem Gesellschafter, der kein Rechtsmittel eingelegt hat, kommt im Rechtsmittelverfahren dann die Stellung eines Rechtsmittelbeklagten zu". SO SOG 1976 6 no3.

- 52) NJW 1957 537. FamRZ 1975 406. BGH 23 74.
Matti Streitgenossenschaft 99 et n. 3. ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm12. *Philippe Schweizer*, *Le recours en revision*, Thèse Neuchâtel 1985, 138. *Urs Korner*, *Die Berufung im zürcher Zivilprozess*, Thèse Zurich 1980, 68. *Philippe Meyer*, *Der Rekurs im zürcher Zivilprozess*, Thèse Zurich 1985, 122 et 168. *Hans Peter Ricci*, *Reformatio in pejus und Anschliessung an das Rechtsmittel im Zivilprozess*, Thèse Zurich 1955, 67. *Werner Perrig*, *Berufung und Nichtigkeitsklage im Zivilprozess des Kantons Wallis*, Thèse Fribourg 1954, 18. *Balz Rust*, *Die Revision im zürcher Zivilprozess*, Thèse Zurich 1981, 88.
Zimmermann ad 62 nm11. *Baumbach/Lauterbach* ad 62 4Db.

- 53) FamRZ 1975 406. BGH 23 74.

Dans les procès entre coïndivis, les coïndivis non recourants doivent être intimés par le recourant (55), mais ne sauraient être contraints à se placer aux côtés de ce dernier (56).

§2. Le recours joint

Lorsque les consorts nécessaires n'ont que conjointement qualité pour agir, ils ne peuvent interjeter un recours par voie de jonction que conjointement (57).

Le consort nécessaire qui forme un recours joint est présumé représenter ses colitigants dans le canton du Tessin (58).

Le consort nécessaire qui fait valoir une prérogative individuelle a qualité pour former seul un recours joint.

Les consorts nécessaires ne peuvent être intimés que conjointement lorsqu'ils n'ont qu'ensemble qualité pour défendre (59).

§3. Les conditions formelles du recours

Le recours commun doit mentionner tous les recourants, mais la jurisprudence admet la validité du recours lorsque l'identité des recourants découle du corps du mémoire (60).

Le délai court pour chaque consort séparément même lorsqu'il y a consorité nécessaire (61) de sorte que le recours conjoint peut être est interjeté valablement aussi longtemps que le délai n'est pas échu à l'égard d'un consort (62).

GE Bertossa ad 300 nm6: "l'appel sera d'office déclaré irrecevable, si, par le défaut de mise en cause d'un consort, les parties désignées par le mémoire d'appel n'ont pas la titularité... du droit litigieux". *Henri-Robert Schüpbach*, Le recours en cassation, Thèse Neuchâtel 1961, 239: "Il est juste de déclarer irrecevable le recourant qui n'intime pas tous les consorts nécessaires devant la Cour de cassation". *Baumbach/Lauterbach* ad 62 4Db.

54) Lenz *IhJB* 90 90, *Gottwald JA* 1982 70.

55) ZH RBOG 1991 343 no35, ZR 90 1991 38 no12, *Balz Rust*, Die Revision im zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1981, 88; *Hans Peter Marti*, Das neue Recht der bismischen Zivilprozessordnung, Thèse Berne 1963, 66.

56) SO SOG 1976 6 no3.

57) *Urs Korner*, Die Berufung im zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1980, 68; *Philippe Meyer*, Der Rekurs im zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1985, 168; *Hans Peter Ricci*, Reformatio in pejus und Anschliessung an das Rechtsmittel im Zivilprozess, Thèse Zurich 1955, 67.

58) TI 46/2. *Picard* 242: "Per l'appellazione adesiva della comunione e per la risposta all'atto di appello della medesima deve naturalmente far stato il principio della rappresentanza: trattasi di un atto di difesa che non pu pregiudicare gli altri liticonsorti. I gravami straordinari vanno trattati come l'appello incidentale se la domanda è stata respinta in toto: è il principio della rappresentanza che fa stato poichè nessun danno (eccetto l'accollo delle spese, che è questione subordinata) può verificarsi per i liticonsorti".

59) *Urs Korner*, Die Berufung im zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1980, 69; *Philippe Meyer*, Der Rekurs im zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1985, 168; *Hans Peter Ricci*, Reformatio in pejus und Anschliessung an das Rechtsmittel im Zivilprozess, Thèse Zurich 1955, 67.

60) ATF 78 I 104/IT 1953 I 77, ATF 71 I 179, 183-184.

61) RGZ 49 427, RGZ 48 417.

SG Lutz ad a104 ch. 3. *Zöllner* ad 516 nm11: "Die Berufungsfrist beginnt bei Streitgenossenschaft für jeden Streitgenossen selbständig mit der Urteilszustellung zu laufen, auch bei notwendiger Streitgenossenschaft".

62) Comp. NJW 1954 1200: "Sind Streitgenossen wegen mehrerer Klageansprüche verurteilt, von denen nur bei einem der Ansprüche die Streitgenossenschaft eine notwendige ist, und legt nur ein Streitgenosse fristgemäss Berufung ein, so ist dadurch die Berufungsfrist zugunsten der sämigen Streitgenossen auch hinsichtlich der Ansprüche gewahrt, bei denen keine notwendige Streitgenossenschaft besteht".

En ce qui concerne les *griefs*, la procédure bernoise autorise chaque consort à attaquer le jugement entier pour un motif de nullité qui lui est personnel (63).

Les cointimés ne peuvent *répondre* au recours que conjointement. La législation tessinoise présume la représentation lorsqu'un consort ne participe pas à la réponse. Le consort qui formule des observations au mémoire d'appel est présumé agir pour tous (64).

L'acte attaqué par les consorts peut avoir nature de décision finale ou indirectement finale au regard de la loi fédérale d'organisation judiciaire. La décision statuant sur le renvoi du partage successoral est finale (65). L'action en annulation de l'adoption est une action d'état pour laquelle le recours en réforme est ouvert (66). Est en revanche indirectement finale la décision admettant le défaut de qualité de partie lorsque le principe de l'action concertée n'a pas été observé (67). Est également indirectement final l'acquiescement à une action en désaveu (68).

Quelle que soit la mesure en laquelle le jugement a été attaqué, le recours a un *effet suspensif et dévolutif* total, car le droit fédéral exige que la question soit soumise entièrement à l'appréciation de l'autorité de recours. Le prononcé de première instance n'acquiert ainsi jamais force de chose jugée lorsqu'il y a recours (69).

Le recours de l'adversaire doit remplir les conditions formelles et temporelles à l'égard de tous (70). Il doit justifier d'un intérêt contre tous (71).

§4. La renonciation au droit de recourir et le retrait du recours

Le recours commun ne peut être *retiré* que conjointement (72). Il peut être retiré par un consort sur mandat des autres.

La présomption de représentation est-elle applicable dans les cantons qui la connaissent pour l'intentat du recours ? Le consort qui retire le recours serait ainsi présumé représenter les autres ce qui transformerait le retrait individuel en retrait collectif. Il faut à notre avis rejeter la présomption de représentation, car le retrait formulé par un consort aurait pour effet de priver les litigants d'un degré de juridiction. La jurisprudence allemande a dans un arrêt isolé appliqué la présomption de représentation dans le sens inverse et considéré le retrait comme inopérant, au motif que les consorts qui n'y avaient pas participé étaient présumés représenter celui

- 63) BE RJB 107 1971 354.
BE Jolidon 187, BE Leuch notes prélim. ad 359, ad 359 ch. 5, ad 364 ch. 1. *Werner Perrig*, Berufung und Nichtigkeitsklage im Zivilprozess des Kantons Wallis, Thèse Fribourg 1954, 72: "Das erfordert der Schutz der Streitgenossen, nicht bloss der Gegenpartei, sondern den übrigen Streitgenossen gegenüber, denn infolge des Nichtigkeitsgrundes war der Prozessunfähige auch im Verhältnis zu seinem Genossen benachteiligt".
- 64) TI 46/2.
- 65) ATF 84 II 74/JT 1959 I 16.
- 66) Hegnauer ad 269 nm17.
- 67) Poudret/Sandoz COJ ad 48 ch. 1.1.4.3.
- 68) ATF 95 II 291/JT 1970 I 261.
- 69) ZH Sträuli/Messmer ad 260 nm5: "In Ausnahmefällen erstreckt sich die aufschiebende Wirkung auf das ganze vorinstanzliche Urteil, wenn dieses mehrere untrennbar verbundene Ansprüche zum Gegenstand hat. So...in Statusprozesse die in notwendiger Streitgenossenschaft zu führen sind, wenn nicht alle Streitgenossen Berufung eingelegt haben....Teilrechtskraft ist...ausgeschlossen bei Klagen auf Teilung von Eigentum oder Miteigentum". *Max Müller*, Die Berufung im thurgauischen Zivilprozess, Thèse Fribourg 1954, 72.
- 70) Stein/Jonas ad 62 nm38.
- 71) Stein/Jonas ad 62 nm38.
- 72) Ovari 167, Geiger 122, Gysler 16, Guldener ZPR 299, ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm13, Brückner 270.

qui le déclarait (73). La théorie maintient l'unité du litige, mais assimile à tort le retrait d'un recours à la contumace, ce qui n'est pas la même chose. Aussi faut-il la rejeter.

Le recours individuel valablement formé par un consort ne peut être retiré que par lui (74). Le retrait lui fait perdre la qualité de consort lorsqu'il y a consorité nécessaire formelle. On ne peut lui dénier ce droit au motif que le jugement doit être le même pour tous (75). Le retrait individuel ne nuit pas aux autres consorts dans la consorité nécessaire formelle, car le jugement unique qu'elle implique ne peut être qu'un jugement sur le fond. Le retrait a dans les autres cas de consorité pour seul effet de confirmer le mal fondé de la demande de sorte que le procès s'achève pour tous les consorts.

Le consort qui a retiré son recours acquiert selon la jurisprudence zurichoise la qualité d'intimé lorsque le procès porte sur un droit formateur (76) et dans les procès en partage (77).

Les règles que nous venons d'exposer sont applicables à la renonciation au recours.

Les consorts nécessaires ne peuvent en principe *renoncer* que collectivement (78). Il y a présomption de représentation dans les cantons d'Obwald et du Tessin. De nombreux auteurs estiment, comme pour le retrait, que la renonciation d'un consort est inefficace, car, présumé défaillant, il est représenté par les consorts qui persistent (79).

Le consort qui a interjeté un recours individuel peut y renoncer individuellement (80).

L'adversaire doit notifier sa renonciation à tous les consorts (81).

MDR 1971 1044: "Auswirkungen der Rechtsmittelrücknahme durch notwendige Streitgenossen".

73) RG 38 426.

74) Ovari 167.

75) Dans ce sens Lent IuJB 90 89.

76) ZR 59 1960 265 no 118, 272-273: "Mit der Rückweisung an das Obergericht ist der Prozess, soweit das obergerichtliche Urteil aufgehoben wurde, in die Lage zurückversetzt worden, in der er sich vor Erlass des obergerichtlichen Urteils befand. Das würde dafür sprechen, dass im weiteren kantonalen Verfahren K wieder Partei wäre.... Mit dem Rückzug der Berufung hat sich X indessen mit dem obergerichtlichen Urteil im Ergebnis abgefunden. Das neue obergerichtliche Urteil wird für ihn nicht günstiger als das frühere lauten dürfen. Jede Teilnahme am weiteren kantonalen Verfahren, gerichtet auf ein für ihn günstigeres Ergebnis ist ihm verwehrt. Er hat somit im weiteren die Stellung eines Berufungsbeklagten (Appellaten) einzunehmen".

77) Guldener ZPR 300-301 n. 22.

78) AG Eichenberger ad 54 nm1. Urs Korner, Die Berufung im zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1980, 65. Henri-Robert Schüpbach, Le recours en cassation, Thèse Neuchâtel 1961, 257. Brückner 270. Comp. Rechberger/Sinotta 74 nm137: "Rechtsmittel...des einen wirken - im Gegensatz zum Rechtsmittelverzicht - auch den andern gegenüber".

79) Notamment Brückner 265-266: "Solange auch nur einer der Streitgenossen das Rechtsmittel aufreht hält, kann sich keiner der Streitgenossen der Stellung als Rechtsmittelpartei entziehen".

80) Wintp 297.

81) Henri-Robert Schüpbach, Le recours en cassation, Thèse Neuchâtel 1961, 257.

§5. Les effets de l'arrêt

L'unité de jugement est garantie lorsque les consorts nécessaires recourent conjointement. Il en va de même lorsque le consort recourant gère l'affaire des non recourants (82) et lorsqu'il y a présomption de représentation.

Dans les actions d'état, l'arrêt produit effets à l'égard du consort non recourant, mais également envers les tiers, en raison de l'effet formateur du jugement (83). Le recours du consort constitue ainsi une espèce d'acte de représentation (84). Une expédition de l'arrêt doit être notifiée au non recourant (85).

Selon la jurisprudence, seul le recourant supporte les frais et les dépens du recours (86).

§6. L'interprétation du jugement

Lors même que la pratique assimile la qualité pour demander l'interprétation du jugement à la qualité pour recourir (87), ce qui impliquerait en principe une vocation commune pour demander l'interprétation lorsqu'il y a consorité nécessaire, un consort nécessaire est à notre avis habilité à requérir seul l'interprétation du jugement non encore exécuté. La vocation individuelle se justifie par le motif que le jugement est obligatoirement unique, mais également par le fait que le juge ne peut ni restreindre, ni étendre les droits reconnus (88) de sorte que son prononcé ne peut préjudicier aux autres consorts. Le tribunal interprétatif notifiera la requête à l'ensemble des consorts pour garantir leur droit d'être entendu.

Un consort nécessaire a qualité pour requérir seul l'interprétation du dispositif sur les frais, car il est un consort simple relativement à cette question.

Le consort qui requiert l'interprétation doit justifier d'un intérêt qui n'est pas donné lorsque l'intention du juge ressort clairement des motifs de la décision ou que le jugement a déjà été exécuté. L'intérêt subsiste en revanche lorsque la procédure d'exécution est en cours.

La requête d'interprétation n'ayant pas d'effet dévolutif, le tribunal compétent est celui qui a statué (89). Ce dernier peut lorsque les circonstances l'exigent ordonner la suspension de l'exécution et assujettir la partie qui a obtenu gain de cause à fournir sûretés.

Le juge ne peut porter atteinte à l'autorité de la chose jugée. Il peut en revanche corriger le dispositif qui comporte une imprécision ou omet un consort.

82) *Patrice Girardet*, Le recours en nullité en procédure civile vaudoise, Thèse Lausanne 1986, 300.

83) ATF 95 II 294/JT 1970 I 261, ATF 82 II 1/JT 1956 I 322.
ZH Sträubli/Messmer ad 39 nm14, BE Leuch ad 333 ch. 1, SG Lutz ad a104 ch. 3. *Peter Bont*, Appellation, Nichtigkeitsbeschwerde und Rekurs im solothurnischen Zivilprozess, Thèse Bâle 1980, 52; *Hans Peter Marti*, Das neue Recht der bernischen Zivilprozessordnung, Thèse Berne 1963, 66; *Balz Rust*, Die Revision im zürcher Zivilprozess, Thèse Zurich 1981, 83.

84) FR Extraits 1961 103, FR Extraits 1956 131.
SG Lutz ad a104 ch. 3.

85) FR Extraits 1961 103, Extraits 1956 131.

86) FR Extraits 1961 103, FR Extraits 1956 131, 133.

87) *Walter Hagger*, Die Erläuterung im schweizerischen Zivilprozessrecht unter Berücksichtigung des Kantons Zurich, Zurich 1982, 87.

88) Par ex. NE RJN 2 I 109.

89) Hagger 101.

L'adversaire qui sollicite l'interprétation doit mettre en cause tous les consorts nécessaires pour garantir leur droit d'être entendu.

CHAPITRE 11. LE DEFAULT

§1. Le droit édicté

La procédure fédérale ne règle pas le défaut en consorité nécessaire, tandis que onze cantons ont légiféré (1).

ZH 39/2	NW	BL	AG 54/2	GE 83, 93
BE 39/2	GL	SH	TG	JU 38/2
LU	ZG	AR 112/2	TI 46	
UR	FR	AI	VD 307	
SZ 36/2	SO	SG 45/1	VS	
OW 37/2	BS	GR	NE	

Les dispositions existantes ont trait au défaut faute de comparaître et au défaut faute de procéder. La réglementation genevoise vise la seule consorité passive.

Les dispositions bernoise et jurassienne consacrent à la consorité nécessaire la même solution que pour la consorité simple et présumant la représentation. Il y a également présomption de représentation dans les cantons de Zurich, Schwyz, Appenzell Rhodes Extérieures, St-Gall, Argovie et du Tessin. Tous ces cantons se sont inspirés de la législation allemande (2). Les cantons de Lucerne et du Valais ont

- 1) ZH 39/2, SZ 36/2, AG 54/2: "Rechtzeitige Prozesshandlungen eines Streitgenossen, ausgenommen Rechtsmitteleklärungen, wirken auch für säumige Streitgenossen". SG 45/1: "Rechtzeitige Prozesshandlungen eines notwendigen Streitgenossen wirken zugunsten säumiger Streitgenossen". OW 37/2: "Rechtzeitige Prozesshandlungen eines Streitgenossen wirken auch für säumige Streitgenossen". BE 39/2, JU 38/2: "Si l'un des consorts est défaillant, il est censé être représenté par les autres, à moins qu'il ne s'agisse de moyens d'attaque ou de défense particuliers, ou de recours". AR 112/2: "Solange ein notwendiger Streitgenosse nicht den Abstand vom Prozess erklärt oder sich vorwiegend dem Entscheid unterzieht, wird er bei Säumnis durch die nicht säumigen Streitgenossen vertreten". TI 46: "Se un litisconsorte non partecipa ad un altro atto processuale, l'istruzione della causa continua, ritenuto che il litisconsorte diligente rappresenta gli altri. La medesima disposizione si applica all'appello principale, all'appello adesivo, e alla risposta all'atto di appello". VD 307/2: "Dans les autres causes concernant l'état des personnes, la partie présente obtient acte du défaut et procède pour ce qui la concerne comme en cas d'instruction contradictoire, tandis que les offres de preuves de la partie défaillante sont écartées. Il en est de même si plusieurs parties sont réunies en cause et que l'une d'elles fasse défaut. Lorsqu'une partie fait défaut, chaque partie présente peut reprendre à son compte les offres de preuves de la partie défaillante". GE 83: "Si une demande, fondée sur le même titre et ayant le même objet, est formée contre plusieurs parties dont les unes font défaut et les autres comparaissent, le tribunal, s'il ne juge tout de suite, accorde acte du défaut et remet à statuer sur le fond pour prononcer à l'égard de toutes les parties par un seul jugement" et 93: "Dans le cas de l'article 83, le jugement sur l'opposition profite aux parties condamnées contradictoirement a) s'il repose sur des moyens communs qui leur étaient inconnus ou dont la preuve dépend du défaillant, b) si l'objet de la condamnation est indivisible".
- 2) DZPO 62: "Kann das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige, so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen. Die säumigen Streitgenossen sind auch in dem späteren Verfahren zuzuziehen".

adopté la règle par voie prétorienne (3). Les cantons de Vaud et de Genève ont une réglementation spécifique, applicable à la consorité simple et à la consorité nécessaire.

Les règles sur le défaut et le relief ne sont applicables que dans le cadre d'une procédure introduite régulièrement. Le défaut faute de comparaître est subordonné à l'assignation régulière de tous les consorts (4). Le juge doit examiner pour chacun d'eux la réalisation de cette condition: Les consorts non représentés par le même mandataire doivent être cités personnellement. La citation à comparaître envoyée au mandataire commun vaut assignation régulière (5).

§2. Tous les consorts sont défaillants

Lorsque tous les consorts nécessaires ne comparaissent ou ne procèdent pas, ils sont défaillants. Il en va de même si, représentés à l'audience par le mandataire commun, ils avaient l'obligation d'y comparaître personnellement. En revanche, le fait pour les consorts de ne pas désigner un représentant commun n'entraîne pas contumace. L'inaction des consorts est sanctionnée au niveau des frais et dépens (6). Lorsqu'aucun consort n'a été cité, un jugement par défaut est impossible.

Il est donné acte du défaut à l'adversaire. En procédure vaudoise, le défaut à l'audience préliminaire permet à l'adversaire d'obtenir un jugement contumacial. Le juge ne peut lui imposer la continuation du procès au motif qu'il a comparu à l'audience (7).

Un jugement par défaut sanctionne l'attitude des consorts (8). Comme il a la même qualification pour tous les consorts, l'unité de jugement est assurée (9).

Le relief n'a pas à être demandé par tous les consorts agissant de concert. Un seul consort a qualité pour le solliciter au profit de tous (10).

Le droit français a une solution spécifique: NCPC 474: "En cas de pluralité de défendeurs cités pour le même objet, lorsque l'un au moins d'entre eux ne comparait pas, le jugement est réputé contradictoire à l'égard de tous si la décision est susceptible d'appel ou si ceux qui ne comparaissent pas ont été cités à personne. Si la décision requise n'est pas susceptible d'appel, les parties défaillantes qui n'ont pas été citées à personne doivent être citées à nouveau. Le jugement rendu après nouvelles citations est réputé contradictoire à l'égard de tous dès lors que l'un des défendeurs comparait ou a été cité à personne sur première ou seconde citation; dans le cas contraire, le jugement est rendu par défaut" et 475 NCPC: "Le juge ne peut statuer avant l'expiration du plus long délai de comparution, sur première ou seconde citation. Il statue à l'égard de tous les défendeurs par un seul et même jugement, sauf si les circonstances exigent qu'il soit statué à l'égard de certains d'entre eux seulement".

- 3) LU LGVE 1972 102 no89.
VS RVJ 1972 238/RSJ 70 1974 269 no65.
- 4) Stein/Jonas ad 62 nm32, Baumbach/Lauterbach ad 62 4C, Zöller ad 62 nm28, Gottwald JA 1982 70. Winte 217: "Es bleibt somit keine andere Wahl, als die Prozesse sämtlicher Streitgenossen zu verlagen und die ordnungsgemässe Ladung nachzuholen".
- 5) BE Leuch ad 39 ch. 4.
- 6) VS RVJ 1977 32, 37.
- 7) Philippe Mercier, Le jugement par défaut en procédure civile vaudoise, Thèse Lausanne 1974, 176.
- 8) VS RVJ 1968 443.
Ovari 151, Matti Streitgenossenschaft 105, Zöller ad 62 nm28, Stein/Jonas ad 62 nm32, Gottwald JA 1982 70, Lent IuJB 90 68, Winte 216, Behringer 227-228.
- 9) Lent IuJB 90 68.
- 10) BE Leuch ad 288 ch. 1: "Sind alle Streitgenossen die gemeinsam auftreten säumig, so genügt es, dass der Wiedereinsetzungsgrund in der Person eines einzigen gegeben ist, um die Wiedereinsetzung aller zu rechtfertigen".

§3. Un seul consort est défaillant

Cette hypothèse soulève de nombreuses questions. La réglementation doit en effet concilier trois exigences. Le consort défaillant ne doit pas pouvoir compromettre le litige collectif. Le droit d'être entendu du consort diligent doit être respecté, l'unité du procès et de jugement assurée. Le législateur, la doctrine et la jurisprudence ont tenté de satisfaire ces exigences par diverses combinaisons. Certains cantons privilégient le défaillant et écartent les règles sur le débat contradictoire. Le jugement par défaut est totalement contumacial (11). D'autres veulent atténuer pour le consort diligent les conséquences que pourrait entraîner la passivité d'autres consorts et écarte les règles sur le défaut. Le jugement est totalement contradictoire (12). D'autres enfin mettent l'accent sur la contumace, mais font profiter le comparant du jugement sur relief (13).

Le droit vaudois vise le défaut à l'audience préliminaire (14) ou à l'audience de jugement (15).

Le demandeur obtient acte du défaut. La procédure est poursuivie "contradictoirement", le consort défaillant n'étant exclu que de la procédure probatoire et des débats (16). Le juge écarte les offres de preuve du défaillant qui est néanmoins jugé contradictoirement. Le comparant qui avait jugé inutile d'alléguer à son tour les faits que le défaillant avait invoqué et offert de prouver (17) peut reprendre les allégués et les offres de preuve du défaillant (18). Le juge n'établit qu'un état de faits (19) selon les règles de l'instruction contradictoire (20). Le jugement a la même qualification pour tous les consorts: il est contradictoire à l'égard de tous (21) et n'est jamais contumacial (22). Le défaillant bénéficie de l'instruction entreprise par les autres consorts. Il n'y a pas de relief, mais les parties peuvent recourir par les voies ordinaires.

S'inspirant du droit allemand et du droit autrichien (23), les cantons de Zurich, Berne, Lucerne, Schwyz, Obwald, Appenzell Rhodes Extérieures, Argovie, St-Gall,

-
- 11) Cantons qui n'ont pas de règles spécifiques sur le défaut lorsqu'il y a consorsité.
 - 12) VD et systèmes consacrant une présomption de représentation. Le jugement est contradictoire et non susceptible de relief: ZH, BE, LU, SZ, OW, AR, SG, AG, TI, VS, JU.
 - 13) GE.
 - 14) Voir toutefois *Philippe Mercier*, Le jugement par défaut en procédure civile vaudoise, Thèse Lausanne 1974, 176-177; Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 307/2.
 - 15) VD JT 1958 III 47.
 - 16) VD JT 1958 III 47, 56.
 - 17) Mercier 179: "On ne saurait...dire que le jugement rendu dans ces conditions assure au défaillant une sécurité égale à celle d'une instruction contradictoire. A notre sens, la sécurité du jugement rendu en pareille espèce, n'est guère supérieure à celle d'un jugement rendu en cas de défaut dans le cadre d'une action d'état ou en paternité. Or, dans ce cas, le tribunal rend un jugement par défaut à l'audience au fond. Il paraît dès lors injustifié de soumettre à des régimes distincts le défaut à l'audience de jugement dans les actions d'état ou en paternité".
 - 18) Mercier 176.
 - 19) Mercier 178.
 - 20) Mercier 178: aucun fait n'est censé vrai à l'égard de la ou des parties défaillantes: les faits énoncés ou repris par les parties présentes doivent être prouvés.
 - 21) Mercier 178.
 - 22) Un jugement contradictoire faussement qualifié par défaut n'est pas nul, Req. 4 juin 1878 Dalloz D.P. 1878.1.485.
 - 23) *Fiktionstheorie*: L'autor en est Wachenfeld, Die notwendige Streitgenossenschaft 1894, 128ss. Geiger 68, Matti Streitgenossenschaft 100, Ovari 155-156, Flepp 102ss, 176-177

Tessin, Valais et Jura ont adopté une technique législative dans le double but d'éviter un jugement par défaut contre tous les consorts (24) et de maintenir l'unité du procès (25) et du jugement (26).

Consacrant une présomption de représentation (27), le système suppose la présence ou l'activité d'un consort au moins. Le consort diligent est présumé procéder également pour le consort défaillant de sorte que le juge est dans l'impossibilité de prononcer un jugement par défaut et les consorts ne peuvent demander le relief. Fondé sur l'idée que l'un des codéfendeurs au moins a connaissance du procès, le système adopté assure dans son résultat une protection (28) aussi bien pour le comparant que pour le défaillant (29).

rejette la présomption de représentation au motif que l'on ne saurait contraindre un plaideur à procéder par ce moyen indirect. Geiger 135 y est également défavorable.

Le règlementation allemande trouve son origine dans l'article 153 de l'ancien code de procédure civile français. Le droit français voulait empêcher qu'un demandeur pût prendre un jugement avant l'expiration du plus long délai de comparution lorsque les défendeurs étaient assignés à des délais différents (151-152 anciens). Lorsque certains comparaissent et que d'autres étaient défaillants, si la loi n'avait rien dit, on aurait appliqué le droit commun. Le tribunal aurait dû rendre une décision contradictoire à l'égard de la partie ayant comparu et une décision par défaut à l'égard de celle n'ayant pas comparu. Alors que la première n'aurait pas eu la faculté de faire opposition, cette voie de recours aurait été ouverte à la seconde d'où le risque de contrariétés de jugements. Pour éviter ces conséquences, le code avait institué une procédure spéciale que l'on appelait la procédure de défaut profit-joint. Le demandeur devait réassigner les défaillants par l'intermédiaire d'un huissier commis par le tribunal et obtenait un jugement réputé contradictoire. Lorsque le demandeur constatait que l'un des adversaires était défaillant, il demandait acte du défaut, mais le tribunal ne pouvait lui adjuger le profit de ses conclusions contre le défaillant. Ce profit était réservé pour être joint à la phase ultérieure de l'instance qui devenait contradictoire grâce à la réassignation d'où le nom de la procédure. Jean Vincent. Procédure civile, no 516.

- 24) Le législateur fédéral a renoncé à introduire cette fiction de représentation dans la loi fédérale de procédure civile (MCF FF 1947 I 100ss, 1015), mais la reconnaît indirectement par le biais de la mise en cause (Guidener Beilage 36).

ZH 39/2, BE 39/2, SZ 36/2, OW 37/2, AR 112/2, SG 45/1, AG 54/2, TI 46/1, JU 38/2.

LU LÜVE 1972 102 no 89, qui se réfère à la réglementation bernoise. VS RVJ 1972 238/R SJ 70 1974 269 no 65 qui se réfère à la réglementation allemande.

Envisagée par le gouvernement dans le canton de Soleure, la solution n'y a pas été retenue par le législateur. Projet du 16 avril 1948: art. 40/3. La règle visait aussi bien la consorité simple que la consorité nécessaire.

- 25) Winte 198: "Die Wirkungen der Regelung...beschränken sich...nicht allein in dem Ausschluss des Versäumnisurteils...der Gesetzgeber wollte mit seiner Anordnung der Vertretungsfiktion erreichen, dass das gegenüber dem tätigen Streitgenossen ergehende Urteil auch gegenüber dem Säumnigen wirkt". Bocker 34, Hachenburg 33.

- 26) BE Jolidon 81, Brückner 228 pour la consorité nécessaire formelle.

- 27) Les auteurs ne s'accordent pas sur la nature de la représentation. Pour Baumbach/Lauterbach ad 62 4, il s'agit d'une présomption de représentation. Pour de nombreux autres auteurs, il s'agit d'une fiction de représentation (Vertretungsfiktionstheorie): Geiger 69, Stein/Jonas ad 62 nm 26, Rosenberg/Schwab 293, Blomeyer 633, Thomas/Putzo ad 62 ch. 9, Bähringer 22-23, Gottwald JA 1982 70, Lent Ithb 90 70, Schellhammer 680 nm 1349, Bocker 33, Wachenfeld 128-129, Hachenburg 9.

Comp. Winte 193 n. 9: (Da eine unwiderlegbare Vermutung) "immerhin den Tatbestand der Vertretung voraussetzt, es nach der Regelung des § 62 aber auf den Vertretungswillen des tätigen Genossen gar nicht ankommt, wird man wohl kaum von einer Vermutung sprechen können".

Comp. Lent ZPR 223: "...unnötige Fiktion...".

Pour un historique v. Ovari 154ss.

- 28) Matti Streitgenossenschaft 107: "Der Schutzgedanke liegt dabei dem Gesetz durchaus fern", Winte 208: "Wenn die Regelung des § 62 ZPO wegen der identischen Interessenslage im Ergebnis regelmässig ebenso dem Schutz des säumigen Streitgenossen dient, so stellt sich dies lediglich eine Folge, nicht jedoch deren Zweck dar", Schumann ZJP 76 1983 383, Becker 34, Fuhr 13, Hachenburg 33.

Incorporée dans une disposition procédurale spéciale (30) rédigée de manière générale (31), la présomption de représentation est une *présomption légale* (32). Les actes du consort comparant ont des effets analogues à la représentation (33). Intervenant d'office et à tous les stades de la procédure (34), la présomption n'est subordonnée ni à requête du comparant (35), ni à sa volonté de représenter (36). *Irréfragable* (37), elle engendre une *Fremdwirkung* (38): le consort diligent agit pour lui-même mais aussi pour son partenaire. Elle n'implique pas une mise en garde du

Contra: RGZ 157 37, RGZ 90 42, 45. Behringer 68: "Deshalb kann in der Vorschrift des §62 nicht allein eine zugunsten des Säumigen wirkende Schutzbestimmung gesehen werden, sondern darüber hinaus eine die Interessen auch der übrigen Prozessbeteiligten wahrende Regelung. Aus diesem Grunde wurde die Erstreckungswirkung - und nicht der Ausschluss des Versäumnisurteils - bestimmt".

29) VersR 1970 678.

Comp. TI Picard 239-240: "E tuttavia da ritenere, che faccia stato a fortiori il principio della additatio, il quale, in questo caso, si risolve sostanzialmente nella rappresentanza del litisconsorte contumace da parte di quello diligente. La soluzione è ragionevole: non è infatti ammissibile che una volta costituitosi il litisconsorzio, l'esito della causa debba dipendere dal beneplacito di uno dei suoi membri: se questi voleva opporsi alla lite, poteva farlo prima: dopo l'insinuazione della petizione, il diritto di veto ha da ritenersi perento".

30) Matti Streitgenossenschaft 107: "Ihrer Natur nach ist die Vorschrift...prozessualer Art, die sich auf Erreichung prozessualer Zwecke beschränkt", BE Jolidon 81; Winte 257: "Als prozessuale Norm stellt §62...lediglich eine das Verfahren regelnde Norm dar".

31) Stein/Jonas 62 nm2: "keineswegs...abschliessende allgemeine Norm".

32) Geiger 69, Flepp 100, Matti Streitgenossenschaft 106, Baubach/Lauterbach ad 62 4, Becker 33. Plus absolu encore: Holzhammer ZPR II 86: "Es handelt sich um eine gesetzliche Zwangsvertretung, da es einerseits nicht auf den Willen zur Fremdwirkung ankommt, andererseits entgegenstehende Abreden unwirksam sind". Comp. Fasching ZPR 194 nm380: "...gesetzliche Zwangsvertretung": dieser Begriff ist aber mit der Annahme, es handle sich um ein einheitliches Prozesssubjekt, nicht in Einklang zu bringen, da die Subjektivverschiedenheit nur im Innenverhältnis relevant wird".

33) Matti Streitgenossenschaft 107: "In Wahrheit findet gar keine Vertretung statt", Ovari 155, Behringer 108, Winte 204: "Nicht der Tatbestand, sondern nur die Wirkungen der Stellvertretung werden fingiert", Lent IuJb 90 71 et 88: "Die Gleichstellung bezieht sich nur auf die Wirkungen des Handelns, nicht auf den Tatbestand des Handelns".

34) Dans les cantons d'Obwald et du Tessin au stade du recours également.
Matti Streitgenossenschaft 106.

35) Matti Streitgenossenschaft 105.

36) RG 157 33, RGZ 90 42.

Lors même que la présomption sous-entend le pouvoir de représenter: Ovari 155, Lent IuJb 90 71: "Im übrigen drückt sich das Gesetz ungenau aus, denn nicht blosse Vertretung wird fingiert, sondern Vertretung mit Vertretungsmacht". Behringer 77: "In §62 kann...nicht die Begründung einer Vertretungsmacht angenommen werden. Dies bedeutet, dass der Wille des Erschienenen mit oder ohne Einwirkung auf den Rechtskreis seines ausgebliebenen Genossen tätig zu sein, ohne jede rechtliche Bedeutung bleiben muss", Winte 194: "Eine echte Stellvertretung kann schon deshalb nicht vorliegen, weil es nach dem Gesetzeswortlaut auf den Willen des fleissigen Streitgenossen mit Wirkung für den Säumigen zu handeln, nicht entkommt", Fuhr 26, Sitzler 48, Becker 34, MünK ad 62 nm43, Baubach/Lauterbach ad 62 4C, Lent ZPR 223, Stein/Jonas ad 62 nm26.

37) Matti Streitgenossenschaft 106, BE Leuch ad 39 ch. 3, BE Jolidon 81, Baubach/Lauterbach ad 62 4C, Sitzler 48, MünK ad 62 nm 43.

38) Lent IuJb 90 71.

défaillant (39) et intervient même contre le gré de ce dernier (40). Le comparant n'a pas à être le même coindivis (41).

La représentation envisagée ici n'est pas une représentation au sens du droit civil (42). Elle n'équivaut pas à donner procuration (43). Le comparant n'agit pas au nom du défaillant et ne fait pas valoir le droit de ce dernier (44). Il procède en son nom (45). La présomption suppose que le comparant agisse au moins pour lui (46). La représentation dont il est question n'est pas non plus une substitution processuelle (Prozessstandschaft), car le comparant ne fait pas valoir le droit du défaillant, mais le sien. Ses actes n'ont d'effet pour le défaillant que dans la mesure de la contumace et dans le but d'assurer l'unité du procès et de jugement (47).

Lex specialis, la présomption consacre une exception à l'obligation de procéder conjointement (48). Elle ne viole pas le droit du défaillant droit d'être entendu, car il avait la possibilité de se faire entendre (49). Le droit d'être entendu du consort défaillant implique toutefois selon la jurisprudence valaisanne qu'il soit cité à l'audience finale (50).

La présomption de représentation vise aussi bien le défaut faute de comparaître (*Versäumung*) que le défaut faute de procéder (*Versäumnis*) (51). Elle est subordonnée à la comparution ou à l'activité d'au moins un consort (52). A défaut, un jugement contumacial est prononcé. Lorsqu'il y a plusieurs consorts diligents, ils sont réputés être conjointement les représentants du défaillant (53). Le consort diligent doit avoir agi dans les délais fixés (54) et en son propre nom.

-
- 39) Geiger 69, Matti Streitgenossenschaft 106.
- 40) Matti Streitgenossenschaft 105: "Die Vertretungswirkung tritt von Gesetzes wegen ein,...trotz Verzicht des säumigen Streitgenossen auf Vornahme der betreffenden Prozesshandlungen seitens des tätigen", BE Jolidon 81, Geiger 69.
- 41) Fasching ZPR 194 nm380: "Die in zeitlicher Reihenfolge hintereinander gesetzten Rechtshandlungen werden jeweils der einheitlichen Streitpartei zugerechnet".
- 42) Geiger 69, Matti Streitgenossenschaft 107 et ZPR 1065, Ovari 155, Becker 34.
- 43) Kisch 37-38, Becker 36. Contra: Matti Streitgenossenschaft 107, Amelunxen 72, Sitzler 48.
- 44) Matti Streitgenossenschaft 107, Geiger 69, Lenti IJJB 90 88, Rosenberg/Schwab 293.
- 45) Ovari 155, Geiger 69, Matti Streitgenossenschaft 107, Winte 195: "Der tätige Streitgenosse handelt...nicht im Namen des Säumigen, sondern grundsätzlich nur in seinem eigenen Namen und nur in seinem Prozess. Der tätige Streitgenosse kann also auch im Falle der Säumnis nicht unmittelbar im eigenen Prozess des säumigen Streitgenossen handeln". Rosenberg/Schwab 293, Schellhammer 680 nm1349.
- 46) Winte 195: "Aus dem Ausschluss echten Vertretungsdenkens folgt...dass es zu einer Vertretungsfiktion nur dann kommen kann, wenn der tätige Streitgenosse zumindest auch für sich handeln will und kann. Fehlt es hieran, etwa weil er nur für den säumigen Streitgenossen handeln will und soll, so ist §62 ZPO nicht anwendbar. Da im Falle echter Stellvertretung eine Säumnis überhaupt nicht vorliegen kann, bestimmt sich die Regelung dieses Falles allein nach den Vertretungsregeln".
- 47) Becker 35.
- 48) L'obligation de procéder conjointement devient ainsi une règle imparfaite. BE Leuch ad 39 ch. 1.
- 49) Contra: Matti Streitgenossenschaft 108, Ovari 157.
- 50) VS RVJ 1972 238/RSJ 70 1974 269 no65, 270.
- 51) Ovari 156, BE Leuch ad 39 ch. 3, Behringer 72, Fuhr 11; Wachenfeld 131-132 n'entend appliquer la règle qu'au défaut faute de comparaître. Winte 203: "Der Begriff der Säumnis bestimmt sich ...nach den allgemeinen für den Erlass eines Versäumnisurteils geltenden Vorschriften", Becker 30: "Da der §62 nicht angibt, wann der Fall der Säumnis vorliegt, müssen wir vom Begriff der Säumnis, wie er für ähnliche Fälle gebildet, ausgehen". Stein/Jonas ad 62 nm26, MünK ad 62 nm43.
- 52) Matti Streitgenossenschaft 105, Baumbach/Lauterbach ad 62 4C.
- 53) Matti Streitgenossenschaft 106, Kisch 69, Brückner 229-230.

La présomption de représentation n'est pas illimitée (55). Elle ne saurait aller au-delà du droit matériel (56). Elle ne vaut que pour les procédés communs aux consorts (57) et ne se conçoit que dans l'hypothèse où les consorts adoptent la même attitude en procédure (58). Elle vise tous les actes de procédure (59) de nature à donner au jugement un fondement unique (60) ou destinés à provoquer la continuation de la procédure (61). La présomption de représentation permet en d'autres termes à un consort nécessaire de soulever valablement une exception (62), d'alléguer les faits communs (63) ou de se déterminer sur les allégués de l'adversaire pour autant qu'ils concernent tous les consorts (64), de proposer la preuve des faits communs (65), d'avouer un fait commun (66), de solliciter la restitution ou la prolongation d'un délai (67) ou de requérir l'appointement ou le report d'une audience (68).

La présomption ne s'applique en revanche pas à l'acte introductif d'instance (69), ni aux actes assimilables à un acte de disposition (70), ni aux actes personnels

Les comparants qui adoptent des attitudes divergentes sont dans la même situation que si tous les consorts adoptent des positions opposées. Winte 259ss.

- 54) ZH 39/2, SZ 36/2, OW 37/2, AG 54/2, SG 45/1: "Rechtzeitige Prozesshandlungen eines Streitgenossen...wirken auch für säumige Streitgenossen". TI 46, BE 39/2, JU 38/2 et AR 112/2 ne précisent pas ce point.
- 55) VS RVJ 1972 239: Ses "effets doivent rester limités aux nécessités du but à atteindre: autoriser à porter contre tous les consorts un jugement définitif". BE Leuch ad 39 ch. 3, Becker 36, Stein/Jonas ad 62 nm26: "Für den Umfang der Wirkung ist...der Gesichtspunkt der Vertretung massgebend".
- 56) Winte 210: "Das Prozessrecht muss dem materiellen Recht angepasst sein. Wirkungen, die eine Partei nach materiellem Recht nicht herbeiführen kann, dürfen von dieser auch nicht über den Umweg eines Prozesses herbeigeführt werden. Für die notwendige Streitgenossenschaft folgt daraus, dass der Wirkungsumfang der Vertretungsfiktion mit den Regelungen des materiellen Rechts übereinstimmen muss".
- 57) Matti Streitgenossenschaft 106: "Sie kann sich nur auf Handlungen erstrecken, die allen Genossen gleichmässig zustehen", BE Leuch ad 39 ch. 3: "im Umfange der gemeinsamen Prozessführung". Brückner 230.
- 58) Geiger 69: "Die fiktive Vertretung kann nur dort zur Anwendung kommen, wo des Angriffs- oder Verteidigungsmittel sowohl dem Säumigen als auch dem tätigen Streitgenossen ein gemeinsames ist"; Fuhr 14: "es muss sich um solche Prozesshandlungen handeln, die für die Prozesse sämtlicher Streitgenossen relevant sind".
- 59) Prozesshandlungen: ZH 39/2, SZ 36/2, OW 37/2, SG 45/1, AG 54/2, Baumbach/Lauterbach ad 62 4C.
- 60) Stein/Jonas ad 62 nm33, Winte 204: "Die Erstreckungswirkung...kann...nur solche Prozesshandlungen erfassen, die dem tätigen Streitgenossen selbst zustehen und sowohl für seinen als auch für den Prozess des säumigen Streitgenossen relevant sind". Brückner 230, Fuhr 13, Becker 38.
- 61) Matti Streitgenossenschaft 106.
- 62) Matti Streitgenossenschaft 110.
- 63) Matti Streitgenossenschaft 109, Brückner 231, MünK ad 62 nm43.
- 64) Matti Streitgenossenschaft 106 et 109, Brückner 231.
- 65) Matti Streitgenossenschaft 109, Fuhr 14, Brückner 231.
- 66) Matti Streitgenossenschaft 109: "Das Geständnis...ist keine Dispositiv -, sondern eine Wissenserklärung hinsichtlich einer prozessualen Tatsache. Deshalb wirkt das Geständnis des Tätigen für den säumigen Streitgenossen", Fuhr 14, Becker 39, Lindacher JuS 1986 384, Brückner 231, MünK ad 62 nm43, Rosenberg/Schwab 293, Stein/Jonas ad 62 nm33. Contra: JW 1903 21, Ovari 158 considère l'avou comme un acte de disposition, Blomeyer 633, Schönte 100.
- 67) Matti Streitgenossenschaft 106, 109.
- 68) Matti Streitgenossenschaft 106.
- 69) Winte 218-219: "...Zum zweiten setzt §62 Säumnis voraus. Säumnig kann aber nur derjenige ein, dessen Prozess überhaupt anhängig ist. Letztlich entscheidend ist aber die Tatsache,

d'un consort qu'il soit comparant (71) ou défaillant (72), car chaque consort est responsable de ses moyens personnels (73). Le consort diligent ne peut ainsi invoquer un vice de procédure qui concerne exclusivement le défaillant (74), il ne peut invoquer la compensation pour ce dernier (75), ni former pour lui ou une demande reconventionnelle (76). Il ne peut ni alléguer ni prouver des faits personnels à ce dernier (77). De même, le consort diligent ne peut modifier la demande avec effets pour tous (78), se désister de l'instance (79) ou de l'action (80), acquiescer (81).

dass erst mit der Klageerhebung...die Streitgenossenschaft...existent wird. Sie besteht erst nach Klageerhebung, nicht...bereits vor oder bei der Klageerhebung...Da vor Prozessbeginn eine Streitgenossenschaft nicht existiert, kann die Regelung des §62 ZPO erst dann greifen, wenn der Prozess bereits läuft. Eine Anwendung der Vertretungsfiktion auf die Klageerhebung ist damit ausgeschlossen...Eine Anwendung der Vertretungsfiktion...würde das Erfordernis der gemeinschaftlichen Klageerhebung gegenstandslos machen. Die nur allen Streitgenossen gemeinsam zustehende Prozessführungsbefugnis würde ausgehöhlt werden, obwohl gerade sie der Tatsache Rechnung tragen soll, dass die Führung eines Prozesses im Ergebnis einer Verfügung gleichkommen kann. Denn durch die materielle Rechtskraft des Urteils steht der Prozessverlust einer Verfügung über das Recht gleich".

- 70) Matti Streitgenossenschaft 106 et 109, Geiger 69, Ovari 158, Winte 211: "Die uneingeschränkte Anwendung des §62 bei allen in Frage kommenden Prozesshandlungen, insbesondere bei solchen, die selbst eine materielle Verfügung enthalten oder im Ergebnis einer solchen nahestehen, würde dem tätigen Streitgenossen eine Veränderung der materiellen Rechtslage ermöglichen, selbst dann, wenn ihm dies aufgrund seiner beschränkten Befugnisse nach materiellem Recht nicht möglich wäre. Da §62 ZPO eine lediglich das Prozessrecht betreffende Regelung enthält, müssen von vornherein solche Prozesshandlungen für die Vertretungsfiktion ausscheiden, die zugleich ein materielles Rechtsgeschäft darstellen. Für die Anwendung der Vertretungsfiktion können damit grundsätzlich nur reine Prozesshandlungen in Betracht kommen". Schülken 382 nm683, Schönke 100.
- 71) Matti Streitgenossenschaft 110, Stein/Onas 62 nm33, Fuhr 15.
- 72) BE Leuch ad 39 ch. 3, Geiger 69, Winte 204: Le comparant ne peut pas agir dans l'intérêt exclusif du défaillant.
- 73) BE Leuch ad 39 ch. 3: "Besondere Angriffs- und Verteidigungsmittel des Säumigen können nach Massgabe von Art. 189 und 210 ZPO nachgeholt werden und angebracht bleiben im Sinne von Art. 207 ZPO beachtlich. Im übrigen ist gegen Versäumung besonderer Prozesshandlungen Wiedereinsetzung gemäss Art. 288ff ZPO möglich". Matti Streitgenossenschaft 110, Ovari 159, JU Ceppi 38.
- 74) Matti Streitgenossenschaft 110, Winte 205 n. 67, Fuhr 14.
- 75) Matti Streitgenossenschaft 110, MünK ad 62 nm 49.
- 76) Matti Streitgenossenschaft 110, Brückner 235.
- 77) Matti Streitgenossenschaft 110, Ovari 157, Geiger 69.
- 78) Matti Streitgenossenschaft 110, Ovari 158, Becker 41, Brückner 234.
- 79) Ovari 158, Geiger 69, Matti Streitgenossenschaft 109, BE Leuch ad 39 ch. 3, Becker 39, Brückner 233.
- 80) Matti Streitgenossenschaft 109, Ovari 158, Schönke 100. Contra: Lindacher JuS 1986 384, Rosenberg/Schwab 293, Brückner 231, Fuhr 14, Becker 39, Lent IJ/B 90 73.
- 81) Geiger 69, Ovari 158, ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm14. Armin Huber, Die Klageanerkennung nach zürcherischem Recht, Thèse Zurich 1954, 46: "Soweit es Prozesshandlungen betrifft, die nicht bloss eine Fortführung des Rechtsstreites bezwecken, sondern gleichzeitig zivilrechtliche Dispositivakte über den Klagegegenstand darstellen, also auch eine prozessuale Anerkennung, können diese für sich allein keine rechtliche Wirksamkeit äussern, denn die Frage inwieweit eine über den gemeinschaftlichen Streitgegenstand von einzelnen Streitgenossen vorgenommene Verfügung für die andern Streitgenossen rechtsverbindlich sei, ist nicht nach dem Prozessgesetz, sondern frei nach dem materiellem Recht zu beurteilen". Schönke 100. Contra: Becker 39, Lindacher JuS 1986 384, Brückner 231, Fuhr 14, Rosenberg/Schwab 293, Lent IJ/B 73..

transiger (82), interjeter un recours (83), sauf dans les cantons d'Obwald et du Tessin ainsi qu'en droit allemand (84).

La présomption de représentation ne s'aligne pas aux actes dirigés contre les consorts par l'adversaire commun (85).

Il y a en principe présomption de représentation jusqu'au terme du procès (86). Le consort défaillant peut toutefois réintégrer la procédure en tout temps (87) de sorte que la présomption n'interviendra que pour la durée de la contumace (88). Revenu dans l'instance, le défaillant qui réintègre la procédure ne peut plus contester les actes accomplis pendant son absence (89).

La présomption de représentation a pour effet que tous les consorts, y compris le défaillant sont censés avoir comparu et procédé de manière concertée dans une procédure contradictoire (90). Codéfendeurs, les consorts sont réputés avoir déposé la

- 82) Geiger 69, Ovari 158, BE Leuch ad 39 ch. 3, Matti Streitgenossenschaft 109: "Deshalb wird ein säumiger Streitgenosse nicht in einen vom tätigen abgeschlossenen Vergleich...einbezogen, weil der Vergleich ein Prozessbeendigungsgrund und nicht eine Urteilsgrundlage ist". Schönke 100, Fuhr 13, Becker 41. Contra: Brückner 233 pour la transaction extrajudiciaire.
- 83) ZH 39/2, BE 39/2, SZ 36/2, AG 54/2, JU 38/3, ZH RBOG 1991 343 no 35. Matti Streitgenossenschaft 105-106, Ovari 158, Geiger 69, BE Leuch ad 39 ch. 3, AG Eichenberger ad 54 nm3, JU Ceppi 38.
- 84) Obwald 37/2 et SG 45/1 ne font aucune exception pour le recours alors que la règle est expresse au Tessin: TI 46/2, DZPO 62, Zöller ad 511 nm4, Baumbach/Lauterbach ad 62 4C, Schlosser 236 nm274. Contra: Brückner 268ss, pour qui c'est un acte de disposition.
- 85) Gottwald JA 1982 70.
- 86) Stein/Jonas ad 62 nm29, Gottwald JA 1982 70, Winte 214.
- 87) DZPO 62/2: "Die säumigen Streitgenossen sind auch in dem späteren Verfahren zuzuziehen". Il doit pour cette raison recevoir toutes les citations et notifications au même titre que le comparant. DZPO 63, Winte 214, Zimmermann ad 62 nm12, Schilken 382 nm683, Stein/Jonas ad 62 nm29, Gottwald 1982 70. Le défaillant peut se relever du défaut pour ses moyens personnels, Matti Streitgenossenschaft 110-111.
- 88) Matti Streitgenossenschaft 106, Winte 195-196, Stein/Jonas ad 62 nm29.
- 89) Matti Streitgenossenschaft 109, Ovari 157-158. La question est controversée. Winte 196-198 et les références citées, Blomeyer 633, Lindacher JuS 1986 384, Rosenberg/Schwab 293, Brückner 230, Baumbach/Lauterbach ad 62 4C. Comp. Holzhammer ZPR II 86: "Die einzelnen Prozesshandlungen in ihrer Aufeinanderfolge sind immer als solche der ganzen Streitgenossenschaft zu werten, ohne Rücksicht darauf, ob sie stets vom selben oder jeweils von einem anderen oder von mehreren Streitgenossen stammen. Sie verhalten sich zueinander genauso wie jene, die sonst eine Prozesspartei nacheinander gesetzt hat. Widersprechen sie einander, so gelten bei unwiderruflichen die zeitlich erste, bei widerruflichen die zeitlich letzte Prozesshandlung. Beispiele: Wenn der eine Genosse den Klagsanspruch bestreitet, sich dann aber gegenüber dem darauffolgenden Anerkenntnis des anderen untätig verhält, ist dieses als entscheidende Willensäusserung der einheitlichen Streitpartei anzusehen. Umgekehrt kann ein zuvor müssiger Genosse in einer späteren Tagsatzung nicht mehr widerrufen, was sein fleissiger Mitstreiter schon anerkannt hat".
- 90) RG 90 42, 44, Ovari 156-157, Matti Streitgenossenschaft 106, Lent IuJB 90 72: "...die Erklärungen des Verhandelnden sind rechtlich übereinstimmende Erklärungen aller"; Winte 192, 195: "Die Erklärungen des tätigen Streitgenossen wirken für und gegen den Säumigen. Seine Prozesshandlungen gelten als auch im Namen des säumigen Streitgenossen vorgenommen und werden auch diesem zugerechnet. Nach §62 ZPO wird fingiert, als habe der säumige Streitgenosse in gleicher Weise verhandelt wie der Tätige. Das Handeln des tätigen Streitgenossen wird als übereinstimmendes Handeln aller dem Urteil zugrundegelegt. Dies bedeutet nichts anderes, als dass die einzelnen vom tätigen Streitgenossen vorgenommenen Prozesshandlungen und deren Wirkungen auf den säumigen erstreckt werden müssen". Schilken 382 nm 683, Stein/Jonas ad 62 nm27, Brückner 229, Becker 35.

même réponse (91), opposé les mêmes exceptions (92), présenté les mêmes allégués, offert les mêmes moyens de preuves, soulevé les mêmes moyens de droit, et respecté les délais (93) de sorte que le procès peut suivre son cours. Pour H. Matti, les codéfendeurs sont même réputés être entrés en matière sur le fond devant un tribunal incompétent de sorte qu'ils perdent le droit de soulever l'exception d'incompétence (94). G. Leuch est d'un avis contraire au motif que l'entrée en matière suppose un comportement actif de tous les consorts nécessaires, que l'attitude purement passive du consort défaillant démontre précisément que sa volonté est de ne pas vouloir laisser l'action s'engager devant le juge, enfin que l'application de la présomption permettrait aux parties de se soustraire à la garantie constitutionnelle du for du domicile (95). Nous l'approuvons sous réserve du dernier argument, irrelevante dans notre contexte, car la consorité nécessaire déroge obligatoirement à la disposition précitée.

La présomption de représentation empêche le consort défaillant de contredire le comparant (96). Elle le prive du droit de soulever des exceptions s'il est défendeur (97) et s'il est demandeur, de prétendre n'avoir pas eu connaissance des actes du défendeur unique (98). Elle ne met pas le défaillant à l'abri d'actes procéduraux de nature à péjorer sa situation, car elle n'a pas pour but de protéger le défaillant contre les procédés du comparant (99). C'est son inconvénient majeur. Son avantage en revanche est d'éviter les rigueurs du défaut aussi bien au comparant qu'au défaillant (100). Le jugement est réputé contradictoire (101) ou non contumacial (102) de sorte

-
- 91) VS RVJ 1972 238, RSJ 70 1974 269 no 65, 270.
- 92) Matti Streitgenossenschaft 108-109 lorsqu'il n'y a pas maxime d'office.
- 93) Matti Streitgenossenschaft 106: "Die Tätigkeit des fleissigen Genossen ist so anzusehen, als ginge sie zugleich vom Säumigen aus" et 109.
- 94) Matti Streitgenossenschaft 108.
- 95) BE Leuch ad 39 ch. 3. Idem Ovari 157 qui renvoie à Leuch.
- 96) Contra: Ovari 157: "Soweit aber die Frist für die betreffende Handlung noch nicht abgelaufen ist, kann er eine widersprechende Handlung vornehmen", Baumbach/Lauterbach ad 62 4C: "Der vorher vertretene Streitgenosse kann andere Erklärungen abgeben, soweit das nach den allgemeinen prozessualen Grundsätzen zulässig ist", Lindacher JuS 1986 384.
- 97) Matti Streitgenossenschaft 108: "Er verliert das Recht auf Rüge von Verfahrensmängeln, soweit diese nicht in jedem Stadium von Amtes wegen zu berücksichtigen sind. Verzichtbare Einreden kann der Säumige später nicht mehr erheben".
- 98) Le codemandeur est ainsi censé connaître la demande reconventionnelle du défendeur et ses offres de preuves Ovari 156, Matti Streitgenossenschaft 108, Lent InJB 90 72, Winte 195: "Wenn §62 ZPO aber nur allgemein von 'als...vertreten angesehen' spricht und damit das Ziel verbindet, dass das vom tätigen Streitgenossen erreichte Prozessergebnis auch gegenüber dem Säumigen wirkt, so macht der Gesetzgeber damit deutlich, dass er den säumigen Streitgenossen generell in seinem Verhandeln vertreten wissen will. Der tätige Streitgenosse vertritt den Säumigen daher nicht nur in der Vornahme der eigenen Prozesshandlungen, sondern auch in der unter Umständen widerspruchsfreien Entgegennahme der gegnerischen Prozesshandlungen".
- 99) Matti Streitgenossenschaft 107: "Wenn auch die Tätigkeit des fleissigen Streitgenossen vom Säumigen die Säumnisfolgen abwehrt, so ist damit keineswegs gesagt, dass dieser nur von nachteiligen Folgen geschützt werde. Denn der tätige Genosse kann die Lage...nicht nur verbessern, sondern auch verschlechtern". Becker 34: "Ob dabei der Säumige einen Rechtsverlust erleidet, ist nicht entscheidend", 37: "es ist unbeachtlich ob die Handlung des Fleissigen dem Säumigen vorteilhaft oder nachteilig ist"; Winte 212: "Dass dem erschienenen Streitgenossen auch durch das Nichtbestreiten entscheidungserheblicher Tatsachen oder generell durch eine nachlässige Prozessführung in eingeschränkter Masse die Möglichkeit eines Handelns zum Nachteil der übrigen Streitgenossen zukommt, ist eine unschöne aber nicht zu vermeidende Tatsache". Lent InJB 90 72.
- Certains auteurs anciens souhaitent pour cette raison que la présomption n'intervienne que si elle peut profiter au défaillant (Schutztheorie). Wachenfeld 130ss; Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, 1910, 851. La théorie est proche de la représentation in utilibus du droit français, admise dans une ancienne jurisprudence dans la mesure où elle ne nuisait pas au représenté. Louis Boyer, RTDC 1951 163ss, 171ss et les références citées.

que la voie du relief est caduque pour tous les consorts y compris pour le défaillant (103). La décision du juge peut toutefois être attaquée par les voies ordinaires et doit être notifiée à tous les consorts (104).

Le canton de Genève règle la contumace lorsqu'il y a consorité nécessaire passive. Le système consiste à prononcer un jugement contradictoire contre le comparant et un jugement contumacial contre le défaillant, à ne conférer le droit de se relever du défaut qu'au seul défaillant, et à faire profiter le comparant du jugement sur relief en cas d'indivisibilité procédurale (le jugement qui admet le relief repose sur des moyens communs inconnus aux comparants ou sur des moyens dont la preuve dépend des défaillants) ou d'une indivisibilité substantielle (l'objet de la condamnation incorporée dans le jugement qui admet le relief est indivisible) (105). Le relief ne peut entraîner la modification du jugement que si tous les consorts participent à la procédure (106). Les comparants doivent en conséquence être informés de la demande de relief et être admis aux nouveaux débats. Leur intervention se limite à la mise en oeuvre des moyens communs qui leur étaient inconnus ou dont la preuve dépend du consort défaillant (107). Les codéfendeurs qui ont comparu dans la première phase du procès ne pourront donc dans la seconde se prévaloir uniquement d'un moyen nouveau (108). Les codéfendeurs comparants peuvent également soutenir que la

100) VS RVJ 1972 238/RSJ 70 1974 no65, 265.

101) RGZ 90 42, RG 39 412, JW 1898 257, 259.

Rosenberg/Schwab 293, Thomas/Putzo ad 62 ch. 9, Zöllner ad 62 nm28, Stein/Jonas ad 62 nm26, Lent IJJB 90 71, Gottwald JA 1982 70, Behringer 75, Winte 192, Brückner 168-169, Schilken 382 nm683, Schlosser 236 nm274.

Solus/Perrot T. III 206: "La solution est curieuse. On l'explique parfois par l'idée d'une représentation mutuelle entre les codéfendeurs. Il est peut être plus réaliste de considérer que si un seul des défendeurs a eu connaissance du procès (cette certitude résultant du fait qu'il a été cité à personne ou qu'il a comparu), il y a tout lieu de penser qu'il a dû en informer ses codéfendeurs. Cette présomption est peut être téméraire. Mais elle n'est pas invraisemblable et de toute manière, elle a le mérite de déjouer une éventuelle connivence entre les codéfendeurs tout en conférant au jugement une qualification homogène".

Pour Bellot 58, les vices de ce système sont évidents. Selon cet auteur, en instituant, un jugement réputé contradictoire à l'égard de toutes les parties sans être susceptible de relief de la part des défaillants, "on admet une supposition choquante et fautive, une partie est estimée comparante qui ne comparait réellement pas".

L'idée est d'empêcher le relief et de ne pas laisser le demandeur trop longtemps dans l'incertitude. Argument rejeté par Bellot.

102) Matti Streitgenossenschaft 105, BE Leuch ad 283 ch. 2, Baumbach/Lauterbach 62 4C, Lindacher Jus 1986 384, Blomeyer 633, Zimmermann ad 62 nm9, Brückner 168.

Selon certains auteurs, un jugement contumacial prononcé par erreur contre les consorts le reste lorsqu'il est entré en force. Rosenberg/Schwab 294, Gottwald JA 1982 70, Zimmermann ad 62 nm9. Contra: Baumbach/Lauterbach ad 62 4C, Stein/Jonas ad 62 nm27.

103) VS RVJ 1968 443, 445: "Il n'est possible de rendre qu'un jugement ordinaire opposable à toutes les parties en cause, alors même que pour l'une d'elles le droit de procédure voudrait que soit porté un jugement contumacial".

Matti Streitgenossenschaft 106, ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm13, BE Leuch ad 39 ch. 3 sauf pour les moyens particuliers.

104) Baumbach/Lauterbach ad 62 4C.

105) GE 93.

106) GE Bertossa ad 93 nm2.

107) GE 93a.

108) Le terme moyen n'a pas le sens d'argumentation juridique, mais de fait susceptible d'emporter une conséquence juridique. Les consorts défendeurs qui avaient comparu et ont été condamnés contradictoirement peuvent se prévaloir des faits précédemment inconnus d'eux, par exemple des faits fondant la prescription. Ils ne peuvent pas en revanche tirer argument d'exceptions de droit civil qui leur avaient échappé. Ainsi, ne peuvent-ils plus invoquer la prescription. GE Bertossa ad 93 nm2.

condamnation qui les a frappés était indivisible (109) et doit être revue à la faveur de l'argumentation du consort défaillant relevé du défaut (110).

La réglementation générale du défaut dans les cantons qui n'ont pas légiféré pour l'hypothèse de la consorité nécessaire empêche selon la jurisprudence le juge de porter contre l'ensemble des consorts un jugement définitif (111) et viole pour cette raison le droit matériel.

La solution consiste à prononcer une contumace générale et à faire supporter les conséquences du défaut à l'ensemble des consorts, car le défaut de l'un d'eux prive les autres de la qualité pour agir ou pour défendre. La solution met l'accent sur le défaut (112). Elle paralyse la procédure conjointe et conduit à la condamnation du comparant qui n'a pas eu l'occasion de se défendre. Le droit de relief est général, le comparant et le défaillant en bénéficient. Tous les consorts comparants doivent être informés du relief et être admis aux nouveaux débats. Ils peuvent se prévaloir de faits inconnus d'eux. La modification du premier jugement en faveur des comparants n'est possible que lorsque le droit matériel empêche qu'il en soit autrement. S'il y a contrariété entre le premier jugement et le second, elle doit être levée en faveur du second.

Dans les systèmes qui l'autorisent à ordonner la preuve d'un fait resté incontesté par la partie défaillante s'il a des raisons de douter de son exactitude (113), le juge peut ordonner l'administration des preuves lorsqu'un seul consort nécessaire conteste les faits et que les autres sont défaillants. Le juge ne saurait en revanche débouter les consorts pour défaut de légitimation. Il ne peut de même donner acte aux consorts du défaut de leur adversaire tant qu'ils ne suivent pas tous au procès (114). Dans les actions d'ordre public, par exemple l'action en désaveu, le consort défaillant doit selon la jurisprudence être cité à tous les actes de procédure pour être mis en demeure de suivre à nouveau à l'action, de prendre des conclusions et se déterminer sur les allégués du demandeur (115).

-
- 109) GE 93b.
GE Mermod ad 83: "le jugement par défaut contre une partie des plaideurs paraît exclut quant il existe entre eux une consorité formelle nécessaire".
- 110) GE Bertossa ad 93 nm2.
- 111) Comp. VS RVJ 1972 239/RSJ 70 1974 269 no65, 270: "...Aus diesen Gründen versagt eine solche Praxis jedenfalls dann, wenn eine notwendige Streitgenossenschaft vorliegt...Sie könnte nämlich in einem Bereich zu Ungleichheiten und zu widersprechenden Urteilen führen, wo dies schon aus der Natur der Sache oder des Rechtsverhältnisses undenkbar ist".
- 112) Guldener ZPR 299, Ovari n. 38.
Un jugement par défaut faussement qualifié de contradictoire n'est pas nul. Civ. 2 juillet 1866 Dalloz 1866.1.323.
- 113) Notamment PCF 12/3.
- 114) VS RVJ 1986 183.
- 115) VS RVJ 1968 443.

CHAPITRE 12. LE TEMPS DU PROCES

§1. Les délais

Comme pour la consorité simple, les *délais judiciaires* ne peuvent être qu'uniformes. Le juge ne peut impartir qu'un délai unique aux consorts (1) de sorte que le dies a quo est identique pour tous. Lorsque le dies a quo du *délai légal* est fonction d'une signification individuelle, les délais courent séparément pour chaque consort (2). Ces derniers peuvent accomplir un acte de procédure aussi longtemps que le délai n'est pas expiré à l'égard de l'un d'eux. Une variante de la règle consiste à fixer le dies a quo au jour où le dernier consort a reçu l'acte générateur du délai (3).

Les consorts qui ne peuvent avoir qu'une attitude concertée ne peuvent respecter les délais que conjointement. Dans les systèmes qui connaissent la présomption de représentation, le consort négligent est représenté par le consort diligent (4) de sorte que tous sont réputés avoir respecté le délai (5) même s'il est échu à l'égard de l'un d'eux (6). Présumé représenté devant l'instance de recours, le consort négligent y est partie et doit être cité aux audiences (7). L'acte accompli ultérieurement par le consort négligent est irrecevable sauf si le consort diligent retire le sien ou que l'acte du consort diligent est déclaré irrecevable (8). Lorsque le consort diligent n'agit pas dans le délai, tous les consorts sont forclos. La jurisprudence

- 1) Holzhammer ZPR II 86: "Im gemeinschaftlichen Verfahren gebundener Streitgenossen gibt es keine Einzelfristen, sondern nur eine Gesamtfist". Brückner 270: "Hier ist...immer ein gleicher Fristenlauf für alle Genossen gegeben".
- 2) RGZ 157 33, RGZ 49 427, RGZ 48 417.
Baumbach/Lauterbach ad 62 4 Bb, Zöller ad 516 nm11: "Die Berufungsfrist beginnt ... für jeden Streitgenossen selbständig mit der Urteilszustellung". Thomas/Putzo ad 62 ch. 11, Schönke 101, MünK ad 62 nm44, Gottwald JA 1982 70, Lindacher Jus 1986 384, Schumann ZJP 76 1983 381ss, 384, Stein/Jonas ad 62 nm31 et 39, Zimmermann ad 62 nm11.
Contra Holzhammer Parteienhäufung 147ss, Jauchmig §82 IV 2.
- 3) Holzhammer ZPR II 86: "Soweit der Fristenlauf die Zustellung eines Schriftsatzes voraussetzt, beginnt er nicht eher, als dieses der ganzen Streitgenossenschaft zugestellt ist: entweder einem gemeinsamen Vertreter oder Zustellungsbevollmächtigten oder jedem einzelnen Streitgenossen. In diesem Falle berechnet man die Frist von der spätesten Zustellung an...Die mehreren Einzelzustellungen sind nur Teile eines einheitlichen Zustellungsvorgangs, der mit der zeitlich letzten Zustellung vollendet ist. Daher muss ein Termin erstreckt werden, zu dem auch nur ein Streitgenosse nicht gehörig geladen war, gleich ob die übrigen säumen oder erscheinen". Holzhammer Parteienhäufung 148. Comp. Gottwald JA 1982 70: "Ein einheitlicher Fristbeginn ab der letzten Zustellung ist mit dem Wortlaut von §62/1 nicht vereinbar".
- 4) Baumbach/Lauterbach ad 62 4 Bb, MünK ad 62 nm44.
- 5) JW 1938 1523, Matti Streitgenossenschaft 106: "Obschon die Fristen für jeden Streitgenossen von der Zustellung an ihm besonders laufen, gilt eine Frist, ausgenommen Rechtsmittelfristen, als eingehalten, wenn sie nur von einem gewahrt wird", Blomeyer 633, Winte 266, Stein/Jonas ad 62 nm26, 28, Zöller ad 62 nm32, Thomas/Putzo ad 62 ch. 8, Schönke 101, Arens/Lüke 131 nm448, Lent ZPR 223, Zimmermann ad 62 nm11, Gottwald JA 1982 70, Schellhammer 680 nm1349, Schlosser 236 nm274: seul le consort recourant supporte les frais du recours. Voir les longs développements de Winte 265 à 293.
- 6) Baumbach/Lauterbach ad 62 4Bb: "Die Rechtskraft einer Entscheidung bleibt also solange in der Schwebe, als noch einer der Streitgenossen anfechten kann". Lindacher JuS 1986 384, MünK ad 62 nm44 et nm 53.
- 7) Schumann ZJP 76 1983 381, Stein/Jonas ad 62 nm42, Thomas/Putzo ad 62 ch. 11 b, MünK ad 62 nm45, Blomeyer 633, Gottwald JA 1982 70, Contra Winte 286ss, Zöller ad 62 nm32, ad 97 nm4.
- 8) Schumann ZJP 76 1983 381, Stein/Jonas ad 62 nm42, Thomas/Putzo ad 62 ch. 11b, Zöller ad 62 nm32, Gottwald JA 1982 70.

allemande applique les mêmes règles lorsque les consorts ont formé plusieurs recours (9).

Un consort nécessaire est en droit de requérir la prolongation d'un délai même lorsque les consorts doivent agir de manière concertée (10). Dans les systèmes présumant la représentation, il suffit pour la validité de la requête que l'un des consorts requière la prolongation, car il ne s'agit pas d'un acte de disposition (11). La requête de prolongation de délai ne permet pas au juge de continuer la procédure à l'égard des autres consorts.

Dans les systèmes présumant la représentation, un consort nécessaire peut de même requérir au profit de tous la restitution d'un délai dans la mesure où il n'est pas échu (12). Nous sommes pour notre part favorables à une requête de restitution individuelle au profit de tous, car il s'agit de vivifier les droits des consorts plutôt que de les anéantir.

§2. La suspension du procès

Lorsqu'il y a un motif de *suspension légale* à l'égard de tous les consorts nécessaires ou de leur adversaire, la suspension est totale.

Il en est de même lorsqu'il y a un motif à suspension à l'égard d'un seul. Dans ce dernier cas, une théorie voit dans la suspension totale un "effet d'entraînement" du droit matériel qui a ainsi des effets de procédure (13). Une autre conception voit dans la suspension totale une *suspension judiciaire* pour opportunité au motif que la suspension retarde le prononcé du jugement à l'égard de tous, qu'une suspension partielle équivaldrait à une division de cause - prohibée en cas de consorité nécessaire - et priverait les consorts de leur qualité pour agir ou pour défendre (14). Une

9) BGH 24 179.

10) Geiger 120-121, Winte 135: "Der Anspruch des verhinderten Streitgenossen auf rechtliches Gehör bleibt nur dann gewahrt, wenn sämtliche Prozesse verlegt und anschliessend gemeinsam weiter verhandelt werden. Ohnchin ist hier der Umstand zu beachten, dass die Verlegung des Prozesses eines einzelnen Streitgenossen zu einem Zerreißen des gemeinsamen Verfahrens führen würde, obwohl den Streitgenossen nur eine gemeinsame Prozessführungsbefugnis zusteht. Aus diesen Gründen wird man selbst dann, wenn nur in der Person eines Streitgenossen...ein erheblicher Grund vorliegt, den gesamten Prozess verlegen müssen. Nach denselben Grundsätzen ist der Antrag eines Streitgenossen auf Gewährung einer Fristverlängerung oder Verkürzung zu behandeln".

11) Baumbach/Lauterbach ad 62 ch. 4C, Winte 223, Stein/Jonas ad 62 nm28. Comp. Geiger 120 et 123: "Wird einem einzelnen Streitgenossen eine Fristerstreckung...zugebilligt, so heisst dies nicht, dass sämtlichen Streitgenossen die verlängerte Frist zur Verfügung stünde. Vielmehr gilt für alle übrigen Streitgenossen die ordentliche Frist, während aber erst die nachträglichen (übereinstimmenden) Prozesshandlungen des einzelnen Streitgenossen den Vorkehrungen seiner Mitstreitgenossen zum Erfolg verhelfen können". Pour Brückner 224, il n'y a pas présomption de représentation, mais cet auteur admet qu'un consort puisse demander une prolongation de délai.

12) Baumbach/Lauterbach ad 62 ch. 4C.

13) NJW 1969 515: "in Fällen in denen die klagende Partei mehrere Personen wegen einer und derselben Verbindlichkeit in Anspruch nimmt, ist dann wenn in der Person eines Beklagten ein Aussetzungsgrund eintritt, die Aussetzung des Verfahrens gegen die anderen nur dann zulässig und erforderlich, wenn es sich bei den Beklagten um eine notwendige Streitgenossenschaft handelt". RG Karlsruhe HRR 35 1075, JW 1905 533, JW 1898 280, JW 1893 343.

Baumbach/Lauterbach ad 62 4Dc: "Eine Aussetzung im Verhältnis nur zu dem einen Streitgenossen ist unzulässig. Denn dieser Streitgenosse wäre im folgenden Verfahren der übrigen Streitgenossen nicht vertreten. Ohne die Mitwirkung aller Streitgenossen würde aber die Sachbefugnis fehlen". ad 240 1B, Hachenburg 71, Becker 23, Rechberger/Simotta 74 nm137: "Liegt ein Unterbrechungsgrund vor, so tritt die Unterbrechung gegenüber allen Streitgenossen ein, auch wenn der Unterbrechungsgrund nur ein Mitglied der einheitlichen Streitpartei betrifft".

14) Matti Streitgenossenschaft 22, BE Leuch ad 40 ch. 2.

troisième conception voit dans la suspension à l'égard d'un consort un motif de rendre un jugement d'irrecevabilité à l'égard de tous puisqu'ils n'ont plus qualité pour agir ou pour défendre ! (15). L'existence d'un motif de suspension chez un consort n'autorise pas le juge à faire application des dispositions lui donnant la faculté de suspendre la cause jusqu'à droit connu dans la cause parallèle (16).

Il y a également suspension totale en cas de consorité nécessaire formelle, car la suspension partielle mettrait en danger l'unité de jugement (17).

La jurisprudence allemande a dans un arrêt isolé refusé de suspendre le procès au décès d'un consort nécessaire au motif que ce dernier était défaillant, mais réputé représenté par ses colitigants (18) en application du système de la présomption de représentation ! Justifiée par le caractère irréfutable de la présomption et par le fait qu'elle intervient indépendamment de la volonté du "défaillant", la solution a pour conséquence d'introduire les héritiers du consort décédé dans un procès dont ils peuvent tout ignorer. Elle n'a pas été suivie avec raison dans les cantons qui ont

Zöller ad 62 nm29: "Unterbrechung oder Aussetzung eines Verfahrens wirkt nicht unmittelbar auf die der übrigen notwendigen Streitgenossen. Wegen des Zwangs zur einheitlichen Entscheidung darf aber bei Stillstand eines Verfahrens auch im anderen nicht entschieden werden". Rosenberg-Schwab 295: "Ist der Prozess gegen einen Streitgenossen unterbrochen...so kann wegen der Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung gegen keinen Streitgenossen ein Urteil ergehen. Das wird meist in der Form gelehrt, dass die Unterbrechung des Prozesses eines Streitgenossen auch die Prozesse der anderen unterbreche. Richtig ist das nicht, wie es zB nicht der Aufnahme des Rechtsstreits durch diese anderen oder ihnen gegenüber bedarf. Nur die Notwendigkeit der einheitlichen Entscheidung lässt gewisse Folgen der Unterbrechung auf den anderen Streitgenossen zugute kommen. Das Gericht kann aber in Analogie zu § 148 DZPO die Prozesse der anderen Streitgenossen bis zur Aufnahme der unterbrochenen aussetzen, und muss es tun, da es während des Stillstandes des Prozesses eines Streitgenossen nicht entscheiden und demgemäss nicht verhandeln darf". Gottwald JA 1982 64ss, n. 164, Lindacher JuS 1986 384 n. 165, Stein/Jonas ad 62 nm36, Thomas/Putzo 62 ch. 7: "Unterbrechung und Aussetzung wirken zwar nur im Prozess des betreffenden Streitgenossen, verhindern aber eine Sachentscheidung auch in den anderen verbundenen Prozesse", MünK ad 62 nm50, ad 239 nm10, ad 240 nm16.

Comp. Behringer 238-239: "Es besteht Einigkeit darüber, dass der Stillstand der Verfahren der Genossen die gleiche Stilllegungswirkung bei den Prozessen der anderen Genossen nach sich ziehen müsste. Bei entsprechender Würdigung ergibt sich, dass die übrigen Streitgenossen nach der Ausschaltung des einen Genossen nicht mit sachlichem Erfolg weiterprozessieren können. Die Klage muss insoweit als unzulässig abgewiesen werden (das ist noch kein Grund, deshalb das gesamte Verfahren auszusetzen) und eine Grundlage für divergierende Sachentscheidungen ist deshalb nicht zu erkennen. Der Ansicht, weshalb sodann der Stillstand des Prozesses des einen Streitgenossen zwangsläufig auch den Stillstand der anderen Prozesse nach sich ziehen müsste ist damit den Boden entzogen".

- 15) Behringer 239.
- 16) Mari Streitgenossenschaft 22: "Die Einstellung nach Art. 96 ZPO kommt...nicht in Frage, wenn die getrennte Anhebung der Klagen zu deren Abweisung führen muss, weil die materielle Gestaltung des Streitgegenstandes die Streitgenossenschaft erfordert". Contra Rosenberg/Schwab 295.
- 17) RG 106 142. Winte 263-264, Stein/Jonas ad 62 nm36, Gottwald JA 1982 70, Fuhr 23, Lenz IJb 90 96.
- 18) NJW 1972 1388: "Stirbt ein notwendiger Streitgenosse, so sind er bzw. seine Erben durch den oder die anderen Streitgenossen als vertreten anzusehen. Nach der Fassung des §62 Abs. 1 DZPO besteht...die unwiderlegbare Vermutung einer Vertretung, die dabei selbst diejenigen Fälle deckt, bei denen Vertretungsmacht und Vertretungswille fehlen. Die Vorschrift deckt - im Interesse beschleunigter Prozessführung nicht zuletzt auch gegenüber dem Prozessgegner - prozessual sogar ein rein egoistisches Handeln des auftretenden Streitgenossen...Dann aber ist es geboten, den Tod eines notwendigen Streitgenossen dem Fall der Säumnis gleichzustellen. Eine Aussetzung des Verfahrens ist deshalb in einem solchen Falle nicht anhängig".
- L'arrêt est combattu en doctrine, avec raison. cf. Stein/Jonas ad 62 nm36, Rosenberg/Schwab 295, MünK ad 62 nm50, Zöller ad 62 nm28, Gottwald JA 1982 70, Wieczorek ad 62 BIIb. Du même avis déjà: Lenz IJb 90 95.

adopté le système de la présomption de représentation (19). Le décès d'un consort nécessaire provoque suspension totale (20).

Lorsque la procédure réunit un grand nombre de plaideurs et qu'un consort disparaît, le tribunal doit selon la jurisprudence genevoise accorder un bref délai à ses successeurs aux fins de prendre sa place, l'entrée des nouveaux plaideurs étant régie par une procédure analogue à la rectification de qualités. Comblant une lacune, la Cour de Justice dit vouloir préserver le déroulement normal de la procédure et sauvegarder aussi bien les intérêts des ayants droits du consort disparu que ceux de l'adverse partie. Elle veut assurer aux plaideurs un moyen destiné à remplacer le consort, qui présente les avantages de la substitution et évite simultanément que des suspensions répétées succèdent aux mouvements continuels dans la composition des plaideurs (21).

La suspension judiciaire est parfois prononcée pour permettre aux consorts de remplir les conditions de recevabilité (22). Les juges vaudois l'ont ainsi admise jusqu'à ce que tous les consorts aient satisfait au préliminaire de conciliation (23).

Lorsqu'un motif de suspension affecte un consort nécessaire, mais que le procès ne porte plus que sur les frais, la suspension peut être *partielle*, car les consorts sont dans cette hypothèse des consorts simples (24).

Il n'y a *jamais* suspension lorsque les héritiers du défunt sont aussi parties à la procédure (25).

La *suspension conventionnelle* doit avoir l'assentiment de tous les consorts et de leur adversaire.

La suspension empêche tout acte d'instruction et arrête le cours des délais. Les consorts ne peuvent être considérés comme défaillants (26). La *suspension n'empêche toutefois pas les actes urgents* (mesures provisoires ou preuves à futur) qui peuvent être requis par un consort seulement (27). Elle ne met pas fin à la consorité nécessaire (28).

19) ZH 39/2, BE 39/2, SZ 36/2, OW 37/2, AR 112/2, SG 45/1, AG 54/2, TI 46, JU 38/2. LU LGVE 1972 102 no89. VS RVJ 1972 238/RSJ 70 1974 269 no65.

20) Ovari 51, BE Leuch ad 40 ch. 2: "Stirbt einer von mehreren Streitgenossen, so muss die Einstellung bezüglich aller verfügt werden, wenn sie in Ansehung des Streitgegenstandes gesamtberechtigt sind". Gotwald JA 1982 70.

21) GE SJ 1976 169.

22) TI 45: "Il giudice che constata la mancata partecipazione di tutti gli interessati alla petizione sospende il corso della causa ed invita le persone che hanno proposto l'atto stesso a provvedere entro un termine adeguato alla sua completazione. Se la completazione non avviene, il giudice stralcia la causa dal ruolo".

23) VD JT 1976 III 41. Il s'agissait d'une action en désaveu régulièrement introduite contre la mère et l'enfant. Le juge de paix avait omis d'assigner l'enfant à l'audience de conciliation. La chambre des recours a suspendu d'office la cause, jusqu'à ce qu'une nouvelle audience de conciliation à laquelle toutes les parties avaient été assignées, ait eu lieu.

24) Wieczorek ad 240 EIIIa.

25) GE SJ 1968 533.

26) Wieczorek ad 62 BIIb.

27) GE Bertossa ad 115 nm3.

28) RGZ 91 37. Winte 92.

La reprise de l'instance est subordonnée à un acte commun des consorts pour les partisans de l'effet d'entraînement du droit matériel (29), par un acte du consort qui a provoqué la suspension pour les partisans de la suspension pour opportunité (30). Elle est subordonnée à la mise en cause des héritiers du consort décédé (31).

§3. La péremption d'instance

Il faut admettre dans les cantons de Vaud, Genève et du Tessin qui seuls connaissent la péremption d'instance l'indivisibilité de la péremption (32) lorsqu'il y a consorité nécessaire matérielle, car l'instance ne peut subsister à l'égard d'un consort et non à l'égard d'un autre. Même si la péremption relève dans ces cantons de la maxime d'office, il n'est pas inutile d'établir des règles au cas où les parties s'en prévaudraient (33).

Lorsqu'il y a consorité active, l'incident de péremption formé par le défendeur contre un ou certains seulement des codemandeurs produit effets à l'égard des autres. La péremption d'instance sollicitée à l'encontre d'un des codemandeurs est opposable aux autres et consiste en une déchéance pour tous. Il suffit en d'autres termes qu'elle soit invoquée contre l'un des demandeurs pour qu'elle s'étende à tous. L'indivisibilité de la péremption entraîne l'extinction de l'instance (34). Il n'est pas de même lorsqu'il y a consorité formelle. Seul le consort nécessaire formel affecté par la déchéance est touché. La péremption l'expulse du procès, mais le jugement aura tout de même des effets à son égard.

Lorsqu'il y a consorité passive, la péremption demandée par l'un des codéfendeurs profite aux autres. Il importe peu que certains codéfendeurs manifestent leur hostilité à la demande de péremption ou à l'inverse leur intention de renoncer à soulever le moyen. De même, le silence de l'un ou quelques-uns d'entre eux ne paralyse pas l'incident de péremption provoqué par l'un d'eux. Le défendeur qui invoque la péremption n'a pas à mettre en cause les autres.

La péremption d'instance étant d'ordre public selon la jurisprudence (35), il s'ensuit que l'expiration du délai de péremption ne peut être couvert par un procédé ultérieur des parties (36). Avant de prononcer la péremption, le juge doit les interpellier pour respecter leur droit d'être entendu (37). Le jugement constatant la péremption est susceptible de recours en nullité ou en réforme (38).

La péremption d'instance est exclue lorsque l'inaction des plaideurs est due à des circonstances indépendantes de leur volonté. Il n'y a ainsi pas péremption d'instance dans une action en désaveu dirigée contre la mère et l'enfant, lorsque le cours de l'action a été arrêté par le fait qu'ensuite d'un conflit de compétence entre les

29) Wieczorek ad 62 Eib. ad 239 Eib.

30) Rosenberg/Schwab 295. Comp. Baumbach/Lauterbach ad 239 2D et ad 250 IB: "Die Aufnahme durch einen Streitgenossen, selbst durch einen notwendigen, wirkt nur für ihn".

31) GE ACJ Benoist du 20 mai 1977. Bertossa ad 116 nm2.

32) VD 125/4, 274/3, 276/3, 314/2, 375b/3, GE 117 à 120, TI 351/2.

33) Le moyen est en procédure genevoise une fin de non-recevoir. GE SJ 1981 95-96.

34) GE SJ 1919 184: la péremption de l'instance de recours entraîne le maintien du jugement de première instance et la déchéance du droit de recourir. Bertossa ad 120 nm1 et 2.

35) A l'inverse du droit français.

36) VD JT 1981 III 41. Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 274 ch. 4.

37) VD JT 1989 III 40 c. 2. BE Bertossa ad 118 nm2.

38) VD JT 1989 III 40.

autorités tutélaires un représentant légal n'a pu être désigné en temps utile à l'enfant (39).

Une première demande périmée n'est point un obstacle à l'exercice ultérieur de l'action par une demande nouvelle (40), car la péremption d'instance n'éteint que la seule procédure. Elle n'emporte pas extinction du droit substantiel, sauf si un délai de droit matériel est échu (41). Les consorts ou leur adversaire, peuvent demander que soient repris le contenu des débats du procès périmé. Peuvent ainsi être réintégrés dans le nouveau dossier les écritures, expertises, conclusions et mesures probatoires, dans la mesure où aucune circonstance particulière ne justifie un nouvel accomplissement de ces actes (42).

39) Les parties ne pouvaient pas procéder utilement tant qu'un curateur ne leur avait pas été désigné. Le mandataire des enfants ne pouvait ainsi pas se prévaloir de la péremption d'instance. La mère, codéfenderesse aux côtés de ses enfants ne s'était pas jointe au défenseur des enfants pour se prévaloir de la péremption d'instance pour le motif qu'elle acquiesçait aux conclusions du demandeur. Si la péremption d'instance avait été admise, comme elle n'éteint pas le droit litigieux, le demandeur aurait pu introduire un nouveau procès, en demandant au juge de le mettre au bénéfice de l'article 257 al. 3 CC, FR Extraits 1955 109, Extraits 1947 66, Extraits 1944-45 18.

40) Habscheid DJPS 203, GE SJ 1986 456, SJ 1981 96.

41) GE Bertossa ad 117 nm3.

42) GE Bertossa ad 119 nm1.

CHAPITRE 13. L'EXECUTION DU JUGEMENT

L'exécution forcée suppose l'existence d'un *titre exécutoire* contre tous les consorts nécessaires à peine d'ineffectivité (1). Le titre d'exécution doit mentionner tous les consorts condamnés, y compris les coindivis qui ont déclaré par avance se laisser opposer le jugement, car ce dernier sortira également des effets à leur égard (2).

Lorsque le jugement doit être complété par une déclaration constatant qu'il est définitif, chaque consort nécessaire peut demander au juge l'établissement d'une *attestation de force exécutoire* (3). Le juge ne peut établir qu'une attestation unique (4) et non des attestations de force exécutoire partielle (5).

L'exécution proprement dite a lieu à requête des sujets de l'exécution.

Lorsque les consorts nécessaires ont obtenu gain de cause, ils ne peuvent requérir l'exécution que conjointement, car les règles générales sur la consorité sont applicables à la phase d'exécution du jugement (6). Le droit suisse n'autorise toutefois pas la mise en cause du consort récalcitrant (7). La doctrine allemande reconnaît des exceptions lorsque la consorité est passive (8).

- 1) Matti Streitgenossenschaft 64.
- 2) ATF 89 II 429/JT 1964 I 365.
- 3) NJW 1960 671.
Wieczorek ad 706 Bl. MünK ad 706 nm2.
- 4) JW 1936 400. Baumbach/Lauterbach ad 725 ch. 2: "Bei einer Streitgenossenschaft ist gegen notwendige Streitgenossen nur eine Klausel zu erteilen.... Auch bei einer Verurteilung zu einer Leistung und Vorladung wird nur eine Klausel erteilt". Stein/Jonas ad 725 nm5, Thomas/Putzo ad 724 ch. 7.
- 5) Voir toutefois Wieczorek ad 706 CIIIb.
- 6) NJW 1959 1376. JW 1937 316.
Thomas/Putzo notes prél. ad 59ss IV, notes prél. ad 704 VI 1, Wieczorek ad 704 bVe, MünK notes prél. ad 59 nm2, Zölter notes prél. ad 59 nm3.
Comp. Stein/Jonas ad 704 nm37: "Stehen nach dem Titel auf einer Seite mehrere Personen, so sind sie Streitgenossen..." n. 94: "Die Paralfete erlaubt jedoch nicht unbesehene Anwendung der für die Klagen geltenden Vorschriften", ad 725 nm5, ad 733 nm7.
Comp. JAAC 28 1958 123 no44: exécution au Danemark d'un jugement civil rendu au for de la consorité passive. Avis de la division de Justice du 13 août 1958.
- 7) Guldener Beiladung 37: "Das schweizerische Recht kennt eine Beiladung nur im Erkenntnisverfahren. Dagegen sieht weder das SchKG, noch das kantonale Vollstreckungsrecht vor, dass ein einzelner Mitberechtigter die Zwangsvollstreckung betreiben und die Legitimation hierzu in der Weise begründen könnte, dass die übrigen Mitberechtigten beigegeben werden. Auch eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen der BZPO über die Beiladung auf das Vollstreckungsverfahren ist ausgeschlossen. Was die kantonalrechtlichen Vollstreckungsverfahren betrifft, so sind selbst bundesgerichtliche Urteile von den kantonalen Behörden nicht anders zu vollstrecken als die Urteile der Gerichte des eigenen Kantons. Dem Bundesgesetzgeber hat demnach die Absicht fern gelegen, in das kantonale Verfahrensrecht einzugreifen. Weil das kantonale Vollstreckungsrecht die Beiladung nicht kennt, kann sie daher selbst im Verfahren zur Vollstreckung eines bundesgerichtlichen Urteils nicht stattfinden und ist auch bei Vollstreckung kantonaler Entscheidungen ausgeschlossen. Was die bundesrechtliche Schuldbetreibung betrifft, so kann es offensichtlich nicht Aufgabe des Betreibungsamtes, einer Verwaltungsbehörde, sein, gleich einem Richter, über die Bewilligung der Beiladung zu entscheiden. Gibt es keine Beiladung im Vollstreckungsverfahren, so ist es möglich, dass ein einzelner Berechtigter auf dem Wege der Beiladung zwar ein den gemeinsamen Anspruch schützendes Urteil erlangt, während eine Vollstreckung des Urteils nur erfolgen kann, sofern sämtliche Berechtigte die Vollstreckung verlangen. Schon durch den Widerspruch eines einzelnen Mitberechtigten wird die Vollstreckung verunmöglicht".
- 8) Schellhammer 686 nm1361: "Dass die Vollstreckung in das Gesamthandvermögen... einen Titel gegen alle Gesamthänder erfordert, zwingt den Kläger noch nicht zur Gesamthandsklage, denn es muss kein einheitlicher Titel sein. Einzelitel gegen die Gesamthänder genügen". Dans le même sens Stein/Jonas ad 62 nm19.

Lorsque les consorts nécessaires ont succombé, ils ne peuvent invoquer l'article 59 Cst, car les règles générales de compétence sont applicables à la procédure d'exécution (9).

L'exécution ne peut être partielle, mais peut être *provisoire* dans la mesure où elle est subordonnée à la constitution d'une garantie suffisamment importante pour assurer le paiement d'éventuel dommages-intérêts si la décision primitive est modifiée ou réformée. Les consorts qui exigent l'exécution provisoire se partagent les sûretés à fournir qui peuvent être de valeur et de nature différente (10). Les mêmes règles sont applicables lorsqu'il est sursis à l'exécution et que des sûretés sont exigées.

De manière générale, les consorts nécessaires supportent solidairement les frais d'exécution.

9) Guldener ZPR 623.

10) Stein/Jonas notes prêt. ad 709 nm4, Thomas/Putzo ad 709 ch. 2.

TITRE IV. LA FIN DE LA CONSORITE NECESSAIRE

La consorité nécessaire subsiste dans toutes les instances (1) jusqu'à ce que soit prononcé un jugement définitif et exécutoire. Son terme ne coïncide toutefois pas toujours avec la résolution juridictionnelle du litige.

CHAPITRE I. RESOLUTIONS NON JURIDICTIONNELLES DU LITIGE

§1. Le désistement

I. Le désistement d'instance (Klagerückzug, desistenza)

Lorsqu'il y a consorité nécessaire, le désistement d'instance doit être mis en oeuvre par tous les consorts (2) ou à tout le moins avoir l'agrément de tous (3). Le désistement limité au consort qui l'a formé est irrecevable (4), car il prive les autres consorts du droit d'action et provoque l'irrecevabilité de la demande (5), et pour

- 1) Winte 91: "Grundsätzlich bleibt die Streitgenossenschaft über alle Instanzen hinweg bestehen".
- 2) La capacité et les pouvoirs requis pour se désister de l'instance ou accepter le désistement sont identiques à ceux qui sont exigés pour introduire une demande en justice ou pour y défendre. ATF 109 II 140, 142.
Guldener ZPR 296 et 299, Habscheid ZPR II 154 nm282, Geiger 122, Gysler 116, Maday 214, ZH Sträubli/Messmer ad 39 nm13, BE Leuch ad 39 ch. 2, BS/BL Stachelin/Sutter 89, SG Lutz ad a104 ch. 3, AG Eichenberger ad 54 nm1 et Beiträge 43.
Comp. Winte 118: "Da der Anspruch einklagbar bleibt, kommt die Klagerücknahme nicht einer Verfügung gleich". 121: "Lässt man bei der 2. Alt. eine Klagerücknahme durch einzelne Streitgenossen zu, so muss die Klage der übrigen mangels Prozessführungsbefugnis durch Prozessurteil abgewiesen werden. Damit steht dem einzelnen Streitgenossen die Möglichkeit zu, durch die Rücknahme seiner Klage über das Schicksal der übrigen Prozesse mitzubestimmen. Da die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung aber nur für das Sachurteil gelten kann, scheidet sie zur Rechtfertigung einer Beschränkung der Befugnis zur Klagerücknahme aus. Trotzdem halten viele Vertreter der h. M. bei der 2. Alt. die einseitige Klagerücknahme der Klage für unbillig". Dans le même sens: Thomas/Putzo ad 62 ch. 6, Blomeyer 634.
- 3) Comp. l'ATF 107 Ia 246, SJ 1982 315, ZH RBOG 1969 253 no16: "Im Erteilungsprozess besteht unter den Miterben eine notwendige Streitgenossenschaft. Die Wirksamkeit eines Klagerückzuges durch einen oder mehrere Streitgenossen bleibt solange in der Schwebe als nicht übereinstimmende Erklärung aller am Prozess als Kläger beteiligten Miterben vorliegt. Solange ist aber auch der Verzicht der den Rückzug erklärenden Erben auf ihren Prozessanträgen nicht wirksam".
Walder ZPR 161, SG Schneider 88.
- 4) Contra en droit français: La solution s'inspire d'un principe d'inefficacité totale de l'indivisibilité tant en matière de recevabilité du désistement qu'en ce qui concerne ses effets. Trib. civ. Seine, 7 février 1950 Dalloz 1950 425: "Attendu qu'au cas de pluralité de demandeurs, même si la demande est indivisible, les uns peuvent se désister et les autres continuer le procès, qu'il importe donc peu que pour la validité du désistement d'une partie, que d'autres codemandeurs persistent à continuer l'instance et à soutenir une demande indivisible ou non, l'instance en-elle été introduite par une seule assignation". La difficulté est alors déplacée sur le terrain de l'attribution des droits en litige. Pour Moreau 196, le désistement de l'un des demandeurs aurait pour effet en cas d'admission de la réclamation de faire attribuer la totalité du droit à ses litisconsorts. Le tribunal de la Seine a évité l'obstacle en rejetant la demande (en rescision pour lésion) à l'égard des demandeurs restés au procès. L'analyse du tribunaux aurait pour effet d'élever le désistement d'instance au rang de désistement d'action.
- 5) Ovari 214, Stein/Jonas ad 62 nm35, Lent InJB 90 65, Stein/Jonas ad 62 nm35, Grunsky 283, Wiczorek ad 62 Blc2, III, Zöller ad 62 nm25, Zimmermann ad 62 nm10, Rosenberg/Schwab 291, MünK ad 62 nm49, Gottwald JA 1982 70: "Eine Pflicht zur Mitwirkung im Prozess besteht im Innenverhältnis zwischen den Streitgenossen. Im Aussenverhältnis kann der Streitgenosse die Klagerücknahme wirksam erklären, auch wenn dadurch die anderen Verfahren unzulässig werden. Nur in Sonderfällen (Schikane, Kollusion) kann die Klagerücknahme unwirksam sein", Lindacher JuS 1986 384: "Jedem

certain auteurs, entraîne même son mal-fondé pour défaut de légitimation (6). Il n'y a pas présomption de représentation, car cette dernière ne s'applique pas aux actes de disposition ni aux actes assimilés. Le consort qui ne participe pas au désistement n'est ainsi pas réputé défaillant, ni présumé représenté par ceux qui déclarent le désistement (7).

Les consorts qui sont à la fois des consorts simples et des consorts nécessaires peuvent se désister individuellement pour les prétentions relevant de la consorité simple et doivent le faire collectivement pour les prétentions indivises (8).

Lorsque le droit matériel autorise les consorts à procéder de manière indépendante, un consort peut se désister de l'instance sans égard au rapport de consorité nécessaire (9). Le consort nécessaire formel peut se désister seul (10). Son désistement met à un terme à la consorité lorsque le procès ne comporte que deux consorts nécessaires formels, mais n'achève pas la consorité des autres lorsque les consorts sont plus nombreux (11). Dans le procès en désaveu à l'initiative des père et mère du mari décédé, le retrait de la demande d'un des parents n'affecte pas le droit

Streitgenossen steht es frei, den Streit für seine Person durch Klagerücknahme abbrechen...Die mit den anderen Streitgenossen nicht abgestimmte Klagerücknahme führt hier zwar zur Unzulässigkeit der Gesamtklage, aber nicht zu widersprüchlicher Sachentscheidung. Dass der Streitmüde durch seinen Alleingang sich möglicherweise einer Pflichtverletzung gegenüber den anderen Streitgenossen schuldig macht (dans ce sens Sacker JZ 1967 51ss, 54), berührt nur das Binnenverhältnis der Streitgenossen, nicht die Handlungsbefugnis des einzelnen Streitgenossen in seinem Prozessrechtsverhältnis zum Beklagten; der Einwand vertragswidrigen Prozessverhaltens kann in einem am Zweiparteiprinzip orientierten Verfahren immer nur vom Prozessgegner, nicht von (bisherigen) Mitspielern auf der Kläger- oder Beklagtenseite erhoben werden". *Horst Konzen*, Rechtsverhältnisse zwischen Prozessparteien, Berlin 1976, 222.

Pour *Lent IJb 90 64* et *Sacker JZ 1967 51* ("Klagerücknahme unzulässig bei Pflichtverstoß im Innenverhältnis"), le désistement est possible en théorie, mais contrevient à l'obligation de bonne foi entre les consorts.

Gysler 115, *Rosenberg/Schwab 291*, *Thomas/Putzo ad 62 ch. 6a*, *Baumbach/Lauterbach ad 62 4B*, *Kisch 46*, *Holzhammer Parteienhäufung 154* excluent le désistement au motif que les consorts ne peuvent procéder que conjointement. Il est donc impossible tant et aussi longtemps que dure la communauté de droit.

Pour *Schilken 382 nm685*, le désistement peut être un indice dans l'appréciation des preuves.

6) *Schellhammer 685 nm1358*.

7) *SG Schneider 88*. *Contra MünK ad 62 nm43*.

8) *AG AGVE 1974 25 no5*: action tendent simultanément à l'octroi d'un passage nécessaire (consorité nécessaire) et au paiement d'une indemnité pour ce passage (consorité simple).

9) *ATF 109 II 140/BT 1984 I 56*: "...En subordonnant le désistement au consentement unanime des demandeurs, on laisserait à un seul d'entre eux, la possibilité d'exercer une pression injustifiée, alors qu'il ne disposerait pas à lui seul d'un cinquième du capital social...La consorité nécessaire n'empêche pas dans tous les cas un demandeur de renoncer au procès engagé d'abord avec d'autres...Si les demandeurs encore en cause, après le désistement d'un ou de plusieurs autres ont le quorum nécessaire, le jugement admettant l'action sera opposable à tous les actionnaires; c'est là une conséquence de la nature formatrice de l'action en dissolution de la société anonyme. Il n'est donc pas indispensable à l'efficacité de l'action que tous les actionnaires soient parties au procès..."

Cohéritiers actionnant en nullité de testament: *AR RBOG 1966-67 32 no3*.

Créancier cessionnaire *260 LP*, *ATF 43 III 164*, *VS RVJ 1983 96*, *Schlaepfer 173*.

Guldener ZPR 296 et *300 n. 22*, *BE Leuch ad 39 ch. 1*, *Stein/Jonas ad 62 nm35*. Pour *Geiger 127*, le désistement d'un consort habilité à procéder de manière indépendante est inefficace, car la cause ne peut s'achever que par un jugement commun.

10) *Rosenberg/Schwab 291*, *Stein/Jonas ad 62 nm35* sauf en cas d'abus de droit, *Sacker JZ 1967 51*, *Blomeyer 634*, *Schellhammer 685 nm1358*, *Becker 29*, *Gottwald JA 1982 70*, *MünK ad 62 nm49*.

Contra Holzhammer Parteienhäufung 154 qui exclut le désistement de manière générale lorsqu'il y a consorité nécessaire.

11) *Lindacher JuS 1986 384*, *Zimmermann ad 62 nm10*, *Lent IJb 90 65*, *Lent ZPR 223*, *Rosenberg/Schwab 291*, *Selle 24*.

d'agir de l'autre (12). Dans le procès en désaveu du père, le désistement de ce dernier ne prive pas l'enfant d'agir à son tour ultérieurement et inversement. Dans les actions en dissolution ou en partage du patrimoine commun, le consort qui se désiste n'est pas exclu de la procédure, mais acquiert la qualité de défendeur (13).

Même admissible, le désistement du consort peut dans certaines circonstances nuire aux consorts restés en cause et entraîner le rejet de l'action (14). Il en est ainsi lorsque plusieurs actionnaires agissent pour justes motifs en dissolution de la société anonyme et que les demandeurs restés en cause ne représentent plus qu'un cinquième du capital social (15).

Le désistement d'instance est soumis à l'agrément du défendeur, car ce dernier est exposé à un nouveau procès (16).

Le désistement du demandeur unique doit être mis en œuvre à l'égard de tous les défendeurs (17). Tous doivent consentir au désistement (18).

Selon la jurisprudence valaisanne, le demandeur qui a dirigé par erreur son action contre une partie des consorts nécessaires et contre des tiers peut se désister à l'encontre des défendeurs recherchés par erreur, actionner simultanément les consorts nécessaires manquant et solliciter la jonction des causes. Le procédé est justifié par le fait que le juge doit suppléer d'office aux lacunes qu'il découvre en dirigeant la procédure (19).

11. Le désistement d'action

Le désistement d'action (20) des consorts nécessaires ne peut être exercé que conjointement ou doit à tout le moins recevoir l'agrément de tous, car il est assimilable à un acte de disposition (21). Le désistement d'action doit être conjoint même lorsque le droit matériel autorise les consorts à prendre des positions indépendantes (22). Il n'y a pas présomption de représentation, car cette dernière est

12) Hegnauer BK ad 258 nm10.

13) Guldener 301 n. 22.

14) ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm14 excluent le désistement individuel dans les actions d'état.

15) ATF 109 II 140/JT 1984 I 56. SJ 1982 315.

16) GE SJ 1987 460.

17) TI Rep. 1985 334, 336. Lent IhJB 90 65.

18) GE SJ 1987 460. Gysler 116.

19) VS RVJ 1985 262, 270. Le tribunal doit auparavant inviter le demandeur à déclarer s'il entend obtenir la continuation de la procédure contre toutes les personnes mises en cause, contre certaines d'entre elles seulement, ou s'il souhaite se désister purement et simplement.

20) Le désistement dont il est question ici n'est pas identique au "désistement anticipé" par lequel un cohéritier déclare au tribunal qu'il reconnaît que le jugement à intervenir le liera également que que soit son contenu et le liera d'avance. Cf. ATF 100 II 440/JT 1975 I 544.

21) AGVE 1974 25 no5, 30.

Ovari 214, Gysler 116, Maday 214, Habscheid ZPR II 154 nm282. AG Eichenberger ad 54 nm1 et Beiträge 43. Thomas/Putzo ad 62 ch. 6, Stein/Jonas ad 62 nm34, Zöller ad 62 nm26, Baumbach/Lauterbach ad 62 4Bc, Fasching Komm. II 199.

Winte 118 et Lindacher Jus 1986 384 font une différence entre le désistement d'instance et le désistement d'action. Le premier est efficace même s'il est le fait d'un seul consort, le second doit être l'œuvre de tous les consorts.

Le désistement d'un consort peut être un indice dans l'appréciation des preuves: *Pius Bosshart, Die Tatsachenforschung im ordentlichen st-gallischen Zivilprozessverfahren*, Thèse Fribourg 1952, 13; ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm13, AG Keller/Wfisterer ad a26 ch. 3, Gottwald JA 1982 70, Lent IhJB 90 93, Lent ZPR 223, Schilken 382 nm685. Münk ad 62 nm49.

22) Guldener ZPR 300.

inapplicable aux actes de disposition (23). Le consort nécessaire qui a cédé à ses colitigants son droit sur la prétention n'a pas à participer au désistement (24).

Le désistement d'action n'est pas subordonné à l'accord de l'adversaire. Il place ses auteurs dans la situation de demandeurs déboutés et met fin à la consorité nécessaire.

A l'instar du désistement d'instance, le désistement d'action du demandeur n'est parfait que s'il est déclaré à l'encontre de tous les consorts nécessaires. Il mettrait dans le cas contraire en danger l'unité et l'exécutabilité du jugement, car il priverait les consorts de la qualité pour défendre (25).

Le désistement d'action du demandeur n'est pas subordonné à l'accord des consorts nécessaires.

§2. L'acquiescement

Le procès des consorts nécessaires ne peut prendre fin par acquiescement que si tous ont déclaré adhérer aux conclusions du demandeur (26), car l'acquiescement est un acte de disposition (27). Un seul défendeur ne peut acquiescer au profit de tous, car il ne peut disposer du droit commun. Il est de même également exclu de faire profiter le seul acquiesçant de son acte, car cela briserait l'unité de jugement exigée par la consorité nécessaire et priverait les autres consorts de la qualité pour défendre. Pour de nombreux auteurs toutefois l'acquiescement est valide et peut être considéré par le juge comme un indice dans l'appréciation des preuves, mais non comme un acquiescement avec effet de l'abandon du droit (28).

La concertation des consorts est de règle même lorsque le droit matériel autorise les consorts à procéder de manière indépendante, car le jugement qui clôt la procédure doit être le même pour tous (29). La règle comporte une exception dans les procès qui échappent à la libre disposition des parties. Un consort a qualité pour acquiescer, mais son acquiescement n'a pas les effets d'un prononcé judiciaire, car le

23) Matti Streitgenossenschaft 109, BE Leuch ad 39 ch. 2, Stein/Jonas ad 62 nm34, Schönke 100.

La question est controversée en droit allemand, MünK ad 62 nm43 et les références.

24) ZH ZR 53 1954 310 no143: "...Dagegen kann die einmal von allen Streitgenossen eingereichte Klage - abgesehen vom Verzicht auf das streitige Recht - nur von allen Streitgenossen zurückgezogen werden; jedenfalls hätte der Rückzug eines Streitgenossen nicht die Bedeutung, dass alsdann auch die Klage der andern Genossen als zurückgezogen gälte".

25) Contra Winte 127, Lent InJb 73.

26) ZH ZR 53 1954 no143, AG AGVE 1974 24 no5, 30.

Armin Huber, Die Klageanerkennung nach zürcherischem Recht, Thèse Zurich 1954, 46: "Eine gerichtliche Anerkennung hat...nur dann prozessrechtliche Wirkungen, wenn sie von den Streitgenossen gemeinsam abgegeben wird. Ist keine Einstimmigkeit vorhanden, ist auch die Abgabe der Anerkennungserklärung durch einzelne Streitgenossen ohne Bedeutung", Geiger 122, Ovari 136, 145 et 211, Gysler 116, Maday 214, Guldener ZPR 299 et 400 n. 4, Habscheid ZPR II 154 nm282, Walder ZPR 161, Schlapfer 185 pour les créanciers cessionnaires au sens 260 LP, ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm13, ad 43 nm1, BS/BL Staehelin/Sutter 89, SG Lutz ad a 104 ch3, a301 ch. 7, AG Keller/Pfisterer ad a62, AG Eichenberger ad 54 nm1 et Beiträge 43, JU Ceppi 38, Winte 144, Zimmermann ad 62 nm10, Baumbach/Lauterbach ad 62 4Bc, Lindacher JuS 1986 384, Blomeyer 634, Winte 118, Zöller 62 nm26, Stein/Jonas ad 62 nm34, Moreau 191, Fasching Komm. II 199.

27) Louis Boyer, Les effets des jugements à l'égard des tiers, RTDC 1951 163ss, 206 n. 3: "il faut admettre que l'indivisibilité du droit substantiel se prolonge par une indivisibilité du droit d'action entre les consorts. Or, l'acquiescement est un acte de disposition. Il ne peut être valablement accompli qu'avec le consentement de tous les titulaires du droit". Blomeyer 634.

28) Par ex. Zöller ad 62 nm26, Arens/Lüke 313 nm448, Gottwald JA 1982 70, Lent ZPR 223, Lent InJb 90 93, Schilken 382 nm685, Schellhammer 680 nm1348, MünK ad 62 nm49.

jugement ne peut dans ces matières résulter d'une déclaration de volonté des parties (30). L'acquiescement du codéfendeur n'est toutefois pas dénué d'effet: l'acquiescement du défendeur recherché en désaveu lui enlève la qualité pour recourir faute d'intérêt (31), mais ne prive pas l'autre consort du droit de recourir et d'obtenir un jugement avec effet pour tous (32). La règle comporte une autre exception lorsque l'acquiescement ne nuit pas aux consorts restés dans l'instance. Dans un procès en annulation de testament, un consort peut acquiescer sans nuire à ses partenaires (33).

La règle d'unanimité est respectée selon la doctrine lorsque les consorts se soumettent successivement à la demande (34). Le consort qui représente les autres moyennant procuration ou qui a recherché auparavant l'accord de ses coindivis acquiesce également valablement (35). Il en va de même du consort qui a pouvoir de lier les autres en vertu du droit matériel (36).

La doctrine allemande majoritaire admet la présomption de représentation. Le consort qui ne participe pas à l'acquiescement est présumé défaillant et réputé représenté par l'acquiesçant (37). La présomption de représentation ne subsistant que pour la durée de l'absence du consort défaillant, ce dernier a la possibilité selon certains auteurs de briser l'extension de l'acquiescement à son égard en réintégrant la procédure et en adoptant une attitude contraire (38). Nous rejetons pour notre part ces positions doctrinales, car elles ont pour conséquence de conférer au consort diligent, par le truchement de règles procédurales, plus de pouvoirs que le droit matériel ne lui en reconnaît (39). Les avis des ces auteurs s'expliquent uniquement par le fait qu'en procédure allemande l'acquiescement doit être confirmé par le juge dans une décision formelle. Aussi tant qu'une telle mesure n'a pas été prise, l'acquiescement reste une mesure purement procédurale, ce qui explique qu'on le soumette à la présomption de représentation. La conception est étrangère au droit suisse.

Lorsque des consorts nécessaires sont à la fois des consorts simples dans le même procès, ils ne peuvent se soumettre qu'unaniment aux conclusions indivises

-
- 29) Guldener ZPR 300, Geiger 127, ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm14, Becker 28. Contra Leuch ad 39 ch. 1.
- 30) ATF 95 II 291/JT 1970 I 261, ATF 65 I 156/JT 1939 I 610.
VS RVJ 1968 443, RVJ 1977 32, 39: "...les articles 253ss CC fondent la consorité nécessaire de la mère et l'enfant défendeurs à l'action en désaveu et les autorisent à prendre des positions diamétralement opposées consistant à ce que l'un acquiesce et ce que l'autre s'oppose à l'action". Hegnauer BK ad 254 nm20.
- 31) ATF 95 II 291/JT 1970 I 261: "Il n'est pas contraire aux dispositions de l'article 158 ch. 1 et 3 CC qui s'appliquent par analogie au procès en désaveu, que l'autorité cantonale de recours statuant en vertu du droit cantonal de procédure, dénie le droit de recours à la partie défenderesse qui avait acquiescé à la demande au terme de la procédure de première instance et qui n'est donc pas lésée par le jugement qui admet l'action de la partie demanderesse".
- 32) ATF 82 II 1/JT 1956 I 322.
- 33) AR RBOG 1966-67 32 no3.
- 34) *Pius Bosshart*, Die Tatsachenforschung im ordentlichen st-gallischen Zivilprozessverfahren, Thèse Fribourg 1952, 13. SG Schneider 88, Schellhammer 680 nm1348, Arens/Lüke 313 nm448.
- 35) Baumbach/Lauterbach ad 62 4Bc.
- 36) Winte 146.
- 37) Becker 39, Lent DJb 90 73, Fuhr 14, Zöller ad 62 nm26, Behringer 188ss, Brückner 231, Zimmermann ad 62 nm10, Thomas/Putzo ad 62 ch. 9, Lindacher Jus 1986 384. MünK ad 62 nm43. Holzhammer Parteienhäufung 139.
- 38) Thomas/Putzo ad 62 ch. 9a, Lindacher JuS 1986 384.
- 39) Dans le même sens: Winte 232-233, Schönke 100.

élevées contre eux, mais peuvent acquiescer séparément aux conclusions divisibles (40).

Un codéfendeur ne saurait, dans les procès entre coindivis (par exemple procès en partage), acquiescer pour ce qui est exigé de lui et se joindre aux demandeurs dans leur action contre les autres codéfendeurs. Il ne peut acquiescer que purement et simplement (41). Dans le procès en dissolution d'une société ouvert par un associé contre les autres, l'acquiescement des codéfendeurs recherchés ne peut être que concerté, car la société ne peut subsister pour les uns et être dissoute pour les autres.

Le défendeur recherché par des consorts nécessaires ne peut limiter son acquiescement à un ou quelques-uns d'entre eux, car il les priverait de la qualité pour agir. Il en va de même lorsqu'il y a consorité nécessaire formelle, car l'unité de jugement ne serait plus assurée.

§3. La transaction

Les consorts nécessaires ne peuvent transiger que conjointement, car ils ne peuvent disposer de l'objet du litige qu'en commun (42). La transaction ne lie pas même le consort qui a déclaré transiger (43). Cela priverait en effet les autres de la qualité pour agir ou pour défendre (44). Certains auteurs sont toutefois d'avis contraire: la transaction lie à leur avis celui qui l'a conclue et a valeur de fait à l'égard des autres. Le juge peut la considérer comme un indice dans l'appréciation des preuves (45).

40) AG AGVE 1974 25 no5: L'action tendait simultanément à l'octroi d'un passage nécessaire et au versement d'une indemnité pour ledit passage. Tous les copropriétaires de l'immeuble sont consorts nécessaires face aux premières conclusions et consorts simples relativement aux secondes.

41) FR Extraits 1951 131, 134.

42) SH 85 2e phrase, BE RJB 109 1973 207, AG AGVE 1974 25 no5, 30. Ovari 214, Geiger 122, Gysler 114, Maday 214, Habscheid ZPR II 154 nm282; ZH Sträub/Messmer ad 39 nm13, SG Schneider 88, Lutz ad a104 ch. 3, AG Eichenberger ad 54 nm1 et Beiträge 43, JU Ceppi 38; Lent InJB 90 66, Winte 118, 171. *Hans Fürst*, Beitrag zur Lehre des Prozessvergleichs im schweizerischen Recht unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Prozessrechts, Thèse Zurich 1927, 32; *Hans Schultz*, Der gerichtliche Vergleich, Thèse Beme 1939, 89; *Hans-Peter Pfirter*, Gerichtlicher Vergleich, Klagerückzug und Klageanerkennung unter besonderer Berücksichtigung des baselstädtischen Zivilprozessrechts, Thèse Bâle 1977, 69. Feschling Komm. II 200: "Ein von einzelnen Teilgenossen ohne die Zustimmung der übrigen abgeschlossener Vergleich ist wirkungslos und beendet den Rechtsstreit auch nicht für diese Teilgenossen". Schilken 382 nm685, Gottwald JA 1982 70.

43) Rosenberg/Schwab 812, Thomas/Putzo ad 794 ch. 3: "Bei notwendiger Streitgenossenschaft ist der Vergleich, den nur einer schliesst, wirkungslos, wenn der Vergleich nicht nach materiellem Recht für und gegen die anderen wirkt". Stein/Jonas ad 62 nm34, Baumbach/Lauterbach ad 62 4Bc. Lent InJB 90 74: "Es kann...der Vergleich nur als Vorschlag des einzelnen Streitgenossen angesehen werden, von dem jetzt noch nicht feststeht, ob ihm die anderen sich anschliessen. Der Gegner kann darauf eingehen oder er kann den Vorschlag ablehnen und auf Fortführung der Verhandlung bestehen. Der Richter darf nicht auf Grund des Vorschlags des einen Streitgenossen den Vergleich als abgeschlossen behandeln und den Prozess für beendet erklären".

44) Moreau 192: "...Il est en effet vrai que l'indivisibilité...met obstacle non seulement à une transaction de quelques-unes des parties pour la totalité, mais encore à toute transaction intervenant sans l'accord de l'ensemble des cointéressés". Comp. Aubry et Rau, Droit civil français 6e éd., Paris 1951, T. VI, 253 §421: "La transaction faite avec l'un des débiteurs solidaires profite aux autres, quoiqu'elle ne puisse leur être opposée. Et réciproquement, la transaction conclue avec l'un des créanciers solidaires peut être invoquée par les autres, non leur être opposée". Selon ces auteurs, les mêmes distinctions prévaudraient en matière indivisible.

45) Schellhammer 680 nm1348.

Le consort nécessaire qui a cherché auparavant l'accord de ses autres colitigants transige valablement, car il y a en réalité concertation successive (46). Il en va de même du consort qui représente les autres moyennant procuration (47). Il n'y a en revanche pas présomption de représentation. Le consort nécessaire qui ne participe pas à la transaction n'est pas présumé défaillant, ni réputé représenté par ses consorts, car la présomption ne s'applique pas aux actes de disposition (48).

Selon la doctrine, la transaction conclue par un consort qui a une qualité pour agir ou pour défendre indépendante est valable (49). La transaction conclue par un consort nécessaire formel devrait ainsi être admise. Elle aurait pour seul effet de lui faire perdre la qualité de consort (50). L'affirmation est trop absolue. Le consort nécessaire formel transige valablement lorsque tous les personnes concernées par la transaction sont en causes (51). La transaction est en revanche inefficace dans le cas contraire, car le jugement à laquelle elle équivaut est opposable à des personnes restées étrangères au litige. La transaction reviendrait en effet à disposer d'un objet litigieux n'appartenant pas exclusivement à la partie qui transige (52). Un actionnaire ne saurait ainsi transiger avec le représentant de la société dans un procès portant sur l'annulation d'une décision d'assemblée générale, car le jugement serait opposable à ceux qui sont restés en dehors du litige (53).

-
- 46) Comp. ATF 107 Ia 246 relatif au désistement.
SG Schneider 88. Schellhammer 680 nmI 348, Baumbach/Lauterbach ad 62 4Bc.
- 47) Stein/Jonas ad 62 nm34.
- 48) Matti Sireitgenossenschaft 109, Schönlke 100, Wiczorek ad 62 BIII d, Rosenberg/Schwab 775, Stein/Jonas ad 62 nm27 et 34, Baumbach/Lauterbach ad 62 4Bc et C, Lent IJb 90 74, Winte 242, Fuhr 13-14, Becker 41. MünK ad 62 nm49.
- 49) BE Leuch ad 39 ch. 1. Baumbach/Lauterbach ad 62 4Bc, Winte 170, Lent IJb 90 66, Zöllner ad 62 nm27; Stein/Jonas ad 62 nm34, Brückner 65-66, Fuhr 35.
Contra: Geiger 127, Rosenberg/Schwab 775.
- 50) Winte 91, 170, Becker 29, Lent IJb 90 74.
- 51) GE SJ 1960 121.
- 52) ATF 80 I 385, 390: "...Les autorités cantonales ont considéré avec raison qu'une transaction était un titre insuffisant pour entraîner la radiation d'une résolution de l'assemblée générale. Car l'annulation d'une telle décision est opposable à tous les actionnaires...et cet effet absolu suppose un jugement. Il est évident en effet, qu'un actionnaire ne pourrait, par un accord extrajudiciaire passé avec le représentant de la société, annuler une décision de l'assemblée générale et lier par cette convention les autres actionnaires. Il ne saurait en être autrement d'une transaction judiciaire. Celle-ci exige le même pouvoir de disposition sur l'objet du litige et ne se distingue de la transaction extrajudiciaire qu'en ce que le juge en prend acte et raye le procès du rôle. Or, l'objet du litige n'est pas seulement soustrait à la libre disposition des parties dans les différends qui touchent à l'intérêt public comme les divorces. C'est également le cas lorsque, en vertu du droit matériel, la situation juridique créée par le jugement est opposable à des tiers qui n'interviennent pas dans la procédure. Aussi serait-il justifié que, lorsqu'il s'agit de l'annulation d'une décision de l'assemblée générale, le juge doit vérifier d'office les faits invoqués à l'appui de l'action, pour éviter que le représentant de la société, d'accord avec l'actionnaire attaquant, ne soutienne le procès de manière défavorable aux actionnaires qui ont approuvé la décision contestée. Or, la loi n'impose pas une telle obligation au juge. Mais cela ne signifie pas qu'une transaction soit suffisante pour provoquer l'annulation d'une décision de l'assemblée générale. En effet, il n'est pas indispensable, pour sauvegarder les droits des tiers actionnaires, que le juge doive vérifier les faits d'office. Si le procès suit son cours normal, l'actionnaire qui approuve la décision litigieuse peut, par intervention, rendre inopérante une collusion entre le demandeur et le représentant de la société. En revanche, ce moyen lui ferait défaut en cas de transaction. Du reste, la nécessité d'un jugement ressort du texte de l'article 706 CO. A son alinéa 1, cette disposition prescrit que les décisions de l'assemblée générale peuvent être attaquées "en justice" et l'alinéa 5 déclare "le jugement" opposable à tous les actionnaires. Or, ces termes, ne visent pas la transaction; autrement, le législateur l'aurait mentionnée expressément, comme il l'a fait dans d'autres dispositions (CO 396 al. 3, 585 al. 2, 743 al. 3)".
- 53) TF SJ 1955 609.

La qualité individuelle pour transiger est donnée sans restriction lorsque la transaction doit porter sur une partie divisible du litige. Lorsque des consorts nécessaires sont à la fois des consorts simples dans le même procès, ils ne peuvent transiger que conjointement dans le premier cas et mais sont habilités à le faire séparément dans le second (54).

GE SJ 1960 121, 125: "Tandis que le premier alinéa de l'article 706 CO prévoit que l'administration et chaque actionnaire peuvent attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale, l'action étant dirigée contre la société, le cinquième alinéa stipule que le jugement qui annule une décision de l'assemblée générale est opposable à tous les actionnaires et que chacun d'eux peut s'en prévaloir. Cela exclut à l'évidence toute transaction entre administrateur ou actionnaire d'une part et représentant de la société de l'autre".

54) AG AGVE 1974 25 no5.

CHAPITRE 2. RESOLUTION JURIDICTIONNELLE DU LITIGE

§1. Par prononcé d'un jugement unique

La consorité nécessaire prend le plus souvent fin par le prononcé d'un jugement formellement (1) et matériellement (2) unique (3). Ce dernier est parfois provoqué par un consort au détriment de tous. Ainsi lorsqu'un consort ne satisfait pas aux conditions de recevabilité, car le défaut de la condition de recevabilité les prive tous de la qualité pour agir (4).

La consorité subsiste lorsque le juge a tranché le fond, mais n'a pas encore statué sur les frais à l'égard des consorts (5). La consorité change toutefois de nature pour ce motif. De consorts nécessaires, les consorts deviennent consorts simples, car relativement aux frais et dépens, ils ont toujours la qualité de consorts simples.

L'autorité de la chose jugée qui est attachée au dispositif touche tous les consorts (6), leurs successeurs particuliers ou singuliers. Les consorts représentés au procès peuvent s'en prévaloir ou se la voir opposer sans qu'il y ait lieu de distinguer selon la nature relative ou absolue du droit déduit en justice (7). Tiers par rapport à la procédure, le "consort", qui a déclaré par avance se soumettre aux effets du jugement, bénéficie également de la chose jugée (8).

L'opposabilité du jugement (9) peut être plus ou moins étendue. Celle du jugement formateur peut ne porter que sur la relation entre les parties au jugement (dans le cas d'une invalidation d'un testament) ou s'étendre à la situation juridique d'un cercle de personnes plus étendu que les seules parties (dans le cas de l'annulation d'une décision de l'assemblée générale à la demande d'un actionnaire). Dans les actions qui intéressent l'état des personnes, les tiers peuvent se prévaloir du jugement intervenu, car il a un effet erga omnes. L'opposabilité du jugement peut n'intervenir que lorsque les parties ont eu gain de cause. Le rejet de la demande en désaveu du

- 1) VersR 1974 64. BGH 63 53.
- 2) Rechberger/Simotta 74 nm137. Baumbach/Lauterbach ad 64 4Da. MünK ad 62 nm59, Zöller ad 62 nm30.
- 3) Pour Habscheid DJPS 340, le jugement qui n'est pas rendu contre tous les consorts nécessaires matériels doit être considéré comme nul.
- 4) Winte 129. MünK ad 62 nm50.
- 5) JW 1914 155. Winte 92. Contra: Kisch 24.
- 6) GR PKG 1969 40 no8.
Guldener 301 n. 22, 371 n. 45: "Grundsätzlich wirkt die Rechtskraft nur im Verhältnis der Parteien, die sich im Prozess als Gegner gegenüberstanden. Sie gilt daher nicht im Verhältnis mehrerer Streitgenossen untereinander, soweit keine notwendige Streitgenossenschaft besteht...".
Dans les systèmes qui connaissent la présomption de représentation pour les recours, le jugement n'acquiesce pas force de chose jugée aussi longtemps qu'un consort nécessaire peut interjeter recours. RGZ 157 38. Schönke 101. Zöller ad 62 nm31. Schellhammer 680 nm1349. Comp. pour l'hypothèse inverse Schilken 383 nm686: "Dem Gegner gegenüber wird das Urteil hingegen im Verhältnis zu allen Streitgenossen bereits rechtskräftig, wenn er nur einem gegenüber die Rechtsmittelanfechtung unterlässt".
Comp. pour les consorts recherchés par l'intervenant principal Blomeyer 638: "Das Urteil im Interventionsprozess wirkt Rechtskraft im Verhältnis des Hauptinterventienten zu jedem seiner Gegner, nicht aber im Verhältnis der Gegenparteien untereinander".
- 7) Guldener ZPR 373 n. 49, ZH Sträuli/Messmer ad 191 nm14.
- 8) ATF 89 II 429/IT 1954 I 365.
- 9) L'opposabilité du jugement formateur aux tiers ne relève pas de l'autorité de la chose jugée, mais ressortit à son effet formateur. Elle détermine uniquement le cercle des personnes privées de la faculté de soutenir en justice que la modification consacrée par le jugement l'a été à mauvais escient. *Philippe Schweizer*, Le recours en révision spécialement en procédure civile neuchâteloise, Thèse Neuchâtel 1985, 53.

père demandeur ne prive ainsi pas l'enfant d'agir à son tour ultérieurement et inversement.

§2. Par renonciation au recours et le retrait du recours

La consorité nécessaire arrive également à son terme par renonciation au recours ou retrait du recours qui sont des cas particuliers d'entrée en force du jugement. La renonciation ou le retrait ne concerne toutefois que la consorité nécessaire matérielle. Dans la consorité nécessaire formelle, elles n'ont pas cet effet. Le consort qui renonce à recourir ou retire son recours ne met pas fin à la consorité des autres.

CHAPITRE 3. AUTRES MODES D'EXTINCTION

La consorité nécessaire prend fin lorsque s'éteint la propriété en main commune (1).

La consorité nécessaire est dissoute par succession de parties lorsque la pluralité de plaideurs est remplacée par un seul litigant. Il en est ainsi lorsque, de deux propriétaires communs, l'un d'eux décède sans laisser d'héritiers et que l'autre poursuit le procès. Il en va de même lorsque la chose commune est aliénée (2). La consorité nécessaire subsiste en revanche lorsque les consorts ne font que modifier la nature juridique du rapport qui les lie et adoptent une autre forme de propriété en main commune. Ainsi, lorsqu'ils transforment en cours de procédure leur communauté (société simple ou communauté héréditaire) en société en nom collectif ou en commandite (3).

La consorité nécessaire matérielle ne peut prendre fin par division de causes (4), car cette dernière enlèverait aux consorts leur qualité pour agir et entraînerait l'irrecevabilité de la demande (5). Même la consorité nécessaire formelle ne peut être dissoute par division de cause, lors même que chaque consort a un droit d'action distinct. La prohibition de la division s'impose par l'exigence d'une décision unique à l'égard de tous ceux qui ont procédé (6).

La division de causes est en revanche admissible lorsqu'elle a trait à des prétentions divisibles élevées par ou contre les consorts nécessaires concurremment avec leurs prétentions indivisibles. Elle peut en d'autres termes être prononcée lorsqu'elle porte sur une fraction du procès comportant consorité simple. La division de cause peut également être prononcée selon la doctrine lorsqu'il s'avère en cours de procès que les conditions de la consorité nécessaire ne sont pas remplies. La décision

1) CC 654/I: "La propriété commune s'éteint...par la fin de la communauté".

2) CC 654/I: "La propriété commune s'éteint par l'aliénation de la chose...".
Gysler 21.

3) ATF 97 I 14/UT 1972 I 603; transformation d'une hôte en société en nom commandite.
ZH ZR 81 1982 73 no 26, 74-75: "Klage einer einfachen Gesellschaft, die im Prozessverlauf einräumt, eine Kollektivgesellschaft darzustellen. Kein Subjekts- und kein Parteiwechsel. Rechtssträger und Prozesspartei war und bleibt die (persönl. unveränderte) Gemeinschaft zur gesamten Hand. Aenderung der Parteibezeichnung durch das Gericht...Dass die Kollektivgesellschaft (anders als die einfache Gesellschaft) unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten begründen kann, will nur besagen, dass die verschiedenen Gesellschafter unter der Firma als Kollektivbezeichnung auf dem Gebiet des Rechts auftreten können...Träger der Rechte sind sowohl bei der einfachen Gesellschaft wie bei der Kollektivgesellschaft die Gesellschafter und zwar in ihrer Zusammenfassung als Gemeinschaft zur gesamten Hand...Nun sind aber die Gesellschafter der einfachen Gesellschaft...mit den Gesellschaftern der Kollektivgesellschaft...personell identisch. Diese personelle Identität in der Rechtssträgerschaft zur gesamten Hand schliesst eine Zession aus...so kann kein Parteiwechsel vorliegen...Vielmehr wechselt lediglich der Name der Partei: statt dass wie zuvor die einzelnen Gesellschafter aufgeführt würden, erscheint jetzt als Parteibezeichnung der Firmenname. Da der Wandel...von Gesetzes wegen erfolgt ist, hat das Gericht...notigenfalls von sich aus die Parteibezeichnung im Rubrum dem neuen Rechtszustand anzupassen...". Tuor/Picenari ad 602 nm7.

4) NE a42.
Matti Streigenossenschaft 114, Gysler 4: "...weil die Einzelklage abgewiesen werden müsste". Geiger 130, BE Jolidon 80, FR Deschenaux/Castella 67, SG Lutz ad a105 ch. 1, JU Ceppi 48, Zöller ad 145 nm4, Becker 20 et 42, Fasching ZPR II 714 nm1417.
Comp. Kraft 54: "Ob die Trennung angeordnet werden muss, wenn während des Prozesses die materielle Grundlage der notwendigen Streitgenossenschaft wegfällt ist fraglich. Die Streitgenossenschaft kann in einem solchen Falle aufrechterhalten und als einfache Streitgenossenschaft weitergeführt werden".

5) Gysler 4.

6) Winte 92.

de division ne peut être prononcée qu'à requête des parties ou doit à tout le moins leur être soumise pour observation.

Le juge ne peut prononcer un jugement subjectivement partiel (7). Le vice doit être relevé d'office (8).

Un jugement partiel portant sur une question préjudicielle touchant tous les consorts est en revanche possible (il est objectivement partiel) et est assimilé à une décision indirectement finale dans le recours en réforme. Il en est ainsi lorsque le jugement a accueilli une exception de procédure à raison du défaut de qualité de partie (9). Un jugement sur moyen séparé ne met en revanche pas obligatoirement un terme à la consorité nécessaire, car les consorts sont encore liés pour la suite de la procédure (10).

Un "jugement partiel" est en revanche admissible pour ou contre un consort nécessaire matériel lorsque les autres ont déclaré adhérer par avance au résultat du procès (11). Ces derniers ne peuvent être contraints à se joindre à la procédure (12).

Le juge qui sanctionne le défaut d'une condition de recevabilité à l'égard d'un consort nécessaire formel peut valablement rendre un jugement partiel, car l'exigence de l'unité de jugement n'a trait qu'au jugement au fond. Le jugement partiel expulse le consort nécessaire formel du procès (13). L'irrecevabilité à l'égard d'un consort nécessaire matériel se transforme en revanche en irrecevabilité totale.

Le juge peut prononcer un jugement partiel lorsqu'il s'agit de statuer sur une partie distincte du litige, car les consorts ont pour celle-ci la qualité de consorts simples.

La consorité nécessaire ne peut prendre fin par convention de procédure, car cela nuirait à l'unité de la procédure et du jugement.

-
- 7) VersR 1974 64, NJW 1962 1722, NJW 1950 597, 198: "Das Gebot...auseinandergelungende Sachentscheidungen unter notwendigen Streitgenossen zu vermeiden und daraus folgend das Verbot ein Sachurteil nur bezüglich eines Streitgenossen zu erlassen, dient nicht nur dem Interessen der Prozessparteien, sondern wesentlich auch dem Interesse an einer geordneten Rechtspflege überhaupt. Ein dieses Verbot nicht beachtendes Urteil ist keine geeignete Grundlage für die Fortsetzung des Verfahrens". JW 1912 147, RG 132 349.
Walter Währlich, Teilklage und Teilurteil, These Zürich 1952, 38: "...den hier fehlt die Möglichkeit der quantitativen Teilbarkeit des Streitgegenstandes...". Baumbach/Lauterbach ad 301 2B, Thomas/Putzo ad 62 ch. 10 et ad 310 ch. 1, Zöller ad 62 nm30, ad 301 nm3, Zimmermann ad 301 nm1, Stein/Jonas ad 62 nm37, Becker 21 et 42, MünK ad 62 nm50, Fasching ZPR II 714 nm1417.
- 8) NJW 1961 1722: "Ergibt...ein Teilurteil gegen einen der mehreren notwendigen Streitgenossen, so liegt nicht nur ein auf entsprechende Rüge beachtlicher Verfahrensmangel vor, das Verfahren leidet vielmehr an einem von Amtes wegen zu beachtenden Fehler". NJW 1956 1295, NJW 1950 597, 598.
- 9) Poudret/Sandoz COJ ad 48 ch. 1.1.4.3.
- 10) Winte 92.
- 11) NJW 1962 1722: "Ein Teilurteil gegen einen von mehreren notwendigen Streitgenossen ist zulässig, wenn die übrigen erklärt haben, zu der mit der Klage begehrten Leistung verpflichtet und bereit zu sein". Baumbach/Lauterbach ad 62 4C, ad 301 2B, Thomas/Putzo ad 301 ch. 1, Zöller ad 62 nm18 et 30, ad 301 nm4.
- 12) NJW 1962 1722, 1723: "In einem solchen Fall laufe, so wurde mit Recht ausgeführt, die Hereinziehung der leistungswilligen Streitgenossen in den Rechtsstreit...auf eine unnötige und Kosten verursachende Formalität hinaus...ein Festhalten an diesem Gebot würde hier zu einer unnötigen Überspitzung einer Verfahrensregel führen und den Grundsatz der Prozesswirtschaftlichkeit widersprechen".
- 13) Becker 23, Lent IJNB 90 49, MünK ad 62 nm50.

QUATRIEME PARTIE

LES TRAITS COMMUNS A LA CONSORITE SIMPLE ET LA CONSORITE NECESSAIRE

TITRE I. LA COMPETENCE TERRITORIALE

CHAPITRE 1. VUE GENERALE

La consorité suppose une unité de compétence territoriale (1). Pour qu'il puisse statuer sur une procédure conjointe, le juge doit se trouver à un for commun à tous les défendeurs (2). Il n'y a cependant pas de for général de la consorité. Le demandeur doit vérifier de cas en cas l'existence d'un for unique. L'absence d'un tel for peut être un obstacle au cumul subjectif.

La consorité est un cas de prorogation légale de compétence (3). En raison de l'existence d'un lien de connexité ou d'indivisibilité entre les parties, le législateur permet au demandeur de porter devant un seul et même tribunal des réclamations qui relèveraient normalement de tribunaux différents. En matière internationale et intracantonale, la prorogation légale implique renonciation à la garantie du for du domicile. En matière internationale, les articles 109/2 et 129/3 LDIP et 6 ch. 1 de la Convention de Lugano prévoient une attraction de compétence au domicile de l'un des défendeurs (4). En matière intercantonale, la garantie du for du domicile du défendeur prévaut, mais le droit fédéral fixe un for unique pour certaines actions et la jurisprudence admet une dérogation au for du domicile du défendeur pour certains types de consorité. En matière intracantonale, les codes cantonaux connaissent le for de la consorité passive. Les règles qui permettent de fixer parmi les juridictions du canton l'instance unique appelée à statuer sur les demandes dirigées contre les consorts diffèrent selon les cantons. Leur champ d'application est plus ou moins étendu. La règle s'applique dans certains cantons à tous les types de consorité passive, dans d'autres à certaines formes seulement.

1) En vertu du droit fédéral ou du droit cantonal. ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm6.

2) BS/BL Staehelin/Sutler 87: "Das angerufene Gericht muss für alle verbundenen Klagen örtlich, sachlich, und funktionell zuständig sein; denn die freiwillige Streitgenossenschaft darf die Zuständigkeitsordnung nicht tangieren".

3) Solus/Perrot T. II 585: (la notion de prorogation légale) "sert à caractériser les dérogations et extensions que le législateur a estimé nécessaire ou utile d'édicter par rapport aux règles ordinaires et normales de la compétence... En recourant à l'expression de prorogation légale de compétence et en la plaçant ainsi en parallèle avec celle de prorogation conventionnelle ou volontaire de compétence..., les auteurs et les tribunaux ont eu spécialement pour but de mettre en relief le résultat identique auquel, quoique procédant l'une et l'autre d'une source et d'une technique profondément différentes, aboutissent les deux prorogations, à savoir: écarter exceptionnellement le droit commun de compétence, c'est-à-dire la solution normale de compétence".

Le droit de procédure permet, dans d'autres cas que la consorité, à un juge de statuer sur des demandes indépendantes, connexes et réunies dans la même instance. On trouve ainsi une prorogation légale de compétence pour la demande reconventionnelle, l'appel en cause, l'intervention. Georges Brasset, "Prorogation de for", FJS no 1188, 9-10.

4) Les nouvelles dispositions de la LDIP règlent à la fois la compétence internationale des tribunaux suisses et leur compétence locale. Il n'est ainsi plus nécessaire, après avoir consulté la LDIP pour les affaires qui en relèvent, de rechercher encore, dans un CPC cantonal, quel serait le for localement compétent.

CHAPITRE 2. L'ARTICLE 59 DE LA CONSTITUTION FEDERALE ET LA CONSORITE

§1. Introduction

Disposant que le débiteur solvable domicilié en Suisse doit être recherché pour les réclamations personnelles devant le juge de son domicile, l'article 59 Cst prévaut dans les relations intercantionales lorsqu'il y a consorité simple passive et que le droit fédéral ne consacre pas de for particulier. Lorsqu'un codéfendeur est assigné devant un autre for, il peut soulever une exception d'incompétence. La jurisprudence réserve des exceptions dans certains cas particuliers.

Lorsque les conditions de l'article 59 Cst ne sont pas remplies, le for cantonal de la consorité passive a une portée intercantonale (1) et vise également le défendeur domicilié dans un autre canton. Il en est ainsi lorsque l'action n'est pas personnelle, telles les actions successorales (2). Les cocontractants à un pacte successoral ne peuvent ainsi invoquer la garantie du for du domicile dans le procès en nullité engagé contre eux par le disposant. La juridiction cantonale saisie de l'action est compétente à l'égard des défendeurs domiciliés hors du canton (3). L'article 59 est également inapplicable lorsque l'action est personnelle, mais concerne l'activité d'une succursale (4), ou encore lorsqu'un défendeur entre en matière sur le fond devant un autre tribunal (5).

L'article 59 ne trouve pas application lorsqu'il y a consorité nécessaire (6).

§2. L'article 59 et la solidarité passive

Créant des liens étroits entre les consorts - plusieurs défendeurs sont actionnés conjointement en raison d'une obligation commune -, la solidarité passive est source de consorité simple matérielle, mais ne fait pas des débiteurs solidaires des consorts nécessaires. Depuis des décennies, les plaideurs invoquent son existence pour justifier une dérogation à l'article 59 Cst et obtenir au plan intercantonal qu'un juge unique puisse statuer sur toutes les demandes. Ils n'ont jamais obtenu gain de cause. Depuis 1877 en effet (7), la jurisprudence fédérale adopte une position stricte (8), approuvée par la doctrine de l'époque (9). Elle s'en tient à l'article 59 Cst et considère que chaque débiteur solidaire, du moment qu'il est solvable, doit être recherché devant le juge de

1) NE RJN 4 I 32.

2) ATF 66 I 49, ATF 45 I 302/JT 1920 I 58.

3) NE RJN 4 I 32. La solution, compatible avec le droit fédéral, s'impose d'autant plus dans cet arrêt qu'il y a consorité nécessaire passive.
BE Leuch ad 22 ch. 1 in fine, FR Deschenaux/Castella 53.

4) BE Leuch ad 22 ch. 1.

5) BE Leuch ad 22 ch. 1, SG Lutz ad a92 ch. 3.

6) Voir infra.

7) ATF 3 40 c. 1.

8) ATF 93 II 192, 200/JT 1967 I 633 rés./SJ 1968 26, ATF 92 I 201/JT 1967 I 510, ATF 90 I 104/JT 1965 I 28 rés./SJ 1965 421, ATF 69 I 5/JT 1943 I 414, ATF 53 I 47/JT 1937 I 216, ATF 53 I 51, ATF 52 I 131/JT 1926 541 rés., ATF 51 I 47, ATF 21 352/JT 1895 686, ATF 18 665, ATF 17 551/JT 1892 72, ATF 17 34/JT 1891 287, ATF 11 424/JT 1886 41, ATF 3 40, TF SJ 1965 417.

ZH ZR 76 1977 148 no59, LU Entsch. 1948 504 no582, Entsch. 1940 1066 no832, LU RSJ 47 1951 365 no139, TI Rep. 1971 297, VD JT 1987 III 66, VS RVJ 1978 63, NE RJN 5 I 130, GE SJ 1968 282, SJ 1968 574, SJ 1959 307.

9) Ernest Roguin, Y a-t-il lieu d'édicter une loi sur le for en matière civile, et le cas échéant, de reviser l'article 59 de la Constitution fédérale ?, *Projet de loi soumis à la SSI dans son assemblée de 1898*, art. 25, RDS 1898, Nouvelle série 17, 697ss, 721, 734.

son domicile (10). La solidarité parfaite ou imparfaite (11) n'a ainsi pas d'incidences sur la compétence (12).

L'article 59 Cst écarte le for cantonal de la consorité passive (13). L'absence de for unique étant un obstacle au cumul subjectif, certains auteurs se demandent si la Constitution exige une application aussi rigoureuse de ce principe (14). De fait, la tendance est de sacrifier toujours d'avantage cette disposition. Le législateur fédéral prévoit de nombreuses dérogations. La doctrine est favorable à une extension du for de la consorité passive au plan intercantonal (15). La garantie du for du domicile du défendeur ne figure plus dans le projet de Constitution fédérale de 1977 et la Convention de Lugano prévoit sa suppression (16).

L'application de l'article 59 Cst est rigoureuse. *Il ne peut y avoir dérogation à l'article 59 au motif que la réunion des causes faciliterait le déroulement de la procédure et réduirait les frais* (17). Pour le Tribunal fédéral, ce sont des "conséquences fatales de la division de causes" (18), des "désavantages secondaires et d'ordre purement procédural" (19) que les plaideurs doivent supporter. Arguant en effet que la multiplicité des procès entraînerait un surcroît de frais, les plaideurs reprochent à l'article 59 d'entraîner la répétition de la procédure probatoire et de les mettre dans l'impossibilité de proposer et faire administrer dans un procès ultérieur des preuves aux mains du premier juge. Le Tribunal fédéral oppose trois arguments à cette dernière critique: le risque invoqué est plus théorique que pratique, la plupart des lois cantonales donnant au juge le pouvoir d'apprécier librement les preuves (20); l'obligation d'entraide judiciaire intercantonale permet sans difficultés majeures au

- 10) Le Tribunal fédéral a adopté une solution semblable en matière de cumul objectif de demandes, ATF 58 I 165/JT 1933 I 516.
- 11) ATF 52 I 131 c. 4 in fine/JT 1926 I 541 rés. 543.
- 12) ATF II 430/JT 1886 I 41.
- 13) ATF 52 I 131/JT 1926 I 541 rés., ATF 18 II 665, 667. NE RJN 4 I 32.
- 14) *Walther Burckhardt*, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3e éd. 1931, 559 n. 3: "...Diese Schlussfolgerung ist gewiss logisch, fraglich ist nur, ob die Verfassung eine so rücksichtslose Durchführung ihres Grundsatzes beabsichtigt. Meines Erachtens nicht". *K. Eichenberger n'exclut pas une modification de la jurisprudence. Le for de la consorité aurait ainsi une application intercantonale mais pour la consorité simple matérielle seulement. La consorité simple formelle n'est pas concernée. AG Eichenberger ad 35 nm1: "Es ist...denkbar, dass das Bundesgericht später einmal einen gemeinsamen Gerichtsstand für beklagte Streitgenossen allgemein da anerkennt, wo sie in Bezug auf einen Streitgegenstand durch das materielle Recht so miteinander verbunden sind, dass sie zur Wahrung einheitlicher Rechtsverwirklichung auch eine einheitliche Beurteilung finden müssen...Aus diesem Grunde schliesst §35 auch die Fälle der einfachen Streitgenossenschaft nach §50 lit. a mit ein".* Egalement *Kurt Eichenberger*, Bundesrechtliche Legiferierung im Bereiche des Zivilprozessrechtes nach geltendem Verfassungsrecht, RDS 88 1969 II 510. Edelmann 60-61.
- 15) *Urs Hess*, Die Gerichtsstandsgarantie des Art. 59 BV in der heutigen Rechtswirklichkeit, Thèse Zurich 1979, 165 et 169; *Hans Stadelmann*, Die luzernischen Gerichtsstandsbestimmungen und deren Verhältnis zum Bundesrecht: unter Berücksichtigung der Gerichtsstandsbestimmungen anderer Kantone, Thèse Fribourg 1952, 52; *Paul Gmür*, Kritische Untersuchungen über die neuere bundesrechtliche Praxis zur Gerichtsstandsgarantie des Art. 59 BV, Thèse Zurich 1939, 66ss. BE Leuch ad 22 ch. 1, AG Eichenberger ad 35 nm1. La Commission chargée d'étudier les conséquences de l'unification éventuelle de la procédure civile en Suisse partage le même avis, Rapport 1969, 36-37.
- 16) MCF relatif à la Convention de Lugano sur la reconnaissance et l'exécution des jugements, FF 1990 II 269ss, 281-282, 296.
- 17) ATF 93 II 200, 201. Contra Hess 165. Jurisprudence également trop restrictive pour Poudret/Sandoz COJ ad 49 ch. 3.3.5.
- 18) ATF 53 I 51, 54.
- 19) ATF 52 I 131/JT 1926 I 541, 544.

second juge de tenir compte des preuves recueillies dans le premier procès; la séparation des causes autorise enfin les défendeurs dans chaque procès à comparaître mutuellement à titre de témoins.

Il ne saurait non plus y avoir dérogation à l'article 59 Cst au motif que la réunion des causes préviendrait le risque de jugements contradictoires. Ce risque est pour le Tribunal fédéral inhérent à l'application de la garantie constitutionnelle du for du domicile (21). Le demandeur doit l'accepter comme la "conséquence d'un principe d'ordre supérieur" (22). Il peut pour y parer attendre que soit jugé le premier litige pour permettre au second juge de prendre en considération l'issue de la première cause (23), il peut également introduire concurremment les diverses actions et demander la suspension du procès jusqu'à droit connu dans le procès parallèle. Les parties peuvent d'autre part recourir en réforme au Tribunal fédéral qui peut assurer la concordance des jugements (24).

Le for cantonal du lieu de commission du délit ne permet pas non plus de déroger à l'article 59 Cst (25). Seules des dispositions particulières de droit fédéral peuvent le prévoir (26).

§3. Les exceptions à l'article 59 Cst (27)

1. La consorité nécessaire

Le Tribunal fédéral permet au demandeur d'actionner plusieurs défendeurs dans un seul et même lieu lorsque des motifs particuliers liés à la nature du litige et non à la solidarité justifient l'introduction d'une seule action contre tous (28).

20) ATF 52 I 131/JT 1926 I 541, 544.

21) ATF 93 I 104, 110, ATF 53 I 47/JT 1927 I 216, 220.

22) ATF 53 I 51, 54.

23) ATF 53 I 47/JT 1927 I 216, 220.

24) ATF 53 I 51, 54.

25) ATF 93 II 200 c. 10, ATF 53 I 51, sauf lorsque le lésé se constitue partie civile dans le procès pénal et y fait valoir des dommages-intérêts, ATF 31 I 4, ATF 27 I 324.

26) ZH Sträuli/Messmer ad 14 nm1 et ad 40 nm6.

27) La jurisprudence fédérale admet d'autres exceptions à l'article 59 Cst: Elles concernent:

- le défendeur à l'action reconventionnelle: ATF 93 I 549, ATF 90 I 104/JT 1965 I 28 rés., ATF 87 I 126, 130/JT 1961 I 573, ATF 80 I 200/JT 1955 I 112, ATF 71 I 344/JT 1946 I 182.

- le défendeur à l'action civile dans un procès pénal: ATF 101 Ia 141/JT 1977 I 226, ATF 90 I 104/JT 1965 I 28 rés., ATF 53 I 53, ATF 31 I 4, ATF 27 I 324.

- le débiteur recherché au for de l'établissement secondaire: ATF 101 Ia 39/JT 1975 I 344, ATF 90 I 104/JT 1965 I 28 rés., ATF 81 I 57, ATF 77 I 121/JT 1952 I 209, ATF 34 I 700, ATF 30 I 666.

- la réclamation personnelle bénéficiant d'une garantie réelle telle que gage, droit de rétention ou même hypothèque légale non encore inscrite: ATF 103 Ia 462, ATF 94 I 48/JT 1969 I 98, ATF 93 I 549, ATF 92 I 36/JT 1966 I 308, ATF 81 I 219/JT 1956 I 313, TI Rep. 1965 15, Rep. 1965 252, VD JT 1968 III 71.

- la renonciation expresse au for du domicile par la signature d'une clause de prorogation, ATF 109 Ia 55/JT 1985 I 66, ATF 104 Ia 278/JT 1979 I 154, ATF 87 I 51, ATF 87 I 131/JT 1961 I 581. Voir infra.

- la renonciation tacite au for du domicile en consentant sans réserves à agir comme partie au procès: ATF 87 I 133, ATF 87 I 58, ATF 87 I 51, ATF 87 I 131/JT 1961 I 581, ATF 68 I 160/JT 1943 I 281, ATF 67 I 105/JT 1941 I 446, ATF 52 I 131/JT 1926 I 543, ATF 35 I 69. Voir infra.

28) ATF 51 I 49/JT 1925 I 375, 377, LU Entsch. 1948 504 no582.

Comblant une lacune du droit fédéral (29), il admet que des raisons impérieuses (30) - dont il ne donne qu'une liste exemplaire (31) - créent *consortité nécessaire* et justifient un for unique: ce for, jurisprudentiel (32) et de droit fédéral (33), est laissé au choix du demandeur, les défendeurs étant tenus d'y procéder (34).

Il y a une consortité nécessaire au sens de cette jurisprudence lorsque la disjonction de causes présente de graves inconvénients au plan du droit matériel (35), lorsque, des prétentions identiques étant formées contre les défendeurs (36), l'absence de l'un d'eux trouble le cours normal et rationnel de la procédure et empêche que le litige soit vidé, enfin lorsque l'exécution du jugement est empêchée faute d'un procès unique (37) nécessitant la condamnation de tous les défendeurs (38). Une dérogation à l'article 59 se justifie également selon la doctrine lorsque la compétence concurrente de plusieurs tribunaux rend impossible l'exercice du droit matériel, car elle prive les consorts de la légitimation active ou passive (39).

La consortité nécessaire autorise le demandeur à déroger à la garantie du for du domicile. Elle empêche les défendeurs domiciliés dans différents cantons, mais recherchés devant une seule juridiction cantonale, de s'en prévaloir. Enfin et dans la mesure où le litige n'est pas déjà pendant devant un autre tribunal et que toutes les autres conditions de recevabilité sont remplies (40), elle contraint le juge à entrer en matière sur une demande introduite régulièrement contre tous les consorts, même si ces derniers ne sont pas tous domiciliés dans son ressort.

- 29) ATF 55 II 323/JT 1930 I 610, 613: "De même qu'en droit fédéral la nature des actions d'état exige que toutes les personnes intéressées et non demanderesses figurent au procès en qualité de consorts défendeurs..., de même elle exige un for de juridiction unique et exclusif". RSJ 73 1977 305 no 87: "Da notwendige Streitgenossen nur gemeinsam ins Recht gefasst werden können, ist ein einheitlicher Gerichtsstand vonnöten. Es würde sonst der vom materiellen Recht geforderte Rechtsschutz fehlen".
Guldener ZPR 301: "Soweit die Gesetze keinen einheitlichen Gerichtsstand für die Klage gegen mehrere notwendige Streitgenossen vorsehen, liegt eine echte Gesetzeslücke vor, die analog I ZGB durch den Richter auszufüllen ist", Hess 143.
- 30) ATF 52 I 131/JT 1926 I 541.
- 31) ATF 52 I 131/JT 1926 I 541, 543: "notamment", ATF 51 I 49/JT 1925 I 375, 377: "par exemple".
- 32) ATF 112 III 111, ATF 109 Ia 53, ATF 105 II 11, 15: La nature jurisprudentielle d'un for ne fait pas obstacle à son application au détriment de l'article 59.
- 33) ATF 93 II 200, ATF 53 I 49, ATF 52 I 131/JT 1926 I 541 rés, ATF 51 I 49/JT 1925 I 375.
Guldener ZPR 93, Hess 143 et 165, BS/BL Staehelin/Sutter 61. Forum necessitatis: *Georges Brassel*, "Connexité", FJS 1981 no 603, 2.
- 34) ATF 93 II 200, 202, ATF 69 I 5/JT 1943 I 414, 416, ATF 53 I 51, 53.
- 35) ATF 52 I 131/JT 1926 I 541, 544.
- 36) ATF 93 II 200, ATF 69 I 5/JT 1943 I 414, 416.
- 37) L'arrêt *Walter c/ Frey* (ATF 51 I 47/JT 1925 I 375) portait sur un contrat de vente d'immeubles. Le jugement qui aurait accueilli la demande tendant à la condamnation de propriétaires en main commune au transfert de la propriété d'un immeuble, comportait le transfert de la propriété de l'immeuble des défendeurs au demandeur. Son exécution supposait la condamnation de tous les défendeurs. Les difficultés d'exécution du jugement en cas d'annulation de l'acte de vente et la nécessité dans cette éventualité pour les vendeurs d'agir en commun afin de rétablir l'état antérieur au registre foncier ont été décisives. Aussi fallait-il autoriser l'acheteur à actionner tous les vendeurs à un for unique, de préférence au for de la situation de la chose, notamment s'il coïncidait avec le for personnel de l'un des défendeurs.
- 38) ATF 93 II 200 c. 10, ATF 69 I 8/JT 1943 I 416, ATF 52 I 131/JT 1926 I 541, 544: "Le risque que l'arrêt à rendre reste inexécutable" est un préjudice grave.
- 39) ZH Sträubli/Messmer ad 40 nm7.
- 40) UR Aschwanden 57-58.

Le for jurisprudentiel de la consorité passive a un champ d'application plus limité que le for cantonal en la matière (41). La jurisprudence fédérale ne s'applique pas à la consorité simple matérielle alors que la disposition cantonale étend le champ d'application du for de la consorité passive dans certains cantons à toutes les formes de consorité, dans d'autres uniquement à la consorité nécessaire et la consorité simple matérielle.

II. La consorité alternative et la consorité éventuelle

Les consorités alternative et éventuelle autorisent-elles une dérogation à l'article 59 Cst ? A la différence du précédent, il s'agit de cas de consorité simple. Selon une jurisprudence fédérale rendue dans un autre contexte, les actions cumulées ne peuvent être dissociées dès le moment où elles sont l'objet d'une même procédure (42). Il faut donc considérer que les défendeurs ne peuvent pas opposer au demandeur la garantie du for du domicile (43).

III. Les consorts ne peuvent exécuter que conjointement leurs obligations en nature

La doctrine estime que l'existence d'une obligation indivisible justifie une dérogation à l'article 59 Cst, lors même qu'il s'agit d'un cas de consorité simple, au motif que l'exécution du jugement par les défendeurs ne peut être que conjointe (44).

IV. Le cas du "Beweisnotstand"

Le Tribunal fédéral admet enfin une dérogation à la garantie du for du domicile lorsque la disjonction des causes présente de graves inconvénients en matière de procédure. Il en est ainsi lorsque l'absence d'un consort empêche l'administration d'une preuve décisive et compromet le jugement. Il y a "Beweisnotstand" (45). Lorsqu'en d'autres termes seule la présence de tous les intéressés au même procès permet d'assurer l'administration d'une preuve, les défendeurs domiciliés dans différents cantons et recherchés devant une seule juridiction cantonale ne peuvent se prévaloir du for de leur domicile. La doctrine voit l'impossibilité d'administrer une preuve dans le fait que la législation cantonale ne contient pas de dispositions permettant de contraindre une personne à subir une inspection oculaire ou une fouille corporelle (46). Elle semble en contradiction avec le Tribunal fédéral. Il ne suffit pas en effet selon ce dernier que le Beweisnotstand soit une conséquence du droit cantonal de procédure. L'impossibilité d'administrer la preuve doit au contraire découler de l'application de l'article 59 Cst (47). La condition

41) BE RJB 65 1929 223: "Ein ausserhalb des Kantons Bern wohnender Streitgenosse braucht sich deshalb für persönliche Ansprüche selbst beim Vorhandensein materieller Streitgenossenschaft nicht vor bemsischen Gerichten belangen zu lassen, ganz unabhängig davon, wo sich der Wohnsitz der Mehrheit der Streitgenossen befindet". Note ad cet arrêt: "Der Entscheid ist etwas zu allgemein gefasst. Das BG hat erkannt, Art. 59 BV sei trotz Belangung eines Solidarschuldners bei einem andern als dem Wohnsitzrichter dann nicht verletzt, wenn...materielle Gründe für die Zulassung einer einheitlichen Klage gegen den Beklagten sprechen, wie namentlich dann, wenn bei Nichtbelangung aller Beklagten im nämlichen Prozess, eine Verhandlung oder Entscheidung unmöglich wäre oder für den Kläger oder die belangten Beklagten wesentliche Nachteile zur Folge haben könnten...In diesem Sinne dürfte Art. 22 ZPO aufzufassen sein". Hess 165; *Phyllis Günzburger-Jaton*, Der Gerichtsstand im schweizerischen Zivil- und Zivilprozessrecht, Thèse Bâle 1950, 132.

42) ATF 83 II 79, 84.

43) Dans le même sens: ZH Sträub/Messner ad 40 nm7.

44) Guldener ZPR 104 et 302, Geiger 36 pour des prétentions réelles, Edelmann 64.

45) ATF 93 II 200, ATF 90 I 104/JT 1965 I 28 rés., ATF 52 I 136/JT 1926 I 541.

Le moyen selon lequel l'administration de la preuve est plus difficile ou impossible a été rejeté dans l'ATF 90 I 104/JT 1965 I 28 rés.

implique un pronostic d'autant plus difficile qu'il doit être fait avant l'intentat du procès, ce qui rend son application illusoire. Elle écarte tacitement les règles cantonales sur la production des preuves et sur l'entraide judiciaire. La jurisprudence fédérale assimile le Beweisnotstand à un cas de consorité nécessaire. L'impossibilité d'administrer une preuve pouvant toutefois se produire également lorsqu'il y a consorité simple, la règle jurisprudentielle a pour conséquence de transformer cette dernière en consorité obligée d'un type particulier, car la nécessité est limitée au seul but de garantir une administration des preuves équitable pour tous les consorts, mais n'implique pas le prononcé d'un jugement matériellement unique.

V. L'intervention principale

Lorsqu'il y a intervention principale, les parties initiales sont actionnées au for de la demande principale en dérogation à l'article 59 Cst (48).

46) ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm7.

47) ATF 90 I 104, 111/NT 1965 I 28 rés.: "Dans l'hypothèse contraire où l'expertise anthropobiologique ne serait pas une atteinte à la liberté individuelle, les tribunaux vaudois devraient encore décider si elle est compatible avec les règles du code de procédure civile vaudois, et cela à l'égard tant des parties au procès que des témoins. En cas de réponse négative, la preuve serait exclue, mais l'impossibilité découlerait d'une lacune du droit vaudois, qui ne suffirait pas à autoriser une dérogation à l'article 59 Cst. En cas de réponse affirmative, la preuve pourrait être administrée si la recourante acceptait de comparaître devant les tribunaux vaudois, avec les conséquences que cela comporterait pour elle. Il n'y aurait donc pas d'impossibilité. Supposé que la recourante refuse de se présenter dans le canton de Vaud et exige d'être entendue à Genève comme témoin, les autorités genevoises devraient examiner si elles peuvent exiger du témoin qu'il se soumette à l'examen anthropobiologique. Cette question n'est pas résolue. A cet égard, l'impossibilité d'apporter une preuve décisive n'est pas non plus établie".

48) Stahelin 147, ZH Sträuli/Messmer ad 43 nm1, ZH ZR 56 1957 221 no105, ZR 11 1912 86 no46.

CHAPITRE 3. LES FORS DE DROIT FEDERAL

L'article 59 Cst ne fait pas obstacle à l'établissement de fors spéciaux par le législateur fédéral. Ce dernier a largement réduit son champ d'application et consacre une prorogation légale de compétence dans de nombreux cas de consorité. La matière étant vaste, nous ne présenterons que quelques fors.

§1. De quelques fors de droit fédéral en matière de consorité simple

L'action en paternité est intentée en vertu de l'article 253 CC devant le juge du domicile de l'une des parties au temps de la naissance ou au temps de la demande. Le droit fédéral consacre un "forum praeventionis" (1). Il autorise un choix entre les différents fors qu'il prévoit, mais ce choix s'éteint par l'ouverture de l'action. La litispendance crée en d'autres termes un for exclusif pour la détermination de la filiation d'un enfant. Une deuxième action déposée dans un autre lieu doit être transmise d'office au premier tribunal saisi (2).

Le législateur fédéral a adopté de nombreuses règles de for en matière de responsabilité civile et de propriété intellectuelle (3) pour déjouer l'article 59 Cst et favoriser la consorité simple passive.

En matière de circulation routière, l'action dérivant d'un accident causé par un véhicule automobile ou un cycle doit être intentée en vertu de l'article 84 LCR devant le juge du lieu de l'accident. Toutefois, avec le consentement de toutes les personnes intéressées qui n'ont pas encore obtenu réparation du dommage, l'action peut être introduite au domicile de l'une des personnes civilement responsables ou lorsqu'elle est dirigée contre l'assureur au siège social de l'entreprise d'assurance. L'article 84 LCR s'applique aux actions dirigées contre toutes les personnes qui, à un titre quelconque, répondent solidairement du dommage avec un détenteur de véhicule selon l'article 60 al. 1 LCR. L'accident doit être la cause juridique directe des actions (4). En édictant cette disposition, le législateur a voulu éviter que des procès relatifs au même accident soient intentés à des fors différents lorsque plusieurs auteurs ont causé le dommage et assurer l'unité de for afin d'écartier le risque de jugements contradictoires (5). La disposition consacre une attraction de compétence et n'autorise

- 1) ATF 94 II 221/JT 1969 I 568 rés., ATF 81 I 337/JT 1956 I 313, ATF 50 I 386.
MCF, FF 1974 II 1ss. 26: "Il n'y a pas lieu de craindre que le concours des deux fors donnés au cas où plusieurs demandeurs et défendeurs ont plusieurs domiciles suscite des difficultés. En effet, en vertu du droit fédéral, l'ouverture de l'action par l'un de ceux qui sont légidimés à l'intenter constitue un for exclusif qui lie également les autres personnes ayant qualité pour agir".
- 2) ZH 112.
Hegnauer BK ad 253 nm45 et 46ss, ad 261 nm63. La deuxième action peut être également rejetée; *Jürg Dubs*, Die Prozessüberweisung im zürcherischen Zivilprozessrecht, Thèse Zurich 1981.
- 3) LBI 75 (RS 232.14); ZH ZR 76 1977 148 no59/RSJ 73 1977 305 no87.
Christian Fischer, Les conventions de prorogation de for inter- et intracantonales en droit fédéral et en procédure civile vaudoise, Thèse Lausanne 1969, 120-121.
- 4) *André Bussy/Baptiste Rusconi*, Code suisse de la circulation routière, Commentaire 1984, ad 84 LCR ch. 1.2.
- 5) ATF 94 II 134/JT 1969 I 466 no77.
MCF, FF 1955 II 1ss. 66, Fischer 118ss.

pas d'autres prorogations que celles qui y sont réservées (6). Elle garantit l'unité de compétence ratione loci, mais non celle de compétence ratione materiae (7).

L'article 761 CO permet aux ayants droit de rechercher devant le tribunal d'un même lieu et, si le droit cantonal le permet, dans une instance unique toutes les personnes qui ont engagé leur responsabilité dans la fondation, la gestion et la surveillance d'une SA (8).

§2. De quelques fors de droit fédéral en matière de consorité nécessaire

La consorité active nécessaire présuppose un for commun de droit fédéral (9). Les cohéritiers qui intentent une action en partage ou en annulation de partage doivent porter leur action devant le juge du dernier domicile du défunt (10).

L'action en nullité de mariage formée par un tiers contre les deux époux doit être intentée devant le juge du domicile du mari (11).

Edmond C. Perruchoud, Quelques éléments relatifs aux fors de l'article 84 LCR, Mélanges Assista 1989, 309ss. 312: "Cette finalité était tellement évidente et recherchée qu'elle ne fut qu'évoquée devant les Chambres". 313-314: "En essayant d'atteindre cette finalité, le respect de la CF s'imposait néanmoins aux Chambres fédérales. Il fallait donc un intérêt public suffisamment important pour permettre de créer une dérogation au principe constitutionnel de l'article 59 CF. Or, dans un Etat de droit, une saine administration de la justice en est un élément essentiel. Le sentiment de justice est frustré, lorsque dans un même état de faits, jugé par des tribunaux différents, le syllogisme judiciaire aboutit à des résultats différents. L'intérêt public...permettait donc au législateur d'édicter l'article 84 LCR. Ainsi, cet intérêt donne à l'article 84 LCR sa légitimité, mais pose simultanément sa limite entre son caractère impératif et son caractère dispositif: lorsqu'il y a risque de jugements contradictoires, la portée de l'article 84 LCR est impérative; lorsque ce risque est absent, l'article 84 LCR est alors de droit dispositif". 321 n. 50: "...La participation de toutes les personnes impliquées mue le caractère impératif en caractère dispositif".

6) VSRVJ 1988 354.

7) Edmond C. Perruchoud, *Mélanges Assista 1989 309ss.*, 312 et n. 10: "...Si le législateur avait concrétisé son objectif jusqu'au bout, il aurait imposé non seulement le principe de l'unicité de for, mais encore l'obligation de saisir la même autorité ratione materiae pour faire trancher l'ensemble des relations litigieuses impliquant plusieurs personnes. Une telle obligation, par trop agressive, aurait constitué une immixtion non justifiée dans la sphère d'autonomie des cantons en matière de procédure civile (art. 64 al. 3 CF). De facto, par le jeu des demandes reconventionnelles, en règle générale, c'est le même juge qui connaîtra de l'ensemble de la problématique judiciaire, lorsque la demande reconventionnelle est dans un rapport de connexité étroit avec la demande principale".

8) *Peter Forstmoser/Anne Lachat-Héritier, La responsabilité civile de la SA, FIS no61, 4: ce for vaut pour tous les lésés qu'ils invoquent un dommage direct ou indirect. Les lésés peuvent renoncer à ce droit et agir au domicile des personnes responsables. L'article 761 CO est de droit dispositif et une disposition statutaire peut modifier le for pour les actions sociales et des actionnaires. Une telle disposition n'est pas opposable aux créanciers pour leur action, même s'ils invoquent un dommage indirect.*

9) ZH Strülli/Messmer ad 14 nm1, ad 39 nm11.

10) CC 538.

11) ATF 72 I 175/JT 1947 I 254. ZH ZR 84 1985 161 no67: "Ist ein Erteilungsprozess von einem Erben anhängig gemacht worden, so sind sämtliche Ansprüche der weiteren Mitglieder der Erbengemeinschaft im gleichen Verfahren zu beurteilen. Auf eine von einem Miterben später eingereichte Erteilungsklage ist nicht einzutreten...". 162: "Aus dem bundesrechtlichen Anspruch, jederzeit die Teilung der Erbschaft verlangen zu können, ergibt sich kein Recht auf die selbständige Anhebung einer Teilungsklage, wenn bereits ein Miterbe eine solche Klage erhoben hat und im Rahmen des hängigen Erteilungsprozesses die Möglichkeit zur selbständigen Geltendmachung von Ansprüchen gewährleistet ist". Fischer 113ss.

11) CC 121, 128. ATF 60 II 4. Götz ad 136 nm2 ci 5 et probablement au domicile de l'un des époux en vertu du nouveau droit matrimonial. Fischer 107ss: for impératif.

Les actions en désaveu (CC 256/2) et en contestation de la reconnaissance de l'enfant (CC 260a) doivent être formées devant le juge d'une des parties au moment de la naissance ou au temps de la demande (12).

L'action en annulation de l'adoption (CC 269) doit être intentée devant le juge du domicile d'une des parties au moment de l'adoption (13).

Le for des actions successorales (CC 538) a une portée intra et intercantonale. Il s'applique aux actions successorales en fixation de droit, à l'action en rapport et à celle en nullité d'une convention de partage (14). Sa portée intercantonale est controversée pour l'action en délivrance d'un legs (15). Le for des actions successorales ne s'applique pas à l'action personnelle des créanciers du défunt contre les héritiers, qui ne sont pas consorts nécessaires et doivent être recherchés à leur domicile respectif (16).

L'article 7/2a LF sur les Cartels dispose que le for est au siège ou faute de siège, au lieu de l'administration du cartel, et à ce défaut, au lieu où la majorité des défendeurs ont leur domicile. Selon la jurisprudence, cette disposition consacre un for moins étendu que celui admis par le Tribunal fédéral pour la consorité nécessaire. Le for jurisprudentiel de la consorité nécessaire laisse en effet au demandeur le libre choix de porter son action devant le juge du domicile de l'un quelconque des défendeurs alors que l'article 7/2a LFCart. limite ce choix. Il en découle que le for visé dans cette disposition ne s'applique pas lorsqu'il y a consorité nécessaire (17), mais consacre une unité de for pour la consorité simple.

La jurisprudence a institué le *forum rei sitae* pour la mise en application de l'article 841/2 CC de sorte que les cantons ont l'obligation d'assurer l'unité du procès (18).

12) CC 253.

13) Hegnauer ad 269 nm13 et 14. Voir égal. LU 43/2.

14) ATF 72 I 175/JT 1947 I 254. Tuor/Piccononi ad 538 nm14.

15) Hess 142, Escher ad 538 nm7, Guldener ZPR 81, Fischer 113ss. Poudret/Wurzbürger/Haldy ad 53 ch. 2 et Tuor/Piccononi ad 538 nm14 l'admettent en cas de liquidation officielle et lorsque l'administration d'office a été ordonnée en application de l'art. 554 ch. 2 et 3 CC.

16) Poudret/Wurzbürger/Haldy ad 53 ch. 2.

17) ATF 93 II 200, 202-203.

18) ATF 105 II 11, ATF 96 III 126/JT 1972 I 226, ATF 95 II 33, ATF 62 II 89/JT 1937 I 239. Application à l'action en exclusion de la communauté des copropriétaires: ATF 105 Ia 23 c. 1a/JT 1980 I 204.

CHAPITRE 4. LA COMPETENCE INTRACANTONALE

§1. Le for de la consorité passive

Régulant les procès directs devant le Tribunal fédéral, la loi fédérale de procédure civile fédérale ne prévoit fort logiquement pas de for pour la consorité passive. Il en va de même pour la loi fédérale d'organisation judiciaire qui régit les recours devant ce même tribunal.

On peut noter l'article 6/2 du projet d'unification de la procédure civile. Aux termes de cette disposition, "la réclamation personnelle dirigée conjointement contre des défendeurs formant une communauté est portée devant le juge du domicile de l'un des défendeurs, au choix du demandeur" (1). Ne visant que la consorité nécessaire et la consorité simple matérielle fondée sur une communauté de droit, la disposition projetée consacre un "retour en arrière considérable pour tous les cantons" (2) et est contraire à de nombreuses dispositions cantonales (3) qui ont trait à toutes les formes de consorité.

Au niveau cantonal, les codes de procédure règlent différemment le for de la consorité passive. Il faut distinguer suivant que la consorité est nécessaire ou simple.

Alors que de nombreux cantons limitent le for de la consorité passive à la consorité matérielle et par extension implicite à la consorité nécessaire (4), les cantons d'Appenzell Rhodes-Extérieures (5), d'Argovie (6) et de St-Gall (7) ont une disposition relative au for de la *consorité nécessaire passive* (8). La règle ayant une portée intracantonale tandis que le for de droit fédéral jurisprudentiel de la consorité nécessaire passive a une portée intercantonale, elle ne saurait être considérée comme superflue. On dénote toutefois une différence dans la fixation du for de la consorité nécessaire passive suivant que l'on se situe au plan intercantonal ou intracantonale. La jurisprudence fédérale laisse au demandeur le choix du for et lui donne la faculté d'actionner les défendeurs devant le tribunal du domicile de l'un d'eux. La législation zurichoise oblige le demandeur à déposer une requête en fixation de for devant l'Obergericht. On peut se demander si l'économie de procédure ne justifierait pas une application directe de la jurisprudence fédérale au plan intracantonale, ce qui éviterait au demandeur une démarche supplémentaire (9). Le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures prescrit au demandeur de porter son action devant le tribunal du domicile

- 1) Projet d'une loi fédérale sur l'harmonisation des procédures civiles cantonales avec le droit civil fédéral.
Voir également art. 6/1 du même projet: "Si une réclamation personnelle est dirigée contre plusieurs défendeurs, chacun d'eux doit être actionné devant le juge de son domicile; plusieurs défendeurs ne peuvent être actionnés conjointement qu'à un for où chacun d'eux pourrait l'être individuellement". RDS 1969 II 269ss, 270.
- 2) Rapport de la Commission chargée d'étudier les conséquences de l'unification éventuelle de la procédure civile en Suisse, 1969, 36.
- 3) Notamment au for de la consorité passive des cantons de FR 61, NE n10/2, VS 14 et VD 51/1.
- 4) Voir infra.
- 5) AR 34/2: "Diese Bestimmung gilt sinngemäss, wenn mehrere Beklagte aus einem Rechtsverhältnis belangt werden, über das für alle Beteiligten im gleichen Sinne gemeinsam entschieden werden muss, auch wenn nicht alle im Kanton wohnen".
- 6) AG 35 renvoie à AG 53 qui concerne la consorité nécessaire.
- 7) SG n33/1: "Sind mehrere Beklagte als notwendige Streitgenossen gemeinsam zu verklagen, so kann die Klage am Wohnsitz eines der Beklagten erhoben werden".
- 8) Comp. pour BL Weibel/Rutz ad 16 ZPO: "Ein wegweisender Entscheid des OG zur Frage, ob die Anwendbarkeit von §16 ZPO auch innerkantonale auf notwendige Streitgenossenschaften zu beschränken ist, fehlt".

de la majorité des défendeurs et ne lui laisse le choix du for que lorsqu'il y a un nombre égal de défendeurs dans les différents ressorts (10). Le législateur cantonal ayant conféré à cette disposition une portée intercantonale, il faut la considérer comme contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Tous les cantons règlent le for de la *consortité simple* passive, à l'exception des cantons de Bâle-Ville, Glaris et Genève, car ces derniers n'ont qu'un tribunal de chaque espèce sur leur territoire.

ZH 14	NW 15	BL 16	AG 35	GE
BE 22	GL	SH 68	TG 6	JU 21
LU 36	ZG 7	AR 34	TI 17e, 44	
UR 37	FR 61	IR 24	VD 51	
SZ 14	SO 14	SG 33	VS 14	
OW 14	BS	GR 9	NE 10/2	

§2. Mise en oeuvre du for de la consortité passive

Limité par l'article 59 Cst (11), le for de la consortité passive s'applique lorsque les conditions de la garantie du for du domicile ne sont pas remplies (12). Il ne doit pas déroger à un for exclusif (13). Pour que sa vocation attractive puisse jouer, le tribunal doit être matériellement compétent non seulement à l'égard du défendeur domicilié dans son ressort, mais à l'égard des autres (14). A défaut, il se trouve dans l'impossibilité de les retenir à sa barre. Suivant les cantons, le demandeur doit (15) ou peut (16) porter son action au for de la consortité passive. Le texte n'est pas toujours en accord avec le caractère juridique attribué au for. Le demandeur doit procéder au for de la consortité passive dans les cantons de Berne et de Jura alors qu'il s'agit d'un for facultatif.

§3. Conditions d'application

1. Le for de la consortité passive est subordonné à l'existence de la consortité

La mise en oeuvre du for de la consortité passive est subordonnée à l'existence de la consortité, sinon la règle autoriserait les parties à joindre arbitrairement les demandes et éluder les prescriptions sur le for. Lorsque les conditions de la consortité

9) Hess 165 qui pour des motifs d'économie de procédure - à l'inverse du Tribunal fédéral - admet l'extension de ce for à l'ensemble du territoire suisse et 169: "Aus Gründen der Prozessökonomie besteht vor allem ein Interesse an einer generellen Zulassung des Gerichtsstandes der passiven Streitgenossenschaft. Diesem steht unseres Erachtens kein entsprechendes Interesse des Beklagten an der Beibehaltung des Wohnsitzgerichtsstandes gegenüber. Dies gilt vor allem dann, wenn...." - im Sinne des neuen zürcher Zivilprozess- die Bestimmung des Gerichtsstandes in diesen Fällen einer amtlichen Stelle vorbehalten bleibt".

10) AR 34.

11) NE RJN 51130.

12) NE RJN 4132.

Hess 164, BE Leuch ad 22 ch. 1, FR Deschenaux/Castella 53.

13) BE Leuch ad 22 ch. 1.

14) For désigné par une instance supérieure: ZH Striuli/Messmer ad 14 nm3, TO Böckli ad a6 ch. 3.

15) BE 22, LU 36, UR 37, SZ 14, OW 14, NW 15, ZG 7, SG 14, AR 34, IR 24, GR 9, AG 35, VD 51/1, NE n10/2, JU 21.

16) FR 61, BL 16, SH 68, TG a6, TI 17e, VS 14.

ne sont pas réalisées, chaque défendeur doit être recherché à son for naturel (17). Le demandeur n'a pas à démontrer les conditions de la consorité (18).

La consorité est définie dans la majorité des cantons dans les dispositions relatives au cumul subjectif. Dans les cantons qui ont voulu inscrire les conditions de la consorité dans les dispositions sur le for, sauf celui d'Argovie (19), on dénote une différence de rédaction suivant que l'on se situe dans les dispositions topiques ou dans celles relatives au for de la consorité passive (20). L'erreur est vraisemblablement due à une inadvertance du législateur. Il faut considérer dans le doute les conditions fixées dans les dispositions logiques comme prépondérantes.

La question de la compétence territoriale ne prend tout son sens que dans le cadre de la consorité *passive* (21). Elle se pose peu pour la consorité *active* pour le double motif que les demandeurs qui entendent agir conjointement contre le même adversaire le feront tout naturellement au même for qui se détermine en principe en fonction du domicile du défendeur (22). Certains cantons appliquent toutefois à la consorité active, par économie de procédure (23), le for de la connexité (24) qui vise le cumul objectif d'actions (25). Consacrant une attraction de for, le for de la connexité est impératif lorsqu'il y a consorité nécessaire active (26).

Le for de la consorité passive peut ne viser que la consorité simple matérielle (27). Le législateur cantonal autorise en d'autres termes une attraction de compétence territoriale pour la consorité simple matérielle, mais exige que la compétence territoriale soit donnée pour chaque défendeur lorsqu'il y a consorité simple formelle (28). On exprime souvent le principe par la règle que la consorité simple matérielle

- 17) FR Extraits 1918-1922 201 c. 1. *Matti Streitgenossenschaft* 82.
- 18) Voir Deuxième partie, Titre I, Chapitre 3, §6.
- 19) Les conditions de jonction sont dans le canton d'Argovie les mêmes dans les deux dispositions. AG §35 renvoie à §50a et §53, mais pas à §50b qui concerne la consorité simple formelle.
- 20) SO 14 (For: aus gleichartigem Klagegrund). SO 39 (disposition topique: auf einem gleichartigen tatsächlichen Grund). AR 34 (for: aus dem gleichen Grund, aus einem gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grund). AR 111/2a et 2b (disposition topique: Rechtsgemeinschaft, aus dem gleichen tatsächlichen und rechtlichen Grund, auf wesentlich gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Gründen). IR 24 (for: auf dem gleichen tatsächlichen und rechtlichen Klagegründe). IR 59/1 (disposition topique: soweit ihnen das streitige Recht oder die streitige Verpflichtung gemeinsam zukommt, im wesentlichen auf die gleichen Tatsachen und Rechtsgründe).
- 21) *Matti Streitgenossenschaft* 78.
- 22) Flepp 45; *Phyllis Günzburger-Jalon*, Der Gerichtsstand im schweizerischen Zivil- und Zivilprozessrecht, Thèse Bâle 1950, 132.
- 23) ZH Sträuli/Messmer ad 13.
- 24) ZH 13, SZ 13, AR 44, TG 14.
- 25) Pour Habscheid DJPS 155 et FR Deschenaux/Castella 53, le for de la consorité est un for de la connexité à l'instar du for de la reconvention.
- 26) Il en est ainsi pour les actions des artisans et entrepreneurs pour leurs pertes fondées sur l'article 841 CC. ZH Sträuli/Messmer ad 13 nm5. Pour les actions en paternité: ATF 94 II 220/JT 1969 I 568, ATF 50 I 386, Hegnauer ad 261 nm63. Sur la conformité de ce for avec l'article 59 Cst: Hess 159-160.
- 27) ZH Sträuli/Hauser ad a4 ch2. BE *Matti Streitgenossenschaft* 79: "Durch diesen Gerichtsstand wird eine Erleichterung geschaffen, insofern der Nachweis der örtlichen Zuständigkeit für jeden einzelnen der vereinigten Prozesse bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 22 ZPO wegfallen kann". Idem en droit autrichien: Rechberger/Simova 68 nm129, Wolff 126-127. Ce qui exclut l'application de la règle à la consorité alternative passive qui est une consorité formelle. ZH RBOG 1886 no90. Sträuli/Hauser ad a4 ch2. La règle est à notre avis trop restrictive.

suppose un for commun préalable fixé par le législateur cantonal alors que la consorité formelle crée le for de la consorité (29). La règle a sa source dans le droit commun (30). Sa mise en œuvre fait l'objet de techniques législatives diverses. Certains cantons ont une règle sur le for, mais ne connaissent dans leur code que la consorité matérielle (31) de sorte que l'application du for de la consorité passive ne peut être que conditionnée par les exigences de ce type de consorité. D'autres cantons limitent expressément la règle à la consorité matérielle (32) de sorte que la compétence territoriale du tribunal doit être donnée pour chaque consort simple formel. Dans d'autres cantons enfin, la règle est le résultat d'un raisonnement a contrario. Le législateur exigeant expressément pour la consorité formelle que la compétence du tribunal soit donnée pour chaque défendeur, le for de la consorité passive ne peut s'appliquer qu'à la consorité matérielle (33). La règle a pour conséquence que si tous les consorts simples formels sont domiciliés dans le même ressort, le juge statue sur l'ensemble de la cause. Si en revanche, un des consorts a son domicile dans un autre ressort, ils ne peuvent être actionnés en consorité simple. Au cas où ils l'auraient été, le juge ne peut entrer en matière à l'égard du consort qui ne satisfait pas à la condition (34).

Aucun canton ne limite à juste titre la règle de for à la seule consorité formelle.

Le for de la consorité passive vise toutes les formes de consorité dans près de la moitié des cantons suisses (35). Les règles topiques ne mentionnant pas l'exigence de la compétence territoriale et la règle de for n'étant pas expressément restreinte à un type de consorité donné, l'intention du législateur ne peut être que de conférer à cette

- 28) ZH 40/1, BE 37/1, LU 60/1, UR 54/1, SZ 37/1, OW 38/1, FR 87, AR 111/1b, SG n46/1, AG 35, VS 40/1, JU 36/1.
La règle de compétence ratione materiae peut en revanche être identique pour les deux formes de consorité: il peut y avoir addition des valeurs litigieuses dans l'une et l'autre.
- 29) Message concernant le projet de code de procédure civile, 9.10.1951, FR BGC 1952 5ss, 28, Ballon 78, Holzhammer ZPR II 81, Rechberger/Simotta 70 nm133.
- 30) Flepp 43, Matti Streitgenossenschaft 78-79.
- 31) BL, VS. Ancien code argovien.
- 32) BE 22, FR 61, AG 35, IR 24, JU 21. Idem art. 6/2 projet d'unification.
ZH ZR 11 1912 92 no54. RBOG 1886 no90 (consorité éventuelle). BE RJB 65 1929 567: "Bei der formellen Streitgenossenschaft...knüpft das Gesetz die gemeinsame Belangbarkeit an das Erfordernis der Zuständigkeit des Gerichts für jeden einzelnen Beklagten. Art. 36 ZPO macht die gemeinsame Belangbarkeit echter Streitgenossen nicht von einer solchen Bedingung abhängig. Sie ist daher immer gegeben...wo nicht verfassungsrechtliche Hindernisse...im Wege stehen...". BE RJB 65 1929 223.
Matti Streitgenossenschaft 78, BE Leuch ad 37 ch. 4, BE Jolidon 79, JU Ceppi 37.
- 33) ZH 14, BE 22, LU 36, UR 37, SZ 14, OW 14, JU 21.
LU Entsch. 1940 1067 no833, 1070: "Der nachdrücklichen Berufung des Zweitbeklagten auf §60 ZPO gegenüber ist zu bemerken, dass diese Gesetzesstelle die sog. formelle Streitgenossenschaft regelt, bei welcher die Streitgenossen erst durch den Prozess in rechtliche Beziehung zueinander treten und die örtliche Zuständigkeit des Gerichtes gegen jeden einzelnen Beklagten gegeben sein muss...Wollte man diese Regelung auf die materielle Streitgenossenschaft ausdehnen, so hätte das zur Folge, dass praktisch die Anwendbarkeit des §36 ZPO überhaupt ausgeschaltet würde, was, ganz abgesehen von den unhaltbaren Konsequenzen schon mit der Ausstellung dieser Gerichtsstandsnorm in der ZPO in offenbarem Widerspruch steht". LU RJB 76 1940 560.
Matti Streitgenossenschaft 73 et 78, ZH Sträuli/Hauser ad a37 ch. 1, Geiger 35 est favorable à une extension à la consorité formelle, BE Leuch ad 37 ch. 4, BE Jolidon 79; LU Stadlmann 51, Flepp 42, FR Deschenaux/Castella 53.
- 34) ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm10.
- 35) ZH 14, ZG 7, NW 15, SO 14, SH 68, AR 34, SG n33/2, GR 9, TG 6, TI 17e et 44, VD 51, NE n10/2.

dernière une vocation attractive générale. La solution se justifie par économie de procédure (36). Elle ne nuit pas aux défendeurs, car ils sont soumis dans tout le canton aux mêmes règles quel que soit le tribunal saisi (37).

II. Champ d'application territorial et temporel

Le for de la consorité passive n'a d'application que dans l'enceinte cantonale (38). Il a une portée intercantonale lorsque les conditions de l'article 59 Cst ne sont pas remplies (39), lorsqu'il y a prorogation légale (40), conventionnelle (41) ou tacite de compétence (42). Les cantons lui attribuent parfois une portée intercantonale en cas de consorité nécessaire (43).

Le for de la consorité passive est subordonné à la condition que tous les consorts soient domiciliés dans un des ressorts du canton (44) ou aient d'autres titres de compétence que le domicile (succursale, résidence, for du lieu de l'accident...)

Dans le même sens en droit allemand, mais la question est controversée: Thomas/Putzo ad 36 ch. 3.

36) Dans le même sens Geiger 35.

37) Dans ce sens Flepp 44.

38) ATF 93 II 200, ATF 90 I 109, ATF 53 I 47/IT 1927 I 216, ATF 52 I 131, 135, ATF 18 667, ZH RBOG 1892 no 157, BE RJB 84 1948 144, LU Entsch. 1948 505 no 583, Entsch. 1940 1067 no 833, AG AGVE 1966 25 no 4, VS RVJ 1978 63. Geiger 36, Matti Streitgenossenschaft 80, Hess 165, Walder ZPR 110, ZH Sträuli/Hauser ad a 4 ch. 1, UR Aschwanden 57, BS/BL Staehelin/Sutler 61, AR Ehrenzeller 79 annexe ad 59, TI Ottaviani 62, JU Ceppi 38.

39) NE RJN 4 I 32.

40) AG AGVE 1966 25 no 4 c. 3.

41) ZH Sträuli/Messmer ad 14 nm2.

42) Matti Streitgenossenschaft 80: "Es steht dem Richter jedoch frei, gemäss Art. 28/2 ZPO die Anhandnahme der Streitsache abzulehnen, wobei in analoger Anwendung von Art. 22 ZPO die Ablehnung sich nur rechtfertigen dürfte, wenn die grössere Zahl der Beklagten ausser Kanton wohnt", BE Leuch ad 22 ch. 1, SG Lutz ad a 92 ch. 3, AR Ehrenzeller 79 annexe ad 59, JU Ceppi 38.

43) AR 34/2, AG 35, SG n 33/1.

NE RJN 4 I 32, 34: "Dans sa teneur actuelle, l'article 8/2 vise uniquement le cas de consorts-défendeurs tous domiciliés dans le canton, mais dans des districts différents. Le cas de consorts défendeurs domiciliés l'un ou les uns dans le canton, l'autre ou les autres hors du canton n'est plus réglementé. On ne saurait admettre, pour autant, que le législateur ait voulu exclure dans ce dernier cas la compétence des tribunaux neuchâtelois. La loi subordonne la consorité passive aux seules conditions énoncées à l'article 37. Elle n'exige pas que les consorts défendeurs soient domiciliés dans le canton. Compétente à l'égard du défendeur ou des défendeurs domiciliés dans le canton en vertu de l'art. 8/1 ..., la juridiction neuchâteloise saisie conformément à l'article 37, d'une action contre des consorts défendeurs, est nécessairement compétente à l'égard du ou des défendeurs domiciliés hors du canton". 36: "C'est là la solution généralement admise en droit de procédure... à supposer que le tribunal de céans ne soit pas compétent en vertu du droit civil fédéral, il est compétent en vertu d'une règle de droit de procédure cantonale, règle compatible avec la Constitution fédérale".

44) La condition est expresse (ZH a 4, LU 36, BE 22, UR 37, OW 14, ZG 7, SO 14, BL 16, AR 34, IR 24, SG n 33/2, AG 35, VD 51/1, VS 14, NE 10/2, JU 21). Elle a été relativisée (BE, JU).

LU Entsch. 1948 505 no 583, Entsch. 1940 1067 no 833, AG AGVE 1966 25 no 4, Matti Streitgenossenschaft 80, Geiger 36, UR Aschwanden 57, AR Ehrenzeller 79 annexe ad 59, AG Eichenberger Beiträge 21, Keller/Pfisterer ad 11 ch. 1, FR Deschenaux/Castella 53, TI Ottaviani 62, VD Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 51 ch. 2.

NE Depuis 1925, le CPC précise que les défendeurs doivent être domiciliés dans le canton. L'adjonction est l'œuvre du Grand Conseil sur proposition de sa commission législative contre le Conseil d'Etat qui ne prévoyait pas de changement. Le rapport de la commission législative et les débats du Grand Conseil n'expliquent pas la modification. Le CPC de 1906 ne prévoyait pas cette condition. Le code du 30 septembre 1991 la maintient (NE 10/2). Le projet Jacotet de 1848 et le code de 1878 connaissaient en revanche cette condition.

justifiant l'extension de la compétence du tribunal (45). Déterminé par les règles du code civil (46), le domicile dans le canton est fonction des circonstances existant au moment de l'introduction de l'instance (47).

Le tribunal choisi doit être territorialement compétent à l'égard du défendeur en fonction duquel a été cristallisée la compétence à l'égard de tous. Son incompétence territoriale le priverait du pouvoir juridictionnel nécessaire pour connaître du litige à l'égard des autres défendeurs, car on ne peut concevoir que les consorts soient jugés par un tribunal territorialement incompétent à l'égard de tous. Le for de la consorité ne s'applique pas dans les hypothèses où la compétence territoriale est fixée en vertu d'autres critères que le domicile. Les procès pour atteinte à l'honneur ouverts contre plusieurs coauteurs et poursuivis selon les règles de la procédure civile sont jugés au lieu où la première instruction a été ouverte (48). Lorsque certains codéfendeurs ont leur domicile dans le ressort et que d'autres y ont un lien de rattachement différent (résidence, siège, for de la poursuite), le for est déterminé par le domicile (49). Il en sera ainsi particulièrement en cas de consorité nécessaire (50). Lorsqu'aucun codéfendeur n'est domicilié dans le ressort, mais que d'autres éléments y localisent le litige (résidence, lieu d'exécution du contrat, situations des biens, domicile du demandeur...), on applique le for de la consorité passive par analogie (51).

Le codéfendeur recherché devant le tribunal de son canton, mais dans un autre arrondissement que celui de son domicile n'a pas le recours de l'article 59 Cst, car cette disposition ne détermine pas le juge compétent dans le canton du domicile des débiteurs recherchés (52). Il ne peut que se référer à l'article 4 de la Constitution fédérale, en alléguant que le tribunal a grossièrement violé une loi de procédure cantonale (53). Le juge n'a pas à décliner d'office sa compétence lorsqu'un codéfendeur n'est pas domicilié dans son for, mais ailleurs dans le canton (54).

Le juge reste compétent même lorsque les conditions de sa compétence ne sont plus réunies (*perpetuatio fori*) (55). Il reste compétent après un désistement d'instance (56), après division de causes (57) et après la mise hors de cause d'un

- 45) ZH 14, SZ 14, NW 15, FR 61, SH 68, GR 9, TG 6, TI 17e et 44.
ZH ZR 57 1958 160 no61, NE RJN 4 I 32.
ZH Sträuli/Messmer ad 14 am2, BE Leuch ad 22 ch. 1, UR Aschwanden 57, SG Lutz ad a92 ch. 2: "Dem Wohnort ist...der Aufenthaltsort gleichgestellt".
- 46) LU Stadelmann 52. La règle est identique pour l'application de l'article 59 Cst. ATF 96 I 145.
- 47) FR Extraits 1918-1922 201ss, 205: "C'est...interpréter trop rigoureusement la disposition...relative à l'option conférée au demandeur, que d'exiger une continuité dans le temps de l'existence de la condition du domicile, lorsque, comme c'est le cas, des consorts sont appelés en cause non simultanément, mais successivement...Il n'existe...aucun motif de pousser aussi loin cette exigence, car dans un tel cas, se retrouvent les mêmes raisons qui ont inspiré aux législateurs la faculté d'option".
- 48) TG RBOG 1967 69 no16.
- 49) ZH ZR 76 1977 148 no59/RJN 73 1977 305 no87. Dans l'arrêt NE RJN 5 I 130, le tribunal aurait été compétent *ratione loci* si le codéfendeur avait eu une succursale dans le canton. Flopp 48, Matti Streigenossenschaft 80.
- 50) ATF 69 I 5/JT 1943 I 414.
ZH ZR 76 1977 148 no59/RJN 73 1977 305 no87: "Werden persönliche Ansprüche gegen mehrere Beklagte geltend gemacht, welche untereinander im Verhältnis der notwendigen Streigenossenschaft stehen, geniess der Gerichtsstand des Wohnsitzes eines Beklagten Vorrang gegenüber allfälligen anderen speziellen Gerichtsständen".
La règle est inapplicable dans le canton de Schwyz qui connaît le for du premier tribunal saisi.
- 51) Flopp 48, Matti Streigenossenschaft 81.
- 52) ATF 69 I 5/JT 1943 I 414, VD JT 1974 III 44.
- 53) ATF 69 I 5/JT 1943 I 414.
- 54) VD JT 1973 III 114, JT 1974 III 44.

codéfendeur (58). La *perpetuatio fori* souffre d'une exception lorsqu'il y a abus de droit. Le tribunal devient incompétent lorsque, dans le seul but de profiter du for de la consorité passive, le demandeur a mis abusivement en cause un défendeur à l'encontre duquel il s'est par la suite désisté. Le codéfendeur abusivement actionné est présumé ne l'avoir jamais été (59).

§4. Nature juridique du for de la consorité passive

Institué dans l'intérêt particulier du demandeur et des défendeurs, le for de la consorité passive n'est pas impératif (60). Les parties peuvent y déroger, car aucun motif de droit public ne s'oppose à ce que elles admettent la compétence d'un autre tribunal par prorogation expresse ou tacite (61).

Le for de la consorité passive est un *for général* dans une minorité de cantons (62). La majorité des cantons optent pour un *for spécial* (63), mais divergent sur la question de savoir s'il s'agit d'un *for spécial général* ou d'un *for spécial subsidiaire*. *For spécial général*, le for de la consorité s'applique dans tous les cas où un for de droit fédéral exclusif n'y fait pas obstacle (64). Il s'applique à la place du for général du domicile (65). Les consorts peuvent être actionnés à un for spécial qui leur est commun, par exemple au for de la succession (66). Considéré comme un *for spécial subsidiaire*, le for de la consorité passive ne s'applique que si un for général ou spécial commun aux consorts n'est pas donné. Il ne trouve en d'autres termes pas application lorsque les consorts ont auprès du même tribunal leur for général du domicile ou qu'ils bénéficient ensemble d'un for spécial personnel ou réel. Il ne

-
- 55) TG 22, ZR 1 1902 188 no147.
For désigné par une instance supérieure: il y a *perpetuatio fori*, parce que la décision du juge supérieur ne peut être revue et que les codéfendeurs n'ont pas de droit à être entendus. ZH Sträuli/Messmer ad 14 nm4, Sträuli/Hauser ad a4 ch. 2, TG Böckli ad a6 ch. 4, Habscheid DJPS 155, Geiger 35, Lindacher JuS 1986 381.
- 56) ZH Sträuli/Messmer ad 16 nm2, Wolff 127.
- 57) For désigné par le tribunal supérieur; ZH Sträuli/Messmer ad 14 nm4.
- 58) Lorsque une instance est liée entre deux parties qui dès l'origine avaient qualité pour figurer ensemble dans le procès civil, la mise hors de cause de l'une d'elles, postérieurement à l'assignation et pour des raisons qui lui sont propres est inopérante et ne saurait remettre en cause la compétence de la juridiction saisie, 12 juin 1984, J.C.P. 1985 IV 93.
- 59) GR PKG 1988 69 no13: "Der vom Kläger gewählte Gerichtsstand am Wohnsitz des einen Beklagten fällt durch den nach Eintritt der Streithängigkeit gegenüber diesem erklärten Klagerückzug nicht dahin, es sei denn, die zurückgezogene Klage sei rechtsmissbräuchlich nur zur Begründung des dortigen Gerichtsstandes eingeleitet worden".
- 60) ZH 14 (ZH Walder, Tafeln zum Zivilprozessrecht, Zurich 1976, table 10), LU 36 (LU Stadelmann 52), FR 61 (FR Deschenaux/Castella 53), SO 14 (note marginale), TI 17e (TI note marginale, Ottaviani 62).
- 61) LU Stadelmann 52.
- 62) LU 36 (note marginale), GR 9 (note marginale). Sans précision: ZH 14, SZ 14.
Le for de la consorité est une *lex specialis* par rapport au for général du domicile du défendeur: VD 51 (Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 51 ch. 1, NE 10/2 (interprétation systématique), BE 22 (selon Kummer 51, contra: Flepp 54 et Matti Streitgenossenschaft 79), AG VJS 1916 46 no11, AG Keller/Pfisterer ad a11 ch. 1 sous l'ancien code argovien.
- 63) BE 22 (Flepp 54, Matti Streitgenossenschaft 79, contra Kummer 51 pour qui c'est une *lex specialis* par rapport au for général du domicile du défendeur), TI 17e (TI Ottaviani 62), OW 14, NW 15, AR 34, AG 35 (note marginale), UR 37, ZG 7, FR 61, SO 14, BL 16, SH 68, IR 24, SG 33, TG 6 (interprétation systématique).
- 64) AG VJS 1916 46 no1, AG Eichenberger Beiträge 20-21, Keller/Pfisterer ad a11 ch. 11.
- 65) Flepp 54.
- 66) AG Eichenberger Beiträge 21.

s'applique en conséquence que s'ils ont leur domicile personnel dans différents ressorts ou s'ils n'ont pas un for spécial commun (67).

Le for de la consorité passive a un caractère exclusif ou non suivant les cantons. Les parties peuvent y déroger. Les cantons de Zurich (68) et d'Uri (69) ont opté pour un *for exclusif*. Seul le tribunal situé à ce for peut statuer. Le demandeur est obligé d'y porter son action et les défendeurs ne sont pas tenus d'accepter le litige à un autre for. Le for de la consorité passive est *non exclusif* dans les cantons de Berne (70), Lucerne (71), Fribourg (72), Soleure (73), Argovie (74), Tessin (75) ainsi que dans tous les autres cantons, faute de précision du législateur. Il en découle que le demandeur peut rechercher les défendeurs à un autre for général commun à tous s'il y en a un (76). Lorsque les consorts disposent d'un for spécial commun, ce dernier doit céder le pas devant le for de la consorité passive (77).

Fixé par rapport à des parties, le for de la consorité passive est un *for personnel* (78) et ne vise dans certains cantons que les actions personnelles. La notion d'action personnelle est la même que pour l'article 59 Cst (79).

§5. Les solutions cantonales

Les solutions cantonales sont au nombre de quatre et consacrent toutes une attraction de for:

- Le for est fixé par un juge supérieur (I).
- Le for commun est celui de la majorité des défendeurs (II).
- Le for commun est celui de premier tribunal saisi (III).
- Le for commun est laissé au choix du demandeur (IV).

I. Le for est fixé par un juge supérieur (Gerichtsstand der amtlichen Anweisung)

Dans une disposition issue du "forum ex identitate" du droit commun (80) et spécifique à la consorité (81), le canton de Zurich (82) soumet le choix du for (83) commun à la décision d'une instance supérieure. Cette dernière ne peut désigner qu'un

-
- 67) Matti Streitgenossenschaft 79 et ZPR 1065, Flopp 54-55, BE Leuch ad 22 ch. 1: "...Denn es wäre kaum anhängig, dass ein Streitgenosse vor dem Richter am Wohnsitz eines andern Streitgenossen Recht nehmen müsste, wenn ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand zur Verfügung stünde...". BE Jolidon 78, VD Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 51 ch. 1: For général subsidiaire: il "ne s'applique qu'à défaut de for spécial prévu soit aux articles 52 à 54, ...soit dans d'autres lois vaudoises".
- 68) ZH Walder, Tafeln zu Zivilprozessrecht, Zurich 1976, table 10.
- 69) UR Aschwanden 57.
- 70) BE Kummer 51, Matti Streitgenossenschaft 79.
- 71) LU Stadelmann 52.
- 72) FR Deschenaux/Castella 53.
- 73) SO 14 note marginale.
- 74) AG VJS 1916 46 no1, AG Eichenberger Beiträge 21.
- 75) TI 17c note marginale.
- 76) AG VJS 1916 46 no1, LU Stadelmann 52, AG Eichenberger Beiträge 21.
- 77) LU Stadelmann 52. Contra BE Leuch ad 22 ch. 1 et Matti Streitgenossenschaft 80.
- 78) Flopp 54, Matti Streitgenossenschaft 79 et ZPR 1065.
- 79) UR 37, BL 16, FR Extraits 1918-1922 201, UR Aschwanden 57.
- 80) Flopp 46.
- 81) Flopp 46, Geiger 34.

tribunal matériellement compétent (84) pour l'ensemble des défendeurs (85) et qui présente un lien de rattachement à l'affaire ou aux consorts (86). Les défendeurs peuvent avoir un titre de compétence autre que le domicile (for du lieu de la chose pour A, for de la succursale pour B, for prorogé pour C, for du lieu de l'accident pour D...)(87).

L'instance supérieure statue à requête (88). Le demandeur doit s'adresser à l'Obergericht. Il doit justifier d'un intérêt juridique. Un tel intérêt fait défaut selon la jurisprudence lorsque la loi prévoit déjà un for commun aux défendeurs (89). Il en va de même lorsque le demandeur n'a pas d'intérêt à l'action, car la fixation d'un for commun entraînerait les défendeurs dans un procès coûteux à un for qui n'est pas leur for naturel et les priverait de la possibilité d'invoquer ultérieurement la garantie du for du domicile (90).

Le tribunal supérieur a l'obligation de statuer (91). Sa décision est définitive (92). Les instances inférieures ne sauraient la revoir (93). L'entrée en matière sur la requête peut toutefois être revue (94). L'audition des défendeurs n'est pas prévue, parce que seuls entrent en considération les conclusions et les allégués du demandeur (95). Pour H. Sträuli et G. Messmer, elle n'est pas usuelle (96). On peut se demander si cette pratique est compatible avec l'article 4 de la Constitution fédérale qui garantit le droit d'être entendu. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte (97). Il a en revanche subordonné la décision de l'autorité supérieure à l'audition des défendeurs

82) ZH 14 ZPO, La disposition est ancienne. Le CPC de 1874 la prévoyait déjà (art. 211). GVG 65. Le canton de Thurgovie avait la même règle: TG a6.

83) La disposition n'a trait qu'à la compétence territoriale. ZH RBOG 1892 no159. Sträuli/Hauser ad a4 ch. 1. Selon la jurisprudence allemande, la disposition relative au for fixé par une instance supérieure (DZPO 36 ch. 3), permet également de fixer la compétence matérielle. BGH 90 155, mais la question est controversée.

84) ZH Sträuli/Messmer ad 14 nm3: Les demandes contre les consorts doivent relever de la même procédure. Sträuli/Hauser ad a4 ch. 3. Geiger 37.

85) ZH Sträuli/Messmer ad 14 nm3, Geiger 37: "Eine Veränderung in der sachlichen Kompetenz darf die amtliche Anweisung nicht zur Folge haben...Eine Ausnahme dürfte meines Erachtens vernünftigerweise dann Platz greifen, wenn durch die örtliche Verschiebung für einen Beklagten die sachlich angemessene Instanz erst geschaffen wird...". TG Bockli ad a6 ch. 3.

86) Flepp 46, ZH Sträuli/Messmer ad 14 nm2-4.

87) ZH ZR 57 1958 160 no61. Sträuli/Messmer ad 14 nm2.

88) TG Bockli ad a6 ch. 4: requête écrite.

89) ZH ZR 88 1989 162 no50 c. 4.

90) ZH ZR 88 1989 162 no50: "Fehlt für die vorgesehene Klage ein Rechtsschutzinteresse, so besteht dieses auch nicht um Bezeichnung eines gemeinsamen Gerichtsstandes".

91) Walder ZPR 110 n. 46: "Es handelt sich um einen Akt der Justizverwaltung".

92) ZH ATF 105 Ia 193/JT 1981 I 162. TG Bockli ad a6 ch. 4.

93) TG Bockli ad a6 ch. 4.

94) ZH ZR 88 1989 162 no50 c. 4: "In ständiger Rechtsprechung wird die Bezeichnung eines für sämtliche Streitgenossen zuständigen Gerichts, wie in §14 ZPO und §65 GVG sic ermöglichen, zwar als Akt der Justizverwaltung betrachtet, die Frage dagegen, ob auf ein entsprechendes Gesuch einzutreten oder ob ein Eintreten wegen Fehlens gesetzlicher Voraussetzungen abzulehnen sei, als Rechtsfrage über welche das Obergericht als Zivilgericht entscheidet". ZH ZR 87 1988 I no1, ZR 85 1986 81 no37, ZR 78 1979 24 no13.

95) ZH Sträuli/Hauser ad a4 ch. 4. TG Bockli ad a6 ch. 4.

96) ZH Sträuli/Messmer ad 14 nm4, Sträuli/Hauser ad a4 ch. 4: "Eine vorherige Vernehmung des Beklagten ist nicht vorgeschrieben und regelmässig auch nicht nötig".

lorsqu'elle a été saisie sur la base de l'article 65 de la loi d'organisation judiciaire zurichoise (GVG) lui-même tiré de l'article 14 CPC. En vertu de cette disposition, le tribunal supérieur fixe le for de la consorité passive en opportunité et selon sa seule appréciation. Sa décision n'est pas susceptible d'appel (98). Une reprise en considération est exclue. Aussi le Tribunal fédéral juge-t-il que lorsque les circonstances de l'espèce (99) amènent le tribunal supérieur à prendre une décision susceptible de modifier l'ordre des juridictions, il doit consulter les codéfendeurs.

La solution adoptée par le canton de Zurich a le mérite de soumettre le choix du for commun à l'appréciation d'un juge. Elle permet de tenir compte à la fois des circonstances de chaque cas et des intérêts des parties (100). Elle impose toutefois au demandeur une démarche supplémentaire avant d'ouvrir action dont on peut se demander si elle est en harmonie avec le principe d'économie. La solution est connue à l'étranger. Le droit de procédure allemand confère également à une instance supérieure le pouvoir de fixer le for (101).

Casuistique:

- Le for de la consorité passive ne s'applique pas aux procès pour atteintes à l'honneur, poursuivis selon les règles de la procédure civile. De tels procès sont jugés au lieu de commission du délit, et s'il y a plusieurs coauteurs, au lieu où la première instruction a été ouverte (102).

- Les actions relatives à l'hypothèque des artisans et des entrepreneurs sont en principe formées au forum rei sitae. Si le propriétaire de l'immeuble et le maître de l'ouvrage sont deux personnes différentes, l'autorité supérieure doit désigner un for commun aux consorts (103).

II. Le for commun est celui du domicile de la majorité des défendeurs

Dans la majorité des codes (104), lorsque les défendeurs relèvent de districts différents, le demandeur doit les actionner devant le juge du ressort où la plupart d'entre eux ont leur domicile ou un autre lien de rattachement (105). La juridiction compétente est le tribunal de district (106) ou le juge de paix (107). L'action doit être personnelle dans les cantons d'Uri et de Bâle-Campagne (108). Lorsque le nombre de

97) ATF 105 Ia 193/IT 1981 I 162, 169.

98) Les frais de la requête sont à la charge du requérant. ZH Sträubli/Hauser ad a4 ch. 4.

99) ATF 105 Ia 193/IT 1982 I 162ss c. 4;

- Les codéfendeurs perdent une instance où l'autorité apprécie librement les preuves,
- La durée du procès considérablement réduite,
- Des motifs importants militent en faveur de la compétence du Tribunal de district,
- La valeur du procès est extraordinairement élevée,
- Il est impossible d'exclure tout motif de plainte...

100) Flepp 46, Gysler 120-121.

101) DZPO 36 ch. 3, valable pour toutes les formes de consorité: Zöller ad 36 nm14. La règle allemande est à l'origine de la règle suisse. Gysler 121.

102) CPS 349/2. TO RBOG 1967 69 no16.

103) TG RBOG 1966 63 no12.

104) BE 22, LU 36, UR 37, OW 14, NW 15, ZG 7, SO 14, BL 16, AR 34, IR 24, GR 9, JU 21.
Le code d'Obwald prévoyait autrefois le for au choix du demandeur. OW RSJ 24 1927/28 234 no215.

105) NE RJN 4 I 32, AG AQVE 1966 25 no4.
BE Leuch ad 22 ch. 1, SG Lutz ad 92 ch. 3, AG Eichenberger Beiträge 21, AG Keller/Pfisterer ad a11 ch. 1.

106) BE 22, LU 36, UR 37, SO 14.

107) OW 14, ZG 7.

défendeurs est le même dans deux ou plusieurs ressorts, le législateur laisse au demandeur la faculté d'opter entre les différents ressorts (109).

III. Le for commun est celui du premier tribunal saisi

C'est la solution adoptée par le canton de Schwyz (110). La disposition est nouvelle (111). Le for est laissé à l'appréciation du demandeur. Ce dernier peut se concerter sur cette question avec les défendeurs sans qu'il s'agisse d'une prorogation de for (112). Les défendeurs peuvent avoir un titre de compétence autre que celui de leur domicile.

IV. Le for commun est laissé au choix du demandeur

Dans de nombreux cantons (113), la règle est générale. Le juge saisi de l'action est compétent dès que l'un des défendeurs est domicilié dans son ressort (114). Ces derniers ne peuvent opposer que la majorité d'entre eux sont domiciliés dans un autre ressort. Ils sont tenus de procéder à ce for qui peut ne viser que les actions personnelles (115).

La règle est subsidiaire dans les cantons où le for de la consorité passive est celui de la majorité des défendeurs. Le for n'est laissé au choix du demandeur que lorsqu'il y a le même nombre de défendeurs dans deux ou plusieurs ressorts (116).

108) UR 37, BL 16.

109) BE 22, LU 36, UR 37, OW 14, NW 15, ZG 7, SO 14, BL 16, AR 34, IR 24, GR 9, JU 21.

110) SZ 14: "Will der Kläger mehrere Personen belangen, die zwar im Kanton Schwyz als Streitenossen eingeklagt werden können, für die aber nicht das gleiche Gericht örtlich zuständig wäre, so ist das zuerst angerufene Gericht, das für einen Beklagten zuständig ist, für den Prozess gegen alle Beklagten zuständig". La solution a été abandonnée dans le canton de Soleure (a20).

111) Le CPC du 3 décembre 1915 prévoyait le for de la majorité des défendeurs: art. 42. L'exposé des motifs du nouveau code n'indique pas les raisons du changement.

112) Flepp 45.

113) FR 61, SH 68, SG 33/1, AG 35, TG n6, TI 17e, VD 51/1, VS 14, NE 10/2.
TI Picard 230: "Abbiamo semplificato la disposizione del codice vigente (art 27 aCPC): l'azione può esser proposta senz'altro al foro di uno dei liusconsorti. Inoltre si deve poter proporre l'azione anche al foro del luogo dove è sorta l'obbligazione o dove la stessa doveva esser eseguita, poichè in caso di pluralità di convenuti è questo il foro più connesso all'oggetto litigioso".
FR Extraits 1918-1922 201.

114) NE RJN 4132.

115) FR Extraits 1918-1922 201, 202.

116) BE 22, LU 36, UR 37, OW 14, NW 15, ZG 7, SO 14, BL 16, AR 34, IR 24, GR 9, JU 21.
La règle s'inspire du droit autrichien. Gysler 121.

La solution conférant le choix au demandeur est la plus fréquente en droit étranger. Ainsi en Autriche (117), en Italie (118) et en France (119).

-
- 117) Juridiktionsnorm 93: "Mehrere Personen, welche ihren allgemeinen Gerichtsstand vor verschiedenen Gerichten haben, können als Streitgenossen, sofern nicht für den Rechtsstreit ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand begründet ist, vor jedem inländischen Gerichte geklagt werden, bei welchem einer der Streitgenossen oder, wenn sich unter ihnen Haupt- und Nebenverpflichtete befinden, einer der Hauptverpflichteten seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, es sei denn, dass das Gericht auch durch Vereinbarung der Parteien nicht zuständig gemacht werden kann. Aus einem Wechsel verpflichtete Personen können als Streitgenossen beim Gerichte des Zahlungsortes geklagt werden".
- 118) CFCI 33: "Cumulo soggettivo. Le cause contro più persone che a norma degli articoli 18 e 19 dovrebbero essere proposte davanti a giudici diversi, se sono connesse per l'oggetto o per il titolo possono essere proposte davanti al giudice del luogo di residenza o domicilio una di esse, per essere decise nello stesso processo".
- 119) NCPC 42/2: "S'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux".
Le critère de rattachement est dans ce dernier pays la demeure (et non le domicile) du défendeur de sorte que le demandeur peut porter son action devant la juridiction du lieu de résidence de l'un des défendeurs, lors même que tous les autres ont leur domicile dans un autre ressort. Le for de la consorité passive y est subordonné d'autre part à la condition que la question à juger soit la même pour tous et que les obligations des divers défendeurs portent sur le même objet. Il n'implique selon la jurisprudence ni l'indivisibilité ou la solidarité, mais exclut la connexité qui suppose des demandes distinctes. Solus/Perrot T. II 312ss, ch. 265ss. Le défendeur doit être un défendeur principal. N'est pas considéré comme tel le défendeur appelé en déclaration de jugement commun. Solus/Perrot T. II, 327 n. 6. Claude Giverdon, "Compétence", Encyclopédie Dalloz, no54.

CHAPITRE 5. LA PROROGATION DE FOR

§1. La prorogation expresse

I. La forme de la prorogation

L'admissibilité de la prorogation est limitée. Les parties ne peuvent renoncer à une règle de compétence impérative (1). Elles peuvent en revanche renoncer à un for dispositif, car la règle de compétence n'a été édictée que pour leur commodité. La prorogation de for peut ainsi écarter le for cantonal de la consorité, car il n'est pas d'ordre public.

Lorsqu'il y a consorité, la prorogation conventionnelle est subordonnée à la double condition que le tribunal prorogé ait un titre de compétence à l'égard d'un consort au moins et qu'il soit matériellement compétent à l'égard de tous (2). Elle peut résulter de l'insertion dans un contrat commun aux consorts d'une clause attributive de juridiction ou découler de contrats distincts mais identiques (3). Elle peut découler d'une convention spéciale qui peut avoir été signée par tous les consorts ou seulement par l'un ou quelques-uns d'entre eux.

Lorsque la clause de prorogation est claire et nette, elle doit pouvoir être comprise par un citoyen de formation moyenne en vertu du principe de la confiance. L'exigence doit être examinée pour chaque défendeur (4).

Lorsque la clause a été rédigée en des termes plus ou moins larges, plusieurs modalités formelles sont envisageables: La solution la plus sévère est d'exiger que la clause vise expressément le cas de la pluralité de défendeurs. On peut admettre à l'inverse qu'elle s'applique à tous les cas, y compris cette hypothèse. Enfin, - solution intermédiaire -, on n'étend le champ d'application de la clause au cas de la pluralité de parties que si son interprétation permet de tirer une telle conclusion. La mise en oeuvre de la clause de prorogation est dans la première variante subordonnée à l'application d'une formule stricte. Si la convention de prorogation ne renvoie pas expressément à l'hypothèse d'une pluralité de parties, elle ne s'appliquera pas. La solution rend l'application de la clause trop rigide. Il faut la rejeter. La deuxième variante consiste à conférer à la clause la portée la plus générale possible de sorte qu'elle établirait une présomption irréfutable au détriment des consorts qui peuvent avoir un intérêt à être actionnés à un autre for que le for prorogé. La solution doit également être rejetée, car elle donne à la clause un champ d'application trop large, ce qui peut entraîner des abus et prive les consorts de la possibilité de démontrer qu'ils n'entendaient pas viser cette hypothèse. Consistant à interpréter la volonté des parties

- 1) VD JT 1983 III 71, 74: "...La prorogation unilatérale d'une partie, fondée sur la connexité ne se heurte pas à des considérations d'ordre public, ce dernier n'étant pas intéressé à ce que des actions connexes soient jugées à un for plutôt qu'à un autre sous réserve des règles relatives aux causes concernant l'état des personnes et les actes de l'état-civil..."
- 2) ZH Sträuli/Messmer ad 11 nm7.
- 3) Pour un exemple: VS RVJ 1976 22, 24: "La compétence du juge saisi à l'égard de chacune des parties et donc à l'égard de chacune des demandes résulte du choix par les trois demandeurs du même for autorisé par la clause prorogatoire des CGA et de la valeur litigieuse supérieure à Fr. 8000.- pour chacune des demandes...Autrement dit, le cumul des demandes dans le procès dirigé contre la société suisse d'assurances générales était possible, la compétence ratione loci des instances judiciaires valaisannes, en vertu de la prorogation de for, ne pouvant être déclinée par le juge, en raison de la circonstance personnelle objective - le domicile des demandeurs - qui la justifiait..."
- 4) Implicitement: ATF 109 Ia 55/JT 1985 I 66: Consorité simple: prorogation de for contenue dans une procuration signée par deux époux. Action ouverte par l'avocat contre les époux en paiement du solde de sa créance d'honoraires: "...on ne doit pas seulement tenir compte de l'expérience en affaires de la recourante, mais également de celle de son mari, puisqu'il faut

(5), la troisième variante a notre préférence: Si l'éventualité du cumul subjectif d'actions ne résulte pas clairement du texte de la convention, le juge doit rechercher la commune et réelle intention des parties, conformément aux principes relatifs à l'interprétation des volontés. Si l'intention des parties ne laisse pas apparaître qu'elles entendaient inclure dans son champ d'application le cas de la consorité, la convention ne s'appliquera pas. Dans le cas inverse et s'il y a doute, la clause de prorogation est présumée s'appliquer aussi aux litiges à participants multiples (6). La solution autorise ainsi le juge à admettre que les parties entendaient attribuer à la clause la portée la plus large.

La convention de prorogation de for peut être exclusive ou non selon qu'elle est ou non destinée à faire obstacle à la compétence du tribunal siégeant au for désigné par les règles ordinaires de compétence. Le caractère d'exclusivité ne se présume pas, mais est tranché par voie d'interprétation en fonction du résultat recherché par les parties (7). La clause de prorogation laisse en d'autres termes subsister le for légal concurrentement au for conventionnel si une intention différente des parties n'apparaît pas ou s'il y a doute. Lorsqu'il y a consorité, le juge doit examiner cette question pour chaque consort séparément, de sorte que la clause peut être exclusive à l'égard de certains défendeurs et non pour d'autres. Le juge ne saurait admettre l'exclusivité au motif qu'elle avantage le demandeur et le fait bénéficier d'un for unique. L'argument de la commodité du for prorogé ne constitue en effet pas un motif suffisant pour exclure un for concurrent (8). L'existence de la consorité nécessaire peut en revanche constituer un tel motif.

II. Les effets de la prorogation en matière de consorité simple

La convention exclusive entraîne prorogation de for et exclusion de la compétence des tribunaux normalement compétents. Elle ne laisse aucun choix au demandeur et lui épargne de multiplier les actions à différents for légaux. Seul le tribunal siégeant au for désigné par la convention peut être valablement saisi du litige. La convention non exclusive laisse subsister le for légal à côté du for conventionnel à titre de for concurrent. Le demandeur peut à son choix ouvrir action au for désigné par la convention ou à celui désigné par les règles ordinaires de compétence (9).

Lorsque les consorts ont signé conjointement une clause de prorogation non exclusive, le tribunal prorogé peut être saisi si aucun for impératif ne fait obstacle (10). Le demandeur peut toutefois procéder ailleurs qu'au for prorogé, notamment au for de la consorité (11). Les défendeurs ne doivent pas être obligatoirement assignés au for prorogé. Ils peuvent être recherchés à un autre for qui leur est commun. Au plan intercantonal, ils peuvent soulever le déclinatoire et invoquer la garantie du for

admettre selon l'expérience commune, que les deux époux ont lu la formule ensemble et l'ont signée à peu près en même temps".

- 5) RTDC 1953 154, 155: "Une interprétation de la volonté des parties s'impose pour rechercher si elles ont entendu et comprendre le cas de la pluralité de défendeurs".
- 6) *Christian Fischer*, Les conventions de prorogation de for inter- et intracantonales en droit fédéral et en procédure civile vaudoise, Thèse Lausanne 1969, 229.
- 7) ATF 89 I 65/JT 1963 I 354, ZH RBOG 1987 333 no 30: "Eine Gerichtsstandsvereinbarung darf jedenfalls dann nicht als ausschliesslich ausgelegt werden, wenn dies zur Nichtbelangbarkeit des Beklagten führen würde", ZR 54 1955 216 no 106, FR Extraits 1985 39, VD JT 1987 III 66, JT 1982 III 8, NE RJN 1985 67, RJN 6 I 342, Fischer 185. La LDIP fixe la présomption inverse. La prorogation est réputée exclusive; art. 5 dernière phrase: "Sauf stipulation contraire, l'élection de for est exclusive" (RS 291).
- 8) VD JT 1987 III 66, 68.
- 9) NE RJN 6 I 342.
- 10) GR KGU (Urteile des Kantonsgerichtes) 1930 11, *Anton Berther*, Prozessvoraussetzungen im bündnerischen Zivilprozessrecht, Thèse Fribourg 1958, 47.
- 11) VD JT 1987 III 66.

du domicile (12). Au plan intracantonal, ils peuvent demander l'application du for de la consorité.

Lorsque les consorts ont signé conjointement une clause de prorogation exclusive, cette dernière fait obstacle à l'action à un for différent du for conventionnel. Le demandeur doit rechercher les consorts au for prorogé et n'est pas en droit de les actionner devant un autre tribunal. Les défendeurs assignés à un autre for peuvent soulever le déclinatoire en matière intracantonale. Au plan intercantonal, ils ne peuvent exiger d'être actionnés au for de leur domicile, car ils sont présumés y avoir renoncé.

Lorsque les consorts ont signé séparément des clauses de prorogation distinctes et non exclusives, qui n'ont pas la même teneur de sorte que le tribunal prorogé n'est pas le même, le demandeur peut actionner les consorts au for de la consorité au plan intracantonal. *Lorsque la clause est exclusive*, le demandeur ne peut les actionner conjointement, car la compétence territoriale n'est pas donnée à leur égard.

Lorsque certains défendeurs seulement sont liés au demandeur par une clause d'attribution de compétence non exclusive, chaque défendeur se prétend tout naturellement justiciable du tribunal qui lui convient le mieux. Le problème constitué par la lutte qu'ils se livrent pour la conquête d'une juridiction à leur convenance soulève plusieurs questions majeures dont la plus importante est celle des rapports entre le for cantonal de la consorité et le for conventionnel. Trois solutions sont envisageables. Le for de la consorité peut prévaloir sur la convention, la convention peut faire échec au for de la consorité, il peut enfin exister une solution mixte.

- La solution consistant à faire prévaloir le for de la consorité sur le for conventionnel donne au demandeur le droit d'assigner tous les défendeurs y compris ceux qui bénéficient de la convention de prorogation au for de la consorité (13). L'action devant ce for évite au demandeur des frais et la perte de temps de plusieurs instances distinctes et le met à l'abri de risques de jugements contradictoires. Elle le prive de la faculté d'assigner les défendeurs au for conventionnel. Actionnés au for de la consorité, ces derniers ne peuvent exiger d'être actionnés à leur for conventionnel. La solution s'impose pour la consorité simple matérielle, mais est exclue pour la consorité simple formelle.

- La solution consistant à faire échec au for de la consorité peut être justifiée par le fait que le for de la consorité n'est pas d'ordre public et que les parties peuvent y renoncer. Le demandeur peut en conséquence assigner tous les défendeurs devant le tribunal prorogé, y compris ceux qui sont étrangers à la clause attributive de compétence (14). Assignés au for conventionnel, les codéfendeurs ne peuvent soulever le déclinatoire et exiger d'être actionnés au for de la consorité.

12) VD JT 1987 II 66, NE RJN 1985 67.

13) Dalloz 1917 I 31: "La disposition de l'art. 59/2...étant édictée en vue d'éviter des frais inutiles et des décisions contradictoires, dans un intérêt de bonne administration de la justice, touche à l'ordre public...En conséquence, le tribunal compétent saisi en vertu de cette disposition est compétent, même à l'égard de celle des parties qui invoque une clause attributive de juridiction à un autre tribunal". Dalloz 1911 I 169: "La clause d'un contrat, d'après laquelle la connaissance des contestations nées entre les parties à l'occasion de ce contrat sera attribuée à un tribunal déterminé, déroge au principe posé dans le § premier de l'article 59 CPC sur la compétence du tribunal du défendeur, mais non à la règle contenue dans le §2 du même article en vertu de laquelle, en cas de pluralité de défendeurs, le demandeur peut les assigner tous à son choix devant le tribunal du domicile de l'un d'eux". et note: "La clause attributive de juridiction étant dérogatoire au droit commun et n'ayant eu pour objet de paralyser que l'application de l'article 59 §1, devait être interprétée restrictivement et ne pouvait être invoquée à l'effet d'empêcher le demandeur d'user du droit inscrit à son profit dans l'article 59 §2". NJW 1988 646, MDR 1987 735, ZBiller ad 36 nm15. Matti Streitgenossenschaft 81, BE Leuch ad 22 ch. 1. Contra Kisch 21.

14) Dalloz 1947 283.

- La solution la plus usuelle consiste à n'imposer la prorogation de for qu'à ceux qui l'ont consentie (15) et à leurs ayants cause (16). La clause est en d'autres termes inopposable aux coobligés qui ne l'ont pas signée (17) et qui le plus souvent n'ont en même pas eu connaissance. Elle est pour ces derniers une *res inter alios acta* (18).

La clause n'a pas d'efficacité positive (19) et ne peut fonder la réunion de tous les défendeurs devant la juridiction conventionnelle (20). Elle a en revanche une efficacité négative. Elle n'autorise en effet le demandeur à attirer tous les défendeurs devant le for de la consorité que lorsque l'un d'eux n'en réclame pas le bénéfice. Le for de la consorité ne peut en d'autres termes être invoqué lorsque la compétence du tribunal saisi est née à l'égard d'un codéfendeur d'une clause attributive de compétence et que ce dernier s'en prévaut (21).

Lorsque certains défendeurs seulement sont liés au demandeur par une clause d'attribution de compétence exclusive, le demandeur doit la respecter. Il ne peut les actionner avec les autres sans s'exposer à se voir opposer un déclinatoire partiel. L'existence d'une clause exclusive provoque ainsi une division de cause. Le codéfendeur actionné au for de la consorité peut soulever une exception d'incompétence et se prévaloir de la clause exclusive convenue avec le demandeur pour résister à la centralisation du litige devant le tribunal légal. Le déclinatoire partiel entraîne division de causes. Le juge doit prononcer en revanche un déclinatoire total, lorsque l'interprétation permet de dire que les parties ont en la signant également eu en vue les procès à participants multiples (22).

-
- 15) GE SJ 1959 272, 275: "Il est en effet de l'essence même des contrats de ne déployer leurs effets qu'à l'égard de ceux qui y sont parties et ce n'est pas parce qu'une clause contractuelle a trait à la compétence qu'elle dérogerait à ce principe constamment appliqué".
Dalloz D. P. 1898 t 158: "La clause d'une police d'assurances, aux termes de laquelle toutes les contestations de quelle que nature qu'elles soient qui pourront être soulevées par suite du contrat contenu dans la police sont soumises au tribunal d'un lieu déterminé est obligatoire pour les parties qui l'ont souscrite, et l'application n'en saurait être écartée sous le prétexte qu'en y souscrivant, l'assuré n'avait pas renoncé, le cas échéant, au bénéfice des dispositions de l'article 59 §2" (for de la consorité). La parenthèse est une adjonction de notre plume. NJW 1983 996, MDR 1983 466.
Pierre Hébraud, Les effets de la clause attributive de compétence en cas de pluralité de défendeurs. RTDC 1959 152; *René Morel*, Traité élémentaire de procédure civile, 2e éd. Paris, 1949, 247 no291.
- 16) Une clause de prorogation insérée dans un contrat et valablement signée par le défunt lie ses héritiers qui ne peuvent plus invoquer la protection de l'article 59 Cst. ATF 93 I 327 c. 3.
- 17) ATF 87 I 53, 56, ATF 35 I 549, 557: Les cautions peuvent-elles se prévaloir contre le débiteur principal d'une prorogation de for consentie en faveur du créancier? ATF 33 I 748, ATF 22 939.
ZH Sträubli/Messmer ad 12 nm22: "Streitgenossen...werden durch eine von den Hauptparteien abgeschlossene Vereinbarung weder berechtigt, noch verpflichtet", BE Leuch ad 27 ch. 1: "Die Gerichtsstandsvereinbarung...gilt nicht für den Mitberechtigten und Mitverpflichteten, den Streitgenossen...", AG Eichenberger ad 37 nm2.
René Morel, Traité élémentaire de procédure civile, 2e éd., Paris 1949, 247 no291.
- 18) GE SJ 1959 272.
- 19) Hébraud RTDC 1959 152.
- 20) Solus/Perrot T. II 323.
- 21) Revue trimestrielle de droit commercial 1958 755, Hébraud RTDC 1959 152.
- 22) Gaz. Pal. Tables 1961 I 86 no39, Gaz. Pal. Tables 1960 II 100 no38, Dalloz D 1958 168 note Pochon.
Fischer 229.

III. Les effets de la prorogation de for en cas de consorité nécessaire

Le tribunal prorogé est valablement compétent lorsque *tous les consorts ont adhéré à la prorogation*. La présomption de représentation ne s'applique pas (23).

Lorsque la convention est exclusive, le demandeur doit assigner tous les défendeurs au for prorogé. Il ne peut ouvrir action au for de la consorité, car l'unité de for est respectée. Les défendeurs peuvent exiger que l'action soit portée au for conventionnel et ne peuvent demander d'être assignés au for de la consorité, ni à un autre for, sauf si ce dernier est impératif.

Lorsque la convention n'est pas exclusive, le demandeur a le choix entre le for légal et le for conventionnel, mais il doit assigner tous les défendeurs devant la même juridiction. Il peut assigner les consorts au for de la consorité ou devant la juridiction prorogée. Les défendeurs ne peuvent exiger d'être assignés au for conventionnel et ne peuvent s'opposer à ce que le demandeur les actionne au for légal de la consorité.

La compétence du tribunal ne peut reposer sur une convention de prorogation de for, exclusive ou non, signée par le demandeur et un codéfendeur seulement (24). Le demandeur ne peut actionner les consorts nécessaires qu'au for de la consorité (25). Le codéfendeur qui a stipulé à son profit la clause attributive de juridiction ne peut s'en prévaloir et doit se laisser attaquer au domicile de l'un des défendeurs (26).

§2. La prorogation tacite (Einlassung)

La prorogation tacite résulte de l'attitude du défendeur qui, en entrant en matière sur le fond du litige devant un tribunal incompétent ratione loci, manifeste sans équivoque son intention de renoncer sans réserves à se prévaloir des dispositions ordinaires sur le for. Encore faut-il que le for auquel il est renoncé ne soit pas d'ordre public, que le droit n'interdise pas la renonciation tacite et que l'acte ou l'omission du défendeur emporte prorogation de for (27).

Lorsqu'il y a consorité simple, le juge doit examiner pour chaque défendeur s'il a entrepris des actes laissant à penser qu'il accepte la compétence du tribunal devant lequel il a été assigné.

Le tribunal prorogé est compétent lorsque tous les consorts entrent en matière sur le fond. Il en est ainsi notamment lorsqu'ils présentent des conclusions au fond communes ou acceptent une transaction judiciaire. Tel n'est pas le cas en revanche

23) Winte 227-228, Brückner 242.

24) Hébraud RTDC 1959 152: "La force de résistance que la clause attributive de compétence permet d'opposer à la centralisation du litige ne s'incline que devant son indivisibilité".

25) Dalloz 1958 712-713 note Pochon, Dalloz 1958 167, Dalloz 1958 294, Gaz. Pal. Tables 1960 II 100 no 38, Gaz. Pal. 1961 I 86 no 39. Revue critique de droit international privé 1958 385, 1957 495, Revue trimestrielle de droit commercial 1958 878.

Fischer 226 et 229, Matti Streitgenossenschaft 81; Hélène Gaudemet, La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé, Paris 1963, 258, 260; Renée Hirschmann, Les clauses d'attributions de compétence territoriale, Paris 1937, 52-53. Contra Kisch 21.

26) Hébraud RTDC 1953 154.

27) ATF 87 I 53, ATF 52 I 131, ATF 10 42.

Habscheid DJPS 158, Vogel 86 nm82, ZH Sträubli/Messmer ad 12 nm1, SZ Kaelin 133-134: "Wird die Einrede der unzulässigen subjektiven Klagenhäufung nicht schon in der Klageantwort erhoben, so ist dies als Verzicht auf den ordentlichen Gerichtsstand aufzufassen, sofern nicht ein zwingender Gerichtsstand vorliegt".

Le juge examine la renonciation tacite à une norme de compétence de droit fédéral en fonction du droit fédéral indépendamment des dispositions de droit cantonal de procédure. ATF 87 I 131, ATF 87 I 53, ATF 68 I 150, ATF 67 I 108.

lorsqu'ils requièrent une prolongation du délai de réponse (28) ou procèdent sans réserves devant le juge conciliateur (29) ou le juge de paix (30).

Lorsqu'un codéfendeur entre en matière sur le fond, la prorogation tacite est subordonnée à la condition que ses actes se rapportent à la prétention élevée contre lui. Il n'y a pas *Einlassung* s'ils ont trait à la demande introduite contre son colitigant (31). Lorsque la consorité simple est formelle (connexité imparfaite), la prorogation tacite a des effets singuliers. Elle ne déploie pas d'effets envers le consort de celui qui a procédé sans réserve (32) et le juge ne peut se déclarer compétent à l'égard de tous. Son prononcé d'incompétence partiel provoque la rupture de l'unité du procès, de sorte que les prétentions élevées contre les consorts seront jugées par des juridictions distinctes. Lorsque la consorité simple est matérielle (connexité parfaite), le juge ne peut selon certains auteurs pas prononcer de déclinatoire partiel de sorte que la prorogation tacite d'un seul codéfendeur exclut la compétence du tribunal (33). Le juge doit renvoyer le demandeur à mieux agir.

La question de la prorogation tacite ne peut se poser en matière de *consorité nécessaire* que si le tribunal saisi est incompétent à l'égard de tous les consorts. Tel n'est pas le cas lorsque ces derniers ont été attirés devant le tribunal du domicile de l'un d'eux ou que le tribunal saisi est compétent envers eux en vertu d'un autre titre de compétence.

La compétence du tribunal est donnée lorsque tous les consorts nécessaires entrent en matière sur le fond.

Lorsqu'un codéfendeur seulement entre en matière sur le fond, le juge doit se déclarer incompétent à l'égard de tous sauf s'il y a urgence et que les consorts ratifient l'acte entrepris. Selon certains auteurs, les défendeurs qui n'ont pas participé à l'entrée en matière sont présumés être représentés par celui qui a procédé sur le fond et sont réputés avoir admis la compétence (34). Le principe est toutefois contesté. Ses opposants estiment que les consorts nécessaires peuvent refuser de se laisser entraîner devant un tribunal incompétent, car leur passivité doit être comprise comme une contestation tacite de la compétence (35).

§3. L'élection de domicile

Considérée parfois comme une prorogation légale de compétence (36), l'élection de domicile ne peut fonder la compétence que si elle est volontaire. Une élection de domicile obligatoire en vertu du droit cantonal ne peut avoir cet effet (37)

28) ATF 52 I 131/JT 1926 I 541.

29) ATF 87 I 53, ATF 52 I 131/JT 1926 I 541, ATF 10 42.

30) ATF 52 I 131/JT 1926 I 541.

31) Thomas/Putzo ad 39 ch. 1: "Die Verhandlung muss sich immer auf den bestimmten prozessualen Anspruch beziehen. Bei Klagenhäufung (§§59, 60 ZPO) ist dies also für jeden Anspruch gesondert festzustellen...".

32) Par analogie BE RJB 112 1976 545; juge se déclarant incompétent à l'égard de tous les consorts, déclinatoire sur requête à l'égard d'un des consorts et d'office à l'égard des autres en raison de l'existence d'une clause compromissoire en faveur d'un tribunal arbitral, 547: "Für eine formelle Streitgenossenschaft...fehlt aber wegen der Schiedsabrede die für jeden einzelnen Beklagten als begründet vorausgesetzte Zuständigkeit des Appellationshofes". Wiczorek ad 39 BIN.

33) Rapp 221 ch. 222; Paul Bonard, Les sanctions des règles de compétence (déclinatoire, recours, refus de l'exécution), étude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, Thèse Lausanne 1985, 170.

34) Matti Streitgenossenschaft 108, Wiczorek ad 39 BIII.

35) BE Leuch ad 39 ch. 3.

36) ATF 75 I 31, ATF 33 II 736, ATF 32 I 647, ATF non publié du 6 mai 1938 Almédy, TF SJ 1949 465.

même en matière de consorité nécessaire en vertu de la force dérogatoire du droit fédéral, car l'unité de juridiction résulte d'un for jurisprudentiel de droit fédéral (38).

Sauf réserve expresse (TF SJ 1949 465), l'élection de domicile emporte attribution de for (TF SJ 1954 217) à moins qu'elle ne concerne une cause pendante (GE SJ 1972 295, 302). GE Memoud ad 17 LPC.

- 37) GE SJ 1974 295: si l'élection de domicile a été faite à raison d'une obligation de droit (élection de domicile obligatoire), elle n'emporte pas reconnaissance du for. L'élection de domicile volontaire laisse présumer une prorogation de for, à condition qu'elle ait été formée en dehors de toute procédure, TF SJ 1949 465, GE SJ 1970 142.
GE Bertossa ad 75 nm6: l'élection de domicile par un avocat ne comporte renonciation au for naturel et attribution de compétence des tribunaux genevois que lorsque l'avocat a reçu mandat formel en ce sens, SJ 1949 140.
Voir également Fischer 30.
- 38) Contre: AG AGVE 1966 25 no4: Application de la loi argovienne sur la chasse stipulant que tout chasseur élit domicile dans le canton à un groupe de chasseurs assimilés en l'espèce à des associés d'une société simple. Pour les tribunaux argoviens, l'élection obligatoire de domicile assure l'unité de juridiction en matière de consorité nécessaire.

TITRE II. LA COMPETENCE MATERIELLE

Les règles de compétence matérielle impératives font obstacle au cumul subjectif (1). Les règles de compétence matérielle dispositives autorisent la consorité. Ainsi, les règles fondées sur la valeur litigieuse ou dans certains cantons celles relatives à des tribunaux spéciaux (2). L'attraction matérielle se double alors d'une attraction de procédure.

CHAPITRE 1. LES REGLES FEDERALES SUR LA COMPETENCE MATERIELLE ET LA CONSORITE

Les articles 4 et 58 de la Constitution fédérale limitent le droit des cantons d'aménager librement leur organisation judiciaire. L'article 58 impose aux cantons d'établir une organisation judiciaire déterminée par une loi. Il leur interdit d'instituer des tribunaux et de les composer spécialement en vue d'un procès déterminé ou pour juger des personnes déterminées. Il n'impose ni une organisation judiciaire particulière ni une procédure déterminée et ne garantit pas une compétence déterminée (3). Il garantit au justiciable un tribunal compétent et régulièrement constitué en vertu de règles constitutionnelles, légales et réglementaires en vigueur, il lui permet d'exiger pour son procès un juge impartial et indépendant (4). Il le protège contre une application arbitraire des prescriptions cantonales sur l'organisation et la composition des tribunaux. La protection qu'il assure coïncide le plus souvent avec celle que la jurisprudence a tirée de l'article 4 qui prohibe l'arbitraire (5). Les dispositions constitutionnelles précitées laissent les législateurs et juges cantonaux libres de décider si et à quelles conditions ils entendent admettre une attraction de compétence. Elles ne leur imposent pas d'ériger un système d'attraction de causes connexes (6). Selon la doctrine, elles leur permettent d'instituer une attraction de compétence par voie prétorienne pour autant que la solution choisie échappe au grief d'arbitraire (7).

La procédure fédérale comporte des règles susceptibles de fonder une concentration de procédures devant la même instance. Ainsi en est-il du contentieux exclusivement patrimonial ou pécuniaire prévu aux articles 41 et 42 de la loi fédérale d'organisation judiciaire. Des fonctionnaires cantonaux pourraient ainsi aux termes de ces dispositions et plus précisément de l'article 42, soumettre au Tribunal Fédéral des prétentions analogues à raison des mêmes faits contre le canton. La consorité pourrait de même lier plusieurs cantons contre la Confédération.

- 1) VD JT 1983 III 71, 77.
Ryvier Charmey, Les règles de compétence attributives des autorités judiciaires vaudoises en matière civile, Thèse Lausanne 1987, 92 n. 67.
- 2) VD JT 1983 III 71: Tribunal des Prud'hommes.
- 3) ATF 100 Ib 137/JT 1975 I 354, 364.
- 4) ATF 105 Ia 172/JT 1981 I 236.
- 5) La violation des prescriptions cantonales en la matière constitue en elle-même déjà une violation de l'article 58. Cette disposition n'a pas pour effet d'élever l'organisation judiciaire cantonale en règle de droit constitutionnel. ATF 105 Ia 172/JT 1981 I 236.
- 6) Rapp 120.
- 7) Rapp 120.

Le droit matériel fédéral peut également être à l'origine d'une concentration de litiges devant la même instance cantonale. Ainsi prescrit-il aux cantons d'instaurer une juridiction unique pour juger des contestations en matière de propriété intellectuelle (8).

8) Loi fédérale concernant le droit d'auteur sur les oeuvres littéraires et artistiques du 7 décembre 1922, art. 45 (RS 231.1); Loi fédérale concernant la protection des marques de fabrique et de commerce, des indications de provenance et des mentions de récompenses industrielles du 26 septembre 1890, art. 29 (RS 232.11); Loi fédérale sur les dessins et modèles industriels du 30 mars 1900, art. 33 (RS 232.12); Loi fédérale sur les brevets d'invention du 25 juin 1954, art. 76 (RS 232.14).

CHAPITRE 2. LES REGLES CANTONALES SUR LA COMPETENCE MATERIELLE ET LA CONSORITE

Les critères qui déterminent la compétence matérielle se rattachent à l'objet de l'instance: le critère peut être quantitatif (valeur litigieuse) ou qualitatif (nature des causes). Tous les cantons règlent la compétence à raison de la valeur litigieuse lorsqu'il y a consorité dans le chapitre relatif à la valeur litigieuse (1). Deux d'entre eux exigent expressément dans leurs dispositions topiques que la compétence matérielle soit donnée à l'égard de chaque consort. La règle a trait à la consorité simple formelle (2).

Lorsque la compétence matérielle est fonction de la nature des causes et que tous les consorts relèvent matériellement du même tribunal, il peut y avoir consorité active ou passive. Simple ou nécessaire devant un tribunal ordinaire ou devant une juridiction spéciale dans la mesure où tous les consorts satisfont simultanément aux conditions de la consorité (3).

Lorsqu'une partie des consorts remplit les conditions de saisine d'une juridiction spéciale, il faut distinguer la consorité active de la consorité passive et la consorité simple de la consorité nécessaire.

Lorsqu'il y a consorité simple active, le tribunal ordinaire peut renvoyer les consorts qui en relèvent devant la juridiction spéciale ou peut statuer sur l'ensemble des demandes et consacrer une attraction de compétence matérielle. La juridiction spéciale peut se déclarer compétente à l'égard des consorts qui relèvent de sa compétence et déclarer les autres demandes irrecevables (4). Il n'y a pas attraction devant la juridiction spéciale.

Le tribunal supérieur détermine dans le canton de Zurich, à requête d'un demandeur, qui du tribunal de commerce ou du tribunal de district est compétent pour l'ensemble des consorts (5). Mesure de direction du procès (6), la décision du tribunal est subordonnée au droit d'être entendu des consorts, car elle peut modifier l'ordre des juridictions (7). Elle n'est pas susceptible d'appel (8).

Lorsqu'il y a consorité simple passive, le tribunal supérieur détermine la juridiction compétente dans le canton de Zurich. Dans les autres cantons, trois solutions sont concevables.

1) Voir infra.

2) OW 38/I, SO 39/I.

3) La législation relative à la juridiction spécialisée renvoie parfois aux règles du code de procédure civile de sorte que les dispositions sur la consorité sont applicables devant cette juridiction. Lorsque le législateur n'opère pas de renvoi, on applique les dispositions sur la consorité par analogie.

AG VJS 1914 100. Hans-Rudolf Altherr, Das Handelsgericht des Kantons St-Gallen, Thèse Zurich 1979, 107: "Die allgemeinen Voraussetzungen und Wirkungen der Streitgenossenschaft gelten auch für das Handelsgericht"; Max Brändli, Die sachliche Zuständigkeit der aargauischen Zivilgerichte, Thèse Bâle 1984, 147.

4) Matti Streitgenossenschaft 84; Altherr 109.

5) ZH GVG 65.

6) ATF 105 Ia 193/JT 1981 I 162, 168.

7) ATF 105 Ia 193/JT 1981 I 162, 169.

8) ZH ZR 78 1979 24 no13: "...Akt der Justizverwaltung, der keiner Anfechtung durch die Nichtigkeitsbeschwerde unterliegt. Anders verhält es sich, soweit das Eintreten auf ein solches Gesuch streitig ist".

Le for de la consorité ne s'applique pas. ZH Sträuli/Hauser ad a4 ch. 1, Hauser/Hauser 233 ad 78 GVG ch. 3.

- *Le fait qu'une partie des défendeurs satisfait aux conditions de saisine de la juridiction spécialisée peut être un obstacle à la consorité passive.* Le demandeur doit répartir les différentes prétentions selon leur nature entre la juridiction ordinaire et la juridiction spéciale. Il doit actionner devant le tribunal spécial les consorts qui relèvent de cette instance et assigner les autres devant le tribunal ordinaire (9). Lorsque le demandeur a recherché tous les défendeurs devant la juridiction spécialisée, cette dernière déclare irrecevable les actions dirigées contre ceux qui ne remplissent pas les conditions de sa saisine (10). Justifiée par le caractère exclusif de la compétence du tribunal spécial, la solution empêche le demandeur de soustraire une partie des défendeurs à la juridiction spéciale et le prive des avantages de la consorité (11). Elle permet aux défendeurs ressortissant à la juridiction spéciale d'exiger du demandeur qu'il les actionne devant le tribunal spécial. Le demandeur est toutefois en droit, dans le but d'obtenir une harmonisation des jugements, de requérir la suspension d'une procédure jusqu'à droit connu dans l'autre (12).

- La deuxième solution autorise une attraction devant la juridiction ordinaire. Toutes les causes, y compris celle de la compétence de la juridiction spéciale, sont portées devant la juridiction ordinaire (13). La solution est justifiée par le fait que l'attraction de compétence ne doit pas priver le demandeur des avantages de la consorité (14). Elle empêche toutefois les défendeurs de revendiquer le droit d'être actionné devant la juridiction spéciale (15).

- 9) BE RJB 58 1922 169, 172: "Dagegen ist die Geltendmachung verschiedener Ansprüche, für die ohne Rücksicht auf den Streitwert ihrer Natur nach verschiedene sachliche Zuständigkeiten bestehen, in Streitgenossenschaft ausgeschlossen. So kann z. B. ein im Handelsregister eingetragener Kaufmann zwei gleichartige Ansprüche im Betrage von Fr. 1000.- gegen zwei Beklagte, von denen der eine, nicht aber der andere eingetragen ist, nicht zusammen einklagen".
Geiger 38, Matti Streitgenossenschaft 84-85, Kummer 157, Altherr 53; *Albert Killer*, Die Zuständigkeit des Handelsgerichts: Festschrift für den aargauischen Juristenverein 1936-1986, 123ss, 127-128; AG Brändli 147, Zöllner ad 147 nm4, Zimmermann ad 147 nm3, Thomas/Putzo ad 147 ch. 1.
Contra: SG HGE 1950 68 no44.
- 10) Altherr 109.
- 11) BE RJB 65 1929 567 qui la rejette pour cette raison.
Matti Streitgenossenschaft 84; *Richard E. Tobler*, Das Berner Handelsgericht und sein Verfahren, Thèse Zurich 1958, 97.
BE Décret sur les tribunaux du travail, 9.11.71 (RS 162.71), art. 28/1: "La compétence d'un tribunal du travail exclut celle d'un tribunal ordinaire".
- 12) ATF 105 Ia 193/3T 1981 I 162, 170.
- 13) ZH RBOG 1892 no159, BE RJB 65 1929 567.
Le tribunal de district est le tribunal ordinaire par rapport au tribunal de commerce. Cf. ZH ZR 43 1944 338 no226 (arrêt relatif à la consorité nécessaire).
Guldener ZPR 301 n. 24, ZH Hauser/Hauser 232-233 ad 78 ch. 3 et Geiger 117 pour la consorité nécessaire, BE Leuch ad 37 ch. 2, Tobler 98, SG Altherr 53 et 109, TI Otaviani 63.
- 14) BE RJB 65 1929 567.
Tobler 97-98: "Ist im Falle der formellen Streitgenossenschaft ein Teil der gleichartigen Ansprüche infolge Fehlens des Handelsregistereintrages nicht handelsrechtlicher Natur, besteht für den Kläger keine Pflicht die eingetragenen Streitgenossen gesondert vor Handelsgericht, die nicht eingetragenen dagegen vor den ordentlichen Gerichten zu belangen; denn der Kläger kann nicht zum Verzicht...auf die gebotene Möglichkeit der Streitgenossenschaft gezwungen werden, nur damit die eingetragenen Beklagten vor dem Sonderforum gehört werden können...Bedenkt man, dass der Gesetzgeber vom Bestreben geleitet war, die Zahl der Prozesse möglichst zu reduzieren, so ist Priorität im Widerstreit der Interessen, die gemeinsame Klage zuzulassen...".
- 15) BE RJB 65 1929 567: "Es ergibt sich...aus der erwähnten Bestimmung, dass ein im Handelsregister eingetragener Beklagter nicht ohne weiteres beansprucht kann, nur vor dem Handelsgericht ins Recht gefasst zu werden. Er untersteht vielmehr auch für handelsrechtliche Streitigkeiten, sowohl der ordentlichen als der Handelsgerichtsbarkeit".
Tobler 97-98. Le for de la consorité ne s'applique pas. ZH Hauser/Hauser 233 ad 78 ch. 3, Sträuli/Hauser ad a4 ch. 1.

- La jurisprudence st-galloise autorise une *attraction de compétence devant la juridiction spéciale* même lorsqu'une minorité de défendeurs relèvent de sa compétence (16), lorsque les exigences relatives à la nature de l'affaire et à la valeur litigieuse sont réalisées, mais que seules les conditions personnelles de saisine du tribunal spécial ne le sont pas (17), lorsque seules les conditions relatives à la valeur litigieuse ne sont pas réalisées (18), lorsqu'un codéfendeur est justiciable de la juridiction ordinaire, mais qu'il ne soulève pas l'exception d'incompétence (19), lorsque l'attraction ne déroge pas à l'article 59 Cst (20). Les tribunaux st-gallois justifient l'attraction par économie de procédure et par le souci d'éviter des jugements contradictoires (21). L'argument n'est à nos yeux pas décisif, car la concentration des litiges devant le tribunal ordinaire a le même résultat. Les tribunaux st-gallois invoquent d'autre part le fait que le législateur cantonal n'exige pas expressément la compétence matérielle à l'encontre de chaque consort alors que dans le cumul objectif chaque demande doit satisfaire à cette condition. Le silence du législateur ne serait pas dû à une inadvertance et autoriserait la réunion des demandes devant la juridiction spéciale. La réalisation des conditions de la consorité serait un argument supplémentaire en faveur de l'attraction (22). Le législateur permettant enfin expressément au tribunal de commerce de connaître des questions en relation étroite avec les affaires qui tombent dans sa compétence, la règle doit permettre d'attirer devant lui des causes qui n'en relèvent pas (23). La doctrine, que nous approuvons, rejette cette jurisprudence au motif que les tribunaux ordinaires bénéficient d'une présomption générale de compétence et que la compétence des tribunaux spéciaux est limitée à ce que la loi leur alloue (24). La juridiction ordinaire est en d'autres termes compétente pour tout ce qui ne relève pas de la juridiction spéciale (25). Justifier l'attraction par la seule existence de la consorité équivaut à écarter arbitrairement les

- 16) Selon la doctrine, le critère fait dépendre l'attraction du hasard, ce qui la rend incompatible avec la sécurité juridique et pose des problèmes pratiques. Altherr 108 et n. 30.
- 17) SG GVP 1961 77 no25, HGE 1950 68 no44.
La jurisprudence st-galloise admet l'attraction devant le tribunal de commerce pour le cumul objectif, mais l'exclut pour le cumul objectif. HGE 1950 68 no44.
- 18) Il est fait abstraction des situations où certaines affaires pécuniaires sont attribuées à une juridiction déterminée sans égard à la valeur litigieuse. Matti Streitgenossenschaft 74, 84-85; Robert Levi, Zur sachlichen Zuständigkeit des zürcherischen Handelsgerichts, RSJ 46 1950 135ss, 137; Tobler 98 n. 26; BE Leuch ad 37 ch. 4.
- 19) SG GVP 1961 77 no25, 80.
- 20) SG GVP 1953 73 no29.
- 21) SG HGE 1950 no44 69.
- 22) SG HGE 1950 no44 69, SG GVP 1961 77 no25, 80.
- 23) SG HGE 1950 no44 70-71. Cependant: SG GVP 1961 77 no25, 81: "Der Gefahr, dass auf diese Weise in grösserem Umfange Streitsachen vor Handelsgericht kommen, die in ihrer Art und in ihrer Bedeutung nach nicht vor dieses gehören, lässt sich...mit einer zurückhaltenden Auslegung der Bestimmungen von Art. 103 und 63 Z. 5 ZPO begegnen".
- 24) BE RJB 65 1929 567, 568: "...Diese Regelung erweist sich geschichtlich und gerichtsorganisatorisch als gegeben. Das Handelsgericht ist ein im Laufe der Zeiten auf Wunsch des Handelsstandes ins Leben gerufenes Sondergericht, dessen Aufgabe durch die Gesetzgebung genau umschrieben ist, während den ordentlichen Gerichten grundsätzlich unter Berücksichtigung des Streitwertes und der Appellationsgrenze die Beurteilung aller vor sie gebrachten zivilrechtlichen Streitigkeiten zusteht...".
Comp. SG HGE 1950 68 no44, 69: "Das Handelsgericht ist seinem Sinn und Zwecke nach das Sondergericht für kaufmännische Streitigkeiten...Die Bestimmungen über seine Zuständigkeit dürfen nicht extensiv ausgelegt werden. Diese Uebertreibungen sind indessen für die Beurteilung der in casu streitigen Zuständigkeitsfrage nicht entscheidend".
La présomption n'a plus cours pour ce qui concerne le tribunal de commerce dans le canton d'Argovie. Albert Koller, Die Zuständigkeit des Handelsgerichts, Festschrift für den aargauischen Juristenverein 1936-1986, 123ss, 128. Il en va de même dans le canton de Zurich. Les tribunaux y admettent une attraction de compétence devant le tribunal de commerce (ZH ZR 89 1990 161 no73; cas de consorité nécessaire).

conditions personnelles de saisine de la juridiction spéciale (26) qui ont été édictées dans l'intérêt de la sécurité juridique (27). L'attraction devant le tribunal spécial revient enfin à priver du droit d'être entendu les défendeurs qui sont justiciables de la juridiction ordinaire.

Lorsqu'il y a consorité nécessaire, les consorts peuvent actionner (28) ou être recherchés devant la juridiction ordinaire. Il peut toutefois y avoir également attraction de compétence devant la juridiction spéciale. Une telle attraction s'impose même selon une jurisprudence zurichoise récente en vertu du caractère exclusif de la compétence du tribunal de commerce et par application analogique de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux dérogations à la garantie du for du domicile en cas de consorité nécessaire (29). L'ancienne jurisprudence excluait une telle attraction au motif que le tribunal ne pouvait être compétent que si tous les consorts remplissaient les conditions de sa saisine (30). La doctrine récente est de manière générale favorable à une attraction devant la juridiction spéciale (31).

-
- 25) Levi RSJ 46 1950 135ss, 137; Altherr 108.
 - 26) Altherr 108: "Dieses Vorgehen ist verfehlt. Es verkennt die klare Trennung der persönlichen und sachlichen Prozessvoraussetzungen im Gesetz".
 - 27) Altherr 108.
 - 28) Geiger 117, Altherr 109.
 - 29) ZH ZR 89 1990 161 no 73.
 - 30) ZH ZR 43 1944 338 no 226: "...Diese Lösung bedeutet nichts anderes als die Befolgung eines allgemeinen Grundsatzes dass, wenn eine Entscheidung das Vorliegen mehrerer bestimmter Voraussetzungen erfordert, diese bei einer notwendigen Streitgenossenschaft von allen Streitgenossen erfüllt sein müssen".
Levi RSJ 46 1950 135ss, 137; Altherr 109-110; Guldener 301 n. 24, ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm11, Hauser/Hauser 232-233 ad 78 GVG ch. 3, BE Leuch ad 5 ch. 2a, AG Eichenberger ad 404 nm9.
 - 31) *Albert Killer*. Die Zuständigkeit des Handelsgerichts, 123ss, 128: (Bei der notwendigen Streitgenossenschaft) "müssen die Streitgenossen miteinander klagen oder beklagt werden...Sind dann die einen als Kaufleute im Handelsregister eingetragen, die andern nicht, so stellt sich die Zuständigkeitsfrage. Die zürcherische Praxis verneint in diesem Fall die Zuständigkeit des Handelsgerichts. Das dürfte für das aargauische Recht nicht die zutreffende Lösung sein. Zum einen hat die Handelsgerichtsbarkeit...nach der neuen ZPO keinen Ausnahmeharakter mehr in dem Sinne, dass eine Praesumption zu Gunsten des ordentlichen Richters besteht. Zum andern ist das Bestreben des Gesetzgebers unverkennbar, die Streitigkeiten über handelsgerichtliche Verhältnisse beim Handelsgericht zu konzentrieren...Wo notwendige Streitgenossen beklagt werden, von denen nur ein Teil im Handelsregister eingetragen sind, sollte m. E. zumindest ein Wahlrecht des Klägers analog zu 404 Abs. 1 lit. a ZPO angenommen werden. Die Gleichwertigkeit der allgemeinen und der besonderen Zuständigkeit legt diese Lösung nahe. Bilden andererseits die Kläger eine notwendige Streitgenossenschaft und ist...nur ein Teil im Handelsregister eingetragen, so sollte das Wahlrecht im Sinne des 404 Abs. 1 lit. a ZPO aus dem gleichen Grunde ausgeschlossen sein und die Zuständigkeit des Handelsgerichts bejaht werden".

CHAPITRE 3. LA VALEUR LITIGIEUSE

Lorsqu'il y a consorité, trois méthodes de calcul s'offrent au juge et aux parties. La première applique le principe de la divisibilité de l'instance et envisage séparément les diverses prétentions. La deuxième est l'opération contraire et considère les demandes dans leur ensemble. La troisième autorise une attraction au profit de la valeur litigieuse la plus élevée. Les règles de répartition de répartition des frais et dépens en matière de consorité ne jouent à cet égard aucun rôle (1).

Ces méthodes coexistent parfois dans la même loi (2). Elles peuvent différer suivant le droit de procédure (fédéral ou cantonal) applicable. Elles peuvent différer selon l'échelon d'instance et être appliquées successivement. Le recours en réforme est ainsi recevable par addition des divers chefs de conclusions lors même que le litige n'est pas susceptible d'appel à teneur du droit cantonal de procédure qui n'autorise pas l'addition des valeurs (3).

Elles peuvent différer suivant le tribunal saisi (4).

§1. La valeur litigieuse en fonction de chaque prétention

Bien qu'il n'y ait qu'une seule procédure, les demandes conservent leur individualité: il y a autant de causes que de consorts. La valeur litigieuse en fonction de chaque prétention suppose que les plaideurs aient formulé des conclusions précises (5). Elle est donnée lorsque chaque unité litigieuse atteint le seuil fixé (6), mais non lorsque la somme totale des réclamations est supérieure au taux du ressort (7). Lorsqu'aucune des prétentions ne dépasse la limite fixée, le jugement est prononcé en dernier ressort. Lorsque des diverses demandes, les unes sont inférieures et les autres supérieures au taux du dernier ressort, les secondes seulement sont susceptibles de recours.

Le législateur, la jurisprudence et la doctrine justifient la règle par des arguments touchant:

- à la compétence du juge: la consorité ne la crée pas, mais la présuppose (8) de sorte qu'elle ne peut être donnée que si chaque prétention satisfait à la valeur litigieuse. Une méthode différente autoriserait les parties à porter l'affaire devant une autre instance que celle prévue par le législateur.

1) NJW 1957 713. Zöllner ad 100 nm9.

2) ATF 31 II 195/JT 1906 I 315, 319: "Il n'y a rien d'extraordinaire à ce que le législateur ait choisi des solutions différentes suivant qu'il s'agit du calcul de la valeur litigieuse exigée pour permettre le recours ou de la compétence du Tribunal fédéral pour les procès directs: il suffit de signaler à cet égard qu'en procédure ordinaire, il était admis qu'en cas de cumul de demandes la valeur des différents chefs de la demande ne devait pas être additionnée, tandis que ce principe était controversé en ce qui concernait la somme nécessaire pour justifier le recours".

Alain Wurzbürger, Les conditions objectives du recours en réforme au Tribunal fédéral (art. 40-50 OJF), Thèse Lausanne 1964, 149 ch. 204 n. 177.

3) ATF 25 II 975/JT 1900 I 170.

Fritz Hess, Grundsätze der Streitwertberechnung nach zürcherischem und Bundeszivilprozessrecht, Thèse Zurich 1939, 67 et 69. Theodor Weiss, Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen, Thèse Berne 1908, 64.

4) BE Décret sur les tribunaux du travail, 9.11.71 (RS 162.71), art. 26/3: "Les prétentions formulées par plusieurs demandeurs contre le même défendeur ne peuvent être additionnées".

5) ATF 8 I 894, 901.

6) Le fait que les demandes présentent des points partiellement ou totalement communs ne joue ici aucun rôle.

7) ATF 8 I 894, 901.

8) ATF 31 II 196/JT 1906 I 315, 318. Hess 67.

- au caractère de la consorité simple: elle n'est qu'une union externe des demandes autorisée par pure opportunité (9) et susceptible d'être divisée en tout temps (10).

- au souci de conférer à la consorité le même régime juridique qu'au cumul objectif (11).

- à l'ampleur de la cause: le litige ne gagne pas en importance du fait de la pluralité de parties, aussi est-il peu judicieux d'attirer devant une juridiction plus élevée des personnes intéressées par des sommes qui n'en relèvent pas (12).

- aux frais de la cause et à la rapidité de la procédure: la solution ne doit pas faire encourir aux parties un risque financier plus grand que si elles avaient procédé séparément, ni leur faire supporter les lenteurs d'un degré de juridiction plus élevé (13).

Le détermination de la valeur litigieuse en fonction de chaque prétention fait règle pour les procès directs devant le Tribunal fédéral en vertu de l'article 24 de la loi fédérale de procédure civile (14). L'article 42 de la loi fédérale du 22 novembre 1850 sur la procédure à suivre par devant le Tribunal fédéral consacrait la même règle de sorte que la jurisprudence y relative conserve toute sa valeur (15).

La solution s'appliquait au recours en réforme jusqu'en 1893 par application analogique de l'article 42 de la loi fédérale sur la procédure à suivre devant le Tribunal fédéral en matière civile du 22 novembre 1850 (16).

9) ATF 31 II 195/JT 1906 I 315, 318, ATF 8 901, ATF 5 560.

10) ZH ZR 15 1914 145 no80.

11) ATF 31 II 195/JT 1906 I 315, 318.

Contra: LU RJB 83 1947 368: "Die Auffassung der Klägerin, diese Bestimmung gelte nur für den Fall, dass sich eine Klage gegen einen einzigen Beklagten richte, erweist sich als unstichhaltig. Der Wortlaut des Gesetzes führt nicht zu einer solchen Auslegung. Sie ergibt sich auch nicht aus der Natur der Sache, da die Streitwertberechnung regelmässig nicht von der Struktur der Partien, sondern von der Art der Klageansprüche abhängt".

12) VS RVJ 1976 22, RVJ 1975 55: "il faut éviter qu'en additionnant des valeurs litigieuses inférieures à Fr. 8000.-, les parties puissent porter l'affaire devant une autre instance que celle prévue par le législateur pour les litiges de moindre importance", RVJ 1975 174, RVJ 1968 188, RTC 1955 59, RTC 1947 63, 64: "En cas de jonction de causes, la valeur déterminante pour la compétence n'est pas constituée par la somme de toutes les prétentions articulées dans les demandes et les réponses des différentes affaires jointes. Chacune des affaires conserve indépendamment de l'autre sa valeur litigieuse pour désigner le juge dont elle relève...Aucune disposition du code de procédure ne prévoit que lorsque un ou plusieurs demandeurs font valoir cumulativement dans un et même procès des réclamations indépendantes contre des défendeurs divers, il doit être fait un total de leurs valeurs...Il n'y a aucune justification à donner une portée extensive aux prescriptions en vigueur du CPC, en cette matière de manière à faciliter les recours...actuellement moins que jamais, au vu des modifications survenues dans l'économie générale...".

13) Moreau 128.

14) ATF 103 II 41/JT 1977 I 569, ATF 53 II 350, ATF 32 II 191, ATF 31 II 196/JT 1906 I 315. Poudret/Sandoz COJ ad 36 ch. 1, Birchmeier 152 et FJS no936 15 lit. a; Peter Goepfert, Die zivilprozessuale Streitwertberechnung nach baselstädtischem und Bundeszivilprozessrecht, Thèse Bâle 1939, 21; Würzburger 109 n. 3 et 148 n. 169, Rapp 114. Dans des arrêts isolés, le Tribunal Fédéral a toutefois jugé que la règle de l'addition s'appliquait aussi aux litiges portés directement devant lui; ATF 31 II 195/JT 1906 I 315, ATF 27 II 360 c. 2.

15) ATF 21 917, ATF 18 211, ATF 8 899-900, ATF 5 560. TF RSJ 8 1911 174 no49.

16) Article 42, Loi fédérale provisoire sur la procédure à suivre par devant le Tribunal fédéral en matière civile du 22.11.1850: "Le demandeur ou le défendeur peut simultanément et dans la même procédure faire valoir plusieurs demandes contre le même adversaire, pourvu toutefois que le tribunal soit compétent à l'égard de chacune d'elles". ATF 31 II 197, ATF 21 916, ATF 18 I 787, ATF 15 II 604, ATF 11 II 213, ATF 10 II 555, ATF 8 899-900. Hess 68.

Elle s'applique lorsque des plaideurs non Consorts en dernière instance cantonale forment un recours en réforme commun devant le Tribunal fédéral (17).

La solution a été adoptée en Valais par la jurisprudence (18) contre l'avis de la doctrine qui est favorable à la règle de l'addition (19).

L'ancienne jurisprudence des cantons de Zurich (20), de Soture (21) et de Neuchâtel (22) la consacrait.

La solution fait règle pour la consorité par voie de jonction de causes (23) dans la mesure où la jonction intervient en cours de procédure. La règle de l'addition s'applique en revanche selon une partie de la doctrine lorsque la jonction fait directement suite à la saisine du tribunal, car la consorité est encore considérée comme initiale (24).

Les unités litigieuses sont considérées séparément en procédure italienne (25). Le principe est toutefois contesté en doctrine (26).

-
- 17) ATF 94 II 51/JT 1969 I 62. Poudret/Sandoz COJ 249 ad 47 ch. 1.3, 251 ad 47 ch. 1.4. Birchmeier 155 ad 47 ch. 3, BE Leuch ad 139 ch. 1, Wurzbarger 153 ch. 209.
- 18) VS RVJ 1976 22, RVJ 1975 55, RVJ 1975 174, RVJ 1968 188, RTC 1955 59, RTC 1947 63.
Contra: RTC 1932 54: "Nach Art. 37 ZPO können mehrere Personen als Streitgenossen Mitkläger oder Mitbeklagte sein, wenn zwischen ihnen eine Rechts- oder Pflichtgemeinschaft mit Bezug auf das Streitobjekt besteht. Sofern daher mehrere Streitgenossen mehrere Begehren machen, so ist in Bezug auf den Streitwert als solchen Art. 11/2 ZPO massgebend, dh die Werte der verschiedenen Begehren sind zusammenzuzählen und der aus dieser Addition resultierende Totalbetrag stellt den Streitwert dar".
- 19) Werner Perrig, Berufung und Nichtigkeitsklage im Zivilprozess des Kantons Wallis, Thèse Fribourg 1953, 20.
- 20) ZH RSJ 11 1914 233 no59, ZR 20 1921 87 no39: "Allein wäre unvereinbar mit dem Wortlaut des §22 und würde auch dessen Sinn und Zweck widersprechen, wenn man ganz unabhängig voneinander bestehende Ansprüche, die bloss deshalb, weil sie als auf gleichen Tatsachen und Rechtsgründen beruhend "gleichartig" sind und deshalb nach §38 ZPO im gleichen Verfahren behandelt werden dürfen, dem §22 ZPO unterstellen wollte...Es geht entschieden zu weit, wenn man...die gegenteilige Auffassung damit begründen will, der Wortlaut des §22 sei ungenau. Es ist nicht einzusehen, warum ein Gericht, das zur Behandlung gewisser Klageforderungen sachlich zuständig ist, seine Zuständigkeit deshalb verlieren soll, wenn diese unabhängig voneinander Forderungen mit Zustimmung des Gerichtes behufs Vereinfachung des Verfahrens und Ersparung von Kosten, in einem und demselben Verfahren behandelt werden". ZR 15 1916 145 no80. Sträuli/Hauser 64.
- 21) SO RJB 59 1923 263.
- 22) NE RSJ 16 1920 160 no102: "Il ne suffit pas pour que deux ou plusieurs défendeurs puissent être réunis par le demandeur dans une seule et unique procédure, que le tribunal saisi de la cause soit compétent *ratione loci* à l'égard de chacun d'eux. Il faut qu'il le soit *ratione materiae*".
- 23) NE RJN 1 I 80: "Les affaires jointes restent soumises à la compétence du tribunal désigné par le montant de la somme réclamée dans chacune des actions. On ne peut additionner les sommes réclamées pour déterminer la compétence du tribunal appelé à statuer sur toutes les actions réunies" (cumul objectif de demandes).
- 24) AG Eichenberger ad 18 nm3.
- 25) C 86/376, C 82/6901.
- 26) Litisconsorzio proprio: C 75/3968, C 75/714, C 74/3121, C 73/1078. Contra Andrioli 205, Proto Pisani 1130.
Litisconsorzio improprio: C 76/418, C 75/714, C 73/3294, C 72/1720.
Carpi/Colesanti/Taruffo 182 ad 103 et ad 10 ch. 8.

§2. La valeur litigieuse déterminée par addition

Les arguments avancés à l'appui de l'addition des valeurs ont trait à:

- l'interprétation littérale de la règle de l'addition (27), considérée comme "conforme au texte, à l'esprit et à la systématique des codes de procédure" (28).
- au caractère de cette disposition, *lex specialis* (29), qui déroge à l'exigence de la compétence matérielle du tribunal pour chaque consort (30).
- à l'ampleur du procès, l'addition étant le corollaire du cumul (31) et correspondant au risque encouru par l'adversaire (32). Elle satisfait à l'exigence qu'une instance plus élevée doive s'occuper d'un litige ayant gagné en importance du fait de la pluralité des prétentions (33). Elle l'emporte sur l'intérêt que peut avoir un des consorts à procéder devant une juridiction inférieure (34), mais présente l'inconvénient de faire dépendre la faculté de recourir du bon-vouloir des parties (35).
- au but de la consorité (36).

- 27) BE RJB 58 1922 169, 171: "...Schon der Wortlaut der Bestimmung lässt erkennen, dass man an die Möglichkeit der Begründung der sachlichen Zuständigkeit durch Zusammenrechnung dachte, denn er betont mehr - und eigentlich einzig - das Erfordernis der örtlichen Zuständigkeit, indem er von der Zuständigkeit des Gerichtes für jeden einzelnen *Beklagten* und nicht für jeden einzelnen *Anspruch* spricht..."
- 28) NE ATC VIII 565, 566.
- 29) Elle n'a pas pour but de poser un principe général. ATF 31 II 195/JT 1906 I 315, 318. MCF 1893 68-69. Hess 67.
- 30) Le juge doit être compétent à l'égard de chaque *prétention* (Rechtsbegehren): PCF 24/2b, ZH 40/1 et SZ 37/1, AR 111/1b. OW et SO subordonnent la consorité à la réalisation de la compétence matérielle pour tous les consorts.
LU Entsch. 1947 456 no508: "...Richtig ist...dass die sachliche Zuständigkeit des Gerichtes gegen jeden einzelnen Beklagten gegeben sein muss. Dabei ist aber keineswegs gesagt, dass art. 12 Abs. 1 ZPO...nicht Platz greife".
TG RBOG 1971 60 no11, 61: "Diese gesetzliche Regelung kann nur bedeuten, dass sich bei Klagenhäufung die sachliche Zuständigkeit nicht nach dem Streitwert jedes Einzelanspruchs richtet. Sonst wäre §52/1 ohne Sinn". TG RBOG 1951 67 no5.
ZH Sträuli/Messmer ad 40 nm8: "Die ungleichen Streitwerte stehen der sachlichen Zuständigkeit des Gerichtes nicht entgegen", Sträuli/Hauser ad a22 ch. 1, BE Jolidon 79, BE ad 37 ch. 4.
- 31) W. Baechli, Die Streitwertberechnung bei unechter Streitgenossenschaft nach zürcher Zivilprozessrecht, RSJ 38 1941/42 163, 166: "Die Klagenhäufung zuzulassen, und dann noch die Zuständigkeit und Berufungsfähigkeit nach den einzelnen Streitwerten zu bestimmen, wäre künstlich und sinnwidrig".
- 32) GR PKG 1957 22 no3, 23: "Von mehreren Klägern werden mehrere Forderungen gegen einen Beklagten geltend gemacht. Dringen die Kläger mit ihren Begehren durch, so hat der Beklagte die Summe der von den Klägern geltend gemachten Forderungen zu leisten, dh für den Beklagten steht das Total der von den mehreren Klägern geltend gemachten Ansprüche auf dem Spiel. Das spricht dafür, dass der Streitwert bei einer formellen aktiven Streitgenossenschaft durch Addition der Ansprüche aller Streitgenossen zu ermitteln ist".
- 33) TG RBOG 1971 60 no11, 62: "Eine dadurch allenfalls entstehende Erweiterung der Rechtsmittel, kommt beiden Parteien zugut, und ist eine dem Gesetzgeber bewusste Folge der Zusammenrechnung".
Guldener 113 n. 31, Flopp 58, Geiger 39, Baechli RSJ 38 1941/42 163ss, 166: "Durch die Klagenhäufung entsteht...automatisch ein Rechtsstreit von erhöhter Bedeutung, für den sinngemäss auch die entsprechenden besseren und erweiterten Prüfungsmöglichkeiten zur Verfügung gestellt werden müssen". Wurzbürger 150.
- 34) NE ATC VIII 565.
- 35) Moreau 128.
- 36) BE RJB 58 1922 169, 171: "...auch der Zweck des Instituts spricht gegen das Erfordernis der sachlichen Zuständigkeit des Gerichtes nach dem Streitwert des einzelnen Anspruches...Uebrigens wäre es sonderbar, als Voraussetzung für die Streitgenossenschaft auf die sachliche Zuständigkeit des gleichen Richters abzustellen, dem ja doch vermöge des Zusammenrechnungsprinzips in den meisten Fällen die Kompetenz für die verbundenen Klagen entginge..."

- au souci d'appliquer à la consorité le même régime juridique qu'au cumul objectif (37).
- au fait que l'addition est un principe général (38) reconnu à l'étranger (39), admis au plan fédéral (40), reconnu dans certains cantons et repris par d'autres (41).

La règle de l'addition est ancienne. Elle a été adoptée en 1893 déjà pour faciliter l'accès au recours en réforme (42). L'actuel article 47 OJF a la même teneur à un mot près (43).

La règle de l'addition ne s'applique pas aux procès directs devant le Tribunal Fédéral (44).

La commission d'experts pour la révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire, faisant sienne l'opinion de W. Birchmeier (45), prévoyait d'attribuer une portée générale à la règle de l'addition et de l'appliquer également pour les procès directs (46). Les versions successives du projet et le texte actuel de l'OJF n'ont pas repris la modification envisagée (47).

-
- 37) Baechi RSJ 38 1941/42 163ss, 164 et 166. Matti Streitgenossenschaft 86, AG Eichenberger Beiträge 41. MCF 1892 II 157.
 - 38) BS BJM 1971 308. 309: "...es besteht kein Anlass diese Grundsätze, nicht auch auf das Gravamensystem der baselstädtischen ZPO, welche von der subjektiven Beschwerde des Rechtsmittelklägers ausgeht, anzuwenden...". GR PKG 1957 22 no3. TG RBOG 1971 61 no11: "Die...Praxis bietet keine schlüssigen Gegengründe". NE ATC VIII 565: "(La) solution...est généralement admise en procédure civile...". AG Eichenberger ad 18 nm2.
 - 39) L'addition est admise en procédure allemande: DZPO 5. La procédure française connaît en revanche l'attraction de valeur litigieuse (NCPC 36) alors que la procédure italienne exige la compétence pour chaque consort. Carpi/Colesanti/Taruffo 28 ad 10 nm8 et 182 ad 103.
 - 40) On ne saurait empêcher le législateur cantonal d'adopter la même réglementation que celle de la loi fédérale d'organisation judiciaire.
BE RJB 58 1922 169: "...es ginge nicht...an, bei formeller Streitgenossenschaft von der Zusammenrechnung...abzusehen...Das wäre ausgeschlossen, weil für die Bestimmung der bundesgerichtlichen Kompetenz...doch zusammengerechnet würde...". GR PKG 1989 18 no3, 20: "Aufgrund der prozessrechtlichen Zusammenhänge zwischen der eidgenössischen Berufung und dem letztinstanzlichen kantonalen Verfahren, wäre eine abweichende Streitwertberechnung...wenig sinnvoll". GR PKG 1957 22 no3. NE ATC VIII 565. Matti Streitgenossenschaft 86, AG Eichenberger ad 18 nm2.
 - 41) GR PKG 1957 22 no3.
 - 42) Art. 60/1 LOJ du 23 mars 1893 (FF 1893 I 775ss, 793: "les divers chefs de conclusions par le demandeur ou par des consorts sont additionnés, même lorsqu'ils portent sur des objets distincts, pourvu qu'ils ne s'excluent pas réciproquement"; MCF FF 1893 II 69-69. Motifs du Projet Hafner 104. ATF 31 II 195/JT 1906 I 315, 318. Hess 67.
 - 43) Le terme *réciproquement* a été supprimé.
 - 44) Poudret/Sandoz COJ 244 ad 47.
 - 45) Birchmeier 60 ad 41 ch. 7. Contra Poudret/Sandoz COJ 67 ad 41 ch. 3.3: "...nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de s'écarter de ces principes et d'appliquer...l'addition prescrite par l'article 47 OJF en cas de consorité au sens de l'article 24 al. 2 PCF. En effet, soit les consorts exercent ensemble une seule prétention, soit ils exercent plusieurs prétentions connexes et il n'y a pas lieu de déroger au principe de l'article 24 al. 1er dont la raison d'être vaut également en cas de cumul subjectif".
 - 46) AP 49. Rapport de la commission d'experts, janvier 1982, 43: "Bien qu'en vertu du droit en vigueur et selon l'avant-projet, la valeur litigieuse ne joue de rôle que dans l'administration de la justice civile, les règles concernant sa détermination font l'objet de l'un des chapitres relatifs aux règles générales de procédure. Ce classement systématique permettrait de subordonner d'autres domaines à l'exigence d'une valeur litigieuse minimum".
 - 47) MCF 1985 II 741ss, Modification du 23 juin 1989, FF 1989 II 602ss, Texte rejeté en votation populaire le 1er avril 1990, FF 1990 II 976 et non repris dans le MCF du 18 mars

La règle de l'addition est admise de manière étendue par la procédure (48) et la jurisprudence (49) cantonales.

ZH 19/1	NW 23/1	BL	AG 18/1	GE
BE 139	GL	SH 76	TG 39/1	JU 137
LU 12/1	ZG 13/1	AR 115/4	TI 6c	
UR 27	FR 53.132/2	AI 52/2	VD	
SZ 19	SO 6	SG n74/1	VS 11/2	
OW 5	BS	GR 22	NE 4	

Dans le silence de la loi, on dénombre deux solutions qui ont été ou sont encore pratiquées. La première consiste à étendre la réglementation existante en faveur de l'addition au motif que la loi de procédure est lacunaire (50) et que le silence du législateur n'est pas qualifié (51). La seconde exclut l'addition faute de base légale (52) et écarte une interprétation extensive des règles en vigueur (53).

I. Champ d'application de la règle de l'addition

A. Quant à la qualité des parties: une consorité régulière

La règle de l'addition est subordonnée à l'existence de la consorité (54) et non à une simple jonction de causes (55). Elle suppose une consorité régulière (56). Règle

1991, FF 1991 II 461ss. Texte du 4 octobre 1991, entré en vigueur le 15 février 1991 (ROLF 1992 287ss, 337).

- 48) La législature neuchâteloise vient de changer la teneur de la disposition, n4: "Si la demande porte sur deux ou plusieurs objets, la valeur litigieuse est déterminée par la valeur totale des objets réclamés cumulativement, aussi bien dans le cas où le demandeur fait valoir plusieurs prétentions contre un seul défendeur que dans le cas où ses prétentions s'adressent à plusieurs défendeurs pourvu qu'il existe entre ces derniers un rapport de consorité et que les divers chefs de conclusions ne s'excluent pas réciproquement". L'ancien article 3 CPC ("Si la demande porte sur deux ou plusieurs objets cumulativement, la valeur de tous ces objets est additionnée") avait été repris successivement et sans modification depuis le projet Jacotet de 1848.
- 49) ZH ZR 37 1938 367 no182, ZR 22 1923 239 no124, AG AGVE 1950 65 no13, 67; AG VJS 1943 30, TG RBOG 1988 124 no5, RBOG 1971 60 no11, RBOG 1951 67 no5, RBOG 1939 52 no9, GR PKG 1989 18 no3, PKG 1963 84 no17, PKG 1957 22 no3, VD JT 1983 III 71. VS RVJ 1975 55: Le TC n'admet pas l'addition pour fonder la compétence, sauf si l'une des causes est supérieure à Fr. 8000 auquel cas il y a attraction de valeurs litigieuses inférieures pour fonder la valeur litigieuse. RVJ 1968 188: le TC admet l'addition pour fonder la valeur litigieuse qui sert de base aux honoraires. NE ATC VIII 565, contra CCC VI 65.
- Guldener 113 n. 31 et 32; Fritz Hess, Grundsätze der Streitwertberechnung nach zürcherischem und Bundeszivilprozessrecht, Thèse Zurich 1939, 66; Siegfried Schuller, Die Berechnung des Streitwertes, Thèse Zurich 1974, 56 et citations n. 41.
- ZH Sträubli/Hauser ad a22 ch. 1, Sträubli/Messmer ad 19, BE Leuch ad 37 ch. 4, ad 139, ad 335 ch. 2, SG Lutz ad a76, ad a103 ch. 3; GR A. Berther, Prozessvoraussetzungen im bündnerischen Zivilprozessrecht, Thèse Fribourg 1958, 47; AG Eichenberger ad 18 nm2, Keller/Pfisterer ad a109; AG Max Brändli, Die sachliche Zuständigkeit der aargauischen Zivilgerichte, Thèse Bâle 1984, 78; VD Rapp 119.
- 50) GR PKG 1957 22 no3. La règle est toujours prétorienne aux Grisons en dépit d'un nouveau code de procédure civile. PKG 1989 18 no3.
- 51) ZH ZR 22 1923 239 no124, 241: "§22 gibt keine völlig klare Auskunft, ob...die einzelnen Streitwerte zusammenzurechnen seien. Dies ist aber wohl anzunehmen, da §226 der alten ZPO die Zusammenzählung ausdrücklich vorschrieb".
- 52) ZH ZR 15 1916 145 no80.
- 53) VS RTC 1947 64-65.
- 54) NE n4/1: "...pourvu qu'il existe entre ces derniers un rapport de consorité...".

de calcul (57), elle implique un référentiel pour apprécier l'existence du cumul subjectif.

Au plan fédéral, le référentiel est depuis un arrêt de 1977 (58) l'article 24 al. 2 de la loi fédérale de procédure civile en vertu du renvoi de l'article 40 OJF (59). La solution permet d'assurer un critère uniforme et de le tirer du droit fédéral (60). L'ancienne jurisprudence se référait au seul droit cantonal de procédure (61). Il importe peu que les demandes aient devant l'instance cantonale été exercées d'emblée simultanément ou qu'elles aient été jointes ultérieurement. Il faut mais il suffit qu'elles aient fait l'objet d'une décision unique (62) devant la dernière instance cantonale. Cette dernière doit avoir statué définitivement à l'égard de chaque consort (63). La

Le TF a tiré l'exigence du texte allemand de l'article 60 aOJF qui prévoyait que les diverses prétentions devaient être exercées dans une seule demande ("in einer Klage"). La précision n'a subsisté que dans la version allemande de l'article 47 OJF et n'est plus appliquée (Poudret/Sandoz COJ 252 ad 47 ch. 1. 4). On retrouve la même condition ("in einer Klage") à LU 12/1, UR 27, NW 23/1 et SH 76. ZH 19/1, BE 139, AG 18/1, VS 11/2 et JU 137 exigent plus largement le même procès ("im gleichen Prozess").

55) Poudret/Sandoz COJ 250 ad 47 ch. 1.4.

56) BE RJB 59 1923 173 no4, AG AGVE 1950 65 no13, VJS 1943 30 no9, TG RBOG 1971 60 no11, 61, VD JT 1983 III 71: "...le montant des conclusions de chaque consort doit être additionné pour calculer la valeur litigieuse dès l'instant où les conditions de la consorité sont remplies...". Guldener ZPR 113 n. 31, Muti Streitgenossenschaft 91; Paul Bonard, Les sanctions des règles de compétence, Thèse Lausanne 1985, 135; AG Eichenberger ad 18 nm3, AG Max Brändli 78, Lindacher JuS 1986 380: "...andernfalls könnte durch die unzulässige Verbindung die Zuständigkeit...erschlichen werden", Zöller ad 59-60 nm8.

57) Birchmeier ad 47 OJF.

58) ATF 103 II 41/JT 1977 I 559 rés.

59) Il est intéressant de noter dans ce contexte que les conditions du cumul objectif relèvent quant à elles exclusivement de la procédure cantonale. Poudret/Sandoz 249 ad 47 ch. 1. 3.

60) Il arrive toutefois que le TF lui-même additionne les divers chefs de conclusions sans vérifier l'existence de la consorité, ATF 111 II 245/JT 1986 I 2, ATF 104 II 124/JT 1978 I 279 rés. Poudret/Sandoz COJ 252 ad 47 ch. 1.4. Georg Messmer/Hermann Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zurich 1992, 88 ch. 63 n. 49: "Massgebend ist Art. 24 BZP, aber ohne dass ein bestimmter Streitwert und eine gemeinsame Klage vorliegen müssten...Fehlt es an einer Streitgenossenschaft, so ist unbeachtlich, dass im kantonalen Verfahren mehrere Ansprüche aus praktischen Gründen zusammengefasst werden".

61) Sous l'ancienne jurisprudence, n'étaient considérés comme consorts que ceux auxquels le droit cantonal reconnaissait cette qualité, ou qui avaient été traités comme tels par la juridiction cantonale. ATF 100 II 453/JT 1976 I 439 no46, ATF 95 II 200/JT 1970 I 90, ATF 94 II 53, ATF 89 II 370/JT 1964 I 529, ATF 86 II 59/JT 1960 I 309, JT 1946 I 420, ATF 40 II 76, ATF 37 II 342, ATF 25 II 975/JT 1900 I 170, ATF 23 1680.

62) ATF 116 II 587, 589: "Selon la jurisprudence rendue en application de cette règle, sont additionnées les divers chefs de conclusions qui ont été effectivement réunis en instance cantonale et qui ont fait l'objet d'une décision unique dans le cadre d'une même procédure: les actions ne doivent pas nécessairement avoir été d'emblée exercées simultanément; la jonction par l'autorité cantonale de plusieurs procès introduits séparément suffit, l'état de la cause en dernière instance cantonale étant déterminant", ATF 103 II 41/JT 1977 I 559 rés, Arrêts non publiés Conrad Zschokke SA du 2 mars 1976 c. 2 et Promotex SA du 25 janvier 1966 c. 2. La solution s'écarte du texte légal allemand comme le font remarquer Poudret/Sandoz COJ 251 ad 47 ch. 1.4, mais il peut en être fait abstraction selon ces auteurs, la version française de l'article 47 OJF n'en faisant plus mention. Comp. l'ancienne jurisprudence: ATF 86 II 59/JT 1960 I 309, 310: "Le mot important de cette disposition, c'est l'article "une". Il signifie que les chefs de conclusions peuvent seulement s'additionner s'ils sont formés dans une seule et même action (Klage) et non pas dans diverses demandes...Les mots Streitgenossen, consorts montrent aussi que les chefs de conclusions ne s'additionnent pas lorsqu'ils sont formulés dans plusieurs demandes. C'est ainsi que le TF a déjà interprété précédemment les articles 60/1 ancien et 47 al. 1er actuel". Egalement ATF 78 II 182/JT 1952 I 502, ATF 40 II 75.

jurisprudence réserve les cas où la jonction avait pour seul but d'éluider les règles fédérales de compétence ainsi que ceux où elle a eu pour seul effet de conduire à la simultanéité des débats (64).

Le référentiel est au niveau cantonal le code de procédure civile lui-même, et plus précisément les dispositions topiques sur la consorité.

Le droit cantonal renvoie parfois aux règles posées par le législateur fédéral et plus particulièrement à l'article 47 OJF en ce qui concerne la compétence de certaines instances (65). La question de savoir si ce renvoi ne vise que la disposition précitée ou la loi dans son entier est controversée. *Le renvoi du législateur cantonal au seul article 47 OJF* est un renvoi à une règle de calcul de sorte que le référentiel pour l'admissibilité de la consorité reste dans le droit cantonal de procédure. Le calcul de la valeur litigieuse s'opère en d'autres termes selon le droit fédéral et le cumul d'actions s'examine selon le droit cantonal. Le système présente l'inconvénient d'autoriser l'addition devant une instance cantonale déterminée et de l'interdire devant une autre. *Le renvoi à l'OJF dans son entier* est lui-même un renvoi à la loi fédérale de procédure civile en vertu de l'article 40 OJF. La consorité devant une instance cantonale est ainsi réglée par le droit fédéral de procédure (66). Le système fait abstraction des conditions fixées par le droit cantonal et comporte le danger que la consorité soit admissible devant certaines instances en vertu du droit cantonal et ne le soit plus devant d'autres instances cantonales en vertu du droit fédéral. Les auteurs ne s'accordent pas sur l'étendue du double renvoi. Ce dernier ne concerne pour certains que l'instance qui en fait l'objet, le droit cantonal s'appliquant aux autres tribunaux (67), pour d'autres, la loi fédérale de procédure civile s'applique sans réserve à tous les tribunaux cantonaux (68). Une troisième variante consiste à rejeter toute application de la loi fédérale de procédure civile à un tribunal cantonal ce que font certains auteurs pour des raisons historiques (69).

63) ATF 25 II 975/JT 1900 I 170.

64) ATF 116 II 587, 591, ATF 103 II 41, 46/JT 1977 I 559 rés.

65) Exemple: VD 116 OJ: "Les conclusions pécuniaires de la demande ou celles de la réponse si elles sont plus élevées déterminent la valeur litigieuse du procès. Celle-ci est calculée conformément à la loi d'organisation judiciaire fédérale (art. 36 et 47 OJF)".

66) Pour un cas d'application VD JT 1983 III 71, 76: "... C'est selon l'article 24 al. 2 PCF, qui prévoit le cumul subjectif, qu'il faut déterminer si la réunion des diverses prétentions en instance cantonale par plusieurs demandeurs remplit les conditions nécessaires pour l'addition des divers chefs de conclusions, en application de l'article 47 al. 1er OJF... La chambre des recours a considéré que l'effet de la jonction subsistait, quand bien même les conditions d'une jonction de cause suivant l'article 76 CPC (*donc du droit cantonal*) n'étaient plus réunies, et c'est pour ce seul motif qu'elle a constaté que l'application des règles déduites de l'article 47 OJF (*donc de la PCF par renvoi*) avait pour effet de maintenir l'entier d'une cause destinée à faire l'objet d'une seule instruction et d'un seul jugement devant la Cour civile... La jurisprudence fédérale... n'exclut pas... le cumul subjectif, dont l'admission dépend du seul droit cantonal de procédure... L'article 74 CPC le prévoit expressément. La règle de l'addition peut en conséquence s'appliquer dans le cas particulier puisque les prétentions des demandeurs satisfont aux critères dégagés par la jurisprudence fédérale et par l'article 24 al. 2 PCF..." et 77 n. 4: "... S'il est sans doute juste d'appliquer directement cette jurisprudence renvoyant à l'article 24 al. 2 PCF pour déterminer la compétence de la Cour Civile, qui dépend de la recevabilité d'un recours en réforme au TF (art. 74 OJF), sans doute suffit-il que la consorité soit admise au regard de l'article 74 CPC pour procéder à l'addition prévue à l'article 47 OJF, auquel renvoie l'article 116 OJF, lorsqu'il s'agit de déterminer la compétence ratione valoris des autres juridictions vaudoises...". Les parenthèses dans la citation sont une adjonction de notre plume.

67) Poudret JT 1983 II 77. *Rivier Charmey*. Les règles de compétence attributives des autorités judiciaires vaudoises en matière civile, Thèse Lausanne 1987, 93.

68) VD JT 1983 III 71.

69) Ainsi Rapp 118 n. 38.

B. Quant à la nature de la consorité

1. Consorité active et/ou passive ?

La règle de l'addition est subordonnée dans certains cantons à l'existence de la seule *consorité active*: ainsi dans celui d'Uri selon la doctrine (70) et dans le canton du Valais selon une jurisprudence abandonnée depuis (71).

Le canton de Neuchâtel adopte une position singulière. Le code de procédure civile de 1925 ne visait ni la consorité active, ni la consorité passive (72). La jurisprudence a limité l'application de la règle à la consorité active (73). Le nouveau code de procédure civile neuchâtelois de 1991 l'a renversée et subordonne l'addition des valeurs à l'existence de la consorité passive (74). Le législateur neuchâtelois nous paraît justifier la différence au motif que l'intérêt pour le calcul de la valeur litigieuse est celui du demandeur, que cet intérêt n'augmente pas lorsqu'il y a consorité active puisque chaque consort poursuit ses propres prétentions et ne profite pas de celles de ses colitigants, qu'en revanche il est proportionnel au nombre d'adversaires lorsqu'il y a consorité passive d'où l'addition des valeurs (75). Il faut considérer la disposition actuelle comme lacunaire et non comme constitutive d'un silence qualifié. Sa formulation résulte "du souci d'apporter quelques précisions à la matière" (76). Elle démontre que le législateur n'entendait pas écarter la jurisprudence relative à la consorité active qui n'est pas mentionnée dans l'exposé des motifs (77). La jurisprudence conservant ainsi toute sa valeur, la règle de l'addition vise aussi bien la consorité active que la consorité passive.

Dans la majorité des cantons, la règle de l'addition est limitée par le législateur à la consorité active (78), mais a été étendue par la jurisprudence à la consorité

-
- 70) UR B. Aschwanden 64.
71) RTC 1956 158 no49, RTC 1947 63. Changement de jurisprudence à RVJ 1975 174.
72) NE a3/1: "Si la demande porte sur deux ou plusieurs objets cumulativement, la valeur de tous ces objets est additionnée".
73) NE ATC VIII 565, CCC VI 64: "L'adverbe cumulativement ne concerne que le cas où il s'agit d'un seul défendeur, il exclut le cas de plusieurs défendeurs", NE RSJ 16 1919/1920 160 no102.
74) NE n4/1: "Si la demande porte sur deux ou plusieurs objets, la valeur litigieuse est déterminée par la valeur totale des objets réclamés cumulativement, aussi bien dans le cas où le demandeur fait valoir plusieurs prétentions contre un seul défendeur que dans le cas où ses prétentions s'adressent à plusieurs défendeurs, pourvu qu'il existe entre ces derniers un rapport de consorité et que les divers chefs de conclusions ne s'excluent pas réciproquement".
75) Dans ce sens GR PKG 1957 22 no3.
76) Rapport du Conseil d'Etat de la République et Canton de Neuchâtel du 11 mai 1988, 8.
77) Nous regrettons qu'il n'ait pas saisi l'opportunité de la codifier.
78) La terminologie diffère. ZH 19, SZ 19, OW 5, SO 6 parlent de *Rechtsbegehren*. BE 139, JU 137 parlent de *réclamations* et dans la teneur allemande de *Klageansprüche*. VS 11/2 de *réclamations* et de *Begehren*, FR 53 parle de *chefs de conclusions*. GR 22/1 parle de *klägerische Forderungen*. LU 12/1, UR 27, NW 23/1, ZG 13/1, SH 76, AR 115/4, AI 52/2, AG 18/1 et TG 39/1 parlent de *Ansprüche*. Or, le terme de *Anspruch* ne signifie jamais conclusions. L'article 47 OJF révèle la même différence dans ses teneurs française et allemande. La première mentionne l'existence de conclusions, la seconde subordonne l'addition à la présence de mehrere *Ansprüche*. Son interprétation qui n'a pas suscité de controverses sur ce point doit pouvoir être appliquée aux dispositions cantonales qui ont la même teneur. cf. Wurzbürger 150. TI 6 parle de *demande*. NE 4/1 et a3/1 parle d'*objets*. L'expression nous paraît la plus adéquate. Voir également Foudret/Sandoz COJ 245 nt 47 ch. 1.2.1.
Wurzbürger 154 ch. 210 paraît limiter l'application de l'article 47 OJF à la seule consorité active.

passive (79) au motif que c'est une solution logique (80) et qu'aucune raison sérieuse ne s'y oppose (81).

Dans les cantons qui ne le précisent pas, il faut admettre que la règle de l'addition y vise aussi bien la consorité active que la consorité passive (82).

La règle de l'addition vaut également en cas de consorité mixte dans la mesure où les procès portent sur des objets distincts (83).

2. Consorité matérielle et/ou formelle ?

Le législateur ne dit pas quelle forme de consorité autorise l'addition. Il résout la question de manière indirecte en la subordonnant à la condition que les conclusions litigieuses soient présentées dans le même procès (84), qu'elles soient distinctes économiquement (85) et susceptibles d'être réclamées et admises cumulativement. Il ne suffit en d'autres termes pas qu'une prétention soit exercée par plusieurs demandeurs ou contre plusieurs défendeurs. Il faut encore que le procès porte sur plusieurs objets distincts (86). Pas plus que l'article 60 OJF de 1893, l'article 47 actuel

- 79) ATF 103 II 41, 43/JT 1977 I 559 rés, ATF 82 II 59/JT 1960 I 309, ATF 72 II 171/JT 1946 I 420: "L'article 47 OJF relatif aux consorts demandeurs est certainement applicable aux consorts défendeurs", ATF 63 II 20/JT 1937 I 338, ATF 32 II 221. Weiss Berufung 64 ch. 6, Birchmeier 155 ad 47 ch. 3 et FJS no 936 16 ch. 4 lit. g, Goeplet 33, Poudret/Sandoz COJ 250 ad 47 ch. 1.4.
LU Entsch. 1947 456 no 508: "es bestehen keine triftigen Gründe bei einer passiven Streitgenossenschaft...eine Ausnahme eintreten zu lassen. Denn es ist nicht einzusehen, wieso die passive Streitgenossenschaft eine andere Stellung als die aktive Streitgenossenschaft einnehmen und praktisch hinsichtlich des Rechtsmittelzuges in ihren Rechten verkürzt werden sollte. Die Rechtssprechung über 47/1 OG...stellt denn auch die passive der aktiven Streitgenossenschaft gleich...".
BE RJB 58 1922 169, BE Jolidon 79. GR PKG 1989 18 no 3, PKG 1963 84 no 17, KG 1957 22 no 3. VS RVJ 1975 174, NE ATC VIII 565: "La valeur litigieuse est déterminée par la valeur totale des objets réclamés cumulativement, même quand les prétentions s'adressent à plusieurs défendeurs, non à un seul, pourvu qu'il y ait entre eux un rapport de consorité".
Contra: CCC VI 64.
- 80) GR PKG 1957 22 no 3, 23.
- 81) LU Entsch. 1947 456 no 508.
- 82) SZ 19/1, NW 23/1 et SH 76 subordonnent l'addition à une pluralité de conclusions. OW 5, SO 6 à l'existence de la consorité ("Liegt Streitgenossenschaft vor..."), SG 74/1 à celle de la consorité simple, AR 115/4 et IR 52/2 à l'existence d'un cumul de demandes ("Bei Klagenhäufung...").
- 83) NJW 1954 1692: "Findet eine subjektive Klagenhäufung derart statt, dass zwei Gläubigern vier Schuldner gegenüber stehen, so ist der Streitwert zu vervielfachen...Es handelt sich somit um die Zusammenfassung von 8 Verfahren". Critique de l'arrêtiste, M. Tschischgale: "Es handelt sich...um eine sog. subjektive Klagenhäufung im Sinne des § 59 DZPO auf der Aktiv- wie auf der Passivseite...Da es sich bei den Antragsgegnern aber offensichtlich um gemeinschaftlich Verantwortliche handelt, die gemäss § 830 BGB als Gesamtschuldner haften, ist es nicht gerechtfertigt, den verdoppelten Streitwert noch zu vervielfachen".
- 84) AG 18/1, VS 11/2. Même un procès reconventionnel: ATF 22 1076.
- 85) Geiger 39, Maul Streitgenossenschaft 85, Wurzbacher 151, Lindacher JuS 1986 380, Zöllner 16 ad 3 nm16: "Um die wirtschaftlich gleiche und deshalb nur einmal zu bewertende Leistung handelt es sich, wenn ein Streitgenosse zusätzlich auf Duldung in Anspruch genommen wird" (Renvoi à JurBüro 1957 316), ad 546 nm14: "Bei Streitgenossen auf derselben Parteiseite entfällt eine Addition der Werte soweit sich die Beschwer deckt...".
Comp. Messmer/Imboden 88 n. 49: "Hauptintervention führt weder zu einer Streitgenossenschaft noch zu einer Zusammenrechnung der Ansprüche, weil die Rechtsbegehren sich ausschliessen" (Renvoi à ATF 95 II 202).
- 86) "Les divers chefs de conclusions ne doivent pas s'exclure". ZH 19/1, BE 139, LU 12/1, UR 27, OW 5, NW 23/1, ZG 13/1, FR 53, SO 6, AR 115/4, IR 52/2, SG 74/1, AG 18/1, TG 39/1, VS 11/2, NE 4, JU 137, SZ 19/1, SH 76, GR 22/1 ne précisent pas ce point. A LU 12/1, UR 27, IR 27 et FR 53, il y a addition, "même si les demandes portent sur des objets distincts", "auch wenn sie nicht den gleichen Gegenstand betreffen".
ATF 57 II 118/JT 1931 I 602, ATF 50 II 64-65/JT 1924 I 215, ATF 33 II 707.

ne fait dépendre l'addition des valeurs litigieuses de la connexité des prétentions litigieuses. Le Tribunal fédéral n'a pas à vérifier l'existence de cette condition (87).

Lorsqu'il y a solidarité active ou passive, la somme réclamée ne compte qu'une seule fois, lors même que du point de vue de la procédure il y a plusieurs prétentions en justice (88). En revanche, si les consorts actionnent ou sont actionnés pro quota, le total des montants constitue la valeur litigieuse (89). Lorsque l'un de deux défendeurs solidaires a été libéré en première instance et que le jugement est devenu définitif à son égard, il n'y a pas réduction de l'objet du litige par moitié. Le demandeur qui avait conclu à condamnation solidaire peut maintenir devant l'instance de recours l'entier de ses conclusions au regard de la seule partie demeurée en cause (90).

La règle de l'addition ne s'applique pas lorsqu'il y a consorité nécessaire matérielle, car il n'y a qu'une seule prétention en litige (91) dont le caractère unitaire n'est pas modifié par la pluralité des parties.

Poudret/Sandoz 252 COJ ad 47 ch. 1.4 et 1.5, Birchmeier 154 ad 47 ch. 3 et ch. 5, Wurzbürger 151 ch. 207: Il faut que plusieurs conclusions soient contestées, et 154 ch. 211: "Ils s'excluent quand ils ne peuvent être admis cumulativement, ainsi lorsqu'ils font double emploi", Schuller 56, Hess 78, BE Leuch ad 139, AG Eichenberger ad 18 nm2. L'existence de prétentions distinctes dans la consorité simple formelle exclut l'addition en procédure valaisanne: VS RVJ 1968 188-189.

- 87) ATF 99 II 125/JT 1973 I 551. ATF 89 II 370, 385: "L'art. 47 OG...non pone condizioni quanto alla connessione tra le diverse cause, ma esige soltanto la cumulatione di più domande davanti all'istanza cantonale in un unico procedimento". Wurzbürger 153-154 ch. 210 et références à n. 194, Rapp 118 ch. 104, Birchmeier 154 n. 2, FJS 936 15 4c, Goepfert 33, BE Leuch ad 139 ch. 1.

- 88) *Expressis verbis* TI 6.
RSJ 35 1938/39 35 no5: "Es liegt im Wesen der (passiven) Solidarität, dass zwar auf der Schuldnerseite zwei oder mehrere Schuldner vorhanden sind, dass aber materiell der Wert einer Forderung, weil durch Zahlung des einen Schuldners der andere frei wird und die ganze Forderung getilgt ist, mit dem Nennwert zusammenfällt...Die zivilrechtliche Ausmittlung der eigentlichen Höhe der Forderung hat auch für das Zivilprozessrecht zu gelten, das ja dazu geschaffen ist, die Forderungen des Zivilrechts durchzusetzen", AG AGVE 1950 65 no13, 67, TG RBOG 1971 60 no11, GR PKG 1957 22 no3: "...ist...eine materielle Streitgenossenschaft gegeben, kommt Addition...in der Regel schon der Natur der Sache nicht in Frage, weil dann nur ein streitiges Recht oder eine streitige Verpflichtung vorhanden ist, welche mehreren Personen zukommt".
NJW 1987 1148, JurBüro 1985 590, AnWB 1985 203: Ob der zweite Beklagte erst nachträglich in Anspruch genommen wird, ist unerheblich, RG 116 306, JW 1938 251, Rechtspfleger 1956 296.
Guldener 113 n. 31 et 32, Poudret/Sandoz COJ 245 ad 47 ch. 1.2.1, Weiss Berufung 61-62, 63 et 65, Hess 82, Wurzbürger 151 ch. 207, Geiger 40: D. Maday, Das Wesen der Streitgenossenschaft und die Art der Streitwertberechnung, RSJ 42 1946 209ss et 233ss, 237, ZH Sträuli/Messmer ad 19 nm3, BE Leuch ad 139 ch. 2, UR B. Aschwanden 65, FR Deschenaux/Castella 42, AG Eichenberger ad 18 nm2, Max Brändli, Die sachliche Zuständigkeit der aargauischen Zivilgerichte, Thèse Bâle 1984, 78, TI Picard 220, Ottaviani 63 et la doctrine allemande unanime.
Contra: Il y a addition en procédure valaisanne: VS RVJ 1968 188, 190, RVJ 1976 22.

- 89) ATF 65 II 184/JT 1940 I 20, Maday 237, Wurzbürger 151, Fasching ZPR 140 nm261, Il y a donc addition lors même que la consorité est matérielle.

- 90) ATF 19 575, 581.

- 91) *Expressis verbis* TI 6c.
Le TF a déjà eu l'occasion de le dire sous l'empire de l'OJF de 1893: ATF 23 1676, 1680 c. 2, BE RJB 48 1910 639 no68, GR PKG 1957 22 no3.
Wurzbürger 151: "Comme une seule action est alors litigieuse, il ne saurait être question d'addition". Matli Streitgenossenschaft 85, Maday 237, Hess 82, Poudret/Sandoz COJ 248 ch. 1.2.4, Schuller 56 n. 44, ZH Sträuli/Hauser 64, BE Leuch ad 139 ch. 2, AG Eichenberger ad 18 nm2, Brändli 77 n. 45, Keller/Pfisterer ad 109 ch. 2, TI Picard 220, Rapp 162; Rivier Charnay, Les règles de compétence attributives des autorités judiciaires vaudoises en matière civile, Thèse Lausanne 1987, 92.
Contra: VS RVJ 1976 22.

L'existence d'une obligation indivisible constitue une autre exception à la règle de l'addition (92).

Il en va de même de la *consortité alternative* (93). Les actions s'excluent l'une l'autre, car l'admission de l'une entraîne le rejet de l'autre (94). La valeur litigieuse est dans un tel cas la valeur la plus faible. L'idée est que le défendeur optera pour celle-ci (95).

Il n'y a de même pas addition lorsque la *consortité est éventuelle*. Cette dernière présente une prétention principale et une prétention subsidiaire qui ne peuvent être accueillies simultanément (96). La valeur litigieuse est dans un tel cas soit la valeur de la seule conclusion principale, même si la conclusion subsidiaire a une valeur plus élevée (97), soit plus généralement la conclusion présentant la valeur la plus élevée (98).

La question de savoir quelle forme de consortité autorise l'addition des valeurs fait l'objet d'une jurisprudence fort confuse. La synthèse des jugements ne permet pas d'établir pour toute la Suisse une liste uniforme, les tribunaux admettant l'addition pour un type de consortité dans un canton donné et l'excluant dans le canton voisin pour la même forme de cumul subjectif.

On peut classer la jurisprudence en trois groupes.

La divisibilité est la règle dans le premier groupe, l'addition l'exception. Il en est ainsi dans le canton du Valais depuis 1975. L'addition y est la règle pour la consortité nécessaire (99) et la consortité matérielle, notamment en cas de solidarité (100); la divisibilité pour la consortité simple formelle (101). Les tribunaux valaisans

-
- 92) Expressis verbis TI 6. TI Picard 220, Ottaviani 63. Stein/Jones ad 5 nm10.
- 93) TI 6. Geiger 40, Poudret/Sandoz 253 ad 47 ch. 1. 5, TI Ottaviani 63, Wurzbürger 154 ch. 211.
- 94) ZH Sträuli/Messmer ad 19 nm3 assimilent ce cas à celui où une prestation est réclamée à des débiteurs solidaires, alors que l'absence de pluralité d'objets suffit à écarter l'addition. Poudret/Sandoz 253 ad 47 ch. 1. 5.
- 95) Birchmeier 43 ad 36 ch. 3 lit. h et FJS 936 14 lit. 2, Wurzbürger 155 ch. 211, Hess 78, Poudret/Sandoz 262 ad 36 ch. 3.2. BE Leuch ad 138 ch. 1.
Contra AG Eichenberger ad 18 nm1: "Bei alternativen Beghären ist der Anspruch mit dem höheren Streitwert massgebend", Max Brändli, Die sachliche Zuständigkeit der aargauischen Zivilgerichte, Thèse Bâle 1984, 77.
- 96) ATF 50 II 64-65/JT 1924 I 215.
Birchmeier 156-157 ad 47 ch. 5 et FJS no 936 16 ch. 4 lit. f, Wurzbürger 154 ch. 211, Weiss 62 lit. a, Poudret/Sandoz COJ 252-253 ad 47 ch. 1.5. BE Leuch ad 139 ch. 2, FR Deschenaux/Castella 42, TI Ottaviani 63.
- 97) Goepfert 20, Wurzbürger 155 ch. 211. BE Leuch ad 138 ch. 1, AG Eichenberger ad 18 nm1.
- 98) ATF 16 405 c.2.
Guldener ZPR 113 n. 32, Hess 78, Birchmeier 43 ad 36 n. 3 lit. h et FJS 936 14 e, Poudret/Sandoz COJ 262 ad 36 ch. 3.2. Brändli 77.
- 99) VS RVJ 1976 22, 24, RVJ 1968 188, 189: "Il n'y a lieu d'additionner, pour calculer la valeur litigieuse, les prétentions formulées par plusieurs demandeurs ou contre plusieurs défendeurs, que s'ils sont consorts au sens de l'article 37 CPC, c.à.d s'il existe entre eux une communauté de droits et d'obligations... Tel est...le cas pour les actions fondées sur des droits subjectifs qui ne peuvent être réclamés en justice que par plusieurs personnes agissant ensemble ou contre plusieurs personnes défendant ensemble... il y a là consortité nécessaire...".
- 100) VS RVJ 1976 22, 24.
L'addition est la règle en droit autrichien pour la consortité nécessaire matérielle (Fasching ZPR 189 nm369) et pour la consortité simple matérielle, mais non lorsqu'il y a solidarité (Rechberger/Simotta 68 nm129). Il n'y a pas addition lorsque la consortité simple est formelle (Rechberger/Simotta 70 nm133).
- 101) VS RVJ 1976 22, 24: "Malgré les termes de l'art. 11/2 CPC, pour le calcul de la valeur litigieuse, les demandes cumulées ne s'additionnent pas, sauf cas de consortité nécessaire ou de solidarité, même s'il faut au contraire les additionner pour le calcul des honoraires de

autorisent toutefois à certaines conditions et uniquement pour le recours une attraction ratione valoris dans ce dernier cas (102). Il en était ainsi sous l'ancienne jurisprudence zurichoise: la consorité matérielle autorisait, voire imposait l'addition (103). Il en allait de même sous l'ancien code argovien (104). Telle est enfin la règle en droit autrichien (105).

L'addition est la règle dans le deuxième groupe, la divisibilité l'exception. Il y a addition pour la consorité simple formelle et divisibilité pour les autres formes de consorité. Il en est ainsi dans le canton des Grisons (106) et du Tessin (107).

Le troisième groupe admet l'addition aussi bien pour la consorité formelle que la consorité matérielle. Il en est ainsi en procédure fédérale pour le recours en réforme (108) et dans les cantons de Berne et du Jura (109), dans l'actuelle jurisprudence zurichoise (110), dans le canton de Lucerne dans le silence de la loi (111), dans le canton de Thurgovie (112) et de Fribourg (113) et de Vaud (114). Il en était ainsi dans la pratique valaisanne jusqu'en 1975 (115). Le droit allemand admet la même solution (DZPO 5).

l'avocat", RVJ 1975 55, RVJ 1975 174, RVJ 1968 188, RVJ 1967 436, RTC 1956 158, RTC 1947 63, VS Fux 35. Contra: *Werner Perrig, Berufung und Nichtigkeitsklage im Zivilprozess des Kantons Wallis*, Thèse Fribourg 1953, 20.

102) VS RVJ 1972 6. Voir infra.

103) Baechi RSJ 38 1941/42 163ss, 164 et la jurisprudence citée.

104) AG AGVE 1950 65 no13.

105) Rechberger/Simotta 68 nml29: "Bei der materiellen Streitgenossenschaft findet... ausser im Fall der Solidarität - im Rahmen der Wertzuständigkeit eine Zusammenrechnung statt..." (renvoi à JN 55) et nml33, Roth 221-222.

106) GR PKG 1963 84 no17: "Bei der formellen Streitgenossenschaft ist der für die Feststellung der sachlichen Zuständigkeit massgebende Streitwert durch Addition der Ansprüche aller Streitgenossen zu ermitteln". PKG 1957 22 no3.

107) TI 6c. Ottaviani 63-64.

108) ATF 89 II 370, 384: "L'art. 47 OG...non distingue tra litesconsorzio materiale e formale...". ATF 23 1676, 1680 c. 2: "Art. 60 OG geht nicht von einem bestimmten Begriff der Streitgenossenschaft aus...". Wurzbürger 148.

109) BE RJB 58 1922 169, 172.

BE Leuch ad 37 ch. 4, ad 139 ch. 1, ad 159 ch. 3, Jolidon 79, Flepp 57: "...Da kein einschränkender Zusatz hinsichtlich der Zuständigkeit beigefügt ist, ist die Zusammenrechnung für alle Fälle von Streitgenossenschaften möglich, sowohl für die materielle als auch für die formelle...". Matti Streitgenossenschaft 85 et 90 et ZPR 1965, JU Ceppi 37 et 39.

110) ZH Sträuli/Messmer ad 19 nml, Sträuli/Hauser ad a22 ch. 1.

111) LU Entsch. 1940 1077 no837/RJB 76 1940 464: "Aus dem Fehlen einer Einschränkung des Begriffes Streitgenossen in Art. 60/2 und 12/1 ZPO, ist zu schliessen, dass die Zusammenrechnung der mehreren...in einer Klage vereinigten Ansprüche...zu erfolgen hat ohne Rücksicht darauf, ob es sich um eine materielle oder bloss formelle, echte oder unechte Streitgenossenschaft handelt".

112) TG RBOG 1971 60 no11/RSJ 68 1972 314 no190.

113) FR Extraits 1976 79: "L'article 53 CPC s'applique aux chefs de conclusions formés par les consorts, sans qu'il y ait lieu à distinguer entre la consorité formelle de l'article 87 et la consorité matérielle de l'article 86...qui paraît d'ailleurs réalisée en l'espèce. La valeur du présent litige est donc représentée par le supplément des parts dévolues aux demandereses si la nullité du second testament est reconnue". FR Deschenaux/Castella 42.

114) *Ryvier Charmey, Les règles de compétence attributives des autorités judiciaires vaudoises en matière civile*, Thèse Lausanne 1987, 92.

115) VS RVJ 1975 174: "La pratique antérieure selon laquelle l'article 11/2 CPC (calcul de la valeur litigieuse par addition des demandes) s'appliquait sans limitation à tous les cas de cumul de demandes formées par plusieurs demandeurs contre un défendeur ne peut être maintenue", RVJ 1973 12, RVJ 1968 188, RTC 1956 158, RTC 1955 59, RTC 1947 63.

II. Les effets de l'addition

A. Procès direct

Lorsque le procès est direct, les prétentions pécuniaires qui par leur valeur ne pourraient l'être individuellement sont attirées devant l'instance supérieure grâce à l'addition (116). Le fait que l'une des unités litigieuses n'atteint pas le minimum de compétence du tribunal ne crée pas d'obstacle à la réunion des causes, puisque le total seul est considéré. La somme des prétentions ne comprend pas la valeur de celle sur laquelle, faute de remplir les conditions de recevabilité et de la consorité, il ne peut être entré en matière (117). Lorsque la consorité est irrégulière au début de procédure, le juge divise les causes et la valeur litigieuse est celle de chaque cause individuelle. Lorsqu'elle devient irrégulière en cours de procédure et qu'il y a division de cause, l'addition des valeurs subsiste (118).

Lorsque le total des valeurs dépasse le chiffre limitant la compétence ratione valoris d'un tribunal (119), l'adversaire des consorts peut soulever l'exception d'incompétence (120), car une condition du cumul fait défaut. Le tribunal dont la compétence maximale est dépassée peut diviser les causes (121) ou renvoyer les parties devant les juridictions ordinaires (122). Bien que la règle ait des effets pervers dans cette seconde hypothèse, on ne saurait en déduire que le législateur entend limiter la consorité aux seuls cas où la somme des valeurs ne dépasse pas le seuil de compétence du juge. Une réponse affirmative aurait pour effet de rendre la consorité illusoire alors qu'elle est autorisée par le législateur (123). Les parties qui veulent saisir une instance spécialisée ne peuvent que renoncer au cumul. Celles qui veulent agir en consorité ne peuvent que renoncer à procéder devant un tribunal spécial et agir devant un tribunal ordinaire.

B. Procès sur recours

Il faut distinguer suivant que tous ou une partie des consorts recourent.

Lorsqu'il y a eu consorité devant la dernière instance cantonale et que tous les consorts recourent, il y a addition des valeurs (124) même si les recours sont séparés (125) ou même si le Tribunal Fédéral divise les causes car la division n'affecte pas la situation fixée par la dernière instance cantonale (126). Il n'y a pas addition lorsque il

116) AG Eichenberger Beiträge 41.

117) AG VJS 1943 33, BE Leuch ad 143 ch. 2, AG Eichenberger ad 18 nm3, *Max Bründli*, Die sachliche Zuständigkeit der aargauischen Zivilgerichte, Thèse Bâle 1984, 79.

118) AG Eichenberger ad 18 nm3.

119) La compétence maximale du tribunal est par exemple de Fr. 500.-. Après addition des prétentions, la valeur litigieuse totale se monte à Fr. 600.-.

120) *Ryvier Charmey*, Les règles de compétence attributives des autorités judiciaires vaudoises en matière civile, Thèse Lausanne 1987, 92; *Paul Bonard*, Les sanctions des règles de compétence, Thèse Lausanne 1985, 135.

121) TG RBOG 1951 67 no5, 68: "...Zwar müssen die beiden Genugtuungsansprüche zusammengezählt werden, so dass die Kompetenzgrenze überschritten wird".

122) Habscheid DJPS 138.

123) NE CCC I 351.

124) ZH ZR 69 1970 80 no26, ZR 24 1925 339 no188, VersR 1989 1160, *Matti Streitenossenschaft* 99, *Maday* 237, ZH Sträuli/Hauser ad a39 ch. 2, BE Leuch ad 335 ch. 2, Zöller ad 61 nm9, ad 511a nm17, *Stein/Jonas* ad 61 nm4.

125) *Poudret/Sandoz* COJ 251 ad 47 ch. 1. 4. *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1984 167, VersR 1989 1160, *Zöller* 63 ad 3 nm16, ad 5 nm6: "85 gilt für Streitenossen unabhängig davon, ob alle oder nur einer von ihnen das Rechtsmittel einlegt und ob dies durch getrennte Schriftsätze geschieht", ad 61 nm9, ad 546 nm14.

n'y a pas eu consorité devant la dernière instance cantonale, que le Tribunal fédéral joint des recours séparés émanant de plaideurs qui pourraient avoir qualité de consorts, ou que ces plaideurs déposent un recours unique contre des jugements cantonaux distincts, car la division de causes est antérieure au jugement de dernière instance cantonale (127). Il est fait exception à cette règle lorsqu'il y a consorité initiale devant l'instance de recours et que le recours doit être porté devant le tribunal qui a prononcé le jugement. Ainsi pour le recours en révision (128) et pour la demande en interprétation, car l'addition des valeurs pourrait avoir pour conséquence de fixer la compétence *ratione materiae* d'un autre tribunal.

Lorsqu'un seul consort interjette recours, il faut distinguer selon qu'il a été demandeur ou défendeur en 1ère instance.

Lorsqu'il a été demandeur, une solution consiste à exclure l'addition et à ne prendre en compte que la valeur des prétentions encore litigieuses devant l'instance de recours (129) et pour lesquelles le recours est recevable (130). Une autre solution, celle de la doctrine récente, admet le recours d'un consort lorsque la valeur litigieuse est atteinte par addition et ce même lorsque la prétention du consort n'atteint pas le seuil fixé par le législateur (131). Il n'y a pas addition et la recevabilité du recours doit

126) Poudret/Sandoz COJ 251 ad 47 ch. 1.4.

127) ATF 78 II 181/JT 1952 I 502 Ca.

128) *Philippe Schweizer*, Le recours en révision, spécialement en procédure civile neuchâteloise, Thèse Neuchâtel 1985, 143.

129) *Summa appellabilis*: FR 3000.- Deux créanciers porteurs d'actes de défaut de biens l'un pour une créance de 10000, l'autre pour une créance de 2500 pourront appeler conjointement en cas de jugement défavorable. Le créancier d'un montant de 2500 ne pourra appeler seul, sa prétention n'atteignant pas le seuil de valeur litigieuse.

ATF 99 II 125/JT 1973 I 551, ATF 71 II 182/JT 1945 I 622, ATF 65 II 48, ATF 63 II 20/JT 1937 I 338, ATF 61 II 194/JT 1936 I 59, ATF 35 II 712, ZH ZR 53 1954 92 no35: "Einem Streitgenossen der für sich allein wegen zu geringen Streitwertes seines Prozesses nicht die Berufung an das Bundesgericht erklären könnte, ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde versagt, soweit er auf Grund des Art. 47/1 OG die Möglichkeit einer Berufung an das Bundesgericht gehabt hätte", ZH ZR 24 1925 339 no188, JW 1933 2216.

Flepp 57, *Mattli Streitgenossenschaft* 99: "Was...die Appellation seitens eines Streitgenossen anbetrifft, so ist diese im Falle der Zusammenrechnung der Streitwerte...nur zulässig, wenn der Anspruch des Appellanten für sich genommen die appellable Grenze erreicht", Maday 237: "Erfolgt die Rechtsmittelergreifung durch die Partei der Streitgenossen, so kann jeder einzelne Streitgenosse nur für die ihn betreffende Klage die Berufung erklären", BE Leuch ad 335 ch. 2, JU Ceppi 39, Birchmeier 156 ad 47 ch. 4, Weiss Berufung 157, Hess 71, Wurzbürger 153 ch. 209, Zöller ad 61 nm9: "Wird gegenüber allen Streitgenossen in einem einheitlichen Urteil entschieden, so wirkt das Rechtsmittel eines jeden Streitgenossen nur für ihn", ad 511a nm17: "Wenn nur ein Streitgenosse Berufung einlegt, so ist seine Beschwerde massgebend".

130) Recours en réforme: Il faut notamment que soit invoquée la violation du droit fédéral pour chacune d'elles. Wurzbürger 148 ch. 202 et les références citées n. 171, Poudret/Sandoz COJ 247 ad 47 ch. 1.2.3.

131) Poudret/Sandoz 247 ad 47 ch. 1.2.3: "C'est à tort que la jurisprudence...refuse d'additionner les chefs de conclusions qui étaient litigieux devant la dernière juridiction cantonale, mais ne le sont plus devant le Tribunal fédéral, avec ceux soumis à celui-ci, à moins qu'ils ne soient connexes, c'est-à-dire reposent sur la même cause juridique. En effet, cette solution déroge sans raison majeure au critère posé par l'article 46 al. 1er, qui fait dépendre la recevabilité du recours de la situation existant devant la dernière juridiction cantonale et fait abstraction des modifications ultérieures de l'objet du litige, en particulier du montant réclamé devant la juridiction de réforme...En outre, elle crée une profonde incertitude au sujet de la recevabilité du recours: Si un demandeur exerce deux prétentions non connexes, valant l'une 6000 et l'autre 5000 fr., que la première est admise et la seconde rejetée, la recevabilité du recours au sujet de celle-ci dépendrait d'un recours de la partie adverse au sujet de la première, qui serait alors également litigieuse devant le Tribunal fédéral...Ou encore, elle rend le recours recevable sur un même objet de la part d'une partie et non pas de l'autre: si un demandeur exerce deux prétentions non connexes respectivement de 5000 et de 7000 fr. et obtient 3000 sur la première et 6000 sur la seconde, soit 9000 fr. au total, il ne

être examinée pour chaque consort lorsque les causes initialement jointes ont été divisées au cours de la procédure cantonale (132).

Lorsqu'il a été défendeur, la pratique autorise l'addition des valeurs et admet le recours du consort, lors même que la valeur de prétention pour laquelle il est recherché n'atteint pas le seuil fixé (133). L'idée est que l'analogie de situation commande une situation identique pour la consorcié active et passive. On ne saurait ainsi autoriser un codemandeur à recourir alors que sa prétention n'atteint pas la valeur litigieuse sans autoriser également un codéfendeur à recourir de façon indépendante contre une prétention inférieure à la valeur exigée, si celle-ci est atteinte par addition des conclusions formulées contre les défendeurs (134).

§3. L'attraction de compétence *ratione valoris*

La demande présentant la valeur litigieuse la plus élevée fixe la compétence *ratione valoris* pour toutes les demandes, même si certaines d'entre elles ont une valeur inférieure à la limite fixée (135). Lorsqu'aucune des demandes n'atteint le seuil, la valeur litigieuse est considérée comme inférieure à la limite légale.

L'attraction de compétence maintient l'unité de la procédure et permet une économie de frais. Une mesure contraire constituerait selon certains juges une division de cause de fait incompatible avec les exigences d'une instruction sûre, prompte et économique (136).

pourrait pas recourir en réforme pour les 3000 restant qui lui ont été refusés alors que le défendeur pourrait recourir contre sa condamnation, ce qui n'est pas conforme au système des art. 46 et 47 OJ. Aussi est-ce avec raison que la doctrine plus récente s'élève contre cette jurisprudence fondée sur le critère de la *summa gravaminis* étranger à l'OJ", dans le même sens Guldener 543 n. 14, Striuli/Messmer ad 19 nm2.

Hess 69, Guldener ZPR 543 n. 14: "Jeder Streitgenosse kann die Berufung für sich allein erklären, wenn die Summe aller beurteilten Rechtsbegehren die Berufungssumme erreicht, auch wenn das Rechtsbegehren, das den die Berufung erklärenden Streitgenossen betrifft, die Berufungssumme nicht erreicht". ZH Striuli/Messmer ad 19 nm2: "Der Grundsatz der Zusammenrechnung ist auch hinsichtlich der Zulässigkeit eines Rechtsmittelverfahrens anzuwenden... Dies gilt selbst dann, wenn nur noch einzelne Ansprüche Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens sind, bzw. der Weiterzug nur von einem oder gegen einen von mehreren Streitgenossen erklärt wird...". BGH 23 333, 338.

132) ATF 94 II 51/JT 1969 I 62. Poudret/Sandoz COJ 251 ad 47 ch. 1.4.

133) ATF 63 II 18/JT 1937 I 338, 339: "...Si le produit de cette addition donne la somme exigée pour le recours en réforme, chacun des défendeurs peut recourir en réforme indépendamment des autres, même lorsque la somme pour laquelle il est personnellement recherché n'atteint pas en elle-même le minimum requis".

134) Poudret/Sandoz COJ 250 ad 47 ch. 1.4. Birchmeier 155 ad 47 ch. 3 et FJS no936 16 ch4 lit.

Maday 237: "Es wäre durchaus unbillig, einerseits den Streitgenossen bei gemeinsamer Berufung die Zusammenrechnung zuzubilligen, andererseits die Rechtsmittelergreifung durch die Einzelpartei vom Berufungsstreitwert jeder einzelnen Klage abhängig zu machen". Idem Stein/Jonas ad 61 nm4.

JurBüro 1969 280: "Die gegen mehrere Streitgenossen gerichtete Berufung schafft einen einheitlichen Beschwerdegegenstand. Es ist somit unschädlich, dass die gegen den einen Streitgenossen geltend gemachte Forderung die Berufungssumme nicht erreicht.

Comp. Striuli/Hauser 64: "Wird von zwei nicht konnexen Klagen gegen zwei Streitgenossen nur die eine an das Bundesgericht weitergezogen, so kommt für den Streitwert nur der Wert dieser einen Klage in Betracht" (Renvoi à ATF 61 II 194).

135) VS RVJ 1972 6, RVJ 1968 188.

136) Idée soutenue par le premier juge dans VD JT 1973 III 74, 77: "L'obligation d'instruire deux actions, mettant en cause les mêmes parties et les mêmes conclusions, l'une devant le tribunal de district, l'autre devant la Cour civile, présente l'inconvénient des difficultés résultant d'une instruction simultanée, de divergences et même de contradictions entre les états de fait des deux jugements. Il serait conforme à une saine administration de la justice de reporter les actions devant l'autorité supérieure".

La procédure fédérale ne connaît pas l'attraction de compétence. Le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question (137).

L'attraction de compétence ratione valoris est admise par la jurisprudence valaisanne pour la consorité simple formelle, mais pour le recours seulement (138). Les tribunaux valaisans excluent sa mise en oeuvre pour la compétence d'un tribunal de première instance. L'attraction est subordonnée à l'accord, même tacite, de toutes les parties, à la réalisation des conditions de la consorité simple formelle, et à l'exigence qu'une des actions au moins présente une valeur litigieuse suffisante (139). Le législateur zurichois l'envisageait à l'origine avant de trancher pour la règle de l'addition (140). L'attraction ratione valoris est la règle au Tessin aussi bien pour la consorité simple que la consorité nécessaire (141). Admise dans le canton de Bâle-Ville (142), elle est également connue en procédure française (143).

Le consort dont la prétention n'atteint pas le seuil fixé est en droit de recourir.

§4. La modification de la valeur litigieuse

Lorsque le procès est direct, la valeur litigieuse est déterminée à l'ouverture du procès sur la base des conclusions, à moins que la loi n'en dispose autrement (144). Le fardeau de la preuve appartient au demandeur (145).

Les faits qui, survenant en cours de procès, ont pour effet de modifier la valeur de l'objet litigieux n'ont en principe pas d'influence (146). Le désistement partiel du demandeur n'a pas d'effet (147), pas plus que la jonction (148) ou la disjonction de causes (149). Cette dernière peut en revanche entraîner une diminution

137) ATF 111 II 270 c. 1/JT 1986 I 67.

138) VS RVJ 1968 188, 190.

139) VS RVJ 1972 6. RVJ 1968 188, 190.

140) ZH AP 1897 §21: "Werden mehrere voneinander getrennte Rechtsbegehren im nämlichen Verfahren geltend gemacht, so bestimmt sich die Kompetenz für alle Begehren nach demjenigen, welches den höchsten Streitwert aufweist".

141) TI 6. Ottaviani 63-64.

142) BS Stachelin/Suter 44.

143) NCPC 36: "Lorsque des prétentions sont émises, dans une même instance, et en vertu d'un titre commun, par plusieurs demandeurs ou contre plusieurs défendeurs, la compétence et le taux du ressort sont déterminés pour l'ensemble des prétentions par la plus élevée d'entre elles".

Sur la notion de titre commun: 18 octobre 1980 J.C.P. 60 II 11852 note J. A.

Civ. 14 octobre 1970 Dalloz 1971 Somm. 11.

Si dans une instance, des prétentions sont émises par plusieurs demandeurs dépourvus de titre commun, le taux du ressort est déterminé, à l'égard de chacun d'eux, par la valeur de leurs prétentions. Civ. 7 octobre 1982: Bull. II 88 no120, Gaz. Pal. 1983 Pan. 44 obs. Guinchard.

144) NE RJN I 180. Hess 39. Guldener ZPR 110.

145) BE RJB 53 1917 147.

146) Lindacher JuS 1986 381.

147) Goepfert 27, BE Leuch ad 138 ch. 1 et ad 143 ch. 2, ZH Strüli/Messmer ad 17 nm8, ad 18 nm2, AG Eichenberger ad 17 nm4, Bründli 79. Lindacher JuS 1986 381.

148) NE RJN I 180, 86.

Charmey 92, Maday 238.

Les tribunaux zurichois ont dans les arrêts ZH 38 1939 239 no103, ZR 31 1932 9 no5 refusé la consorité au motif qu'elle modifierait la compétence du tribunal.

Contra Baechi RSJ 38 1941/42 163, 166 pour qui la consorité subséquente doit subir le même régime juridique que la consorité initiale.

149) Geiger 41, Matti Streitgenossenschaft 115.

de la valeur globale et empêcher que le sort d'une prétention puisse être revu sur recours (150).

Le droit cantonal prescrit parfois que lorsqu'une partie diminue ses conclusions ou acquiesce partiellement avant l'administration des preuves, la compétence est déterminée par la valeur qui reste litigieuse et le dossier transmis le cas échéant au tribunal compétent. Si la modification intervient par la suite, le tribunal reste compétent.

En procédure neuchâteloise, lorsque le tribunal saisi devient incompétent en raison d'une augmentation de la valeur des conclusions en cours d'instance, le demandeur est tenu d'introduire une nouvelle demande devant le tribunal compétent dans un délai de 10 jours. Faute par lui d'agir dans ce délai, l'augmentation des conclusions est réputée non avenue et il est suivi à l'instruction de la demande initiale (151).

Lorsque le procès est sur recours, le juge examine la valeur litigieuse en même temps que la recevabilité. Il se réfère aux droits contestés devant l'instance inférieure (152). Le retrait d'un recours peut entraîner l'irrecevabilité des autres (153).

Le tribunal examine d'office la valeur litigieuse (154). Les parties ne peuvent recourir en réforme au Tribunal fédéral contre la détermination par le juge cantonal de la valeur litigieuse. Le recours de droit public reste cependant ouvert.

-
- 150) Guldener 113 n. 31, BE Leuch ad 335 ch. 2: "...Es dürfte kaum die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, die Zusammenrechnung der Ansprüche verschiedener Kläger noch nachwirken zu lassen, nachdem die sie begründende Verbindung aufgelöst worden ist".
- 151) NE n7.
- 152) OJF 46, ZH 18, ZH Sträuli/Messmer ad 18 nm2 et 3. Zöller ad 3 nm16: "Die Einheit des Streitwertes setzt sich im Rechtsmittelverfahren fort, wenn der verurteilte Streitgenosse und der Kläger wegen der Klageabweisung gegenüber dem anderen Streitgenossen Berufung einlegen" (Renvoi à BGH 7 152).
- 153) NJW 1965 761, DB 1873 521, Zöller ad 511a nm17: "Nimmt ein Streitgenosse sein Rechtsmittel zurück...so wird das Rechtsmittel der übrigen unzulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes damit unter die Erwerbsenheitssumme sinkt". Johann Frank, Anspruchsmehrheiten im Streitwertrecht, Cologne/Berlin 1986, 117ss, 140.
- 154) GRPKG 1957 22 no3, NE RJN 7 1342.

CHAPITRE 4. LA PROROGATION DE COMPETENCE MATERIELLE

Les parties peuvent dans les cas fixés par la loi (155) s'accorder et confier le jugement de la cause à un magistrat incompétent *ratione materiae* (156), mais obligatoirement compétent *ratione loci* (157). Admise lorsque la règle de compétence a un caractère dispositif, la prorogation de compétence matérielle est prohibée lorsque la règle de compétence est impérative, lorsqu'il y a connexité (158) et lorsque l'accord des parties provoque une prorogation illicite de compétence (159).

La prorogation expresse peut être en faveur (160) ou au détriment d'une juridiction spéciale (161) ou en faveur d'une instance supérieure ce qui réduit le nombre de degrés juridictionnels (162). Elle suppose la consultation de tous les consorts (163).

Il y a prorogation tacite lorsqu'un codéfendeur justiciable d'un tribunal spécial entre en matière sur le fond devant la juridiction ordinaire (164).

-
- 155) ZH Sträuli/Messmer ad 17 nm5.
- 156) NE Loi sur la nomination et la juridiction des prud'hommes du 23 mai 1951 (RSN 162.221), art. 8/1: "La compétence des tribunaux de prud'hommes est limitée aux différends dont la valeur ne dépasse pas 20000 francs. Toutefois, avec l'accord écrit des parties, les tribunaux de prud'hommes peuvent connaître des causes dont la valeur est illimitée".
VD JT 1983 III 71, 74. VS RVJ 1977 275: La prorogation ne dispense pas le juge de vérifier d'office sa compétence.
ZH Hauser/Hauser 247 ad 83 GVG ch. 2.
- 157) ZH RBOG 1885 no123. Hauser/Hauser 248 ad 83 GVG ch. 2.
- 158) VD JT 1983 III 71, 77. Rapp 196.
- 159) GR PKG 1977 96 no29, PKG 1964 68 no24.
- 160) ZH Hauser/Hauser 233 ad 78 GVG ch. 3.
- 161) Dans le canton de Neuchâtel par exemple, les litiges qui sont de la compétence des tribunaux de prud'hommes peuvent être soumis au jugement d'autres tribunaux par contrat collectif de travail, NE LJP art. 9 (RSN 162.221).
- 162) QJF 41 c. dont la valeur litigieuse dépasse 20'000.-. ZH GVG 43/3, FR LOJ 149.
- 163) BE RJB 65 1929 567: "Richtig ist, dass, wenn S allein Beklagter wäre, der Streitfall...vom Handelsgericht zu beurteilen wäre. Andererseits wäre aber das Handelsgericht zur Beurteilung der gegen T gerichteten Klage nicht zuständig. Seine Erklärung, er würde die Gerichtsbarkeit des HG anerkennen, ist unerheblich, da eine prorogatio fori nur im Einverständnis beider Prozessparteien erfolgen kann".
- 164) ZH GVG 13/2 (RS 211.1): "Die ordentlichen Gerichte, oder wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, das Mietgericht oder das Handelsgericht werden zuständig, wenn der Beklagte nicht rechtzeitig die Einrede der Unzuständigkeit erhebt".

TITRE III. LES FRAIS ET LES DEPENS

CHAPITRE 1. L'ASSISTANCE JUDICIAIRE ET LE DROIT A UN AVOCAT D'OFFICE

§1. L'assistance judiciaire

1. Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire

L'octroi de l'aide judiciaire en cas de consorité ne fait pas l'objet de longs développements en jurisprudence. La doctrine passe souvent cette question sous silence. Aussi convient-il de reprendre dans cette optique les conditions de l'assistance judiciaire.

A. Le requérant doit être une personne physique ou morale

Le requérant est généralement une personne physique (1). Il peut à certaines conditions être une personne morale. Ainsi, le Tribunal fédéral concède-t-il aux sociétés en nom collectif et aux sociétés en commandite le droit de réclamer le bénéfice de l'assistance judiciaire en matière civile, pour autant que l'indigence soit établie aussi bien en ce qui concerne la société qu'à l'égard de tous les associés indéfiniment responsables (2).

Un curieux arrêt zurichois, que nous avons vainement tenté d'obtenir in extenso, admet qu'une personne physique indigente peut requérir l'assistance judiciaire, après s'être fait céder fiduciairement le droit de faire valoir en justice les prétentions d'une personne morale sans ressources, à la double condition que la personne physique et la personne morale entretiennent d'étroites relations économiques et que la seconde apparaisse dans le procès comme le consort de la première (3). Le droit zurichois refusant expressément à une personne morale le droit de requérir l'assistance judiciaire, l'arrêt susmentionné semble - faute d'informations plus précises - permettre de manière indirecte ce que le législateur interdit (4). Droit propre, accordé en "regard de circonstances essentiellement personnelles" (5), le droit à l'assistance judiciaire est en effet destiné au seul requérant qui ne saurait éluder des prescriptions de procédure et le céder pour qu'il soit mis en oeuvre par un tiers.

- 1) ATF 88 II 386/JT 1963 I 219. *Charles Guggenheim*, Die unentgeltliche Verbeiständung in den kantonalen Zivilprozessrechten, Thèse Zurich 1944, 59; *Heinrich Heuberger*, Das Armenrecht der aargauischen Zivilprozessordnung vom 12.3.1900, Thèse Berne 1947, 25; *Alexander Jenny*, Die unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Thèse Zurich 1947, 43; *Jakob Rhymer*, Die Kostenregelung nach sankt-gallischem Zivilprozessrecht, Thèse Berne 1987, 116; *Beat Ries*, Die unentgeltliche Rechtspflege nach der aargauischen Zivilprozessordnung vom 18.12.1984, Thèse Zurich 1990, 66; *Piermarco Zen-Ruffinen*, Assistance judiciaire et administrative: Les règles minima imposées par l'article 4 de la Constitution fédérale, JT 1989 34ss, 55.
- 2) ATF 116 II 651/JT 1991 I 381 rés. Le droit judiciaire cantonal tranche souvent la question par la négative, par ex. AG 125. La doctrine reconnaît aux personnes morales le droit de requérir l'assistance judiciaire. Pour une présentation détaillée, voir notamment l'ATF 116 II 651.
- 3) ZH BBOG 1978 311 no21: "Es ist zulässig, dass die mittellose und kautionspflichtige juristische Person ihre Ansprüche zur gerichtlichen Geltendmachung fiduziarisch an eine ebenfalls unbemittelte natürliche Person abtritt, mindestens dann, wenn diese mit der juristischen Person wirtschaftlich eng verbunden und als ihr Streitgenosse aufgetreten ist", arrêt du 12 mai 1978.
- 4) Comp. Ries 115: "Mutwilligkeit ist...zu bejahen, wenn sich ein mittelloser Kläger eine Forderung abtreten liesse, um einer Inanspruchnahme der unentgeltlichen Rechtspflege klagen zu können".
- 5) *Christian Favre*, L'assistance judiciaire gratuite en droit suisse, Thèse Lausanne 1989, 94.

B. Le requérant doit être partie au procès

La position du requérant dans le procès n'a pas d'incidence sur l'octroi de l'assistance judiciaire, qui, toutes conditions réunies, peut être accordée aussi bien au demandeur qu'au défendeur (6). Lorsqu'il y a consorité, chaque consort a un droit à l'assistance indépendant de celui de l'autre (7). La nature de la consorité et les rapports de droit matériel entre les demandeurs ou les défendeurs ne sont pas déterminants: Que la consorité soit active ou passive, simple ou nécessaire, formelle ou matérielle, le droit de requérir l'assistance judiciaire reste un droit individuel, propre à chaque consort. L'enfant et sa mère, demandeurs à l'action en paternité, bénéficient chacun de ce droit (8). Il en va de même de chaque cohéritier (9), du créancier cessionnaire au sens de l'article 260 LP (10) et du propriétaire en main commune (11).

Chaque consort peut requérir l'assistance judiciaire indépendamment de l'autre, car elle n'est pas attachée à sa seule qualité de partie, mais dépend essentiellement de son impécuniosité. Le principe de la personnalité de l'assistance judiciaire n'exige pas des consorts une requête commune pour en faire bénéficier l'un d'eux (12). Il exclut qu'un consort puisse la requérir pour son partenaire (13). Le principe a également pour conséquence que le droit à l'assistance judiciaire ne se transmet pas au tiers cessionnaire de l'objet litigieux, ni aux héritiers qui poursuivent le procès à la place du bénéficiaire. Chacun d'eux peut cependant faire valoir de manière indépendante le droit personnel qui lui est conféré par la loi (14). Les héritiers ne peuvent en revanche reprendre à leur nom la requête déposée par le défunt, car le décès l'a rendue sans objet.

C. Le requérant doit être indigent

Le requérant doit, à défaut d'assistance judiciaire, être "privé des choses nécessaires à son existence et à celle de sa famille". Son indigence est une question de droit appréciée librement par les tribunaux (15) qui se réfèrent à sa situation personnelle et prennent des renseignements sur sa situation économique (16). Lorsqu'il y a consorité, l'autorité compétente doit examiner la situation de chaque

-
- 6) Favre 93, Guggenheim 59, Rhyner 117, ZH Sträuli/Messmer ad 84 nm2, AG Eichenberger ad 125 nm1, VD Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 90 ch. 4, 2.
 - 7) ATF 115 Ia 193/JT 1990 I 299/SJ 1990 47, AG VJS 1941 109 no37, Rhyner 117, Jenny 48, Ries 66, ZH Sträuli/Messmer ad 84 nm2, BE Leuch ad 77 ch. 2, AG Eichenberger ad 125 nm1 et Beiträge 92, AG Keller/Pfisterer notes prélim. ad a62, Thomas/Putzo ad 114 ch. 5, Stein/Jonas ad 114 nm1, Zöller ad 114 nm3, Zimmermann ad 114 nm6, Baumbach/Lauterbach ad 114 3B, Fasching ZPR 193 nm377. La question de l'indigence peut créer en revanche une certaine dépendance entre les consorts. Voir infra.
 - 8) ATF 99 Ia 435, AG AGVE 1977 45 no10.
 - 9) ATF 115 Ia 193/JT 1990 I 299/SJ 1990 47, Ries 64.
 - 10) ATF 109 Ia 5/JT 1984 I 60, ATF 62 I 213/JT 1937 I 282, AG VJS 1937 108 no33, GE SJ 1937 414, Guggenheim 60, Heuberger 28, Jenny 48, Ries 55, ZH Sträuli/Messmer ad 84 nm2, BE Leuch ad 77 ch. 2, AG Eichenberger ad 125 nm2.
 - 11) Si tous les associés d'une société simple ouvrent action (consorité nécessaire), il faut examiner si chacun d'eux remplit les conditions de l'assistance judiciaire, Ries 62.
 - 12) ATF 115 Ia 193/JT 1990 I 299/SJ 1990 47.
 - 13) Guggenheim 60, Heuberger 54.
 - 14) ATF 115 Ia 193/JT 1990 I 299/SJ 1990 47, ZH ZR 79 1980 147 no76, ZR 57 1958 132 no51, Rhyner 130.
 - 15) ATF 108 Ia 9/JT 1983 IV 59-60 et les références citées.
 - 16) NE LAJA 7 (RS 161. 3).

consort (17). Lorsque plusieurs consorts ont requis l'assistance judiciaire, elle peut être amenée à la refuser aux uns et à l'accorder aux autres.

L'autorité qui apprécie l'impécuniosité du consort peut-elle prendre en considération les ressources des partenaires et dans l'affirmative à quelles conditions ?

En principe, seule compte la situation financière du requérant (18). Le fait que l'indigent soit un consort plaçant aux côtés de parties qui auraient les moyens d'assumer les frais du procès n'entrave pas son droit à l'assistance judiciaire. En d'autres termes, lorsqu'un consort a demandé l'assistance judiciaire, l'autorité compétente qui examine son indigence ne saurait se référer à la situation pécuniaire d'un partenaire. Elle ne saurait refuser l'assistance judiciaire au consort "pauvre" parce qu'il est associé dans le procès à un consort "riche". Une telle décision revient à contraindre le "riche" à financer le procès du "pauvre". Elle viole le principe de l'égalité de traitement, elle ne garantit pas un procès équitable à l'indigent et provoque une double discrimination. La décision impose au consort riche, fortuitement lié à un consort pauvre, un devoir d'assistance qui incombe à l'Etat. Elle oblige d'autre part le consort pauvre à contracter des dettes auprès de tiers si ses colitigants ne font pas pour lui l'avance de frais à laquelle il n'est pas en mesure de procéder en raison de son impécuniosité (19). Le consort pauvre qui ne s'associe pas au consort riche n'est pas un plaideur téméraire (20). La faculté du juge d'instituer une solidarité dans le paiement des frais de justice ne joue aucun rôle (21) de sorte que les partenaires du requérant ne sauraient le contraindre à solliciter l'assistance judiciaire au motif qu'ils peuvent être amenés, en cas d'échec et par application de la solidarité, à supporter tous les frais du procès, y compris ceux du consort indigent. Cette circonstance ne leur permet pas non plus de solliciter une division de causes pour opportunité.

L'autorité compétente peut tenir compte de la situation financière d'un partenaire qui n'a pas demandé l'assistance judiciaire dans des cas exceptionnels admis de manière restrictive (22). Elle peut prendre en considération les ressources et la fortune d'un codemandeur ou d'un codéfendeur si - condition impérative - il a, en vertu du droit matériel, une obligation d'entretien envers l'indigent et que cette obligation couvre également les frais d'un procès (23). Il en est ainsi lorsque les consorts sont des époux. *Le devoir général d'assistance des époux* fixé par le code civil (24) comprend en effet la protection juridique et s'étend aux frais de procès. Il consiste à astreindre le conjoint à faire une avance provisoire sur sa fortune sous réserve de règlement ultérieur. On admet ainsi qu'un époux incapable de plaider à ses propres frais n'a pas droit à l'assistance judiciaire s'il peut soutenir le procès grâce à la contribution que lui doit son conjoint (25). L'autorité compétente est en droit de prendre en compte les ressources des parents lorsque le requérant est un enfant (26) sauf dans les procès en paternité. Le tribunal examine dans ce dernier cas séparément les ressources de chaque demandeur. Il peut accorder l'assistance judiciaire à l'enfant lors même que sa mère n'est pas indigente. Il serait en effet arbitraire de la lui refuser en raison de la situation économique de cette dernière. La solution se justifie également aux motifs que la situation juridique de la mère et de l'enfant est distincte,

- 17) Wiczeorek ad 114 Blb4: "Bei mehreren Streitgenossen ist die Armut eines jeden getrennt zu überprüfen".
- 18) ATF 115 Ia 193/JT 1990 I 299/SJ 1990 47. Heuberger 54, Zen-Ruffinen 38.
- 19) Jenny 64.
- 20) Wiczeorek ad 114 Blb4.
- 21) ATF 115 Ia 193/JT 1990 I 299/SJ 1990 47.
- 22) ATF 115 Ia 193/JT 1990 I 299/SJ 1990 47.
- 23) ATF 115 Ia 193/JT 1990 I 299/SJ 1990 47, ATF 108 Ia 10/JT 1983 IV 60.
- 24) CCS n163/1 CC (nouveau droit matrimonial).
- 25) ATF 103 Ia 99, ATF 67 I 65. BE RJB 125 1989 108. VS RVJ 1986 310. Zen-Ruffinen 41-42.
- 26) ATF 67 I 65. LU LGVE 1987 90-91 no34 et no35. VS RVJ 1986 310. Zen-Ruffinen 42-43.

que ces deux parties peuvent devenir antagonistes, que le curateur, nommé en application des articles 308 et 309 CC pour préserver les intérêts de l'enfant, doit pouvoir intenter une action en justice sans devoir dépendre du bon vouloir de la mère. L'Etat peut, à la fin de la procédure ou lorsque les conditions en sont réunies, exiger de la mère le remboursement total ou partiel des frais couverts par l'assistance judiciaire accordée à l'enfant (27). L'autorité compétente ne peut en revanche pas prendre en considération des ressources tierces et refuser l'assistance judiciaire à une partie au motif que les membres de sa famille ont une obligation d'entretien envers elle. *Le devoir d'entretien de la parenté* - la dette alimentaire (28) - ne s'étend en effet qu'à ce qui est nécessaire à l'entretien du nécessiteux, mais ne comprend pas les frais de procès (29). Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte de savoir si l'autorité compétente pouvait refuser l'assistance judiciaire à un cohéritier en se fondant sur l'article 640 CCS (30).

L'examen de l'indigence du requérant se fait parfois par référence à la situation de fortune de tiers externes à la procédure. Le cas diffère du précédent dans le sens que la situation pécuniaire dont dépend l'octroi de l'assistance judiciaire est celle d'une personne qui n'est pas partie au procès. Les règles exposées dans la section précédente sont applicables.

L'état d'indigence d'une partie peut s'examiner enfin en fonction des ressources de personnes qui ne sont pas parties à la procédure, mais qui seront directement affectées par cette dernière: l'état d'indigence du représentant des héritiers s'examine d'après les ressources de ces derniers (31). L'indigence peut de même être fonction de l'état de fortune d'un coïndivis resté étranger à la procédure: il en est ainsi du coïndivis qui a un devoir d'entretien envers le requérant et qui a par avance pris position sur le procès.

L'état d'indigence, à rendre vraisemblable par le requérant, est fonction de sa situation personnelle, mais également de la valeur litigieuse et de l'ampleur présumée des frais judiciaires (32). Il dépend en cas de consorte de la part de frais que *chaque* consort pris individuellement devra supporter et non du coût probable du procès commun (33). La solution inverse reviendrait à contraindre l'Etat à financer le procès des conjoints non requérants.

D. L'action ne doit pas être dénuée de chance de succès

Seuls ceux qui défendent une cause dont les chances d'admission sont sensiblement plus élevées que les risques de rejet sont mis au bénéfice de l'assistance judiciaire. La pratique estime le procès voué à l'échec lorsque les chances ne peuvent être considérées comme sérieuses. Le point de vue déterminant est celui d'un plaideur de condition aisée qui décide après mûre réflexion d'abandonner le procès (34).

27) ATF 99 Ia 435/JT 1974 I 226. AG AGVE 1977 45 no10. Contra LU LGVE 1985 42 no24. FR Extraits 1959 137, Extraits 1971 39, Extraits 1968 99.

28) CCS 328-329.

29) ATF 115 Ia 193/JT 1990 I 299/SJ 1990 47, ATF 67 I 65. Rhyner 119-120.

30) ATF 115 Ia 193/JT 1990 I 299/SJ 1990 47.

31) BE Leuch ad 77 ch. 2. Contra Ries 54-55 pour qui il n'a pas droit à l'assistance judiciaire. Comp. ATF 58 I 285/JT 1932 I 617: "Assistance judiciaire accordée à un héritier dont on a perdu la trace: "Il faut...considérer comme rapportée la preuve que l'absent n'a pas les moyens de subvenir de ses propres deniers aux frais du procès intenté en son absence par un curateur. S'agissant d'un absent dont on n'a aucune nouvelle, l'assistance judiciaire ne peut être refusée...que si le procès n'a pas de chance de succès".

32) Kurt Meyer, Das zivilprozessuale Armenrecht im Kanton Zug, Thèse Fribourg 1953, 90; Rhyner 118.

33) ATF 115 Ia 193/JT 1990 I 299/SJ 1990 47.

34) ATF 109 Ia 5/JT 1984 I 60, ATF 105 Ia 113/JT 1980 I 184, ATF 100 Ia 113/JT 1976 I 60.

L'autorité compétente apprécie les chances du requérant au dépôt de la requête (35) et procède sur la base des pièces à sa disposition à une appréciation anticipée et sommaire des preuves (36). Elle tient compte des exceptions et objections de l'adversaire (37).

Seul est en principe déterminant l'intérêt personnel du requérant (38). Lorsqu'il y a *consortité simple*, l'autorité doit apprécier l'issue vraisemblable de la procédure pour chaque consort séparément (39). Lorsqu'il y a *consortité nécessaire*, elle ne peut y procéder qu'en fonction de tous et ne saurait refuser l'assistance judiciaire à un consort nécessaire au motif que sa cause est dépourvue de chances de succès et l'octroyer à un autre (40).

Le succès ou l'échec des consorts peut parfois être fonction de tiers. La jurisprudence considère comme dénuée de chances de succès une action fondée sur les mêmes faits et les mêmes moyens et portant sur une prétention identique déjà jugée dans un premier procès contre un défendeur différent (41).

Lorsqu'il y a pluralité de demandes, l'autorité peut subordonner l'octroi de l'assistance judiciaire à la renonciation aux prétentions sans chances de succès (42). Elle peut soutenir financièrement l'adversaire contre une partie seulement de consorts.

II. La procédure

L'octroi de l'assistance judiciaire est subordonné au dépôt d'une requête (43) et en cas de consortie, à la requête du consort concerné par l'assistance judiciaire. Le partenaire, étranger à cette question, n'est pas habilité à y procéder à la place de l'indigent. Lorsque plusieurs consorts indigents entendent requérir l'aide judiciaire et déposent une requête commune (44), leurs droits à l'assistance restent indépendants. La procédure d'assistance judiciaire comprend dans certains cantons la consultation obligatoire (45) ou facultative (46) de l'adversaire (47). Lorsque le requérant est

- 35) En cours du procès, pour la suite de la procédure.
- 36) ATF 105 Ia 113/JT 1980 I 184. Zen-Ruffinen 43.
- 37) - exception d'incompétence: ATF 100 Ia 109/JT 1976 I 60 rés.: assistance judiciaire refusée en raison des risques d'irrecevabilité de l'action en paternité portée devant un juge incompétent ratione loci, bien que le déclinatoire de compétence n'ait pas été prononcé d'office, ATF 100 Ia 118. Ries 103.
- exception pour défaut de légitimation: ZH ZR 50 1951 136 no69.
- 38) Stein/Jonas ad 114 nm34.
- 39) Wiczeorek ad 114 BIIb4.
- 40) Wiczeorek ad 114 BIIb4: "Bei notwendigen Streitgenossen darf nicht einem der Streitgenossen das Armenrecht wegen Aussichtslosigkeit verweigert, dem anderen dagegen mit umgekehrter Begründung bewilligt werden (soweit die Ueberlagerung der Ansprüche besteht)".
- 41) AG Obergericht non publié 27 du 19.1. 1989, 6; Obergericht non publié 151 du 21.9.1988, 5; AGVE 1951 21 no5.
Ries 103-104 et n. 13, 115: "Mutwillig handelt...wer zum wiederholten Male denselben Anspruch aus demselben Sachverhalt geltend macht, unter Umständen auch, wenn er sich gegen verschiedene Beklagte richtet".
- 42) ZH ZR 50 1951 16 no8, ZR 35 1936 359 no169.
Parrick Wamister, Die unentgeltliche Rechtspflege, die unentgeltliche Verteidigung und der unentgeltliche Dolmetscher unter dem Gesichtspunkt von Art. 4 BV und 6 EMRK, Thèse Bâle 1983, 43, Rhyner 121, Ries 108, Zen-Ruffinen 44; Robert Kehl, Die zürcherische Praxis betreffend unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Verbeiständung, Zurich 1957, 20. ZH Sträuli/Messmer ad 84 nm5, Stein/Jonas ad 114 nm40.
- 43) Heuberger 28: "Wer das Armenrecht erlangen will, muss darum nachsuchen", Ries 116.
- 44) Pour un exemple FR Extraits 1959 137.
- 45) La loi fribourgeoise prescrit au juge d'avertir immédiatement l'adverse partie de la requête d'assistance judiciaire. FR LAJ 5/1 (RS 136.1).
- 46) Par ex. TG 80/2.

opposé à une pluralité de demandeurs ou de défendeurs, le juge doit informer tous les consorts de la demande d'assistance judiciaire. Lorsque le requérant est un consort, il doit, pour des raisons qui touchent à l'égalité des parties, également en donner connaissance à ses partenaires. Même si le législateur ne semble viser que l'antagoniste de l'indigent (48), on peut penser en effet que n'ayant eu en vue que le procès à deux parties, il entend que toutes les parties soit informées du dépôt de la requête.

Lorsque l'état d'indigence n'est pas établi, ou que les prétentions ou les moyens de défense du requérant paraissent dénués de fondement ou qu'il apparaît que le procès ne serait pas engagé ou soutenu par une personne raisonnable plaidant à ses propres frais, l'autorité compétente doit refuser l'assistance judiciaire. Sa décision peut être entreprise conjointement lorsque plusieurs consorts se sont vu refuser l'assistance judiciaire (49).

Lorsque l'assistance judiciaire est accordée, elle n'est pas rétroactive. Lorsqu'elle est accordée à l'adversaire, il a qualité de bénéficiaire face à tous les consorts. Lorsqu'elle est accordée à un consort, le bénéficiaire est dispensé de l'avance de frais et libéré de l'obligation de déposer des sûretés (50). Le partenaire de l'indigent peut en revanche y être astreint, à moins qu'il ne soit lui-même indigent (51). L'assistance judiciaire accordée à un consort ne fait pas obstacle à sa condamnation aux frais et dépens (52). Lorsqu'il appartient à l'Etat de régler ces frais en sa qualité de garant, les caisses publiques ne supporteront en cas de consorité que la part qui incombe à l'assisté dans ses rapports internes avec les autres consorts. Le juge ne saurait faire supporter au consort riche les dépens du consort pauvre (53). Lorsque le bénéficiaire de l'assistance judiciaire a eu gain de cause, l'Etat poursuit le recouvrement des frais avancés contre la partie condamnée. Toutes conditions réunies, il peut demander au consort indigent le remboursement des frais avancés, mais ne peut se retourner contre les partenaires.

L'assistance judiciaire cesse lorsque le procès prend fin, lorsque la partie assistée quitte la procédure ou lorsque l'assistance lui est retirée (54).

§2. La défense d'office

Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire peut dans les causes civiles soumises à la maxime des débats (55) obtenir l'assistance d'un avocat d'office lorsqu'il n'est pas capable de se défendre convenablement. Chaque consort peut faire valoir le droit à la défense d'office de manière indépendante pour le double motif que ce droit est subordonné aux mêmes conditions que le droit à l'assistance judiciaire et en a le caractère personnel (56) et que chaque consort peut mandater son propre conseil.

47) BE RJB 110 1974 107. La doctrine n'est pas favorable à la consultation de l'adversaire pour le motif qu'il n'a pas qualité de partie dans la procédure d'aide judiciaire et que son audition peut en amenant des faits nouveaux compliquer la tâche de l'autorité. Favre 66 et les références citées.

48) FR LAJ 5/1 (RS 136.1): Le juge doit avertir "la personne contre laquelle est dirigé le procès en vue duquel l'assistance judiciaire est requise". Le soulignement est une adjonction de notre plume.

49) Pour un exemple: FR Extraits 1969 149.

50) GE SJ 1985 485: Un codéfendeur ne peut plus soulever l'exception de *cautio judicatum solvi*, lorsque le demandeur a été mis au bénéfice de l'assistance judiciaire.

51) Guggenheim 60. Heuberger 54.

52) FR Extraits 1957 84.

53) Heuberger 54.

54) TI Rep. 1970 239: révocation de l'AJ dans un procès en reconnaissance de paternité après administration de l'expertise sanguine.

55) ATF 110 Ia 27/JT 1986 I 653 et à certaines conditions dans les procès soumis à maxime inquisitoire.

L'assistance d'un avocat d'office n'est accordée que si elle est nécessaire à la défense des intérêts du requérant et dans le cas de la consorité que si les circonstances justifiant l'appui d'un homme de loi sont personnelles au consort qui sollicite l'assistance (57).

Le législateur fédéral et celui de certains cantons ne garantissent pas un droit au choix de l'avocat d'office, mais imposent au requérant la personne désignée par l'autorité cantonale (58). Cette dernière ne peut sans violer l'article 4 Cst refuser la défense d'office au motif que le consort "pauvre" peut être représenté par l'avocat du "riche" (59). Elle peut en revanche attribuer par économie de procédure au consort indigent le conseil de ses partenaires lorsque des circonstances objectives, qu'il doit démontrer, ne lui permettent pas de requérir le conseil de son choix. Le consort peut se faire représenter par un avocat librement choisi lorsqu'il n'y a pas de rapports de confiance entre lui et l'avocat d'office qui est aussi celui de ses partenaires. Comme il doit être aussi bien traité que celui qui plaide à ses propres frais, son droit à être appuyé par un conseil qui bénéficie de sa confiance est plus fort que celui de l'Etat à réduire le coût de la procédure (60). La décision contraire viole l'égalité des parties (61), car elle aurait pour effet de priver le consort du droit à l'avocat de son choix (62), droit qu'il aurait s'il n'était pas impliqué dans un procès à participants multiples (63). Le consort peut de même mandater un conseil librement choisi lorsqu'il ne défend pas les mêmes intérêts que ses partenaires ou qu'il exerce contre eux une action récursoire.

- 56) L'autorité chargée de la désignation de l'avocat est généralement celle qui se prononce sur la demande d'assistance judiciaire. Favre 129.
- 57) Les conditions d'indigence et d'existence de chances de succès ont été discutées au § précédent.
- 58) ATF 95 I 409, ATF 67 I 1. SZ EGV 1985 48 no48.
- 59) ATF 115 Ia 193, 197 c. 3d/JT 1990 I 299/SJ 1990 47.
C'est le contraire en Allemagne: OLGZ Karlsruhe 1990 231: "Die Erbengemeinschaft darf nicht einen mittellosen Miterben vorschicken". VersR 1984 989, JurBüro 1984 1248, JurBüro 1983 1106, Der Betriebsberater 1974 1458, MDR 1984 852, Der Betrieb 1978 288, NJW 1956 65, DRZ 1950 50 66: "Das Armenrecht ist in der Regel zu versagen, wenn eine mittellose Partei von den Prozessbevollmächtigten eines vermögenden Mitbeteiligten mitvertreten wird". Stein/Jonas ad 114 nm17, Thomas/Putzo ad 114 ch. 5, Zöllner ad 114 nm3.
- 60) NJW 1956 65 no11: "...Die arme Partei soll ebenso wie die begüterte Partei die Möglichkeit haben, sich einen Anwalt ihres Vertrauens zu wählen, denn Sinn der Armenrechtsbewilligung ist, der armen Partei in der gleichen Weise die Verfolgung ihrer Rechte zu ermöglichen wie einer reichen...Das Interesse der armen Partei, einen Anwalt ihres Vertrauens zu wählen, muss dem Bestreben vorgehen, die von der Staatskasse zu tragenden Anwaltskosten möglichst gering zu halten".
- 61) Ries 208.
- 62) La règle selon laquelle l'indigent ne peut pas choisir le mandataire d'office ne peut ainsi pas déroger au principe que chaque consort peut avoir son propre défenseur. Comp. Ries 63: "Bei der Zuweisung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters ist m. E. darauf abzustellen, ob die vermögenden Gesellschafter bereits anwältliche Hilfe beanspruchen. Ist dies nicht der Fall, kann den Bedürftigen nur nach genauester Abklärung der Umstände eine solche bestellt werden, um der Gefahr des Missbrauchs der unentgeltlichen Rechtsvertretung durch die vermögenden Gesellschafter zu begegnen". 66-67: "Bei der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters ist jedenfalls der Gefahr Beachtung zu schenken, dass die nicht bedürftigen Streitgenossen aus der unentgeltlichen Rechtsvertretung der Bedürftigen profitieren, bzw. es ist zu vermeiden, dass eine anwältliche Vertretung nur erfolgt, weil sie unentgeltlich ist...Haben einzelne Streitgenossen bereits auf eigene Kosten einen Anwalt beigezogen steht m. E. grundsätzlich nichts entgegen, diesen den Bedürftigen als unentgeltlichen Rechtsvertreter beizugeordnen. Bei der Honorierung ist einem solchen "Doppelmandat" allerdings Rechnung zu tragen...".
- 63) Rappelons toutefois que selon la jurisprudence fédérale, l'article 4 Cst ne donne pas à l'assisté le droit d'obtenir le remplacement de l'avocat d'office qui aurait perdu sa confiance: ATF 105 Ia 296/JT 1981 IV 64.

Le fait que le consort choisisse l'avocat de ses partenaires ne permet pas à l'autorité d'exiger de ces derniers la charge totale des honoraires. L'autorité ne peut en d'autres termes exiger des consorts riches qu'ils assument les honoraires pour le compte du pauvre. La jurisprudence allemande l'admet semble-t-il sous la réserve que le mandataire commun ne soit pas mis d'avantage à contribution que si son client avait à conduire seul le procès (64). Si la solution allemande garantit des économies à l'Etat, elle n'est pas conforme aux règles ordinaires de règlement des dépens lorsqu'un des plaideurs est au bénéfice de l'assistance judiciaire. Elle a pour effet de pousser le consort riche hors de la communauté procédurale, ce qui empêche le pauvre de procéder faute de moyen et faute de qualité pour agir s'il est consort nécessaire. Comme le Tribunal fédéral, nous ne pouvons y souscrire (65).

Dans les cantons qui accordent le choix à l'avocat d'office (66), le consort indigent peut demander que ses intérêts soient défendus par un mandataire distinct ou agréer celui choisi par ses partenaires. L'autorité compétente donnera une suite favorable à la requête, dans la première hypothèse en raison de la liberté de choix du consort, dans la seconde parce qu'elle est soucieuse des deniers publics. La consorité constitue une circonstance dérogatoire à la règle selon laquelle le choix de l'avocat d'office est limité aux avocats du canton.

L'Etat a l'obligation de rétribuer l'avocat d'office. Lorsque ce dernier, titulaire d'une prétention de droit public (67), est au bénéfice de la distraction des dépens, il doit selon la doctrine se retourner en premier lieu contre l'adversaire et en second lieu contre l'Etat (68). Il en est de même du conseil d'office d'un consort (69).

64) JurBüro 1983 1106. Zöller ad 114 nm3.

65) ATF 115 Ia 193, 197 in fine/JT 1990 I 299/SJ 1990 47.

66) Favre 133 et les références citées.

67) ATF 109 Ia 107/JT 1984 IV 95.

68) Favre 141.

69) AG VJS 1941 109 no37.

CHAPITRE 2. LA CAUTIO JUDICATUM SOLVI

Les frais judiciaires et les dépens doivent dans certaines circonstances être garantis par la fourniture de sûretés. Le but recherché est de garantir l'exécution du dispositif sur ces frais et ces dépens en faveur de la partie qui obtiendrait gain de cause (1). Protection provisoire, destinée à garantir une créance hypothétique, la cautio judicatum solvi vise à rétablir l'égalité entre les parties dont l'une est dans une situation qui ne permettrait pas à l'autre de recouvrer facilement les frais et dépens du procès. La cautio judicatum solvi est en général due par la partie demanderesse. On considère comme demandeur aussi bien celui qui fait valoir une prétention en tant que demandeur principal que celui qui attaque une décision qui lui a été défavorable comme recourant ou opposant (2). Le terme englobe ainsi celui de défendeur (3), en sa qualité de demandeur au recours (4), de demandeur reconventionnel ou d'appelant en cause (5).

Le demandeur doit fournir des sûretés au début ou en cours de procédure, à moins que, ressortissant d'un Etat partie à une convention internationale et procédant devant les tribunaux d'un autre Etat contractant, il n'en soit dispensé par cette convention ou par le concordat intercantonal en la matière (6). Dans les cantons où il n'y a pas maxime d'office, il appartient au demandeur d'établir qu'il est au bénéfice d'un traité ou qu'il remplit une condition la dispensant de cette charge (7). Il appartient en revanche au défendeur de prouver que les conditions de dépôt des sûretés sont réalisées (8). Les consorts qui ont uniquement indiqué une adresse de notification sont astreints à fournir caution (9).

§1. Le droit édicté

La question de la cautio judicatum solvi en matière de consorité n'est pas réglée en procédure fédérale, mais a été résolue par voie jurisprudentielle (10). En procédure cantonale, seuls trois cantons règlent la question, mais uniquement pour la consorité nécessaire (11). Pour la consorité simple et dans les autres cantons, la question est résolue par voie d'interprétation (12).

1) BE Jolidon 111.

2) ATF 43 I 99/JT 1917 1467.

3) *Georges Brosset*, La cautio judicatum solvi selon l'article 17 al. 1 de la Convention de la Haye concernant la procédure civile et la jurisprudence du Tribunal fédéral, Recueil de Travaux à l'occasion de l'Assemblée de la Société suisse des juristes, 3-5. 10. 1969, 4-5.

4) ATF 45 I 380/JT 1920 I 218.

5) VD JT 1976 III 116.

6) Concordat du 5/20 novembre 1903. Ne sont pas parties au concordat: UR, OW, NW, FR, IR, VD (RS 273.2). Ce concordat n'a plus guère de portée depuis que le TF a admis que les Suisses domiciliés à l'étranger et plaçant en Suisse ne doivent pas être traités plus mal que les étrangers bénéficiant de la Convention de la Haye relative à la procédure civile, ATF 104 Ia 323/JT 1980 1627.

7) BS BJM 1972 263, VD Poudret/Wurzbacher ad 95.

8) *Guido Enrique Fischer*, Die Kostenverteilung im aargauischen Zivilprozessrecht, Thèse Bâle 1984, 77 et les références citées.

9) ZH Sträuli/Messmer ad 74.

10) Voir *infra*.

11) ZH 77, SZ 69, SG 277/2.

12) Il a été ainsi sous l'ancien code zurchois, RSJ 45 1949 157 no 66.

§2. La caution à fournir par un consort

Lorsqu'il y a consorité simple, chaque consort qui en remplit les conditions peut être astreint à fournir des sûretés. Le juge appelé à statuer doit examiner la situation pécuniaire de chaque consort et ne saurait se référer à celle des colitigants (13).

Lorsqu'il y a consorité nécessaire, le dépôt de sûretés peut s'apprécier de trois manières: Seul le consort qui en remplit les conditions peut être astreint à fournir les sûretés. Tous les consorts doivent fournir sûretés dès que l'un d'eux en remplit les conditions. Le juge doit renoncer au dépôt de la caution dès que l'un d'eux n'en remplit pas les conditions.

La solution astreignant le seul consort qui en remplit les conditions à fournir les sûretés n'a jamais été envisagée.

La solution contraignant les consorts à fournir sûretés dès que l'un d'eux en remplit les conditions a été appliquée par la jurisprudence (14). Ses partisans la justifient par l'égalité des parties: La loi n'autorise aucun traitement de faveur, le consort qui en remplit les conditions doit déposer des sûretés (15). Ils se réfèrent à l'aspect procédural de la consorité nécessaire: cette dernière comprenant autant de liens d'instance que de consorts et la cautio judicatum solvi étant une condition de recevabilité dans chacun d'eux, le juge doit la vérifier pour chaque consort séparément (16). Ils entendent enfin éviter un préjudice à l'adversaire dont on ne saurait exiger renonciation aux sûretés parce qu'il est opposé à des consorts (17). La solution a cédé le pas à la troisième.

Adoptée par le Tribunal fédéral (18), la législation (19), la jurisprudence cantonale (20) et la doctrine (21), la solution dominante consiste à *renoncer au dépôt*

- 13) ATF 109 II 270/JT 1984 I 160, ATF 93 II 69/JT 1967 I 569.
ZR 60 1961 106 no57, ZR 52 1953 250 no149, BE RJB 31 1895 52, SZ EGV 1987 89-90 no22, FR Extraits 1981 51, SO RBOG 1938 198 no15, TG RBOG 1974 55 no9: "Die Kautionspflicht des Klägers besteht somit ohne Rücksicht auf deren Fehlen bei der Mitklägerin".
Fischer 51; Hansjörg Stutzer, Die Kautionspflicht im ordentlichen zürcherischen Zivilprozess, Thèse Zurich 1980, 10; Jakob Rhyner, Die Kostenregelung nach sankt-gallischem Zivilprozessrecht, Thèse Berne 1987, 37; Poudret/Sandoz COJ 102 ad 150 ch. 2.2, ZH Sträuli/Messmer ad 77, BE Leuch ad 70 ch. 1, BS/BL Staehelin/Sutter 191, SG Lutz ad a149 ch. 5, AG Eichenberger ad 105 nm6, VD Poudret/Wurzbürger/Haldy ad 95, GE Menoud ad 102, Bertossa ad 102 nm3.
- 14) ZH RSJ 37 1940 284 no188, ZR 60 1961 106 no57, ZR 54 1955 219 no108, AG VJS 1910 no42.
- 15) ZH ZR 60 1961 106 no57, AG VJS 1910 no42, Geiger 115.
- 16) ZH RSJ 37 1940 284 no188, ZR 60 1961 106 no57, Matti Streitgenossenschaft 62, Geiger 115.
- 17) ZH ZR 60 1961 106 no57.
- 18) ATF 109 II 171/JT 1984 I 160/SJ 1984 237. Question laissée ouverte dans l'ATF 93 II 69/JT 1967 I 569.
- 19) ZH 77, SZ 69, SG 277/2.
- 20) ZH RSJ 45 1949 157 no66, RSJ 39 1942/43 542 no69, ZR 60 1961 105 no56, ZR 43 1944 338 no226, 339, SZ EGV 1987 89 no22, BE RJB 73 1937 48, GE SJ 1985 126.
- 21) Stutzer 11: "Die mit §77 ZPO nun eingetretene Klärung ist sachlich gerechtfertigt und zu begrüssen", Fischer 52, Poudret/Sandoz COJ 102 ad 150 ch. 2.2, ZH Walder ZPR 134 nm2 n. 18, Sträuli/Messmer ad 77, Sträuli/Hauser ad a59 ch. 3, BE Leuch ad 70 ch. 1, BS/BL Staehelin/Sutter 191; SG Jakob Rhyner, Die Kostenregelung nach sankt-gallischem Zivilprozessrecht, Thèse Berne 1987, 37; Lutz ad a149 ch. 5, TI Ottaviani 65, VD Poudret/Wurzbürger/Haldy ad 95. Pour GE Bertossa ad 102 nm3, il y a lieu de rechercher si

de sûretés dès qu'un des consorts n'en remplit pas les conditions. On peut la considérer comme l'expression d'un principe général applicable dans les cantons qui n'ont pas légiféré.

La règle est une *lex specialis* (22). Elle est justifiée par la nature particulière de la consorcié nécessaire (23): Le consort nécessaire qui est astreint à déposer des sûretés et qui n'obtempère pas obligerait le juge à déclarer la demande irrecevable (24), ce qui constituerait une sanction d'une inadmissible dureté (25). La solution contraire entraînerait des difficultés d'exécution, obligerait le juge à réclamer les sûretés des autres consorts et leur ferait supporter une charge financière que le législateur n'exige pas d'eux (26). La faculté du juge de condamner solidairement les consorts au paiement des frais et dépens est considérée comme une garantie suffisante (27).

Le principe s'applique devant le premier juge et devant les instances de recours. Il comporte des exceptions: Le consort nécessaire habilité à recourir individuellement peut être astreint à fournir caution (28). Il en va de même du consort nécessaire formel (29). Le créancier cessionnaire au sens de l'article 260 LP peut être tenu de fournir caution (30). Le cohéritier ne peut être astreint à fournir des sûretés lorsqu'un acte de défaut de biens a été établi contre la communauté héréditaire (31).

Les consorts répondront solidairement des dépens de telle sorte que l'un d'eux au moins puisse être poursuivi en Suisse.

22) ZH Sträuli/Messmer ad 77.

23) ZH ZR 52 1953 250 no149. Renvoi à RSJ 45 1949 157 no66, RSJ 39 1942/43 542 no69.

24) ATF 109 II 270/JT 1984 I 160/SJ 1984 237: "En l'espèce, les recourants font valoir une prétention du de cujus...contre l'intimée. De par la loi, ils procèdent ensemble et sont des consorts nécessaires. Aucun d'eux n'a qualité pour réclamer seul la prestation due à tous... S'il était fait droit à la requête et si les recourants 1 à 3 ne fournissaient pas en temps utile la caution requise, le recours serait irrecevable et le recourant" ne pourrait poursuivre seul l'action. C'est là une raison suffisante d'écarter la requête...".

ZH ZR 60 1961 105 no56, ZR 60 1961 106 no57: "Gegen eine Auferlegung der Kautions scheinen die Überlegungen zu sprechen...b) dass die Durchführung der Kautionsierung im Falle der Nichtleistung der Kautions auf unüberwindliche Schwierigkeiten stösse, indem keine geeignete und durchführbare Androhung gefunden werden könne". GE SJ 1985 126, 127: "...Du moment que le jugement devra être le même pour tous, il y a risque que tel ne soit pas le cas si le recours était déclaré irrecevable à l'égard d'un consort astreint au paiement de sûretés et qui ne les paierait pas alors qu'un autre obtiendrait gain de cause...".

BE Leuch ad 70 ch. 1: "...so käme es einem Rechtsmissbrauch gleich, die Sicherheit zu verlangen, solange die Voraussetzungen der Sicherheitsleistung auch nur bei einem Streitgenossen fehlen".

25) ZH RSJ 45 1949 157 no66, SZ EGV 1987 99 no22. Comp. ZH ZR 60 1961 108 no57: "Mit der Statuierung des Gesamthandsprinzips und der Solidarität wurden derartige Reflexwirkungen in Kauf genommen und sie können nicht hinterher als unzulässige Härte wieder fallen gelassen werden".

26) ZH ZR 60 1961 106 no57.

27) C'est la *ratio legis* des articles 77 ZH et 69 SZ.

L'argument est subsidiaire. ATF 109 II 270/JT 1984 I 160/SJ 1984 237: "De toute façon, si l'intimée devait obtenir un arrêt en sa faveur, les dépens seraient mis solidairement à la charge de tous les consorts". ATF 93 II 69/JT 1967 I 569.

ZH RSJ 45 1949 157 no66: "Klagen mehrere Streitgenossen eine ihnen solidarisch zustehende Forderung ein, so trifft sie im Falle des Unterliegens auch die Pflicht zur Tragung der Kosten und der Prozessentschädigung solidarisch...Ist also auch nur einer der Kläger zahlungsfähig, so besteht für die Ansprache der Gegenpartei und der Gerichtskasse keine Gefahr. Es liegt daher so lange kein Grund für die Auferlegung einer allgemeinen Prozesskaution vor, als ein Kläger vorhanden ist, auf dessen Person kein Kautionsgrund zutrifft". RSJ 39 1942/43 542 no69. BE RJB 73 1937 48. SZ EGV 1987 89 no22. GE SJ 1985 126.

Fischer 52, ZH Sträuli/Messmer ad 77, BE Leuch ad 70 ch. 1.

28) ZH ZR 60 1961 105 no56.

29) GE Mermoud 74 ad 102.

30) ZH Sträuli/Messmer ad 73 nm22.

Les motifs de caution qui affectent des propriétaires en main commune n'affectent pas les propriétaires pris individuellement (32). La faillite d'une société en nom collectif n'autorise pas le juge à exiger le dépôt de sûretés de la part des associés (33).

§3. La caution à fournir par l'adversaire des consorts

Les consorts sont par rapport au fond des consorts simples ou des consorts nécessaires. Relativement aux dépens, ils sont toujours des consorts simples. Comme il n'y a pas solidarité active (34), chaque consort a sa propre créance de dépens. Il en découle que chaque consort doit demander des garanties pour sa propre créance et qu'un consort n'a pas qualité pour requérir les sûretés au profit de tous. En d'autres termes, les consorts n'obtiennent des garanties que s'ils les ont tous requises. Une requête commune suffit.

La demande de sûretés peut avoir lieu en tout état de cause. Elle précède ou accompagne la réponse avant tout débat au fond. Elle peut être formée avant tout nouvel acte de procédure lorsque ses conditions sont connues en cours de procédure. En raison de la coexistence de créances de dépens individuelles, le juge doit examiner individuellement pour chaque consort si son droit à requérir la caution est périmé ou non. Celui qui a laissé entamer le débat au fond sans avoir requis de sûretés est forcé.

§4. L'ampleur des sûretés

Le montant des sûretés à déposer est estimé en fonction de la valeur litigieuse (35), de l'importance du procès (36) et du coût de la procédure. Il doit être équitable (37). Le juge a un pouvoir d'appréciation étendu. Il apprécie sommairement les circonstances existant au moment où il prend sa décision et n'a pas à consulter la partie adverse (38). Sa décision ne peut pas toujours faire l'objet d'un recours (39). Les sûretés exigées en cours de procédure comprennent les frais engagés jusqu'au dépôt de la requête (40). Elles sont en principe fournies en espèces (41). Le montant demandé peut comprendre les frais d'un recours éventuel (42). Lorsque tel n'est pas le cas, l'autorité de recours peut exiger un complément de sûretés (43).

Lorsqu'il y a consorciété simple, les sûretés requises d'un consort doivent selon une partie de la jurisprudence couvrir les dépens présumables pour tous (44). La

-
- 31) ZH ZR 42 1943 175 no52c/RSJ 39 1942/43 83 no40: "Der Miterbe ist nicht kautionspflichtig, auch wenn auf die Erbengemeinschaft ein Pfandausfallschein aufgestellt worden ist".
 - 32) Stutzer 11, Walder 134 nm2.
 - 33) ZH RBOG 1923 no89, Sträuli/Messmer ad 73 nm13.
 - 34) Sauf en procédure fédérale (PCF 69/2) et dans les cantons de Genève (GE 177) et Vaud (TC arrêt du 16. 8. 1983 non publié Strummiello c/Rienzo et la Suisse) et Argovie (AG Eichenberger ad 117 nm4).
 - 35) Notamment ZH 79/1, SZ 70.
 - 36) Notamment ZH 79/1, UR 91/2, SZ 70, VS 315/2.
 - 37) Notamment BS 44/2, GR 40/1.
 - 38) Stutzer 116.
 - 39) Par ex. BE 74.
 - 40) Stutzer 125. ZH Sträuli/Messmer ad 79 nm2.
Voir également: ZH ZR 72 1973 40 no23, ZR 71 1972 242 no79 c2b.
 - 41) Le juge peut admettre un autre mode de garantie. NE n148/1.
 - 42) GE SJ 1965 412, ZH Sträuli/Messmer ad 79 nm2.
 - 43) Notamment BE 71, VD 100, NE n149.
 - 44) FR Extraits 1981 51. ZH Sträuli/Messmer ad 77, BE Leuch ad 70 ch. 1, AG Eichenberger ad 105 nm6.

caution ne pourrait en conséquence exiger du juge de ne pouvoir déposer que la somme qu'elle supporterait dans les rapports internes. La règle est justifiée par la condamnation solidaire des consorts au paiement des frais et dépens (45). Pour une autre partie de la jurisprudence et pour la doctrine que nous partageons, la caution ne doit déposer que la part présumée de frais qu'elle devrait supporter (46). La caution peut en effet abandonner le procès en cours de procédure de sorte que l'adversaire ne pourrait plus s'en prendre à lui. Il n'est d'autre part pas certain que le juge condamne les consorts solidairement (47).

Lorsqu'il y a consortité nécessaire, les consorts doivent couvrir tous les frais et dépens présumables.

Le consort qui requiert l'assistance judiciaire est provisoirement libéré de son obligation de fournir des garanties pendant la procédure d'assistance judiciaire. Lorsqu'il est mis au bénéfice de l'assistance judiciaire, il n'y a pas lieu à sûretés (48). Le consort n'est toutefois pas libéré d'avancer les frais pour preuves (49). Si l'assistance judiciaire lui est refusée, le juge lui fixe un nouveau délai pour déposer les garanties (50). Le juge peut exiger des sûretés du consort impécunieux et le renvoyer à requérir l'assistance judiciaire (51). Il n'est pas dans l'obligation de restituer les garanties si ce consort est mis au bénéfice de l'assistance judiciaire (52).

§5. La sanction

La procédure est totalement ou partiellement suspendue aussi longtemps que les sûretés ne sont pas déposées (53). L'adversaire ne peut procéder, ni le juge statuer. Ce dernier ne peut que prononcer la division des causes en cas d'urgence (54).

Le consort simple qui ne fournit pas caution en supporte les conséquences. Le juge n'entre pas en matière sur la demande du codemandeur (55). Le codéfendeur est

45) ZH ZR 60 1961 108 no57: "Die Kautions richtet sich nach der Masse der Haftung. Sie soll eine Sicherheit darstellen, was vom betreffenden Streitgenossen unter dem Titel Prozesskosten und Prozessentschädigung maximal gefordert werden kann". FR Extraits 1981 51. SO RBOG 1938 198 no15: "Das Obergericht hat in ständiger Rechtssprechung festgestellt, dass die im Prozess unterliegenden Streitgenossen solidarisch für die Kosten des Prozesses haften, so dass die Gegenpartei für den Fall des Obsiegens Anspruch darauf hat, das Kostenurteil nach Wahl gegenüber jedem der Streitgenossen in vollem Umfange vollziehen zu lassen. Es kann somit der Kläger X von der allenfalls obsiegenden Beklagten für die gesamten Prozesskosten belangt werden. Deshalb ist es angebracht von ihm Sicherstellung für die gesamten zu erwartenden Prozesskosten...zu verlangen". ZH Siräuli/Messmer ad 77. BE Leuch ad 70 ch. 1. AG Eichenberger ad 105 nm6.

46) Fischer 51-52.

47) TG RBOG 1974 55 no9.

48) Par ex. FR 123, VD 95/2. ATF 91 II 252.

49) Rainer Isler, Die Kautionspflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Thèse Zurich 1967, 64.

50) Stutzer 127.

51) SZ EGV 1987 90-91 no22: "Dass der Beklagte angeblich nicht in der Lage ist, die Kautions zu leisten, hindert die Kautionsauflage nicht. Der Beklagte wird allenfalls ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung stellen müssen".

52) Stutzer 133. Voir également ZH ZR 75 1976 7 no6 c. 3, ZR 53 1954 118 no46, ZR 40 1941 338 no132a.

53) Par ex. BE 75: 20 jours, NE n147.
BE RJB 91 1955 191. VS RVJ 1986 190. BE Leuch ad 70 ch. 1.

54) BE Leuch ad 70 ch. 1.

55) SZ EGV 1987 89-90 no22. La sanction connaît des dénominations diverses: irrecevabilité des conclusions, renvoi de la demande, éconduction d'instance, et même présomption de désistement provisoire ou définitif et déchéance: il s'agit en réalité d'une invalidation

jugé par défaut (56). Les autres consorts ne sont pas concernés. Dans le canton de Neuchâtel, la demande est réputée non introduite (57). Si les sûretés ne sont pas fournies en cours de procédure, il y a lieu à défaut extraordinaire (58). Expulsé de la consorité en raison de son omission (59), le consort conserve la faculté de former une nouvelle action dans la mesure où elle n'est ni périmée, ni prescrite (60) et où il n'est pas jugé par défaut (61). Il peut demander la jonction de causes. Le consort qui fournit postérieurement les sûretés et paie les frais peut dans le canton de Berne solliciter simultanément la reprise de l'instance (62) sans déposer une nouvelle demande (63) et sa réintégration dans la consorité qui renaît. La demande du consort fait l'objet d'une procédure indépendante lorsque les demandes ont été disjointes (64).

d'instance, car la perte du droit matériel contrevient aux règles fédérales parce qu'elle est fondée sur un motif sans rapport objectif avec le droit de fond.

56) ZH 80. SZ EGV 1987 89 no22.

57) NE n147.

58) NE n150/3.

59) SZ EGV 1987 89-90 no22.

60) ZH Striuti/Messmer ad 80 nm2.

61) SZ EGV 1987 89-90 no22.

62) BE 76/3.

63) Il en a toutefois la faculté. BE Leuch ad 76 ch. 3.

64) ATF 49 III 251.

Lettre du 11.12.1923 de la Cour d'Appel de Berne à la Chambre de poursuite et faillite du Tribunal fédéral, RJB 60 1923 460 no26, 461: "Der Eintritt des erst nachträglich Sicherheit leistenden Streitgenossen in den inzwischen von den übrigen Streitgenossen fortgesetzten Prozess ist möglich unter der Voraussetzung, dass nicht Trennung gemäss Art. 38 ZPO verfügt worden war, und zwar ist er in diesem Falle zulässig, gleichgültig in welches Stadium der Prozess von den übrigen Streitgenossen bereits gebracht worden ist...Diese Befugnis steht ihm selbst dann zu, wenn dadurch eine Verzögerung in der Erledigung des Prozesses eintreten sollte. Das Gericht kann jedoch in solchem Fall nunmehr Trennung gemäss Art. 38 ZPO verfügen, um die beiden Prozesse unabhängig voneinander zu treiben".

CHAPITRE 3. LES FRAIS ET DEPENS PROPREMENT DITS

§1. L'avance de frais

Lorsqu'il y a consorité simple, chaque consort avance une partie des frais de leurs *actes communs* (1). Dans les cantons de Berne et du Valais, les consorts sont solidaires de l'avance. Il suffit que l'un d'eux y procède (2) et celui qui avance les frais le fait pour tous (3). Chaque consort avance les débours de ses *actes individuels* (4) et ses *réquisitions* (5). Le Tribunal fixe individuellement le montant de l'avance (6).

Lorsqu'il y a consorité nécessaire, les consorts sont solidaires de l'avance (7). Il suffit que l'un d'eux y procède (8). Le montant de l'avance équivaut aux frais engagés par tous (9). Les exceptions sont réservées. Dans certains cantons, dans les actions en paternité ou relevant de l'obligation d'entretien, l'enfant n'est pas soumis à l'obligation d'avancer les frais (10).

Lorsqu'un consort simple ne procède pas à l'avance de frais, la demande est partiellement irrecevable (11). Le consort qui ne dépose pas le montant des frais pour preuves est dans certains cantons réputé renoncer à l'acte dont les frais n'ont pas été avancés (12). Dans d'autres, le juge peut refuser d'y procéder après en avoir averti le consort (13). Le fait pour un consort de ne pas déposer l'avance de frais pour preuves ne constitue pas un motif de division de causes (14).

Lorsqu'il y a consorité nécessaire et qu'aucun consort n'a procédé à l'avance, la demande est irrecevable.

- 1) *Guido Enrique Fischer*, Die Kostenverteilung im aargauischen Zivilprozessrecht unter besonderer Berücksichtigung der Kantone Solothurn, Basel-Stadt und Basel-Landschaft, Thèse Bâle 1984, 20: "In diesem Fall erfolgt die Vereinigung der verschiedenen Prozesse aus prozessökonomischen Gründen, so dass der Vorschuss für jeden Streitgenossen einzeln festzusetzen und einzuverlangen ist".
- 2) VS 39/2 et 302/4. VS RTC 1958 96. BE Leuch ad 57 ch. 2.
- 3) BE Leuch ad 70 ch. 1.
- 4) LU Entsch. 1936 716 no 498. TI Rep. 1984 119 n. 1.
BE Leuch ad 61 ch. 3. AG Eichenberger Beiträge 268.
- 5) Fischer 18, BE Leuch ad 61 ch. 3. SG *Jakob Rhyner*, Die Kostenregelung nach sanktgallischem Zivilprozessrecht, Thèse Berne 1987, 36: "...im Verhältnis ihrer Beteiligung am Rechtsstreit bzw. am Beweisverfahren".
- 6) Fischer 19-20, BE Leuch ad 61 ch. 3.
- 7) AG VJS 1910 102. AG Eichenberger Beiträge 72. SG Rhyner 36.
La solidarité garantit au tribunal la perception des frais encourus et permet d'éviter l'irrecevabilité de la demande lorsqu'un consort ne satisfait pas à la condition.
- 8) Fischer 19-20. SG Rhyner 36 et Lutz ad a103 ch. 6.
- 9) AG VJS 1910 102.
BE Leuch ad 70 ch. 1. AG Eichenberger Beiträge 72.
- 10) Par ex. BE 57/3.
- 11) La cause est rayée du rôle. TI Rep. 1984 119 note Bolla.
- 12) Par ex. SO 94/2.
- 13) Par ex. VS 304/3. NE n142.
- 14) BS Appellationsgerichtsentscheid non publié du 1.2.73 Burkard c/Vogelbach cité par *Donald Charles Stückelberger*, Die Prozesskosten nach baselstädtischem Zivilprozessrecht, Thèse Bâle 1978, 117 n. 5.

§2. La répartition des frais et des dépens

1. Le droit édicté

A l'instar de la loi fédérale de procédure civile (15) et de la loi fédérale d'organisation judiciaire (16), de nombreux codes cantonaux régissent la question de la répartition des frais et dépens en matière de consorité (17). La réglementation s'inspire des dispositions allemande et autrichienne (18). Les cantons qui n'ont pas légiféré ont suppléé à l'absence de règles par voie prétorienne (19).

ZH 70	NW 97	BL	AG 117	GE 177
BE 61	GL 35	SH 257	TG	JU 60
LU	ZG 42	AR 84	TI 148/4	
UR 87	FR 112	AI 92	VD	
SZ 64	SO 104	SG n271	VS 302/4	
OW 96	BS	GR	NE n154	

Dans certains cantons, la réglementation vise les frais et les dépens (20). Ne visant que les dépens dans d'autres cantons, la réglementation y comprend parfois les frais par extension (21). Ailleurs, elle ne vise que les frais. On l'applique par analogie aux dépens (22) ou on soumet la répartition des dépens à d'autres critères (23).

- 15) PCF 69/2.
- 16) OJF 156/7, 159/5.
- 17) LU Gesetz über die Kosten im Verfahren vor Gerichtsbehörden (Gerichtskostengesetz, 8.3.1966 (RS 264), art. 19/1. NW Prozesskostenverordnung 8.1.1977 (RS 261.11), art. 9/2. TI legge sulla tariffa giudiziaria, 14.12.1965 (RS 70), art. 10/1.
- 18) DZPO 100: "Besteht der unterliegende Teil aus mehreren Personen, so haften sie für die Kostenersatzung nach Kopfteilen. Bei einer erheblichen Verschiedenheit der Beteiligung am Rechtsstreit kann nach dem Ermessen des Gerichts die Beteiligung zum Massstab genommen werden. Hat ein Streitgenosse ein besonderes Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend gemacht, so haften die übrigen Streitgenossen nicht für die dadurch verursachten Kosten. Werden mehrere Beklagte als Gesamtschuldner verurteilt, so haften sie auch für die Kostenersatzung, unbeschadet der Vorschrift des Abs. 3, als Gesamtschuldner. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach denen sich diese Haftung auf die im Abs. 3 bezeichneten Kosten erstreckt, bleiben unberührt". La disposition est interprétée restrictivement. Baumbach/Lauterbach ad 100 1.
AZPO 46: "Besteht der zum Kostenersatz verpflichtete Teil aus mehreren, in der Hauptsache nicht solidarisch haftenden Personen, so ist denselben der Kostenersatz nach Kopfteilen aufzuerlegen. Bei einer erheblichen Verschiedenheit der Beteiligung am Rechtsstreit hat jedoch das Gericht die Ersatzanteile nach dem Verhältnis dieser Beteiligung zu bestimmen. Sofern die zum Kostenersatz verpflichteten Personen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts in der Hauptsache solidarisch zu haften haben, erstreckt sich diese Haftung auch auf die dem Gegner zugesprochenen Prozesskosten. Für die Kosten, welche durch die von einzelnen Beteiligten vorgenommenen besonderen Prozesshandlungen erwachsen sind, haben die übrigen Beteiligten nicht zu haften".
- 19) LU LGVE 1975 316 no258, Entsch. 1962 130 no123, Entsch. 1936 715 no 498.
VD JT 1984 III 100, JT 1982 III 43, JT 1965 III 79, JT 1962 III 27, JT 1938 III 116.
- 20) ZH 70, SZ 64, GL 35, IR 92, AG 117, TI 148/4.
NE n154: "S'il y a plusieurs parties condamnées, les frais et les dépens se partagent entre elles, soit par tête, soit à raison de leur intérêt dans la contestation. Elles peuvent être déclarées solidaires à l'égard de la partie gagnante". L'ancien article 366 ne visait que les dépens.
Idem en droit allemand. Baumbach/Lauterbach ad 100 3B.
- 21) BE 61, 66.
Dans le canton de Genève, la loi utilise le terme de dépens pour désigner tant les frais de justice que ceux des justiciables. Habscheid DJPS 295.
- 22) AG VJS 1938 136 no41.

La réglementation vise aussi bien la consorité simple que la consorité nécessaire (24), la consorité initiale que la consorité subséquente (25). Le législateur ne fait le plus souvent pas de différence entre ces formes de consorité à l'inverse de la jurisprudence. La disposition s'applique tant qu'il y a consorité.

La réglementation ne vise que l'hypothèse où tous les consorts ont succombé. Elle ne traite pas de celle où l'un d'eux a succombé et un autre obtenu gain de cause. Elle ne régle que rarement celle où tous les consorts ont eu gain de cause.

La jurisprudence est abondante sur ces questions.

II. Tous les consorts ont succombé

La partie qui succombe sur le fond doit payer les frais et les dépens (26). Le législateur a imaginé divers systèmes de répartition entre les consorts. Dans certains cantons, il dicte au juge une règle de conduite. Dans d'autres, il accorde au juge une grande liberté d'appréciation (27).

Dans les cantons où le législateur dicte au juge une règle de conduite, il fixe une clé de répartition principale et des clés subsidiaires. Le mode principal diffère d'un canton à l'autre. Suivant les codes, le législateur met l'accent sur les rapports externes ou internes des consorts. Ici, la solidarité des consorts dans le support des frais et des dépens est la règle (28), la répartition par tête (29), la répartition proportionnelle étant des modes subsidiaires (30). Là, la répartition par tête est la règle (31), la solidarité (32) et la charge proportionnelle les exceptions. Si le juge veut s'écarter de la règle et adopter un autre critère de répartition, il doit le mentionner dans son jugement (33).

Dans les cantons où le législateur accorde au juge une grande liberté d'appréciation dans la fixation des frais et des dépens, le juge peut choisir n'importe quel mode de répartition (34).

A. La solidarité passive

La législation et la pratique sont rigides. Les consorts supportent leurs propres frais et dépens, mais en ce qui concerne ceux de l'adversaire commun, le législateur prescrit souvent la solidarité passive sans tenir compte des circonstances. La réglementation empêche le juge d'observer une certaine souplesse. La jurisprudence

UR Aschwanden 96, AG Eichenberger Beiträge 43.

23) LU Entsch. 1962 130 no 123.

24) ZH Sträubli/Messmer ad 70 nm1. Wiczorek ad 100 A, Stein-Jonas 100 nm1, Baumbach/Lauterbach ad 100 3C, 3D, 4A, Zöller ad 100 nm1, Thomas/Putzo ad 100 ch. 1.

25) Il est pour cette question indifférent de savoir comment la consorité s'est constituée. JW 1898 74, Wiczorek ad 100 A, Zöller ad 100 nm1, Stein/Jonas ad 100 nm1, Baumbach/Lauterbach ad 100 3D.

26) Wiczorek ad 100 A1: "Wer unterliegt, ergibt die Entscheidung, bezogen auf den Hauptanspruch (nicht auf die Kostenentscheidung)".

27) ZH 70, AR 84, AG 117, GE 177.

AG Message du Conseil d'Etat argovien à l'appui du projet de nouveau code de procédure civile, 1960 40: "Da die rechtlichen Beziehungen zwischen den Streitgenossen sehr verschieden sein können, und unter Umständen auch eine getrennte Prozessführung zulässig ist, empfiehlt es sich, dem Richter freie Hand zu lassen".

28) BE 61, UR 87, OW 96, NW 97, ZG 42, FR 112, SO 104. Elle est obligatoire à SH 257. BE Leuch ad 61, Marti Streitgenossenschaft 112.

29) BE 61, UR 87, OW 96, FR 112, SO 104.

30) BE 61, UR 87, OW 96, FR 112/1 (contrairement à l'article 466 de l'ancien code), SO 104.

31) SH 257, DZPO 100/1.

32) QUF 156/7, AI 92.

33) BE Leuch ad 61 ch. 1.

impose souvent la solidarité passive dans des cantons où le législateur accorde la liberté au juge. La pratique y est contraire à la loi (35).

La solidarité doit rester facultative (36) et ne doit être prononcée que lorsque les circonstances le justifient (37).

La seule existence de la consorité ne justifie pas la solidarité passive.

L'existence de la consorité matérielle entre les consorts n'implique pas obligatoirement la solidarité passive (38). Les débiteurs solidaires qui ne participent pas à la procédure ne peuvent être condamnés solidairement aux frais (39). Etant donné toutefois qu'ils participent aux profits, on peut se demander s'ils ne doivent pas participer aussi aux risques du procès (40).

La solidarité passive s'impose selon la doctrine (41) et la jurisprudence lorsqu'il y a consorité nécessaire (42). En cas d'admission de l'action en désaveu, l'enfant en procédure vaudoise être condamné aux frais avec sa mère, même s'il a adhéré aux conclusions de la demande (43). Le demandeur qui y renonce contre la

-
- 34) PCF 69/2, ZH 70, SZ 64, AR 84, AG 117/1, VS 302/4 a contrario, GE 177/1.
- 35) GE Bertossa ad 177 nm2 fait le même constat: "La liberté du juge devrait...rester la règle, applicable à toutes les hypothèses, l'usage en étant dicté par la meilleure sauvegarde des intérêts légitimes en présence". Dans le canton d'Argovie, l'ancien code imposait la solidarité au juge alors que la nouvelle loi la laisse à son appréciation. Comp. TG RBOG 1974 55 no9, 56: "Zudem tritt nach ZPO keine gesetzliche Solidarhaftung für die Prozesskosten ein. Im Kostenspruch kann eine solche zwar verfügt werden, aber zwingend ist das nicht".
- 36) VD ATC non publié Lysoform et Savonnerie Sanel SA c/Fauth du 30.1.1979, cité par Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 92 ch. 7.5, Guldener ZPR 407, GE Bertossa ad 177 nm2: "La réglementation doit comporter la souplesse nécessaire pour tenir compte des intérêts légitimes de la partie créancière et de ceux des consorts en cause".
- 37) AR 84: "Ein Streitgenosse soll in der Regel zu...solidarischer Haftung für die Anteile der andern verpflichtet werden, sofern dies in Würdigung der Umstände nicht unbillig erscheint", AG 117/2: "Wo die Umstände es rechtfertigen, kann ganz oder teilweise die solidarische Haftbarkeit für die Kosten angeordnet werden". Georg Messmer/Hermann Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zurich 1992, 36 ch. 27 n. 22: "Werden Prozesse erst vor Bundesgericht vereinigt, so sollte wohl auf Solidarhaft verzichtet werden".
- 38) Contra: BE Leuch ad 61 ch. 3, FR Deschenaux/Castella 109, SG Lutz ad a104 ch. 6, Rhyner 109.
- 39) Geiger 56 n. 35.
- 40) Fischer 98: "Die nicht am Prozessbeteiligten Solidarschuldner sind nicht Prozesspartei, weshalb über etwaige Regressansprüche in einem anderen Verfahren zu entscheiden ist".
- 41) Donald Charles Stückelberger, Die Prozesskosten nach baselstädtischem Zivilprozessrecht, Thèse Bâle 1978, 37; Rhyner 109, AR Ehrenzeller 100 ad 84, Fasching Komm. II 344. Contra Wolff 128.
- 42) ATF 93 II 68/JT 1967 I 569, SJ 1985 127, VD JT 1984 III 101, JT 1982 III 43, 44, Ch. Rac. Dubugnon c/Blanc, 1.12.1981 non publié, Lysoform et Savonnerie Sanel SA c/Fauth, 30.1.1979 non publié, VS RVJ 1990 113, 118: "...Il convient de relever que...la décision du Tribunal cantonal de ne pas instituer un régime de solidarité entre les deux codemandeurs ne prête pas le flanc à la critique. En effet, les codemandeurs, en qualité de copropriétaires de la construction objet du litige, n'avaient pas la qualité de consorts nécessaires...Il n'existait donc pas de raison d'instituer entre eux un régime de solidarité...", RTC 1958 96, 97: "La forme facultative donnée à l'art. 302/4 CPC qui réserve la libre appréciation du juge quant à l'attribution et la libre répartition avec ou sans solidarité peut très bien laisser subsister dans l'esprit du juge la certitude que cette disposition ne vise que les cas où les consorts ne se trouvent pas dans un rapport de communauté de droits ou d'obligations et ne forment pas un vrai litisconsortium. Un tel raisonnement ne va pas à l'encontre d'une saine conception de la justice..."
- 43) VD JT 1965 III 92.

mère ou contre l'enfant est réputé ne pas avoir renoncé à la solidarité (44). La solidarité passive ne peut être prononcée lorsqu'une action a été dirigée contre tous les cohéritiers et que certains d'entre eux ne s'y sont pas opposés. La règle contraire serait injuste (45).

La solidarité passive n'a pas obligatoirement à être prononcée lorsque la condamnation principale emporte elle-même solidarité. La législation et la pratique consacrent la règle contraire (46). Si l'un des consorts acquiesce d'emblée à la demande en paiement dirigée solidairement contre eux, et si après de longs débats, cette action s'avère bien fondée, la règle de solidarité expose ce consort à devoir rembourser seul tous les frais et dépens que le demandeur a dû mettre en oeuvre en raison du comportement des autres consorts. Même si ce consort a un droit de recours contre ces derniers, la solidarité est inéquitable et injuste (47).

Les consorts supportent solidairement les frais de leur attaque ou leur défense conjointe (48), même s'ils ne sont pas liés matériellement par un lien de solidarité (49). Il importe peu que ce soit des consorts simples ou nécessaires (50). La pratique

Hegnauer ad 260a nm118: "Wird die Klage gutgeheissen, so sind dem beklagten Kind keine Kosten aufzuerlegen und ist es auch nicht zu einer Prozessentschädigung zu verpflichten, da es zu unwarhen Anerkennung in keiner Weise beigetragen hat". BS/BL Stachelin/Sutter 90: "Einzig die Kosten können dem einzelnen Streitgenossen unterschiedlich auferlegt werden, so bei Gutheissung der Klage auf Anfechtung der Vaterschaft, wo die Kosten nach der...Praxis nur der Mutter, nicht dem Kind auferlegt werden".

44) VD JT 1982 III 43: Si le demandeur renonce aux dépens contre l'un, il conserve son droit contre l'autre, qui répond de son droit sous réserve de son droit de recours contre le bénéficiaire de la remise de dette.

45) Dans le même sens GE Bertossa ad 177 nm2.
Comp. AG Eichenberger ad 117 nm3 et Beiträge 43: "Ferner kann sich auch bei der notwendigen Streitgenossenschaft der einzelne Streitgenosse dadurch wenigstens der Solidarhaft entziehen, dass er zu Beginn des Prozesses die Klage anerkennt". Renvoi à AG VJS 1943 96 no3 et 102 no4.

46) BE 61, JU 60: "...Le juge est autorisé à répartir les dépens entre eux par tête ou proportionnellement à leur participation au procès, lorsqu'ils ne sont pas tenus solidairement de la dette principale, objet du litige". UR 87, OW 96, SO 104, DZPO 100/4. A noter l'article 359 du CPC neuchâtelois de 1878: "lorsque plusieurs parties sont condamnées...pour cause d'obligation solidaire..., elles sont tenues solidairement des dépens".

JurBüro 1984 605, JurBüro 1976 246, NJW 1974 693, JZ 1956 99.

GE SJ 1969 481, 487: "Des parties contre qui n'est pas prononcée une condamnation solidaire ne peuvent pas être condamnées solidairement aux dépens", la décision est isolée, cf. GE Bertossa ad 177 nm2.

Stückelberger 37, Matti Streitgenossenschaft 112, Geiger 55, UR Aschwanden 96, SG Rhyner 109, SG Lutz ad a104 ch. 6, Zimmermann ad 100 nm2, Gottwald 1983 66, Schellhammer 386 nm774, Stein/Jonas ad 100 nm9, Thomas/Putzo ad 100 ch. 2, Rosenberg/Schwab 282, Wieczorek ad 100 AII, Zöllner ad 100 nm11: "Voraussetzung gesamtschuldnerischer Haftung ist, dass sie bezüglich der Hauptsache in der Urteilsformel ausgesprochen oder wenigstens in den Gründen erkennbar gemacht ist. Legen zwei erstinstanzlich verurteilte Gesamtschuldner erfolglos Berufung ein, haften sie auch zweinstanzlich als Gesamtschuldner, sofern sie erstinstanzlich als solche verurteilt worden sind. Es bedarf nicht eines Gesamtschuldnerausspruchs im Berufungsurteil" (renvoi à MDR 1981 502), MünK ad 100 nm10, Fasching Komm. II 344, ZPR 241 nm462, Holzhammer ZPR II 112.

Comp. Wieczorek ad 100 AIIb: "Wird...ein Streitgenosse auf Duldung, der andere auf Leistung in Anspruch genommen, so liegt keine solche gesamtschuldnerische Verurteilung vor", idem MünK ad 100 nm13.

Le droit allemand distingue les débiteurs des créanciers solidaires. MDR 1991 257, Baumbach/Lauterbach ad 100 8B.

47) GE Bertossa ad 177 nm2.

48) TI legge sulla tariffa giudiziaria, 14.12.1965 (RS 70), art. 10/1: "I liteconsorti che agiscono insieme sono solidalmente responsabili del pagamento delle spese giudiziarie".
AG VJS 1938 136 no41.

apprécie diversement l'action concertée. Dans certains cantons, le fait pour les consorts de donner séparément les mêmes explications ou des explications analogues ne suffit pas encore à admettre de leur part une défense conjointe (51). Dans d'autres cantons, la seule apparence d'agir conjointement suffit à fonder la solidarité passive (52). La solidarité ne s'impose pas du seul fait que les consorts ont le même mandataire (53).

La solidarité ne peut être prononcée dans certains cantons que si des conclusions ont été formulées en ce sens (54). Lorsque la solidarité résulte de la loi ou que la condamnation principale emporte elle-même solidarité, il suffit selon certains tribunaux et auteurs que la solidarité résulte des motifs. Le juge n'est pas tenu de la mentionner dans le dispositif sur les frais (55). Nous sommes d'avis contraire pour des raisons de sécurité juridique (56). Dans les systèmes qui confèrent au juge une grande liberté d'appréciation, la solidarité doit découler du dispositif (57).

VD Ch. rec., Dubugnon c/Blanc 1.12.1981 non publié, Lysoform et Savonnerie Sanel SA contre Fauth du 30. 1. 1979 non publié, JT 1984 III 101, 104: Lorsque deux ou plusieurs parties procèdent comme consorts, elles procèdent en commun au sens de l'article 77/1 CPC, elles répondent solidairement des dépens, JT 1982 III 43, 44: Il y a solidarité si plusieurs personnes procèdent ensemble comme parties. VS RTC 1958 96: "...Les trois défendeurs se trouvent bien dans un rapport de communauté de droits ou d'obligations relativement à l'objet du litige..., l'exception de défaut de légitimation soulevée par eux constitue un cas commun de procédure pour lequel ils répondent solidairement des frais...". GE SJ 1937 326: "Lorsque des demandeurs ayant agi conjointement et solidairement sont déboutés, ils doivent être condamnés solidairement aux dépens". AG Eichenberger ad 117 nm2 et Belträge 43.

- 49) FR Extraits 1941-43 93.
ZH Sträuli/Messmer ad 70 nm1, SG Rhyner 109.
- 50) SG 271 note marginale.
AG VJS 1938 136 no41. BE Leuch ad 61. AG Eichenberger ad 117 nm2: "Solidarische Haftbarkeit...ist in der Regel angemessen für durch gemeinsame Prozessführung...verursachte Kosten". Thomas/Putzo ad 100 ch. 1, Baumbach/Lauterbach ad 100 3D.
Contra: VS RVJ 1990 113, 118.
- 51) SO SOG 1980 18 no5, 20.
- 52) SG Arrêt non publié 52/1978 du 31.1. 1980 en la cause hoirs R.M. et M. F. L. et J. E. B/A.F: "Die Kläger...leiten ihre Ansprüche aus dem gleichen Grund her; sie sind von Anfang an gemeinsam aufgetreten und haben sich durch den gleichen Anwalt vertreten lassen. Im Vergleich haben sie sich zur Zahlung eines nicht auf die einzelnen Kläger aufgeteilten Gesamtbetrages versprechen lassen. Sie erklärten sich schliesslich zur Trägung der Hälfte der Kosten bereit, wiederum ohne Aufteilung untereinander. Nachdem die Kläger, welche durch ihr gemeinsames Vorgehen die Prozesskosten gemeinsam verursacht haben, auf geschilderte Weise bekundeten, dass sie unter sich - jedenfalls im Hinblick auf die Abrechnung nach aussen (gegenüber den Parteien und dem Gericht) - eine Gemeinschaft bilden wollten, erscheint es richtig, sie die amtlichen Kosten des Berufungsverfahrens tragen zu lassen". VD JT 1984 III 100.
ZH Sträuli/Messmer ad 70 nm1, SG Rhyner 109.
- 53) Zentralblatt für juristische Praxis 1937 no327. Fasching Komm. II 344.
- 54) VS RTC 1958 96, RTC 1937 14 no3. Contra Fasching Komm. II 345.
- 55) AG VJS 1938 136 no41. MDR 1981 502. Rechtspfleger 1974 271. JurBüro 1974 886. NJW 1973 1202, JW 1933 1986.
AG Eichenberger Beiträge 43, AG Keller/Pfisterer ad a26 ch. 3. Stein-Jonas ad 100 nm9 et 11. Thomas/Putzo ad 100 ch. 2, Wiczeorek ad 100 AII, Schellhammer 386 nm774, Baumbach/Lauterbach ad 100 8B, MünK ad 100 nm15.
- 56) Dans le même sens SG Lutz ad a104 ch. 6: "Streitgenossen, deren materielles Rechtsverhältnis Solidarhaft vorschreibt..., haften für die Gerichtskosten und die Parteientschädigung solidarisch, was auch im Dispositiv ausdrücklich formuliert werden sollte".

La solidarité est régie par le code des obligations (58). Elle peut être totale ou limitée à certains consorts (59). L'adversaire des consorts peut rechercher chaque consort pour le tout (60). Lorsque il renonce au paiement à l'égard de l'un des consorts, l'autre demeure obligé (61). Chacun consort supporte individuellement ses propres frais et dépens.

De rares cantons règlent les rapports internes des consorts en ce qui concerne les frais et dépens. Le juge peut dans certains cantons trancher cette question aussi bien pour le droit substantiel que pour les frais, dans d'autres, il n'a cette faculté que pour les frais, mais non pour le droit substantiel (62). Le juge prononce une répartition par tête (63) ou proportionnelle (64). Lorsque la loi de procédure ne règle pas la question (65), le juge peut se fonder sur le code des obligations (66) ou s'en écarter (67) et se fonder par exemple sur les valeurs litigieuses (68). Son prononcé est

Implicitement Fasching Komm. II 345: "Enthält die Kostenentscheidung des Gerichtes die mehreren Streitgenossen die Kostenersatzpflicht auferlegt, keinen Ausspruch darüber, ob sie nach Kopfteilen oder solidarisch haften, dann ist im Zweifel nur die Kopfteilhaftung anzunehmen".

- 57) GL 35: "hierüber hat sich der Richter in seinem Urteil auszusprechen".
VS RVJ 1990 113: "...En l'espèce, dame Michellod et son ex-époux ont participé à la procédure en qualité de consorts codemandeurs (Cas de cumul subjectif de demandes). Le Tribunal cantonal aurait donc pu condamner les deux ex-époux...à supporter solidairement la part des frais judiciaires mis à leur charge...Il ne s'est toutefois nullement référé à l'article 302 al. 4 et il n'a fait aucune allusion ni dans les considérants, ni dans le dispositif, à une condamnation des codemandeurs au paiement de la part des frais leur incombant avec solidarité entre eux. Puisque le Tribunal cantonal n'a pas prévu expressément le régime de la solidarité entre les codemandeurs pour la part des frais mis à leur charge, dame Michellod et Jean-Pierre Mottier ne peuvent être considérés que comme des débiteurs partiels (ou conjoints: "Teilschuldnerschaft"). Chacun d'eux ne peut être tenu de faire au créancier poursuivant qu'une partie de la prestation totale...Le Tribunal cantonal aurait dû préciser dans les considérants et le dispositif de son jugement la part de la dette de frais que chaque codemandeur avait à supporter. En l'absence de précision à cet égard, il faut admettre, en accord avec la doctrine, le principe général selon lequel chaque débiteur doit une part égale de la dette...". RTC 1958 96: "...Le fait que le juge n'a pas fait application expressis verbis de cette disposition pour prononcer la solidarité...ne veut pas encore signifier que toute solidarité soit exclue". RTC 1943 38-39: "Les débiteurs ne sont solidaires que s'ils sont obligés en cette qualité ou dans les cas prévus par la loi. Or, la solidarité n'est pas prévue par le CPC. L'alinéa 4 de l'article 302 laisse au juge le soin de la prononcer".
- 58) CO 143ss.
- 59) ZH 70, SZ 64, AG 117. GE Bertossa ad 177 nm2.
- 60) GL 35/1: "Besteht unter ihnen Solidarhaft, so haftet jeder für sämtliche Kosten".
FR Extraits 1941-43 93: "Que...le greffier ait été en droit de demander le paiement de ces billets d'épices à l'un des 8 consorts, en les considérant comme débiteurs solidaires, cela est conforme à une jurisprudence constante. La Commission de modération supérieure, à qui un greffier avait demandé à qui il y avait lieu de réclamer le paiement du coupon d'émoluments à la charge des consorts, l'a rendu attentif au fait que les consorts répondent solidairement des frais du procès. Le greffier est donc en droit de s'adresser indifféremment à l'une ou l'autre des personnes solidaires, comme aussi exiger d'eux l'exécution partielle".
- 61) VD JT 1982 III 43. Il s'agit d'une question d'interprétation de la renonciation. Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 92 ch. 7.5.
- 62) AG Eichenberger ad 51 nm3.
- 63) OJF 156/7: "Sauf disposition contraire, les frais judiciaires mis conjointement à la charge de plusieurs personnes sont supportés entre elles à parts égales, leur responsabilité étant toutefois solidaire". ZH 70/2, SZ 64: "unterbleibt eine Aufteilung auf die Streitgenossen...". IR 92: "Für amtliche Kosten- und Parteientschädigungen haften Streitgenossen...mangels anderer Bestimmung zu gleichen Teilen und solidarisch". TI 148/4: "Se la sentenza non statuisse sul riparto, esso avviene in quote eguali...". SH 257/1: "...so haben sie die ihnen auferlegten Prozesskosten zu gleichen Teilen unter Solidarhaft zu tragen".
- 64) GL 35/1 et dans le doute par tête.
- 65) BE 61, JU 60, UR 87, OW 96, NW 97, ZG 42, FR 112, SO 104.

subordonné au droit d'être entendu des consorts (69). Le juge qui ne règle pas les rapports internes est présumé avoir adopté une répartition par tête (70). Son prononcé peut être sujet à interprétation et autorise chaque consort à demander des éclaircissements (71). Le dispositif du jugement est un titre de main-levée permettant à un consort de se retourner contre son colitigant (72).

Le juge peut combiner la solidarité avec un autre mode de répartition. Un consort peut être solidairement responsable de certains dépens et pour d'autres en être tenu proportionnellement (73) ou par tête (74).

B. La responsabilité subsidiaire

Le juge peut (75) prononcer la responsabilité subsidiaire d'un consort (76) si cela n'est pas inéquitable (77). La responsabilité subsidiaire peut être totale ou partielle (78). Elle autorise l'adversaire à s'en prendre successivement aux consorts. Le juge peut trancher les rapports internes en prononçant une répartition proportionnelle (79) ou par tête (80).

-
- 66) VD JT 1984 III 100: "Les premiers juges auraient dû prononcer que les défendeurs Faessler et Blydenstein sont les débiteurs solidaires d'Adrienne Wurliod, tout en fixant une clé de répartition entre eux". GE Bertossa ad 177 nm3.
 - 67) L'article 148 CO est dispositif. GE Bertossa ad 177 nm3.
 - 68) Deutsches Recht 1941 A 663. Wiczorek ad 100 AIIC.
 - 69) GE Bertossa ad 177 nm3.
 - 70) CO 148, NJW 1974 693.
AG Eichenberger ad 117 nm2 et Beiträge 43.
Comp. Fasching Komm. II 343: "Inwieweit die einzelnen Streitgenossen untereinander zum Ersatz der geleisteten Kosten verpflichtet sind, richtet sich nach bürgerlichem Recht. Die Regressansprüche der Streitgenossen...sind im ordentlichen Rechtsweg durchzusetzen, weil diese Forderung mangels Akzessorietät zum Hauptanspruch und infolge der Parteiverschiedenheit nicht mehr als Prozesskosten...bezeichnet werden können".
 - 71) JurBüro 1985 1560. Stein/Jonas ad 319 nm19 et n. 30.
 - 72) AG VJS 1942 125 c. 3b admet que c'est un titre de main-levée définitive alors que pour AG Eichenberger Beiträge 43, c'est un titre de main-levée provisoire.
 - 73) Le juge peut de même combiner la solidarité et prévoir une répartition proportionnelle dans les rapports internes (ZH 70, SZ 64).
 - 74) Le droit cantonal autorise le juge (ZH 70, SZ 64, AI 92) ou l'oblige (SH 257) à combiner la responsabilité solidaire et par tête. La disposition est dans ce dernier cas contraire à l'article 148 CO.
 - 75) Mais ne doit plus cf. ZH a79.
 - 76) ZH 70/I, SZ 64, AR 84, SG 271/2.
Comp. Geiger 56: "Es wird hier durch das Gesetz zwischen den einzelnen Prozessen ein Zusammenhang geschaffen, den die Streitgenossenschaft gemäss ihrem Wesen nicht aufweist...Zwischen den Streitgenossen besteht prozessual keine Verbindung, die eine gegenseitige Haftung rechtfertigen würde. §79 ZPO geht zu weit in der Konstruktion eines solchen Verhältnisses, denn die Gemeinsamkeit des Verfahrens allein vermag in keinerlei Hinsicht die Verantwortung für die Zahlungsfähigkeit eines Streitgenossen auf Dritte zu übertragen".
 - 77) AR 84: "Ein Streitgenosse soll in der Regel zu subsidiärer Haftung...für die Anteile der andern verpflichtet werden, sofern dies in Würdigung der Umstände nicht als unbillig erscheint".
 - 78) ZH 70, SZ 64, AR 84.
 - 79) ZH 70, SZ 64.
 - 80) ZH 70, SZ 64.

C. La répartition conjointe

La répartition conjointe (81) comprend la répartition par tête et la répartition proportionnelle.

La répartition par tête est le plus souvent subsidiaire (82). Les procédures neuchâteloise et allemande font contraste (83).

La répartition par tête se justifie selon la doctrine lorsque la dette principale elle-même se répartit par tête (84), lorsque les consorts ont engagé les mêmes frais ou ont tous profité de l'opération effectuée, ou encore lorsqu'un jugement par défaut a été rendu contre un consort (85). Il n'y a pas répartition par tête lorsque la dette principale est solidaire (86).

La répartition par tête est un critère rigide, car elle ne tient pas compte de la participation des consorts à la procédure (87), ni de la valeur des unités litigieuses (88). Elle peut retenir un plaideur dont la prétention n'a que peu de valeur à agir en consorité (89).

Le juge répartit par tête selon son appréciation (90). Il doit consacrer un point du dispositif à chaque consort (91).

Chaque consort paie une part égale (92). Il ne peut être recherché pour celle des autres (93), sauf si le juge a prononcé concurremment sa responsabilité subsidiaire (94) ou solidaire (95).

-
- 81) L'expression est de W. J. Habscheid DJPS 296.
- 82) - Lorsque le juge ne prononce pas la solidarité: FR 112, SO 104.
- Lorsque les consorts ne sont pas tenus solidairement au fond: BE 61, JU 60, UR 87, OW 96, SO 104.
- Lorsque le juge ne statue pas sur les rapports internes: ZH 70, SZ 64, TI 148/4.
- En l'absence de disposition contraire: PCF 69, OJF 156/7 et 159/5.
- Dans le doute: GL 35.
- 83) NE n154/1. DZPO 100/1.
- 84) Matti Streitgenossenschaft 112. Stückelberger 37. Zimmermann ad 100 nm2, Thomas/Putzo ad 100 ch. 2. Gottwald 1982 66. Fasching ZPR 241 nm462.
- 85) Stückelberger 37.
- 86) Matti Streitgenossenschaft 112.
- 87) Geiger 55. Stein/Jonas ad 100 nm6, Baumbach/Lauterbach ad 100 5B.
- 88) Wieczorek ad 100 AIII. Fasching Komm. II 343.
- 89) C'est la ratio legis de l'actuel art. 70 ZH.
- 90) ZH 70, SZ 64, OW 96, UR 87, AR 84, SO 104, AG 117, GE 177.
SZ Entsch. 1967-68 51: "Ermessen bedeutet noch nicht freies Belieben. Das Ermessen ist überschritten, wenn im Kostenspruch von der gesetzlichen Regel ohne sachlichen Grund abgewichen wird, zu schützen ist die Beschwerde auch dann, wenn die Abweichung von der Regel nicht ausreichend begründet wird, denn auch ein Ermessensentscheid bedarf der Begründung".
- 91) JW 1898 390. Wieczorek ad 100 AIII; dans l'ordre des actes introductifs d'instance.
En procédure allemande, la mention dans le dispositif est pour de nombreux auteurs inutile, car la répartition par tête résulte de la loi. Stein-Jonas ad 100 nm11, Wieczorek 100 AIII, Baumbach/Lauterbach ad 100 5B, Zölfer ad 100 nm3, Schellhammer 386 nm774, MünK ad 100 nm7.
- 92) Rechtspfleger 1975 143, GE Bertossa ad 177 nm2. Baumbach/Lauterbach ad 100 5C.
- 93) Stein/Jonas ad 100 nm6.
- 93) ZH 70, SZ 64, AR 84, SG 271/1.
- 95) Il doit répartir par tête et prononcer la solidarité: SH 257 et AI 92. Le juge peut prévoir la répartition par tête avec la solidarité passive: ZH 70, SZ 64, AG 117, AR 84.

La répartition proportionnelle à la participation à la procédure (96) ou à la valeur des prétentions litigieuses (97) est un critère principal (98) ou subsidiaire (99). Elle s'impose de manière générale en cas de consorité simple formelle (100).

Il y a répartition proportionnelle lorsque la présence et l'intérêt d'un consort ont exigé des frais qui n'eussent point été fait sans lui, lorsque l'instruction a été onéreuse à son égard ou lorsqu'il n'a soulevé qu'en fin d'instruction une exception qui soulevée plus tôt aurait évité aux autres des frais de procédure. Il y a répartition proportionnelle lorsqu'un consort a bénéficié d'une opération particulière (101) ou lorsqu'il a fait valoir des moyens particuliers d'attaque ou de défense (102) auxquels les autres consorts n'ont pas participé ou desquels ils n'ont pas profité (103). La règle ne s'applique pas aux moyens particuliers élevés contre un consort (104). Il y a répartition proportionnelle quand les consorts ont procédé séparément (105), quand un ou plusieurs consorts ont abusivement prolongé ou compliqué le procès (106), lorsqu'un consort est un plaideur téméraire. Les frais inutiles sont mis à la charge du

-
- 96) Beteiligung an der Verhandlung des Prozesses. NJW 1974 693.
Baumbach/Lauterbach ad 100 6A: "Unter einer Beteiligung am Rechtsstreit ist der Umfang zu verstehen, in dem ein Streitgenosse hineingezogen wurde und in dem er im Rechtsstreit verblieb. Man muss diese Situation von derjenigen unterscheiden, in der mehrere auf gleichen Teilen in den Rechtsstreit gezogene Streitgenossen schliesslich unterschiedlich siegen oder verlieren", 6B: "Wenn eine Haftung zu gleichen Anteilen für die Kosten als unzumutbar erscheint, wird in der Regel auch eine erhebliche Verschiedenheit der Beteiligung vorliegen".
- 97) Materielle Beteiligung am Streitgegenstand.
DZPO 100/2. BE Leuch ad 61 ch. 2, Stein/Jonas ad 100 nm7.
- 98) ZH 70, SZ 64, GL 35, AR 84, AG 117, NE n154/1, GE 177, PCF 69/2.
VD ATC non publié Urbansky c/Andrey du 27.3.1984 cité par Poudres/Wurzbürger/Haldy ad 92 ch. 7. 5.
- 99) BE 61, JU 60, DZPO 100/2.
- Pour le consort qui n'est pas tenu solidairement au fond: BE 61, UR 87, OW 96, SO 104/1.
- Si le juge ne prononce pas la solidarité: FR 112.
SG Lutz ad a104 ch. 6.
- 100) BE Leuch ad 61 ch. 3, FR Deschenaux/Castella 109.
- 101) Kostenrennung, Kostenaussonderung.
Chaque consort supporte les frais de visite, auditions de témoins et expertises qu'il a requises ainsi que tous les actes de procédure accomplis à sa demande.
- 102) DZPO 100/3, MDR 1977 321.
Fischer 96, BE Leuch ad 58 ch. 3, AG Eichenberger Beiträge 43, Keller/Pfisterer ad a27 ch. 2, Stein/Jonas ad 100 nm8, Rosenberg/Schwab 282, Fäsching Komm. II 344: "...wenn nur ein Teil der Streitgenossen erfolglose Prozesseinreden erhoben hat oder der Anspruch materiell nur von einem Teil der Streitgenossen bekämpft wurde...Erheblich verschieden ist die Beteiligung der Streitgenossen immer dann, wenn nur einzelne von ihnen Prozess und Sacheinwendungen erheben, die zum Gegenstand besonderer kostenverursachender Prozesshandlungen werden".
Baumbach/Lauterbach ad 100 7A: "Ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel ist alles, was den Angriff- oder dessen Abwehr dient, z. B. ein Beweisantrag, eine Beweiseinrede. Der Angriff oder die Verteidigung selbst, z. B. die Klage, Widerklage, Klageänderung sind keine Angriffs oder Verteidigungsmittel".
- 103) Stein-Jonas ad 100 nm8: "Besonderes Angriffs und Verteidigungsmittel, das die übrigen nicht für sich verwendet haben", Baumbach/Lauterbach ad 100 7A: "Es ist...unerheblich, ob das besondere Angriffs- oder Verteidigungsmittel auch Erfolg gehabt hat". Zölter ad 100 nm10, Zimmermann ad 100 nm6, Wicczorek ad 100 IVb.
- 104) Baumbach/Lauterbach ad 100 7A.
- 105) GE SJ 1937 331: "quand deux demandeurs ayant formé deux demandes distinctes sont déboutés, ils ne doivent pas être condamnés...solidairement, même si les causes ont été jointes". AG Eichenberger ad 117 nm3 et Beiträge 43.
- 106) GE SJ 1944 411, 415 où les consorts ont contesté l'existence de la consorité après seize mois d'instruction !

fautif quel que soit le sort du procès au fond (107). Il y a répartition proportionnelle lorsqu'un consort propose des preuves à l'appui de ses propres allégués (108), lorsque l'issue des causes est différente (109), lorsqu'un consort simple (110) ou un consort nécessaire (111) acquiesce d'entrée de cause (112), lorsqu'un consort fait défaut (113), succombe après une longue procédure (114), se désiste de l'instance, lorsqu'un seul consort recourt (115). L'intérêt économique des consorts est ici irrelevante (116).

La répartition proportionnelle est également fonction de l'importance des prétentions (117). La règle s'applique aux consorts qui ne sont pas liés par des liens de communauté (118), aux consorts qui ne sont pas condamnés solidairement au fond (119), aux défendeurs dans l'action en désaveu (120).

Le juge répartit selon son appréciation (121). Il doit mentionner avec précision dans le dispositif quelle part de frais sera supportée par chaque consort (122).

- hr/>
- 107) LU 63/3, ZH 66/1.
- 108) Baumbach/Lauterbach ad 100 7A, mais non lorsqu'il y a maxime d'office.
- 109) Fischer 96, BE Leuch ad 61 ch. 3, AG Eichenberger ad 117 nm3 et Beiträge 43, SG Rhymer 109, Lutz ad a104 ch. 6.
- 110) Fischer 96, Baumbach/Lauterbach ad 100 6C et 7A, Stein-Jonas ad 100 nm7, Thomas/Putzo ad 100 ch. 2, MünK ad 100 nm8.
- 111) AG VJS 1943 96 c. 3 et 102 c. 4, AG Eichenberger ad 117 nm3 et Beiträge 43-44.
- 112) Fasching Komm. II 344.
- 113) JB 1978 753.
Fischer 96, Stüchelberger 37, Stein-Jonas ad 100 nm7, Thomas/Putzo ad 100 ch. 2, Baumbach/Lauterbach ad 100 6C, MünK ad 100 nm8, Fasching Komm. II 344.
- 114) BE Leuch ad 61 ch. 2 et 3, AG Eichenberger ad 117 nm3, SG Rhymer 109 et Lutz ad a104 ch. 6, Stein-Jonas ad 100 nm7.
- 115) Stein/Jonas ad 100 nm7, Thomas/Putzo ad 100 ch. 1.
- 116) Stein-Jonas ad 100 nm7: "Das grössere oder geringere wirtschaftliche Interesse am Sieg hat...ausser Betracht zu bleiben".
- 117) Baumbach/Lauterbach ad 100 6A, Thomas/Putzo ad 100 ch. 2.
- 118) BE Leuch ad 61, FR Deschenaux/Castella 109.
- 119) BE 61, UR 87, OW 96, SO 104, Matti Streitenossenschaft 112, BE Leuch ad 61.
- 120) Lorsque la cohabitation de la mère avec le père présumé a eu lieu dans le laps de temps pertinent pour cette action, mais que les conditions judiciaires du désaveu ne sont pas remplies, il est exclu de condamner l'enfant aux frais et dépens de la procédure. ZH RSJ 64 1968 302 no65, ZR 50 1951 134 no68, BL ABOG 1982 54.
- 121) UR 87, OW 96, SO 104,
Stein/Jonas ad 100 nm7, Baumbach/Lauterbach ad 100 6D: (Das Gericht) "sollte...in den Entscheidungsgründen wenigstens stichwortartig andeuten, dass es den Ermessensspielraum...gesehen und geprüft hat". Wieczorek ad 100 ATVa: "Macht das Gericht von dem Ermessen bewusst keinen Gebrauch, so wird nach Kopfeilen gehaftet".
- 122) LU Entsch. 1962 130 no123.
MünK ad 100 nm8.

II. Un consort succombe, l'autre consort obtient gain de cause

L'hypothèse n'est pas réglée dans la loi (123). Il y a lacune (124).

A. Solidarité ?

"La consorité entre les deux défendeurs ne permet pas de considérer celui qui a obtenu gain de cause comme ayant succombé en partie parce que le consort auquel il s'est allié a succombé" (125).

B. Répartition proportionnelle

Le juge ne peut que prononcer une répartition proportionnelle. Il n'est toutefois pas lié par une proportion mathématique. Lorsqu'il y a deux consorts par exemple, les frais ne doivent pas nécessairement être partagés par moitié (126).

Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation "aussi étendu que celui que la loi lui accorde pour répartir les frais et les dépens entre plaideurs qui succombent partiellement" (127). Il est limité par l'arbitraire (128). Sa décision est arbitraire s'il met à la charge d'un codéfendeur des frais qui n'auraient pas été engagés s'il avait été l'unique défendeur (129).

Le juge alloue des dépens réduits à ceux des litisconsorts qui obtiennent gain de cause et met à la charge des perdants une partie des dépens de la partie adverse (130). Le consort qui a succombé supporte ses propres frais extrajudiciaires ainsi qu'une partie des frais de la partie adverse. L'adverse partie supporte les frais du

-
- 123) FR Extraits 1970 49ss, 50: "...on peut se demander si le législateur...n'a pas perdu de vue cette hypothèse...". VD JT 1938 III 116, 119: "Le code...ne règle pas ce cas". Le droit français ne dit rien. Le droit allemand applique l'article 92 DZPO par analogie. Baumbach/Lauterbach ad 100 10A et les références citées.
- 124) Geiger 57.
- 125) FR Extraits 1970 42ss, 50-51: "Car, appliquer cette règle dans le cas de consorts dont l'un a vu ses conclusions admises alors que celles de l'autre étaient rejetées, du simple fait que l'instruction des causes a été jointe, va à l'encontre du principe selon lequel l'allocation des dépens correspond à la réparation du dommage causé illicitement à la partie victorieuse par les frais qu'elle a dû engager pour faire reconnaître son bon droit, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse...L'article 112 peut, dans des cas analogues à la présente espèce, se révéler en contradiction manifeste avec le principe général de la condamnation au paiement des dépens infligée à la partie qui succombe". SO RBOG 1961 88 no9. Fischer 97, SG Rhyner 109, AG Eichenberger Beiträge 43.
- 126) FR Extraits 1956 104, NE RJN I II 243, Fischer 97, SG Lutz ad a104 ch. 6.
- 127) FR Extraits 1979 66, Extraits 1977 56, Extraits 1960 113, VD JT 1938 III 116, RJN I II 243, BGH 8 325, MDR 1983 568, MDR 1981 928 no49. Geiger 57, Fischer 96, Stückelberger 38, AG Eichenberger Beiträge 43, GE Bertossa ad 161 nm8.
- 128) NE RJN I II 243, RJN I I 107, RJN I I 206, CCC VI 265.
- 129) NE RJN I II 243.
- 130) VD JT 1945 III 12: "Lorsqu'il y a deux demandeurs, dont l'un obtient l'adjudication partielle de ses conclusions, tandis que l'autre est débouté, le défendeur doit être condamné aux dépens pour une fraction calculée en tenant compte de sa libération, totale à l'égard de l'un de ses adversaires, partielle envers l'autre...". JT 1938 III 116: "...l'adversaire ne doit être condamné qu'à une partie de l'état de frais global des gagnants, les perdants étant eux-mêmes condamnés à lui payer une partie de ses frais proportionnellement à l'importance des conclusions en présence...". Poudret/Wurzbacher/Haldy ad 92 ch. 7. 5.
Solution A: "Baumbachsche Formel: "Die Gerichtskosten fallen dem Kläger und A zu je ein Halb zur Last, der Kläger trägt die aussergerichtlichen Kosten des B, A trägt die halben aussergerichtlichen Kosten des Klägers". Baumbach/Lauterbach ad 100 10C. Dans le même sens: Stein/Jonas ad 100 nm16, Blomeyer 774, Zimmermann ad 100 nm7, Thomas/Putzo ad 100 ch. 4, Gottwald JA 1982 66. Cette solution est aujourd'hui fortement contestée. cf. Zöllner ad 100 nm7 et 8 et les références citées.

consort qui a obtenu gain de cause ainsi qu'une part de ses propres frais extrajudiciaires. Le juge tient compte des circonstances. Il peut condamner aux frais le consort qui a bénéficié d'une opération particulière (131) ou qui a compliqué ou abusivement prolongé le procès. Lorsqu'un défendeur a obtenu gain de cause pour des raisons purement formelles, le juge doit répartir les frais et les dépens entre l'adversaire et l'autre codéfendeur (132). En procédure vaudoise, lorsque l'un des demandeurs passe expédient, il est tenu de tous les dépens du défendeur jusqu'au passé-expédient, sans égard au fait que l'instance continue entre les autres parties au procès et sous réserve de règlement de compte entre les demandeurs quant à la répartition des frais (133).

Le juge doit tenir compte de la représentation des consorts (134). Lorsque les consorts ont le même avocat, il faut reconnaître en l'absence de règles spécifiques, un large pouvoir d'appréciation au juge. Il arrêtera les indemnités dues de part et d'autre en appréciant l'influence qu'aura pu exercer sur l'importance et la complexité de la cause le fait que plusieurs plaideurs ont agi ensemble sans atteindre le même succès (135).

III. Les consorts obtiennent gain de cause

Peu de dispositions visent les consorts créanciers des frais et dépens (136). Seuls la loi fédérale de procédure civile et les cantons de Glaris, Schaffhouse et

Solution B: Fischer 97: "Bei Streitgenossen tragen der unterlegene und der Gegner je die Hälfte der Gerichtskosten während den obsiegenden Streitgenossen keine Kostenpflicht trifft. Der Kläger hat die Parteikosten des obsiegenden Streitgenossen und der unterliegende Streitgenosse diejenigen des Gegners zu tragen. Der unterliegende Streitgenosse hat die Kosten des Gegners allerdings nur insoweit zu tragen, als diese die Aufwendungen den Streit mit ihm betrafen".

Solution C: *Regula Völki*, Die Kostentragung der Parteien im kantonalen Zivilprozess der Schweiz, Thèse Zurich 1934, 144-145: "Klagt somit A gegen die Streitgenossen B und C und obsiegt er gegenüber B, unterliegt aber gegenüber C, so sind die gerichtlichen Kosten zur Hälfte von A und B zu tragen; in Bezug auf die aussergerichtlichen Kosten hat A die Hälfte seiner eigenen und die aussergerichtlichen Kosten, die ausschliesslich dem C entstanden sind, sowie die Hälfte der von den Streitgenossen gemeinsam veranfassten aussergerichtlichen Auslagen zu übernehmen, während B umgekehrt die Hälfte der gemeinsamen aussergerichtlichen Kosten der Streitgenossen, seine eigenen aussergerichtlichen Aufwendungen und die Hälfte der Parteientschädigung des A zu tragen verpflichtet ist". Idem *Franco Muggiasca*, Die Pflicht zum Ersatz der Parteikosten im Zivilprozess und der Eintreibungskosten ausserhalb des Prozesses, Thèse Zurich 1970, 23-24.

Solution D: *Radlauer*, Ueber die Kosten bei einer Streitgenossenschaft, Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, vol. 26, 444ss, 446: "Die gerichtlichen Kosten des Rechtsstreits werden je zur Hälfte dem A und dem B auferlegt. A hat dem Beklagten C die ihm erwachsenen aussergerichtlichen Kosten zu erstatten. B hat dem Kläger die Hälfte der ihm erwachsenen Kosten zu erstatten".

- 131) FR Extraits 1979 67. Contra: VD JT 1938 116: le juge ne distingue pas les opérations concernant chaque consort.
- 132) ZH ZR 77 1978 132 no47: "Hat ein im Prozess aus formellen Gründen ganz obsiegender Streitgenosse keine Umtriebe, die über diejenigen des andern Streitgenossen hinausgingen, so hat sich die Kostenverteilung allein nach dessen teilweisem Obsiegen zu richten und er ist nicht wegen des völligen Obsiegens des ersten Streitgenossen weitergehend von den Kosten zu entlasten".
- 133) VD JT 1965 III 79.
- 134) ZH ZR 77 1978 132 no47: "Für sich allein haben die Streitgenossen nur Anspruch auf Prozessentschädigung, wenn sie durch besonders Vertreter verbeiständet sind".
- 135) GE Bertossa ad 181 nm8.
- 136) Kostenersatzforderung, Kostenersatzanspruch.

Genève envisagent cette hypothèse (137). Les règles générales sont applicables à défaut de base légale (138).

L'adversaire des consorts supportera tous les frais (139).

A. Solidarité active

La loi fédérale de procédure civile (140) et la loi de procédure civile genevoise autorisent la solidarité active (141). La jurisprudence vaudoise (142) et la doctrine argovienne l'admettent dans le silence de la loi (143). La doctrine allemande rejette la solidarité active (144).

La solidarité active s'impose lorsque la relation de droit matériel le commande (145), lorsque les consorts ont constitué le même mandataire (146), lorsque la créance principale est solidaire (147). Chaque consort peut exiger la totalité de la prestation. L'adversaire des consorts se libère en payant tous les dépens à l'un d'eux. La solidarité active comportant le risque pour un consort qu'un autre détourne la prestation à son seul profit, il est indispensable que le juge fixe dans son jugement les rapports internes (148).

B. Créance par tête ou proportionnelle

A défaut d'accord ou de disposition légale, le juge doit déterminer la part de frais que chaque consort peut réclamer à l'adversaire qui a succombé. On peut concevoir une répartition par tête (149) ou prévoir que chaque consort a une créance proportionnelle à la participation au procès (150) ou une combinaison des deux systèmes. Chaque consort a sa propre créance. Aucun d'eux ne peut exiger la totalité de la prestation et l'adversaire ne peut se libérer en faisant la prestation à un seul.

-
- 137) PCF 69/2, GL 35/2, SH 257/2, GE 177, SO SOG 1980 18 no5: "Eine Bestimmung für den Fall dass die Streitgenossen Parteikosten zu fordern haben, findet sich in der ZPO nicht". GE Bertossa ad 177 nm3.
- 138) Fasching Komm. II 343.
- 139) Fischer 96.
- 140) PCF 69/2.
- 141) GE 177/1.
- 142) VD ATC non publié Strummiello c/Rienzo et la Suisse du 16.8.1983, cité par Poudret/Wurzbarger/Haldy ad 77 et ad 92 ch. 7.5.
- 143) AG Eichenberger ad 117 nm4 et Beiträge 44, AG Keller/Pfisterer ad a27 ch. 3.
- 144) Baumbach/Lauterbach ad 100 9A, Zöllner ad 100 nm4, Thomas/Putzo ad 100 ch. 3, Gottwald JA 1982 66, MünK ad 100 nm29.
Pour la solidarité NJW 1956 1034 si les frais sont fixés dans le jugement même et non reportés et Rosenberg/Schwab 283 si des conclusions ont été prises en ce sens.
- 145) AG VJS 1941 109: "Beim Obsiegen haben die Streitgenossen soweit sie...zu gemeinsamem Handeln verpflichtet sind nur einen gemeinsamen Kostenerstattungsanspruch, der ihnen pro rata zusteht, wenn sich nicht aus dem zwischen ihnen bestehenden materiellrechtlichen Verhältnis (Solidar- oder Gesamtgläubiger) etwas anderes ergibt".
Geiger 56 n. 34. AG Eichenberger ad 117 nm4 et Beiträge 44, AG Keller/Pfisterer ad a27 ch. 3, pour la consorité nécessaire.
- 146) Stückelberger 37.
- 147) GL 35, AG VJS 1941 109, MDR 1986 222.
- 148) Geiger 56.
- 149) GL 35, SH 257, GE 177, AG VJS 1941 109.
Geiger 55, SG Lutz ad a104 ch. 2 et 6, AG Eichenberger ad 117 nm4 et Beiträge 44, AG Keller/Pfisterer ad a27 ch. 2, Baumbach/Lauterbach ad 100 9A, Holzhammer ZPR II 112.
- 150) GL 35, GE 177, ZH ZR 3 1904 271 no164.
Geiger 55, ZH Sträubli/Hauser ad a79 ch. 5, AG Eichenberger ad 117 nm4 et Beiträge 44.

Lorsque les consorts ont eu un avocat commun, une indemnité unique leur est due (151). Lorsque le juge fixe la part des frais revenant à chaque consort, il doit distinguer l'activité commune et les opérations individuelles de l'avocat. La créance de dépens concernant l'activité commune de l'avocat est répartie à parts égales entre les consorts (152). Les consorts ont droit aux frais de leurs opérations individuelles (153).

Dans la mesure où la législation cantonale les a autorisés à constituer des mandataires distincts, chaque consort a droit à une allocation de dépens équitable quelle que soit la forme de la consorité (154). La créance est conjointe (155). Le tribunal peut réduire la note d'honoraires de chaque avocat en raison de la répartition du travail entre les divers mandataires. L'adversaire n'a pas à supporter le fait que le même travail a été fait à plusieurs reprises (156). Les consorts supportent le solde (157). La réduction n'est toutefois pas automatique, mais dépend des circonstances (158). Le consort qui a procédé séparément sans autorisation du juge en supporte les frais (159).

-
- 151) FR Extraits 1981 51.
Geiger 55, Fischer 96, GE Bertossa ad 181 nm8: "La répartition de l'indemnité unique entre les différents plaideurs reste...du domaine de leurs relations avec le mandataire commun". Wiczorek ad 100 Bl. SteinJonas ad 100 nm14.
- 152) FR Extraits 1986 51: S'il y a 3 plaideurs et si les opérations communes représentent Fr. 900.-, c'est un montant de Fr. 300.- qui revient à chaque consort. Holzhammer ZPR II 112. Voir également ZH RBOG 1991 343 no41.
- 153) Holzhammer ZPR II 112.
- 154) ZH ZR 77 1978 132 no47, ZR 67 1968 186 no51, ZR 19 1920 334 no185, ZR 3 1904 271 no164, SO SOG 1980 18 no5.
Fischer 96, Stückelberger 37, Geiger 55. ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm15, ad 40 nm12, ad 70 nm1. Sträuli/Hauser ad a79 ch. 5. BE Leuch ad 66 ch. 2. SG Rhyner 21 n. 117. AG Eichenberger Beiträge 44. Stein-Jonas 61 nm2, ad 100 nm13.
- 155) BE Leuch ad 58 ch. 4: "Weil eine Partei, haben Streitgenossen...auch wenn sie durch verschiedene Anwälte vertreten waren, einen einheitlichen Kostenanspruch an den kostenpflichtigen Gegner (pro parte, nicht Solidarberechtigung)". Stückelberger 37.
- 156) ZH ZR 67 1968 186 no51: "Die Bearbeitung des nämlichen Prozessstoffes durch verschiedene Vertreter erschliesst gewisse Möglichkeiten zur Arbeitsteilung und damit zur Vereinfachungen, welche sie nach Treu und Glauben auszunützen gehalten sind...". JurBüro 1978 329. En cas d'abus de droit: JurBüro 1990 417, JurBüro 1989 89, JurBüro 1985 1876. Zimmermann ad 91 nm34, ad 100 nm11, MünK ad 100 nm21.
Fischer 96-97 et n. 7: "Erheben beispielsweise alle Streitgenossen zusammen die Einrede der mangelnden Prozessfähigkeit, so ist die Entschädigung für gemeinschaftlich geführte Teile des Prozesses aufzuteilen. Dafür reicht es allerdings nicht, wenn sich die Streitgenossen bloss in einzelnen Fragen übereinstimmend äussern". ZH Sträuli/Messmer ad 39 nm15, ad 40 nm12 et 70 nm1. Fasching Komm. II 345: "Die aktiv zum Kostenersatz berechtigten Streitgenossen haben jeder für sich auf den vollen Kostenersatz in dem Umfang, der ihnen zukäme, wenn sie allein obsiegt hätten".
- 157) VS RTC 1937 14, RTC 1932 22, RTC 1931 21, RTC 1929 20, RTC 1928 20: "Bien que l'article 38 CPC ne soit applicable qu'aux parties, il n'est pas admissible qu'en faisant appel à plusieurs avocats, les membres d'une horne puissent imposer à la partie adverse le paiement d'honoraires globaux dépassant le maximum prévu pour la valeur litigieuse. Ce serait un intolérable abus que la loi ne saurait protéger".
BE Leuch ad 66 ch. 2. AG Eichenberger Beiträge 44. Stein-Jonas 100 nm13 n. 16.
- 158) ZH RBOG 1981 307 no21: "Im Falle von Streitgenossenschaft ist zumindest dann nicht ohne weiteres von einem reduzierten Aufwand bei der Prozessführung zufolge Arbeitsteilung auszugehen, wenn die einzelnen Streitgenossen durch verschiedene Anwälte vertreten sind". ZR 77 1978 133 no47.

L'assistance judiciaire accordée à un consort ne fait pas obstacle à sa condamnation aux dépens (160).

Lorsque le procès a porté également sur les rapports internes, le juge doit trancher également la question des frais à ce sujet (161).

§3. La fixation des frais et dépens et la distraction des dépens

Lorsque les consorts accomplissent *ensemble* un acte de procédure, la loi considère que cet acte émane d'une seule partie (162) de sorte que chaque consort paie une fraction égale de l'émolument unique (163). Lorsque les consorts accomplissent séparément une opération, ils doivent chacun l'émolument (164). L'émolument est

- SO SOG 1980 18 no5: "Werden sie einzeln eingeklagt, können sie beim Obsiegen je die volle Parteientschädigung beanspruchen. Werden sie als Streitgenossen belangt, führen sie aber den Prozess unabhängig voneinander, wäre es durch nichts begründet, ihnen beim Obsiegen nur noch die Hälfte der Parteientschädigung oder, wenn es sich um mehr als zwei Beklagte handelt, einen noch kleineren Bruchteil zuzusprechen. Der Aufwand hängt bei einer unabhängigen Prozessführung nicht davon ab, ob die Beklagten einzeln oder als Streitgenossen eingeklagt sind. Diese Überlegungen führen dazu, dass als Streitgenossen belangte Beklagte, die den Prozess zulässigerweise unabhängig voneinander führen, beim Obsiegen Anspruch auf eine volle Parteientschädigung haben...". RBOG 1931 no16.
- SG Arrêt non publié du 24.1.1983 en la cause A/Dr.E. H. et consorts. SG Rhyner 23: "Werden mehrere Kläger oder Beklagte durch je einen Rechtsvertreter vertreten, werden die Honorare nicht reduziert, wenn die Interessen nicht parallel laufen und das Vorhandensein mehrerer Kläger oder Beklagter Komplikationen und Mehraufwand mit sich bringen".
- 159) BE Leuch ad 58 ch. 4, ad 66 ch. 2, SG Rhyner 21 n. 117, AG Eichenberger ad 117 nm4 et Beiträge 44, Stein/Jonas ad 91 nm68: "Wenn es sich aber um Ansprüche aus einem einheitlichen Lebensvorgang handelt und für die getrennte Geltendmachung keinerlei sachlicher Grund erkennbar ist, so sind die Mehrkosten nicht zu erstatten".
- 160) AG VJS 1941 109.
- 161) Comp. Schellhammer 386 nm774 au sujet des rapports internes des consorts: "Zwischen mehreren Klägern oder mehreren Beklagten gibt es keine prozessuale Kostenerstattungspflicht, also auch keine Kostenentscheidung, denn sie sind keine Prozessgegner, sondern stehen auf derselben Seite".
- 162) VD Tarif des frais judiciaires, 4.12.1984 (RS 2.8.A) art. 5/1: "Plusieurs personnes sont considérées comme une seule partie lorsqu'elles accomplissent ensemble un acte de procédure, elles répondent alors solidairement des frais de justice". JT 1981 III 18.
- JU Loi sur les émoluments, 9.11.1978 (RS 176.11), art. 17.
- Percevoir autant de droits que de consorts aurait une trop grande connotation fiscale. BE Lettre du 10 mars 1938 de la Cour d'appel de Berne: RJB 75 1939 638, RJB 74 1938 422.
- FR Extraits 1941-43 93: Paiement de billets d'épices réclamé à un seul des consorts au procès. Légitimité d'une telle manière de faire: "La Dlle R invoque à tort les articles 466 et 476 CPC pour en déduire qu'elle ne doit que le huitième des dépens, ceux-ci se partageant entre les parties par tête. En réalité, elle et ses frères et sœurs ne constituaient qu'une seule partie et le greffier du tribunal a établi un seul billet d'épices par séance...ce mode de procéder...est tout à l'avantage des frères et sœurs R...il est évident...que la jonction de causes demandée par eux a eu pour conséquence de diminuer les frais, car si chacun d'eux avait entendu agir pour son compte, le greffier eût dû établir un billet d'épices pour chacun et pour chaque séance...".
- SO RBOG 1931 111 no16.
- VS RVJ 1987 187: "L'émolument de Fr. 5.- prévu par l'article 34 lit. a DTFJ pour la procuration est une indemnité pour la rédaction dudit document et non une rémunération des démarches entreprises par l'avocat pour réunir toutes les signatures de ses mandants. Donc, même s'il représente plusieurs parties à un procès, son émolument reste fixé à Fr. 5.-".
- Stückelberger 36: "Da bei der Streitgenossenschaft nur ein Urteil ergeht, das aber inhaltlich für die verschiedenen Streitgenossen verschiedenes festsetzen kann, wird auch nur eine Gerichtsgebühr erhoben". Idem pour les dépens selon cet auteur.
- Contra: BS BJM 1987 287, BS/BL Staehelin/Sutter 88: "Da die Parteien zwar zusammengefasst, aber mehrere Prozesse führen, ist für jede Klage eine gesonderte Gebühr zu berechnen...Bei der Bemessung der ordentlichen Kosten ist die Erleichterung durch die Zusammenführung der Verfahren angemessen zu berücksichtigen".
- 163) BE RJB 75 1939 538, GE SJ 1888 751.

calculé sur la base des valeurs litigieuses additionnées sauf si elles s'excluent réciproquement et s'il y a consorité nécessaire (165).

Les consorts ne peuvent présenter qu'une seule liste de frais (166) même s'ils ont été autorisés par le juge à procéder séparément (167).

Il n'y a qu'un jugement sur les frais (168) même si un consort obtient gain de cause alors que l'autre succombe (169). Dans certains cantons, le principe de l'unité l'emporte sur l'aspect formel. Le juge ne distingue pas les opérations qui concernent chaque consort s'ils sont assistés d'un avocat commun. Sa décision porte sur l'ensemble des frais engagés par eux (170). Dans d'autres cantons, le juge opère cette distinction et crée autant de poste de frais que de consorts lorsqu'ils ont procédé séparément ou produit des moyens d'attaque ou de défense particuliers (171). Le dispositif doit mentionner la clé de répartition choisie et être en harmonie avec les considérants (172). L'allocation de dépens ne peut être prononcée au profit de la collectivité des consorts (173). Le juge n'est pas tenu de motiver sa décision (174) lorsque le prononcé sur les frais est la conséquence logique du jugement au fond (175), lorsqu'il applique la loi (176) et ne fait qu'appliquer une règle de répartition claire, lorsqu'il existe un tarif ou une règle légale fixant des maxima et minima (177). Une motivation est en revanche nécessaire lorsque le juge s'écarte des solutions

-
- 164) AG Eichenberger Beiträge 268.
- 165) Schuller 56, SG Rhyner 7. Voir également GE Règlement fixant le tarif des greffes en matière civile et prud'homale, 12.1.1972 (RS E 2/9), art. 2a, art. 24.
- 166) FR Extraits 1952 223, VS RTC 1933 23; "Lorsque une partie exige aux débats préliminaires la présence de tous les consorts qui constitue sa partie adverse au procès, elle ne peut par la suite s'opposer à ce que ces présences individuelles figurent en liste de frais".
- 167) BE RJB 52 1916 306 no20.
- 168) Stückelberger 36. Stein-Jonas ad 100 nm2: "es geht...nicht an, in den Prozessen der mehreren Streitgenossen auch hinsichtlich der Kosten Einzelprozesse zu sehen, die rein äusserlich verbunden sind".
- 169) Stein/Jonas ad 100 nm2: "Eine getrennte Urteilsformel würde praktisch zu Schwierigkeiten und unbilligen Ergebnissen führen" ad 100 nm16. Wieczorek ad 100 BIIIb: "Die getrennte Vollstreckungsklausel ist jedenfalls erforderlich und notwendig". JW 1937 1662 exige des décisions distinctes.
- 170) VD JT 1938 III 116, 120.
- 171) BE Leuch ad 58 ch. 4, AG Eichenberger ad 117 nm4.
- 172) FR Extraits 1970 42, 49: "On doit concéder au recourant que la motivation du jugement sur les dépens n'est pas en complète harmonie avec le dispositif, cela vraisemblablement du fait que le tribunal n'a pas pris garde au fait que la consorité des défendeurs n'était pas une consorité matérielle, mais une simple consorité de procédure".
- 173) VD JT 1938 III 116, 120.
- 174) TF SJ 1985 567: "L'exigence d'une motivation dans le domaine de la fixation des dépens, posée de manière générale, risquerait d'aboutir à des formules stéréotypées qui ne différencieraient guère de l'absence de motivation".
- 175) NE CCC VI 265, VD JT 1945 III 12: Action en paiement ouverte par deux demandeurs contre deux défendeurs. Jugement déboutant l'un des demandeurs allouant Fr. 100.- à l'autre demandeur et condamnant les défendeurs aux dépens de ce dernier. Jugement muet sur le sort des dépens en ce qui concerne le demandeur débouté: "Lorsqu'un jugement ne statue pas expressément sur le sort des dépens, ce silence doit être interprété dans le sens que chaque partie supporte ses propres frais et dépens".
- 176) Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs, vol. III 1894 147, arrêt de l'Obergericht d'Argovie du 24 avril 1894: "Die Solidarität besteht von Gesetzes wegen also auch dann wenn dies das Urteil nicht ausdrücklich sagt". Zöller ad 100 nm3, Wieczorek ad 100 AIII.
- 177) TF SJ 1985 567.

habituellement données à cette question ou si des éléments extraordinaires sont invoqués par les parties (178).

Le juge statue d'office (179). Il importe peu que les parties aient pris des conclusions (180).

Lorsqu'il y a jugement partiel contre un consort, le juge doit dans certains cantons immédiatement fixer les frais à son encontre sous peine de déni de justice (181). Il le condamne à une part des frais. Lorsque plusieurs jugements partiels sont prononcés, l'addition des parts ne doit pas dépasser ce qui aurait été dû si un jugement commun avait été rendu (182). D'autres cantons laissent au juge la liberté de surseoir à statuer sur cette question et de la trancher lors du jugement final (183). Une troisième variante oblige le juge à statuer sur les frais lors du jugement final pour éviter des jugements contradictoires sur les frais et de devoir statuer plusieurs fois sur la même question (184). La solution risque de priver de son dû le consort qui a obtenu gain de cause, l'adversaire pouvant devenir insolvable entre temps (185). Elle comporte le danger de priver le consort du droit de recourir contre la répartition des frais lors du jugement final (186).

Chaque consort, simple ou nécessaire, peut recourir contre la répartition des frais (187).

Les *dépens* peuvent comprendre tout ou partie des honoraires d'avocat (188). Leur détermination est une question de pure appréciation qui échappe au contrôle de l'autorité de recours lorsque le juge est demeuré dans les limites fixées par le tarif des frais entre plaideurs (189). Les honoraires sont notamment fonction de la valeur

-
- 178) TF SJ 1985 567. OE Bertossa ad 176 nm2: "On doit cependant attendre du juge que dans les cas où la loi lui réserve un large pouvoir d'appréciation... il explique au moins sommairement les motifs qui l'ont conduit à tel ou tel choix".
- 179) ATF 110 Ia 96/SJ 1985 369 et références. GE SJ 1989 111 et références. GE Bertossa ad 176 nm3.
- 180) GE SJ 1989 111. ZH ZR 80 1981 240 no99 c.1, NE RJN 41 174. GE Bertossa ad 176 nm3.
- 181) VD JT 1965 III 79: Le refus du juge de statuer sur les frais et dépens constitue "un refus de procéder injustifié".
Walter Wüthrich, *Teilklage und Teilurteil*. Thèse Zurich 1952, 61; Stückelberger 38: "Dies ist zu bejahen, wobei der Kostenentscheid nach den allgemeinen Grundsätzen zu fällen ist".
- 182) LU EntsCh. 1964 348 no330.
- 183) GE SJ 1945 416. Bertossa ad 176 nm2.
Comp. en droit allemand: NJW 1970 568: "In einem Teilurteil kann eine Kostenentscheidung und zwar auch schon über Gerichtskosten getroffen werden, soweit dadurch die im Schlussurteil zu treffende Kostenentscheidung nicht berührt wird", NJW 1969 1123: "In einem Teilurteil kann eine Kostenentscheidung gegen einen beklagten Streitgenossen dann ergehen, wenn die Gefahr besteht, dass bei Verzögerung der Kostenentscheidung bis zum Schlussurteil der Kostenersatzanspruch gegen den Streitgenossen nicht mehr verwirklicht werden kann".
Wieczorek ad 300 EII, Thomas/Putzo ad 301 ch. 2, Stein/Jonas ad 100 nm3: "In einem Teilurteil... kann nur... eine Kostenentscheidung ergehen, wenn und soweit sie vom Inhalt der abschliessenden Entscheidung unabhängig ist".
- 184) La jurisprudence allemande autorise le juge à statuer immédiatement si le risque de jugements contradictoires est minime. JB 1973 351. JurBüro 1983 1881. MDR 1976 496. NJW 1969 1123. NJW 1970 568. NJW 1965 675. MDR 1961 516. NJW 1960 484. MDR 1960 216.
Baumbach/Lauterbach ad 100 3D, 11, Stein-Jonas ad 100 nm23ss, Rosenberg/Schwab 490, Zimmermann ad 301 nm5, Zöller ad 100 nm2, Thomas/Putzo ad 100 ch. 1.
- 185) Aussi la jurisprudence concède-t-elle des exceptions: JurBüro 1983 1881.
- 186) Wüthrich 61: "...weil es sonst die Kostenentscheidung des Schlussurteils nicht mehr anfechten könnte, wenn das erste Teilurteil rechtskräftig geworden ist". Zöller ad 62 nm2.
- 187) SH ABOG 1988 179. Stein/Jonas ad 100 nm5.
- 188) NE RJN 1984 49.

litigieuse, car cette valeur influe sur la responsabilité de l'homme de loi. La rémunération doit toutefois demeurer dans un rapport raisonnable avec la prestation fournie. Elle ne doit pas rendre onéreux à l'excès le recours à l'avocat.

Le montant des honoraires peut être fonction de valeurs litigieuses individuelles. Il se situe dans une fourchette donnée par un tarif. Le juge est limité par les maxima prévus. Lorsqu'il y a consorité, les honoraires relatifs aux opérations communes aux consorts sont divisés par le nombre de consorts (190). A chaque fraction s'ajoute la valeur des opérations particulières à chaque consort. L'avocat peut exiger de chaque consort un montant qui peut aller jusqu'au maximum prévu par le tarif lorsqu'il a eu un travail considérable (191). Le fait que les montants alloués dans une contestation donnée sont peu élevés ne joue aucun rôle (192). La note peut ainsi différer pour chaque consort (193).

Le montant des honoraires peut être fonction des valeurs litigieuses additionnées. Les honoraires de base constituent un pourcentage de la valeur totale (194). L'addition des valeurs peut être exclue lorsqu'il y a consorité nécessaire (195).

La valeur déterminante pour calculer les honoraires est celle formulée par les parties au moment du jugement (196).

Les règles cantonales prévoient souvent une majoration de l'honoraire de base déjà calculé sur la base des demandes cumulées (197). Le supplément peut atteindre 75% de la valeur litigieuse (198). Il y a majoration dans certains cantons lorsque l'avocat représente plusieurs parties (199) ou que son client est opposé à plusieurs

-
- 189) NE RJN 21106.
- 190) SO SOG 1980 20 no5: "Für gemeinschaftlich geführte Teile kann es...angemessen sein, die Entschädigung aufzuteilen".
- 191) Soit les consorts simples A, B et C, la valeur maximale du tarif est de Fr. 1400.- pour une partie. Chaque consort ne sera redevable que de 1400.-, mais chacun d'eux est débiteur de cette somme. FR Extraits 1986 51.
- 192) FR Extraits 1986 51, 53.
- 193) FR Extraits 1986 51.
- 194) BE Décret sur les honoraires des avocats du 6.11.73 (RS 168.81), art. 5: "les dispositions des articles 137 à 139 CPC sont applicables pour déterminer la valeur litigieuse". VS Décret du 28.5.1980 fixant le tarif des frais de justice (RS 173). LU Entsch. 1975 316 no158. GR PKG 1989 66 no11. VS RVJ 1976 22, 24: les demandes cumulées s'additionnent pour le calcul des honoraires de l'avocat. RVJ 1975 55.
- 195) BS BJM 1955 1 no3: "Da die Klageparteien eine notwendige Streitgenossenschaft bildeten und daher nur ein Prozess vorlag, kann das Honorar nicht zweimal berechnet werden". Moderationsausschuss des Zivilgerichtes vom 9.9.1953 in Sachen K und H gegen Dr. S".
- 196) VS RVJ 1977 194.
- 197) VS RVJ 1975 55.
- 198) ZH Verordnung über die Anwaltsgebühren du 22 décembre 1976 (RS 215.3), art. 14: "Vertritt ein Anwalt im gleichen Prozess mehrere Klienten, so findet einer der Mehrheit entsprechende Erhöhung der Grundgebühr und eine angemessene Verteilung des Gesamtbetrages auf die vertretenen Parteien statt. Missverhältnisse zwischen Streitwert und Interesse der Parteien oder Bemühungen des Anwaltes sind entsprechend durch Erhöhung bzw. Herabsetzung der Gebühr zu berücksichtigen" (Pour un cas d'application: ZH ZR 1984 60 no19; 20 %). BE Décret sur les honoraires d'avocat du 6 novembre 1973 (RS 168.81), art. 11: "il est loisible à l'avocat de porter...en compte jusqu'à 75% au maximum dans les causes comportant un travail extraordinaire ou prenant beaucoup de temps...". GE Règlement fixant le tarif des greffes en matière civile et prud'homale du 23 janvier 1972 (RS E 2.9), art. 2A: "dans les causes comprenant plusieurs demandeurs ou défendeurs, l'émolument prévu à l'article 2 est majoré de 10% pour chaque demandeur ou défendeur supplémentaire, mais au maximum de 50 %".
- 199) ZH ZR 83 1984 60 no19. SG Rhyner 22 et la jurisprudence citée.

parties (200) quelle que soit la forme de la consorité (201). La règle est discutable, elle favorise une rémunération du mandataire en fonction non pas de son travail, mais de celui qui aurait pu être le sien, mais qu'il n'a pas accompli. La seule pluralité de clients ne justifie pas une majoration. Le supplément ne doit être accordé qu'avec retenue (202) pour ne pas aller à l'encontre de l'économie de procédure qui est l'un des buts de la consorité simple (203), ainsi lorsque le travail de l'avocat a été considérable

-
- VS Décret du 28 mai 1960 fixant le tarif des frais de justice (RS 173), art. 9/3: "...Ces honoraires peuvent être augmentés de 10 à 20 % lorsque le procès nécessite un travail considérable, dans les cas où les moyens de preuve sont difficiles ou longs à recueillir, dans ceux où les conditions de fait ou de droit sont particulièrement compliquées ainsi que dans d'autres cas analogues, notamment lorsque l'avocat représente plusieurs parties ou lorsque son client est opposé à plusieurs parties...", art. 30/2: "...si le procès a exigé un important travail de préparation, l'avocat peut percevoir une indemnité supérieure...il en sera notamment ainsi si les débats durent plusieurs jours, si l'avocat représente plusieurs parties ou si son client est opposé à plusieurs parties..."
- 200) VS RVJ 1975 55, 58: "Il y a lieu d'ajouter 10 à 20 % pour tenir compte du fait qu'il y avait 3 codéfendeurs. Chiffre retenu 10%, car les causes d'annulation des 3 contrats étaient les mêmes, de même que les moyens invoqués".
- 201) VS RVJ 1975 55, 57: "Que cette disposition ne soit pas seulement applicable au cas de la consorité vraie ou consorité obligée résulte du fait que le législateur n'a fait aucune réserve en ce sens..."
- 202) VS RVJ 1976 55ss, 66, RVJ 1974 150: la difficulté ne doit pas être ordinaire, car c'est le propre de la profession de devoir résoudre des situations difficiles...il est importe peu à ce sujet que la valeur litigieuse soit élevée ou non...Le but d'une telle disposition n'est d'ailleurs pas principalement de sauvegarder les intérêts de l'avocat, mais avant tout ceux du justiciable, qui ne doit pas être entrainé dans des frais disproportionnés par rapport à l'objet du litige.
- GR PKG 1989 67 no11: "Es stellt sich...die Frage, ob der Interessenwertzuschlag allen Beklagten gemeinsam zusteht, ob jeder einzelne darauf vollen Anspruch hat oder allenfalls jede durch den gleichen Anwalt vertretene Gruppe der Beklagten. Dieses Problem stellt sich immer dann, wenn Kläger und Beklagtschaft sich aus mehreren Prozessbeteiligten zusammensetzt, sei es eine notwendige materielle oder formelle Streitgenossenschaft...Die Honorarordnung des bündnerischen Anwaltsverbandes gibt darüber keine Auskunft. Die richtige Antwort ist somit durch Auslegung zu ermitteln. Der Interessenwertzuschlag erhöht das nach Zeitaufwand berechnete Honorar des Anwaltes nach Massgabe der im Interessenwert konkretisierten Wichtigkeit der betreuten Sache und trägt so der durch die erhöhte Bedeutung des Geschäftes gesteigerten Verantwortung des Anwalts Rechnung. Die Bedeutung einer Sache misst sich aber nicht daran, gegen wieviele Beklagte man vorzugehen hat oder gegen wieviele Kläger man sich zur Wehr zu setzen hat. Daraus kann sich höchstens ein höherer oder geringerer zeitlicher Aufwand ergeben. Die Wichtigkeit eines Falles bestimmt sich vielmehr danach, welche finanziellen oder anderen Interessen auf dem Spiele stehen. Es wäre daher bereits vom Sinn und Zweck des Interessenwertzuschlags her betrachtet ungerechtfertigt, den Zuschlag mehrfach zuzusprechen, nur weil auf der obsiegenden Seite mehrere Prozessbeteiligte sind. Auch ist es mehr oder weniger zufällig, aus wievielen Personen eine Streitgenossenschaft besteht. Von diesem Zufallskriterium die Höhe des von der Gegenpartei zu leistenden Interessenwertzuschlags abhängig zu machen wäre unbillig".
- TI Rep. 1983 103, 104: "Quando l'onorario normale, calcolato nei limiti delle percentuali di tariffa, tiene già conto della complessità delle causa non si giustifica maggiorarlo per la stessa complessità, ne si giustifica maggiorarlo per il fatto che la causa sia stata promossa da più attori, se questa circostanza non comportò per l'avvocato un maggiore impegno...Gli aumenti previsti dall'art. 18 TOA assumono così carattere eccezionale...In particolare il supplemento di cui alla lettera a) (litesconsorzio di attori) non giustifica un aumento dell'onorario se non ha richiesto al legale alcun impegno, studio o spesa particolare in più che se si fosse trattato di un solo attore...L'avv. X. non può inoltre essere seguito nella misura in cui applica un ulteriore aumento del 20% perché C è stata convenuta da più attori. Questa circostanza non ha comportato per il legale alcun impegno o spesa supplementare. La presenza di un solo attore al posto di un litesconsorzio di più attori non avrebbe per nulla modificato non solo i termini della vertenza ma anche il compito del mandataro della convenuta".
- 203) GR PKG 1989 66 no11.

(204) et que la consorité a entraîné des différences dans la manière de situer la question à résoudre (205). La restriction ne constitue pas une entrave au libre choix du mandataire (206). L'avocat qui représente un client qui succombe et un autre qui obtient gain de cause ne peut porter en compte un supplément (207).

Les consorts ne sont pas solidairement responsables des honoraires envers leur avocat, sauf si la solidarité a été prévue contractuellement (208).

Le droit cantonal de procédure intervient parfois dans le contrat de droit privé liant avocat et client et confère au premier une sûreté contre le second. La jurisprudence fribourgeoise considère la *distraction de dépens* comme une cession fiduciaire (209) et autorise la partie condamnée à opposer à l'avocat de la partie qui en a obtenu l'adjudication les exceptions qui lui appartenaient au moment du jugement (210). Elle permet à chaque consort - qui dispose de sa propre créance de dépens - de faire valoir l'article 169 CO, au motif que la subrogation ne modifie pas l'indépendance des créances (211).

204) L'affaire comporte l'étude d'un dossier très volumineux (quantité de documents, expertises longues et complexes, calculs difficiles, comptes embrouillés, situation juridique compliquée). La difficulté à résoudre est exceptionnelle. Les recherches sont longues et difficiles quant aux faits ou au droit. Les moyens de preuve sont difficile à recueillir. Les conditions de fait ou de droit sont particulièrement compliquées. VS RVJ 1975 55, RVJ 1974 150.

BS BJM 1955 7 no26: "Nach der Praxis des Zivilgerichts können drei Doppel der eigenen Rechtsschriften, wenn sich der Prozess gegen mehrere Personen (Streitgenossen) richtet, entsprechend mehr Kopien berechnet werden)...Im letzteren Punkte anderer Auffassung war der Moderationsausschuss des Appellationsgerichts im Entscheid vom 6. 5. 1947 in Sachen St. gegen Dr. W. mit der Begründung, dass der Mehraufwand zufolge subjektiver Klagenhäufung bei der Berechnung des Honorars berücksichtigt werden müsse".

GE Bertossa ad 181 nm8: le montant de l'indemnité due à l'avocat tiendra compte de la pluralité de plaideurs, pour peu que cette circonstance ait joué un rôle dans l'importance du travail accompli.

205) LU Entsch. 1975 316 no258.

SO SOG 1980 20 no5: "Der Aufwand hängt bei einer unabhängigen Prozessführung nicht davon ab, ob die Beklagten einzeln oder als Streitgenossen eingeklagt sind".

TI Rep. 1983 103, Rep. 1977 149: "l'aumento dell' onorario è dovuto solo quando la presenza in causa di più litisconsorti comporta una differenziazione nell'impostazione della causa, o in generale difficoltà supplementari con conseguente maggior studio e impegno del legale".

206) GR PKG 1989 66 no11, 74: "...die Streitgenossen dürften durch die Ausrichtung nur eines einmaligen Zuschlags nicht faktisch gezwungen werden, gemeinsam einen einzigen Anwalt mit der Prozessführung zu betrauen...Das Kantonsgericht ist der Auffassung, dass solche Bedenken mit dem Argument begegnet werden kann, dass es auch den verschiedenen Anwälten einer Streitgenossenschaft im Sinne der Prozessökonomie zugemutet werden kann, sich bis zu einem gewissen Grade in der Arbeit zu teilen, sich auf eine gemeinsame Strategie zu einigen und nicht alle sich stellenden Probleme von sämtlichen Anwälten bearbeiten zu lassen...Mit der so verminderten Arbeit und der ebenfalls geteilten Verantwortung kommen auch mehrere Anwälte einer Streitgenossenschaft zu einem angemessenen Honorar".

207) VS RVJ 1977 207.

208) ZH ZR 83 1984 60 no16.

209) FR Extraits 1986 51, Extraits 1976 63.

210) FR Extraits 1986 51. Contra: GE SJ 1958 496: Elle se distingue de la cession de créances. La partie condamnée aux dépens ne peut pas faire valoir l'article 169 CO et opposer à l'avocat une créance dont elle serait titulaire envers son client. GE Bertossa ad 180 nm1.

211) FR Extraits 1986 51.

CONCLUSIONS

La présente thèse a eu pour but d'étudier une institution juridique, qui, en dépit de sa fréquence, est encore parfois considérée comme une forme exceptionnelle d'assignation (1). Elle peut sembler quelque peu disparate. Encore n'avons nous souligné que les aspects majeurs d'un thème qu'il eût été possible d'envisager à bien d'autres égards.

Aux questions qui nous ont échappé s'ajoutent celles que nous avons volontairement écartées. L'évolution suivie au cours des âges par la consorité nous a semblé d'un intérêt moins immédiat. C'est incontestablement une lacune, mais il a fallu nous borner (2). De même, une approche comparatiste au plan international n'eût pas manqué d'intérêt. Nous avons préféré y renoncer, car elle impliquait que nous présentions également, brièvement au moins, la réglementation que donne chaque Etat en ce domaine. Manifestement, cela nous aurait conduit trop loin et la clarté de l'exposé en aurait souffert. Nous ne nous sentions pas pour autant privées de la faculté de nous inspirer de ce qui se passe hors de nos frontières pour apporter à tel ou tel problème un éclairage intéressant. Notre choix s'est naturellement porté sur les législations voisines, française, italienne, allemande et autrichienne, parce que les législateurs des cantons s'en sont inspirés et parce que la consorité a dans ces pays fait l'objet de nombreuses et remarquables études.

La présente thèse peut également paraître lacunaire, car il nous a été impossible d'étudier les procédures cantonales dans le détail. Lorsque nous en avons tenu compte, nous avons pris le risque de les juger in abstracto. Nous espérons, lorsque nous les avons condamnées, ne pas l'avoir fait trop hâtivement.

Le thème choisi a suscité notre intérêt à plusieurs points de vue. Son importance pratique n'est pas le moindre d'entre eux (3).

Un autre intérêt de ce travail est de donner une présentation globale du sujet, travail qui n'avait jamais encore été accompli dans toutes ses conséquences. Nous avons voulu combler cette "lacune", non sans saisir l'occasion de faire le point sur cette matière.

Un troisième intérêt enfin consiste à établir une réglementation unifiée pour les litiges à participants multiples, ce qui éviterait des incertitudes et répondrait mieux à la commodité des justiciables. La Suisse possède en effet à elle-seule plus de lois de procédure que le reste de l'Europe. Son paysage procédural est le résultat normal de la souveraineté cantonale en matière de procédure. Source de richesse, mais aussi un facteur de complexité, son pluralisme, qui ne facilite pas la tâche de la doctrine et n'encourage point la réalisation d'oeuvres de synthèse, n'est souvent qu'apparent. La loi fédérale de procédure civile a en effet souvent servi de modèle alors que de nombreux cantons se sont appropriés les dispositions de cantons voisins, à l'image du législateur schaffhousois qui a requis presque intégralement l'ancien code de procédure civile zurichois (4).

1) GE SJ 1944 411, 414.

2) Voir à ce sujet Geiger 7ss, Ovari 20ss, Flepp 15ss, Holzhammer Parteienhäufung 1ss.

3) Lindacher JuS 1986 379: "Das Recht der Streitgenossenschaft zählt zu den problembehafteten Materien des Zivilprozessrechts".

4) Emil Schurter/Hans Fritzsche, Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Zurich 1924-1933, III, 90.

De lege ferenda, la réglementation sur la consorité pourrait être la suivante:

A. Notion

La consorité réunit activement ou passivement dans un même procès, dès l'origine ou en cours de procédure, plusieurs parties principales qui agissent ou sont recherchées en la même qualité.

B. Consorité simple

1. Consorité simple matérielle

La consorité simple matérielle réunit facultativement plusieurs parties qui font valoir ou sont recherchées pour des prétentions communes ou en connexité étroite ayant en fait et en droit le même fondement, dans le but d'éviter des jugements contradictoires.

Les consorts simples matériels sont indépendants dans leurs actes de disposition et leurs moyens personnels. Ils profitent des initiatives procédurales du partenaire lorsque le moyen est commun. Il en va de même dans l'allégation des faits et la phase probatoire relatives aux faits communs. Le consort simple matériel est entendu comme partie lorsque l'interrogatoire porte sur des faits personnels ou sur des faits communs. Il est entendu comme témoin lorsque l'instruction porte sur des faits personnels à un partenaire.

Le juge ne peut avoir qu'une conviction unique sur l'existence des faits communs.

2. Consorité simple formelle

La consorité simple formelle réunit facultativement plusieurs parties qui font valoir ou sont recherchées, par économie de procédure, pour des prétentions analogues ayant en fait et en droit un fondement distinct mais semblable.

Les consorts simples formels organisent librement leur attaque ou leur défense quel que soit l'acte envisagé. Ils ne bénéficient des initiatives procédurales du partenaire que lorsque le moyen a trait à la régularité de la procédure conjointe. Le consort simple formel peut témoigner en faveur du partenaire.

Le juge peut, en tout temps, d'office ou à requête, ordonner la division des causes, lorsque leur réunion est de nature à entraver et compliquer la marche de la procédure.

3. Règles communes

Lorsque les conditions de la consorité ne sont pas remplies, le juge prononce la division des causes.

Les consorts ont, dans les limites de la loi, un droit égal à être entendus en justice et peuvent constituer chacun un mandataire ad litem. Ils désignent un mandataire ad significationem.

Le consort défaillant est exclu de la phase probatoire et des débats.

Le juge ne peut trancher les rapports internes des consorts que dans la mesure où ces derniers ont pris des conclusions, ne serait-ce que subsidiaires, dans leur premier acte de procédure.

Le juge inhabile ou récusable face à un consort doit se récuser à l'égard de tous. Chaque consort peut requérir son déport.

L'adversaire des consorts peut limiter ses actes de procédure à l'un ou quelques-uns des consorts. Il est, en l'absence de précision, présumé procéder contre tous.

C. Consorité nécessaire

1. Consorité nécessaire matérielle

La consorité nécessaire matérielle réunit obligatoirement plusieurs parties par nécessité matérielle imposée par leur qualité pour agir ou pour défendre commune ainsi que par l'unité et l'exécutabilité du jugement à l'égard de toutes. Le juge déclare

la demande irrecevable lorsque les conditions de la consorité nécessaire matérielle ne sont pas remplies.

Les consorts nécessaires matériels ne peuvent accomplir que conjointement les actes de procédure constituant ou équivalant à des actes de disposition, à moins que le droit matériel n'en dispose autrement. Un consort peut représenter les autres pour l'allégation des faits communs et la proposition des preuves. Il peut veiller à la régularité de la procédure conjointe sans le concours, mais avec effets pour ses partenaires. Le consort nécessaire matériel ne peut être interrogé que comme partie. Il est, en cas de contumace, représenté par les autres pour tous les actes qui n'équivalent pas à un acte de disposition.

Le juge est garant de l'unité de la procédure. Il doit dans cette mesure reconnaître un acte individuel qui ne constitue pas un acte de disposition ou qui n'est pas de nature à provoquer une division de causes.

Lorsque l'acte envisagé est de nature à mettre un terme à la procédure et aurait pour effet de priver les consorts de leur qualité pour agir et d'un titre exécutoire régulier pour obtenir l'exécution du jugement, l'adversaire des consorts ne peut procéder que contre tous.

2. Consorité nécessaire formelle

La consorité nécessaire formelle réunit des parties qui sont liées au même titre par l'autorité de la chose jugée ou par l'effet constitutif du jugement et qui peuvent agir ou être poursuivies en justice alors même que l'une d'elles a qualité pour obtenir une décision au profit de toutes.

Les consorts nécessaires formels ont les mêmes pouvoirs de procédure que les consorts simples sous la réserve que la procédure doit s'achever par un jugement unique opposable à tous.

3. Règles communes

Les consorts nécessaires matériels et formels ont, dans les limites de la loi, un droit égal à être entendus en justice et peuvent constituer chacun un mandataire ad litem. Ils désignent un mandataire ad significationem.

Le juge inhabile ou récusable face à un consort doit se récuser à l'égard de tous. Chaque consort peut requérir son départ.

D. Compétence

1. Compétence territoriale

a) For de la consorité passive

Lorsque des consorts simples matériels ou des consorts nécessaires à un procès sont domiciliés dans différentes juridictions, le demandeur peut à son choix les actionner devant le juge du domicile de l'un d'eux.

b) Prorogation de for

Lorsque la consorité est simple, la prorogation de for ne lie que les consorts qui l'ont consentie. Lorsque la consorité est nécessaire, le tribunal prorogé n'est valablement compétent que si tous les consorts ont adhéré à la prorogation.

2. Compétence matérielle

a) En fonction de la nature des causes

Les consorts ne peuvent être renvoyés devant une juridiction spéciale que s'ils remplissent tous les conditions de sa saisine ou que les consorts dont ce n'est pas le cas y aient consenti.

c) En fonction de la valeur des causes

La valeur litigieuse résulte de l'addition des unités litigieuses qui ne s'excluent pas.

3. Perpetuatio fori

Le juge reste compétent lorsque les conditions de sa compétence ne sont plus remplies.

F. Frais et dépens

1. *Avance de frais*

Chaque consort avance les frais de ses actes personnels et de ses réquisitions. Les consorts sont solidaires pour l'avance des frais de leurs actes et réquisitions communs.

2. *Cautio judicatum solvi*

Chaque consort simple peut être astreint à fournir caution dans les limites de la loi. Les consorts nécessaires ne peuvent y être contraints que s'ils se trouvent tous dans une hypothèse justifiant le dépôt de sûretés.

3. *Assistance judiciaire*

Chaque consort peut demander l'assistance judiciaire. Son impécuniosité est fonction de sa seule situation financière. L'autorité compétente peut toutefois tenir compte de celle de ses partenaires lorsque ces derniers ont, de par le droit matériel, une obligation d'entretien envers le requérant.

4. *Fixation des frais et dépens*

Lorsque les consorts accomplissent ensemble un acte de procédure pour lequel il est prévu un émolument unique, chacun en paie un part égale. Lorsque les consorts accomplissent séparément une opération, ils doivent chacun l'émolument. Celui-ci est calculé sur la base des valeurs litigieuses additionnées qui ne s'excluent pas.

Les honoraires sont fonction des valeurs litigieuses additionnées et constituent un pourcentage de la valeur totale. Les honoraires de base ne peuvent être majorés que lorsque le travail de l'avocat a été considérable. La seule existence de la consorité ne justifie pas une majoration.

5. *Répartition des frais et des dépens*

Lorsque tous les consorts ont succombé, ils peuvent être condamnés aux frais et dépens par tête ou proportionnellement à leur intérêt au litige et à leur participation à la procédure. Le juge peut les déclarer solidaires.

Lorsqu'un consort a succombé et qu'un autre a obtenu gain de cause, le juge répartit proportionnellement les frais et les dépens.

Lorsque tous les consorts ont obtenu gain de cause, le juge leur alloue proportionnellement les frais et dépens. Il peut les déclarer créanciers solidaires.

Le juge peut dans tous les cas condamner le consort qui a provoqué inutilement des frais.

BIBLIOGRAPHIE

DROIT SUISSE

ASCHWANDEN BRUNO, Grundzüge, Besonderheiten und Probleme des umerischen Zivilrechtsverfahrens, unter Ausschluss des Beweis und Rechtsmittelverfahrens, Thèse Zurich 1983 (cité UR Aschwanden)

BAECHI W., Die Streitwertberechnung bei unechter Streitgenossenschaft nach zürcher Zivilprozessrecht, RSJ 38 1941/42 163ss (cité Baechi)

BALMER FRITZ, Erläuterungen zum Entwurf zu einem Bundesgesetz betreffend die Anpassung der kantonalen Zivilprozessverfahren an das Bundeszivilrecht, RDS 88 1969 II 293ss

BAUMGARTNER ANDRÉ, La communauté héréditaire dans le procès civil, Thèse Lausanne 1933 (cité Baumgartner)

BELLOT PIERRE-FRANÇOIS, Loi sur la procédure civile du canton de Genève suivie de l'Exposé des motifs, 3e éd. Genève-Paris 1870 (cité Bellot)

BERTI STEPHEN, Zum Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, Beiträge zu Grenzfragen des Prozessrechts, Professor Walther J. Habscheid zum Anlass seiner Emeritierung dargeboten von seinen zürcher Assistenten, Zurich 1991, 9ss

- Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts, Thèse Zurich 1989

BERTOSSA BERNARD/GAILLARD LOUIS/GUYET JACQUES, Commentaire de la loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987, Genève 1989 (cité GE Bertossa ad...)

BIRCHMEIER WILHELM, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, Zurich 1950 (cité Birchmeier ad...)

BOECKLI OTTO, Zivilprozessordnung für den Kanton Thurgau vom 29. April 1928 mit Anmerkungen, Anhang und Sachregister, Frauenfeld 1930 (cité TG Böckli ad a...)

BOLLA FERRUCCIO, Litisconsorzio facoltativo e impugnazione (nota a sentenza), Rep. 1984 119

CLAUSEN ALFRED, Le code valaisan de procédure civile a cinquante ans, réédition de l'Exposé des motifs (1929), RVJ 1971 151ss

CEPPI CHARLES, Les conclusions en procédure civile jurassienne, Delémont 1984-1987 (cité JU Ceppi)

DESCHENAUX HENRI/CASTELLA JEAN, La nouvelle procédure civile fribourgeoise, Fribourg 1960 (cité FR Deschenaux/Castella)

DOMENIG JOHANNES ERNST, Die Verhütung widersprechender Zivilurteile, insbesondere durch den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs, Thèse Zurich 1952 (cité Domenig)

- EDELMANN ANDREAS, Zur Bedeutung des Bundesrechts im Zivilprozessrecht untersucht insbesondere anhand der neuen aargauischen Zivilprozessordnung, Thèse Zurich 1990 (cité Edelmänn)
- EHRENZELLER MAX, Zivilprozessordnung des Kantons Appenzell Auser Rhoden vom 27. April 1980, Erläuterungen, Herisau 1989 (cité AR Ehrenzeller ad...)
- EICHENBERGER KURT, Zivilrechtspflegegesetz des Kantons Aargau, ZPO vom 18. 12. 1984, Aarau 1987 (cité AG Eichenberger ad...)
- Beiträge zum aargauischen Zivilprozessrecht, Aarau 1949 (cité AG Eichenberger Beiträge)
- FAVEY JEAN/JUNOD PHILIPPE, Code de procédure civile vaudois annoté, Lausanne 1959
- FLEPP JOSEF, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozessrecht, Thèse Zurich 1945 (manuscrit) (cité Flepp)
- FUX ROLAND, Die walliser ZPO, ein Handbuch für den Praktiker, Leuk-Stadt 1988 (cité VS Fux)
- GEIGER JUERG, Streitgenossenschaft und Nebenintervention unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Zivilprozessrechts, Thèse Zurich 1969 (cité Geiger)
- GIGER HANS, Handbuch der schweizerischen Zivilrechtspflege, Zurich 1990
- GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3e éd. Zurich 1979 (cité Guldener ZPR)
- Die Beiladung, insbesondere im Bundeszivilprozessrecht, in: Fragen des Verfahrens und Kollisionsrechtes, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Hans Fritzsche, Zurich 1952, 25ss (cité Guldener Beiladung)
 - Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, RDS 80 1961 II 1ss
- GYSLER CARL, Notwendige Streitgenossenschaft und Gestaltungsklagen bei der einfachen Gesellschaft und Miterbengesellschaft, Thèse Bâle 1925 (manuscrit, cité Gysler)
- HAAB ROBERTO, Effetti del litisconsorzio facoltativo, Nota a sentenza, Rep. 1986 176ss
- HABERTHUR BRUNO, Praxis zur Basler Zivilprozessordnung mit Erläuterungen, vol I et II, Bâle 1964 (Cité BS Habenthür)
- HABSCHIED WALTHER J., Droit judiciaire privé suisse, 2e éd. Genève 1981 (cité Habscheid DJPS)
- Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, ein Lehrbuch seiner Grundlagen, Unter Mitarbeit von Stephen Berti, 1ère éd. Bâle/Francfort sur le Main 1986 (cité Habscheid ZPR I)
 - Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, ein Lehrbuch seiner Grundlagen, Unter Mitarbeit von Stephen Berti, 2e éd. Bâle/Francfort sur le Main 1990 (cité Habscheid ZPR II)

- Zum Problem der Mehrparteienchiedsgerichtsbarkeit, *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international*, Zurich 1984, 173ss (cité Habscheid MPS)
- Besprechung von Gerhard Hassold, Die Voraussetzungen der besonderen Streitgenossenschaft, *FamRZ* 1971 390ss
- HAEFLIGER RUTH, Die Parteifähigkeit im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung der Wechselbeziehung Zivilprozessrecht-Bundesprivatrecht, Thèse Zurich 1987
- HANGARTNER YVO, Das st-gallische Zivilprozessgesetz, St-Gall 1991
- HAUSER WILLY/HAUSER ROBERT, Gerichtsverfassungsgesetz vom 29. Januar 1911, 3e éd. Zurich 1978 (cité ZH Hauser/Hauser GVG ad...)
- HEUSLER ANDREAS, Der Zivilprozess der Schweiz, Mannheim-Berlin-Leipzig 1923
- HINDERLING HANS, Fragen aus dem Grenzbereich zwischen Privat- und Verfahrensrecht, *RDS* 83 1964 I 109ss
- HOLENSTEIN PETER, Die prozessuale Stellung des gesetzlich über Drittrechte Verfügungsberechtigten, Thèse Zurich 1975
- JOLIDON PIERRE, Procédure civile bernoise, Berne 1986 (cité BE Jolidon)
- JOST ARTHUR, Die Aktivlegitimation des Miterben zu erbrechtlichen Klagen, *RSJ* 46 1950 149ss
- Der Erteilungsprozess im schweizerischen Recht, Berne 1960
- KÄELIN FRANZ, Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse im schwyzerischen Zivilprozessrecht, Thèse Fribourg 1949 (cité SZ Käelin)
- KELLER GOTTFRIED/PFISTERER MARKUS, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Aargau, 3e éd. Aarau 1947 (cité AG Keller/Pfisterer ad...)
- KRAFT STEFAN, Die gerichtliche Trennung und Vereinigung von Prozessen im zürcherischen Zivilprozess, Thèse Zurich 1959 (cité Kraft)
- KÜCHLER NIKLAUS, Die Entwicklung der Zivilrechtspflege im Kanton Obwalden von 1867-1967, Thèse Fribourg 1972 (cité OW Küchler)
- KUMMER MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4e éd. Berne 1984 (cité Kummer ZPR)
- Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Berne 1954 (cité Kummer Klagerecht)
- LEUCH GEORG, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3e éd. Berne 1956 (cité BE Leuch ed...)
- LUTZ OSKAR, Gesetz über die Zivilrechtspflege (Zivilprozess) für den Kanton St-Gallen, 2e éd. St-Gall 1967 (cité SG Lutz ad a...)
- Haften die Miterben für die von der Erbengemeinschaft eingegangenen Verbindlichkeiten solidarisch ? *RSJ* 35 1938/39 272ss

- MADAY D., Das Wesen der Streitgenossenschaft und die Art der Streitwertberechnung, RSJ 42 1946 209ss, 233ss (cité Maday)
- MATTI HANS, Über die Streitgenossenschaft nach dem Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern vom 7. Juni 1918, Berne 1924 (cité Matti Streitgenossenschaft)
- Zivilprozessrecht, Tiré à part de Handelshochschule, Zurich 1939 (cité Matti ZPR)
- MERMOUD JEAN-RENE, Loi de procédure civile genevoise annotée, Genève 1988 (cité GE Mermoud ad...)
- NATER URS ANDREA, Die Erbengemeinschaft im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung der neuen zürcherischen Zivilprozessordnung, Thèse Zurich 1978
- NAY GIUSEP, Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Graubünden, Textausgabe mit Anmerkungen, Sachregister und Konkordanztafel aZPO/ZPO, Coire 1986
- ODERMATT PAUL, Grundzüge der Gerichtsorganisation und der Zivilrechtspflege im Kanton Nidwalden, Thèse Zurich 1971
- OTTAVIANI FABRIZIO, Le parti nel processo civile ticinese, Studio sulla capacità, la sostituzione e i doveri delle parti, il litisconsorzio, l'intervento e la denuncia di lite, Thèse Zurich 1989 (cité TI Ottaviani)
- OVARI JOSEF, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozessrecht unter besonderer Berücksichtigung der notwendigen Streitgenossenschaft, Thèse Bâle 1963 (manuscrit, cité Ovari)
- PASCHOUD JEAN-FELIX, Litiges entre héritiers et action en partage: Droit civil et procédure vaudoise, Thèse Lausanne 1945
- PERROT RAYMOND, Loi de procédure civile genevoise annotée, Genève 1939
- PICARD MICHELE, Studi sulla riforma del processo civile ticinese, Bellinzona 1954 (cité TI Picard)
- PORTA SAMUEL, Principes sur la formalité civile et judiciaire du Pays de Vaud, Lausanne 1777, 162ss
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS/WURZBURGER ALAIN/HALDY JACQUES, Procédure civile vaudoise, Code de procédure civile du canton de Vaud du 14 décembre 1966, à jour au 31 mars 1991, commenté et comparé avec le droit fédéral et huit procédures cantonales (AG, BE, FR, GE, JU, NE, VS, ZH), Lausanne 1991 (cité VD Poudret/Wurzburger/Haldy ad...)
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS/WURZBURGER ALAIN, Code de procédure civile vaudois et concordat sur l'arbitrage annotés et commentés, 2e éd. Lausanne 1980 (cité VD Poudret/Wurzburger)
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS/SANDOZ-MONOD SUZETTE, Commentaire de la Loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. I 1-40, vol. II 47-82, vol. V 136-171, Berne 1990 (cité Poudret/Sandoz COJ ad...)
- RAMER PAUL, Die prozessualen Gestaltungsklagen des schweizerischen Rechts in rechtsvergleichender Darstellung mit dem deutschen Recht, Thèse Zurich 1973

- RAPP JEAN-MARC, Le cumul objectif d'actions, étude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, Thèse Lausanne 1982 (cité VD Rapp...)
- ROTH-GROSSER ELISABETH, Das Wesen der materiellen Rechtskraft und ihre subjektiven Grenzen unter besonderer Berücksichtigung der Wechselbeziehung Zivilprozessrecht - Bundesprivatrecht, Thèse Zurich 1981 (cité Roth-Grosser)
- SCHAAD PETER, Grundlinien einer schweizerischen Zivilprozessordnung traduit par Denys Ochsenbein et Jean-Marc Leuba, Les grandes lignes d'un code de procédure civile suisse, RDS 89 1969 I 21ss, 137ss
- SCHMIDT ANDRE, Note sur les problèmes de consorité dans la procédure d'appel, SJ 1981 561ss (cité GE Schmidt)
- SCHNEIDER BENNO, Parteien und Prozessgrundsätze, in: Yvo Hangartner, Das St-gallische Zivilprozessgesetz, St-Gall 1991 (cité SG Schneider)
- SCHUEPBACH HENRI-ROBERT, Justice civile helvétique, Recueil pratique de droit des affaires, Confédération suisse, Paris 1985
- Le droit d'appel du consort simple en procédure civile genevoise, Etude d'un arrêt récent du Tribunal fédéral (SJ 1982 433ss), SJ 1983 177ss
- SCHURTER EMIL/FRITZSCHE HANS, Das Zivilprozessrecht der Schweiz 1866-1932, Zurich 1924-1933
- SCHWAGER PETER, Die Nachfolge in den Zivilprozess infolge Erbanges, Thèse Zurich 1958
- SCHWARTZ PAUL, Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Anpassung der Kantonalen Zivilprozessverfahren an das Bundeszivilrecht, Projet d'une loi fédérale sur l'harmonisation des procédures civiles cantonales avec le droit fédéral traduit par Jacques Meylan, Rapports et communications SSI 1969 I 269ss
- STAEHELIN ADRIAN/SUTTER THOMAS, Zivilprozessrecht, nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zurich 1992 (Cité BS/BL Staehelin/Sutter)
- STAEHELIN ERNST HUGO, Die Nebenparteien im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung der Kantone Basel-Stadt, Baselland, Aargau und Solothurn, Bäle 1981 (cité Staehelin)
- STEINMANN CHRISTIAN, Die Zivilprozessordnungen der Kantone Zürich, Schwyz, Unterwalden (Ob und Nid dem Wald), St-Gallen, Appenzell (Beider Rhoden), Schaffhausen und Thurgau, eine rechtsvergleichende Studie zur Erforschung der Gemeinsamkeiten und Unterschied dieser Verfahrensgesetze, Thèse Zurich 1980
- STOECKLI HERBERT, Revisionsvorschläge zum Nidwaldner Zivilrechtsverfahren, Thèse Fribourg 1956 (cité NW Stöckli)
- STOLZ AUGUST, Der Grundeigentümer im Zivilprozess unter Berücksichtigung der Prozessordnungen der Kantone Appenzell Ausserrhoden, St-Gallen und Zürich, Thèse Zurich 1978 (cité Stolz)
- STRAUELI HANS/HAUSER WILLY, Gesetz betreffend den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) vom 13. April 1913, 2e éd. Zurich 1939 (cité ZH Sträuli/Hauser ad a...)

STRAULI HANS/MESSMER GEORG/WIGET FELIX, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung (Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976), Schiedsgerichte und Schiedsgutachten, 2e éd. Zurich 1982, (cité ZH Sträuli/Messmer ad...)

THELO EMILE, Communauté héréditaire et communauté procédurale obligatoire. Note JT 1928 I 214ss

TROLLER ALOIS, Die Prozessführungsbefugnis des Miterben zur Geltendmachung seiner Erbschaftsrechte gegenüber Dritten und Miterben im schweizerischen Recht, RDS 60 1941 73ss

VOGEL OSCAR, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 3e éd. Berne 1992 (cité Vogel)

VOYAME JOSEPH, Droit civil fédéral et procédure civile cantonale, RDS 80 1961 II 67ss

WALDER-BOHNER HANS-ULRICH, Der neue zürcher Zivilprozess, ein Handbuch, 2e éd. Zurich 1979 (cité Walder Handbuch)

- Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 3e éd. Zurich 1983 (cité Walder ZPR)

- Tafeln zum Zivilprozessrecht, Zurich 1982

WEIBEL HEINRICH/RUTZ MAGDALENA, Gerichtspraxis zur Basellandschaftlichen Zivilprozessordnung, 4e éd. Liestal 1986 (cité BL Weibel/Rutz ad...)

DROIT ALLEMAND

VON AMELUNXEN JULIUS, Die sogenannte notwendige Streitgenossenschaft der deutschen Civilprozessordnung. These Tübingen 1881 (cité Amelunxen)

ARENS PETER/LUEKE WOLFGANG, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung, 5e éd. Munich 1992 (cité Arens/Lüke)

BAUKNECHT, Die Kostenregelung beim Obsiegen eines Streitgenossen, NJW 1955 286ss, NJW 1955 1306ss

- Die Kostenregelung bei Streitgenossen mit einem gemeinsamen Anwalt, NJW 1954 415ss

- Der Erstattungsanspruch des gemeinsamen Armenanwalts von Streitgenossen, NJW 1954 1027ss

BAUMBACH ADOLF/LAUTERBACH WOLFGANG/ALBERS JAN/HARTMANN PETER, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und andere Nebengesetzen, 50e éd. Munich 1992 (cité Baumbach/Lauterbach ad...)

BAUR FRITZ, Zivilprozessualen Fragen zum Gleichberechtigungsgesetz und zum Familienrechtsänderungsgesetz, Arten der notwendigen Streitgenossenschaft, FamRZ 1962 508ss

- BECKER GUENTHER, Die notwendige Streitgenossenschaft bei Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung, Thèse Jena 1932 (cité Becker)
- BEHREND, Anspruchshäufung im Zivilprozess, 1935
- BEHRINGER MAXIMILIAN, Die Wirkungen der notwendigen Streitgenossenschaft, Thèse Erlangen 1962 (cité Behringer)
- BETTERMANN KARL AUGUST, Streitgenossenschaft, Beiladung, Nebenintervention und Streitverkündung, Bemerkungen zu Joachim Stettner, Das Verhältnis der notwendigen Beiladung zur notwendigen Streitgenossenschaft im Verwaltungsprozess, ZVP 90 1977 121ss (cité Bettermann)
- BLOMEYER ARWED, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Berlin 1985 (cité Blomeyer)
- Einzelanspruch und gemeinschaftlicher Anspruch von Miterben und Miteigentümern, Zur Frage der notwendigen Streitgenossenschaft, AcP 159 1960/61 385ss
 - Rechtskrafterstreckung in folge zivilrechtlicher Abhängigkeit, ZVP 75 1962 1ss
- BLOMEYER JÜRGEN, Der Verurteilungsgegenstand im Sinn des §709 Nr. 4 ZPO beim Prozesssieg von Streitgenossen, NJW 1967 2346ss
- BRUECKNER KLAUS, Das Verhalten der Streitgenossen im Prozess, Thèse Francfort-sur-le-Main 1972 (cité Brückner)
- BULL HANS JOACHIM, Krisis oder Bewährung der notwendigen Streitgenossenschaft ? ZMR 1953 271ss, 303ss
- Die Kostenentscheidung bei nicht gleichzeitiger Entscheidung gegenüber mehreren Gesamtschuldnern, Rpfleger 1959 308ss
- COESTER-WALTJEN, Streitgenossen und Nebenintervenienten, Jura 1989 442ss
- DAHMEN, Zur Anwendung der Baumbachschen Kostenformel, DRiZ 1979 343ss
- DENK, Das Verhältnis von Schadenersatzanspruch und Direktanspruch bei Kraftfahrthaftpflichtschäden, dargestellt am Problem der Bindungswirkung, VersR 1980 704ss
- DEULZ, Das Verhältnis von Schadenersatzanspruch und Direktanspruch bei Kraftfahrt Haftpflichtschäden, VersR 1980 704ss
- DREYER, Zu §59 der Civilprozessordnung, Gruchot 38 1894 16ss
- FENGE HILMAR, Rechtskrafterstreckung und Streitgenossenschaft zwischen Hauptschuldner und Bürgen, NJW 1971 1920ss
- FRANK REYNHARD, Der Einfluss des Todes einer Partei auf das Feststellungsverfahren im ordentlichen Prozess, ZVP 13 1888 184ss
- FREYMUTH, Zurücknahme eines Rechtsmittels seitens des einen von mehreren notwendigen Streitgenossen, ZVP 28 1901 41ss
- FUHR EBERHARD, Die Regelung der notwendigen Streitgenossenschaft, Thèse Giessen 1927 (cité Fuhr)

- FURTNER, Kostenentscheidung bei vorzeitigem Ausscheiden eines von mehreren Beklagten, JZ 1961 626ss
- GAERNER, J., Die Kostenfestsetzung im Falle des Obsiegens eines Streitgenossen und des Unterliegens des anderen, wenn beide einen gemeinsamen Anwalt hatten, NJW 1954 1436ss
- GANSSMUELLER HELMUT, Zur Konkurrenz der Gesamthands- und der Gesamthänderklage, insbesondere bei Personengesellschaft, Der Betrieb 1954 860ss
- GEROLD, Die Erstattungspflicht der Gegenpartei gegenüber Streitgenossen, NJW 1955 852ss
- GOECKEL, Der Einfluss des Bestehens einer Streitgenossenschaft auf die Pflicht zur Tragung und Erstattung der Prozesskosten, ThürBlätter 49 1902 1ss
- GEORGIADIS APOSTOLIS, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Thèse Munich 1968
- GOTTWALD PETER, Grundprobleme der Streitgenossenschaft im Zivilprozess, Juristische Arbeitsblätter 1982 64ss (cité Gottwald JA)
- GRUNSKY WOLFGANG, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2e éd. Bielefeld 1974 (cité Grunsky)
- HAACK MICHAEL, Gerichtsstandsprobleme bei Streitgenossenschaft im Mahnverfahren, NJW 1980 672ss
- HACHENBURG MAX, Die besondere Streitgenossenschaft, Mannheim 1889 (cité Hachenburg)
- HANGEN, Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft, Lahr 1895, réimpression 1970
- HARMENIG ERNST, Die notwendige Streitgenossenschaft, ThürBlätter 27 1880 197ss
- HASSOLD GERHARD, Die Voraussetzungen der besonderen Streitgenossenschaft, Berlin 1970
- HEINE, Zurücknahme der von mehreren notwendigen Streitgenossen eingelegten Berufung seitens einer derselben, Recht 1901 406ss
- HELLMANN FRIEDRICH, Die Lehre von der sogenannten notwendigen Streitgenossenschaft, ZJP 17 1892 1ss
- HENCKEL WOLFRAM, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, Heidelberg 1961
- Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970
 - Parteibegriff und Rechtskrafterstreckung, ZJP 70 1957 448ss
- HERGET, Kostenentscheidung bei teilweise gesamtschuldnerisch unterliegenden Beklagten, DRiZ 1981 144ss
- HUNDERTMARK HANS, Welche Wirkungen hat die Klagerücknahme eines BGB-Gesellschafters bei gemeinsam erhobener Klage ?, Deutsche Juristen-Zeitung 1930 968ss

JAUERNIG OTHMAR, Zivilprozessrecht, 22e éd. Munich 1988

JOSEF E., Die Passivlegitimation bei Klagen gegen Miteigentümer, Ein Beitrag zur Lehre von der notwendigen Streitgenossenschaft, AcP 107 1908 168ss

VON IHERING RUDOLF, Die Reflexwirkung oder die Rückwirkung rechtlicher Tatsachen auf dritte Personen, IJb 10 1862 245ss

KAHN JULIUS, Die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft, Thèse Giessen 1934

KISCH WILHELM, Begriff und Wirkungen der besonderen Streitgenossenschaft, Thèse Strasbourg 1899 (cité Kisch)

- Parteiänderung im Zivilprozess, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess des deutschen Reichs, Munich 1912

- Parteien, Prozessverbindung und Parteiänderung im Zivilprozessentwurf, Judicium 2 1931 235ss

- Parteibeitritt in der Berufungsinstanz, Festgabe für R. Schmidt, Cologne 1932 vol. I, 295ss

KLEINFELLER GEORG, Besprechung von Hachenburg, Die besondere Streitgenossenschaft, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 22 1880 471ss, 35 1893 221ss

KONZEN HORST, Rechtsverhältnisse zwischen Prozessparteien, Berlin 1976

KORNBLUM UDO, Die Rechtstellung der BGB-Gesellschaft und ihre Gesellschafter im Zivilprozess, Der Betriebsberater 1970 1445ss

LANG SIEGFRIED, Die Anwaltskosten des obsiegenden Streitgenossen, NJW 1970 408ss

- Die Gesamtschuld in der Kostenerstattung, NJW 1956 366ss

LAPPE, Kostenerstattung bei Streitgenossenschaft, Rpfleger 1980 263ss

LENT FRIEDRICH, Die notwendige und die besondere Streitgenossenschaft, in: Iherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts 90 1942 27ss (cité Lent IJb)

- Zivilprozessrecht, Munich/Berlin 1958 (cité Lent ZPR)

- Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile, ZJP 61 1939 279ss

LENT FRIEDRICH/JAUERNIG OTHMAR, Zivilprozessrecht, 23e éd. Munich 1991 (cité Lent/Jauernig)

LEVETZOV BENNO, Die notwendige Streitgenossenschaft im Sinne des §62 C. P. O., Thèse Rostock 1901

LINDACHER WALTER, Die Streitgenossenschaft, Juristische Schulung 1986 379ss, 540ss (cité Lindacher JuS)

- Die Klage auf Ausschliessung eines OHG bzw. KG-Gesellschafters, Festschrift Heinz Paulick, Cologne 1973, 73ss

- LUX WALTER, Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft, Thèse Munich 1906
- MAROTZKE, Unterlassungsklage durch Mehrere, ZJP 98 1985 160ss
- MARTENS JOACHIM, Streitgenossenschaft und Beiladung, in: Verwaltungsarchiv 60 1969 197ss, 356ss
- MARTIN CRISTOPH, Von der rechtlichen Natur der Streitgenossenschaft und deren Einflüsse auf den Process, Magazin für den gemeinsamen Deutschen bürgerlichen Process, herausgegeben von Cristoph Martin und Georg Friedrich Walch, Vol. I 1802 11ss, 154ss, 346ss
- MEDICUS FRANZ ALBERT, Tatbestand und Fälle der besonderen Streitgenossenschaft (§62 ZPO), Thèse Strasbourg 1914
- MEFFERT KLAUS, Die Streitgenossenschaft im klassischen römischen Recht, Berlin 1975
- MEINHARDT, Kostenentscheidung bei Drittwiderklage im Kfz-Haftpflichtprozess, DRiZ 1984 188ss
- MERLE, Die Verbindung von Zustimmungs- und Ausschlussklage bei den Personenhandelsgesellschaften, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 8 1979 67ss
- MEYER H., Besprechung zu "Friedrich Wachenfeld, Die notwendige Streitgenossenschaft des §59 ZPO", ZJP 20 1896 505ss
- Besprechung zu "Max Hachenburg, die besondere Streitgenossenschaft", ZJP 14 1890 367ss
- MEZGER, Kosten bei Streitgenossen, MDR 1953 404ss
- MUELLER DIETRICH, Die Probleme der notwendigen Streitgenossenschaft im deutschen und französischen Recht, Thèse Göttingen 1964 (cité Müller)
- MUELLER KLAUS, Liegt eine notwendige Streitgenossenschaft vor, wenn die OHG und ein Gesellschafter wegen einer Gesellschaftsschuld gemeinsam verklagt werden ?, Betriebsberater 1969 1333ss
- MUECHENER KOMMENTAR, LUEKE GERHARD/WALCHSHOEFER ALFRED, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Munich 1992 (cité MünK ad...)
- NAENDRUP PETER-HUBER, Gemeinschaftlichkeit im Verfahren, Methodologische Erwägungen zur Zivilprozessualen Entscheidungspraxis, ZJP 86 1973 233ss
- PETERSEN, Besprechung zu "Friedrich Wachenfeld, Die notwendige Streitgenossenschaft des §59 CPO", Gruchot 39 721ss
- PIRSON WALTER, Voraussetzung der notwendigen Streitgenossenschaft, Thèse Erlangen 1942
- PLANCK JULIUS WILHELM, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht, Göttingen 1844 (cité Planck)

- ROSENBERG LEO, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 8e éd. Munich/Berlin 1960 (cité Rosenberg Lehrbuch)
- ROSENBERG LEO/SCHWAB KARL HEINZ, Zivilprozessrecht 14e éd. Munich 1986 (cité Rosenberg/Schwab)
- RUPP HANS, Die Anfechtungsklage und notwendige Streitgenossenschaft, Die öffentliche Verwaltung 1957 144ss
- SAECKER HANS, Die Unbeachtlichkeit der Klagerücknahme durch einen eigentlich notwendigen Streigenossen als Anwendungsfall der "exceptio doli" im Prozessrecht, JZ 1967 51ss
- SAMPER RUDOLF, Die notwendige Streitgenossenschaft (§62 ZPO) im Verfahren, Thèse Erlangen 1939 (cité Samper)
- SCHELLHAMMER KURT, Zivilprozess. 3e éd. Heidelberg 1987 (cité Schellhammer)
- SCHILKEN EBERHARD, Zivilprozessrecht, Cologne/Berlin/Bonn/Munich 1992 (cité Schilken ad...)
- Miterbenklage nach rechtskräftigem Unterliegen einer einzelnen Miterbin, NJW 1991 281ss
- SCHILLER TORSTEN, Notwendige Streitgenossenschaft bei Klage gegen Gesellschaft und Gesellschafter, NJW 1971 410ss
- SCHLOSSER PETER, Zivilprozessrecht I, Erkenntnisverfahren, 2e éd. Munich 1991 (cité Schlosser)
- SCHNEIDER EGON, Der Streitgenosse als Zeuge, MDR 1982 372ss
- Verfälschung der Kostenentscheidung durch Nebenverfahren oder Rechtsmittel, Rpfleger 1971 165ss
 - Gesamtschuldverhältnisse im Prozess, MDR 1967 353ss
 - Die Kostenentscheidung bei Erlass eines Urteils gegen einen von mehreren Streitgenossen, JR 1962 128ss
 - Die Kostenentscheidung bei Klagerücknahme eines Streitgenossen und Obsiegen des anderen im Rechtsstreit, NJW 1959 1168ss
- SCHOENKE ALDOLF, Zivilprozessrecht, 6e éd. Karlsruhe 1949 (cité Schönke)
- SCHROERS, Kostenfestsetzung Streitgenossen, VersR 1975 110ss
- SCHUMANN EKKERHARD, Das Versäumen von Rechtsbehelfsfristen durch einzelne notwendige Streitgenossen, ZZZ 76 1963 381ss
- SCHWAB KARL HEINZ, Rechtskrafterstreckung auf Dritte und Drittwirkung der Rechtskraft, ZZZ 77 1964 124ss
- Die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft, in: Festschrift für F. Lent, Munich/Berlin 1957, 271ss
 - Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit und Streitgenossenschaft, Festschrift für Walther J. Habscheid, Bielefeld 1989, 285ss

- SELLE HANS GERHARD, Die Verfahrensbeteiligung des notwendigen Streitgenossen und des notwendig Beigeladenen, Thèse Münster 1976 (cité Selle)
- SEUFFERT J. A., Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, vol. 1 (1847) à 11 (1857) (cité Seuffert Archiv)
- SITZLER MAX, Die notwendige Streitgenossenschaft im Sinne des §62 der ZPO, Thèse Greifswald 1901 (cité Sitzler)
- STEIN FRIEDRICH/JONAS MARTIN/GRUNSKY WOLFGANG/LEIPOLD MARTIN/ MÜNZBERG WOLFGANG/SCHLOSSER PETER/SCHUMANN EKKERHARD, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 20e éd. Tübingen 1977-1991 (cité Stein/Jonas ad...)
- STETTNER JOACHIM, Das Verhältnis der notwendigen Beiladung zur notwendigen Streitgenossenschaft im Verwaltungsprozess, Schriften zum öffentlichen Recht, Berlin/Munich 1974 (cité Stettner)
- THOMAS HEINZ/PUTZO HANS, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, 16e éd. Munich 1990 (cité Thomas/Putzo)
- TILMANN, Kostenhaftung und Gebührenberechnung bei Unterlassungsklagen gegen Streitgenossen im gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 1986 691ss
- ULMER PETER, Gestaltungsklagen im Personengesellschaftsrecht und notwendige Streitgenossenschaft, in: Festschrift für Ernst Gessler, Munich 1971, 269ss
- VOHRMANN, Streitgenossenschaft und Rechtskrafterstreckung bei Klagen aus dem Gesellschaftsverhältnis, Thèse Bonn 1971
- WACHENFELD FRIEDRICH, Die notwendige Streitgenossenschaft des § 59 C.P.O., Hannover 1894 (Wachenfeld)
- Besprechung zu "Wilhelm Kisch, Begriff und Wirkungen der besonderen Streitgenossenschaft", ZJP 33 1904 94ss
- WALDNER WOLFRAM, Die Klage auf Duldung eines Notwegs gegen Grundstücksmiteigentümer, Juristische Rundschau 1981 184ss
- WALSMANN HANS, Die streitgenössische Nebenintervention, Leipzig 1905 (cité Walsmann)
- WARMUTH, Von der Streitgenossenschaft nach der deutschen ZPO, ZJP 1 1879 497ss
- WEISMANN JAKOB, Hauptintervention und Streitgenossenschaft. Ein Beitrag zu den Grundlehren des Aktionen- und Processrechts, Leipzig 1884
- WIECZOREK BERNHARD, Zivilprozessordnung und Nebengesetze auf Grund der Rechtsprechung, Kommentar, 2e éd. Berlin/New York 1976-1989 (cité Wieczorek)
- WINTÉ HANS-HEINRICH, Die Rechtsfolgen der notwendigen Streitgenossenschaft unter besonderer Berücksichtigung der unterschiedlichen Grundlagen ihrer beiden Alternativen, Thèse Göttingen 1986 (édition commerciale 1988) (cité Winté)
- WOESNER FRITZ VIKTOR, Die Kostenentscheidung bei teils obsiegenden, teils unterliegenden Streitgenossen, NJW 1968 782ss
- WOLFF HORST, Wirkungen der notwendigen Streitgenossenschaft, Thèse Cologne 1933 (non cité)

ZEISS WALTER, Zivilprozessrecht, 7e éd. Tübingen 1989

ZIMMERMANN MARIE-ADOLPHE, Die qualifizierte Streitgenossenschaft, Thèse Heidelberg 1909

ZIMMERMANN WALTER, Zivilprozessordnung und GVG, EGZPO, EGGVG, EuGVÜ, Kommentar anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 2e éd., Heidelberg 1991 (cité Zimmermann ad...)

ZOELLER RICHARD/GEIMER REINHOLD/SCHNEIDER EGON/GUMMER PETER/STEPHAN DIETER/HERGET KURT/STÖBER KURT/PHILIPPI PETER/VOLKKOMMER MAX, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit internationalem Zivilprozessrecht, Kostenanmerkungen, 16e éd. Cologne 1990 (cité Zöller ad...)

DROIT AUTRICHIEN

BALLON OSKAR J., Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht, Streitiges Verfahren, 2e éd. Graz, 1987 (cité Ballon)

FASCHING HANS W., Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Vienne 1959-1974 (cité Fasching Komm.)

- Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis, 2e éd. Vienne 1990 (cité Fasching ZPR)

- Urteilsmäßige Rechtsgestaltung im Zivilprozess, Juristische Blätter 1975 505ss

HOLZHAMMER RICHARD, Österreichisches Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 1e éd. Vienne/New York 1970 (cité Holzhammer ZPR I)

- Österreichisches Zivilprozessrechts, 2e éd. Vienne/New York 1976 (cité Holzhammer ZPR II)

- Bemerkungen zur einheitlichen Streitpartei, Österreichische Juristenzeitung 1959 619ss

- Parteienhäufung und einheitliche Streitpartei, Vienne/New York 1966 (cité Holzhammer Parteienhäufung)

KRALIK RODRICH, Streitgenossen als einheitliche Streitpartei, Österreichische Juristenzeitung 1963 113ss, 141ss

MICHLMAYR EDUARD/STOCHANZL RUDOLF, Juridiktionsnorm und Zivilprozessordnung, 14e éd. Vienne 1990

NOWAK, Einige Probleme des Zivilprozessrechts, Juristische Blätter 1964 1 57ss

PETRAG, Ueberblick über die Zivilverfahrensnovelle 1983, RZ 1983 105ss

PETRASCH, Die Zivilverfahrensnovelle 1983 in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, Österreichischen Juristenzeitung 1985 295ss

RECHBERGER WALTER H./SIMOTTA DAPHNE-ARIANE, Zivilprozessrecht 3e éd. Vienne 1986 (cité Rechberger/Simotta)

ROTH MARIANNE, Neuerungen der Zivilverfahrensnovelle 1983 im Bereich der Klagenhäufung in: Walter Buchegger/Richard Holzhammer, Beiträge zum Zivilprozessrecht, Vienne/New York II 1986, 209ss (cité Roth)

SCHALICH, Ueberblick über die Zivilverfahrensnovelle 1983, österreichische Juristenzeitung 1983 253ss

SCHOIBL NORBERT A. , Die Entwicklung des österreichischen Zivilverfahrensrechts, Berne/Francfort sur le Main 1987

WOLFF KARL, Grundriss der österreichischen Zivilprozessrechts, 2e éd. Vienne 1947 (cité Wolff)

DROIT FRANÇAIS

BLANC EMMANUEL/VIATTE JEAN, Nouveau code de procédure civile commenté dans l'ordre des articles, Paris Mise à jour 1989

BOULANGER JEAN, Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques, RTDC 1950 1ss

BOYER LOUIS, Les effets des jugements à l'égard des tiers, RTDC 1951 163ss

BUSSY-DUNAUD FLORENCE, Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties, Paris 1988

CONTAMINE-RAYNAUD MONIQUE, L'inconciliabilité des jugements: de l'autorité judiciaire à la raison judiciaire, in: Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Paris et Toulouse 1985, 113ss

CORNU GERARD/FOYER JEAN, Procédure civile, Paris 1958 (cité Cornu/Foyer)

CROZE HERVE/MOREL CHRISTIAN, Procédure civile, Paris 1988 (cité Croze/Morel)

DESDEVICES YVON, L'action en justice des parties solidaires, Revue juridique Ouest 1984 43ss

FOURCARDE, La connexité en procédure civile, Paris 1938

GARSONNET EUGENE/CEZAR-BRU CHARLES, Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, Paris 1912-1938 (cité Garsonnet/Cézar-Bru)

GLASSON ERNEST DESIRE/TISSIER ALBERT/MOREL RENE, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, 3éd. 1925-1936 (cité Glasson/Tissier/Morel)

GROSLIERE JEAN-CLAUDE, L'indivisibilité en matière de voies de recours, Thèse Paris 1959 (cité Groslière)

HEBRAUD PIERRE, Pluralité de parties, indivisibilité du contredit et de la procédure, RTDC 1963 155ss

HERON JACQUES, Droit judiciaire privé, Paris 1991 (cité Héron)

MARTIN RAYMOND ET JACQUES, L'action collective. J.C.P. 1984 I 3162

MIGUET JACQUES, Immutabilité et évolution du litige, Paris 1977

- MOREAU JEAN-PIERRE, Les limites au principe de la divisibilité de l'instance quant aux parties, Paris 1966 (cité Moreau)
- NORMAND, Pluralité de défendeurs et convention d'arbitrage dans le cas d'indivisibilité du litige, RTDC 1978 59ss
- PERROT ROGER, Appel provoqué et indivisibilité en matière d'appel, Rapport au colloque d'Aix-en-Provence du 22-23 février 1963, Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques d'Aix en Provence
- POCHON GABRIEL, L'application des clauses de compétence des connaissements en cas de pluralité de défendeurs et d'appel en garantie, Droit maritime français 1956 258
- RODIERE A., Solidarité et indivisibilité, Paris 1852
- SAVATIER RENE, La surabondance des débiteurs de réparation autour de la victime d'accident et l'enchevêtrement de leurs dettes, Dalloz 1962 chr. 173ss
- SEILER P., L'autorité de la chose jugée en matière de solidarité passive, Thèse Paris 1933
- SIESSE GUSTAVE, Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé, Paris 1923 (cité Siesse)
- SOLUS HENRY/PERROT ROGER, Droit judiciaire privé, Paris 1961-1991 (cité Solus/Perrot)
- TAILLANDIER F., Essai sur les causes indivisibles, Paris 1850
- TOMASIN DANIEL, Essai sur l'autorité de la chose jugée en procédure civile, Paris 1975
- VINCENT JEAN/GUINCHARD SERGE, Procédure civile, Paris 1991 (cité Vincent/Guinchard)

DROIT ITALIEN

- ALLORIO ENRICO, Divieto di testimoniare e litisconsorzio, Riv. dir. proc. civile 1949 II-89ss
- ANDRIOLI VIRGILIO, Commento al Codice di procedura civile, 3e éd., Naples 1954-1964
- Diritto processuale civile, Naples 1979
- BERRI, Litisconsorzio, Novissimo Dig. It. IX, Turin 1963 968ss
- CARNACINI TITO, Il litisconsorzio nelle fasi di gravame, Padoue 1937
- CARNELUTTI FRANCESCO, Litisconsorzio facoltativo e competenza per valore, Riv. dir. proc. civile 1943 II 120ss
- CARPI FEDERICO/COLESANTI VITTORIO/TARUFFO MICHELE, Commentario breve al codice di procedura civile, 3e éd. Padoue 1992 (cité Carpi/Colesanti/Taruffo)
- CASTELLARI, Criteri di ammissibilità del litisconsorzio attivo, Gazzetta giudiziaria di Genova 1902

CHIOVENDA GIUSEPPE, Sul litisconsorzio necessario in: Studi in onore di Vittorio Scialoja, Prato 1904. In: Saggi di diritto processuale civile, vol. II, Rome 1931, 427ss (cit  Chiovenda Litisconsorzio)

- Istituzioni di diritto processuale civile, 2 d. 1935-36, r impression Naples 1965

- Principii di diritto processuale civile, 3   d. Naples 1980 (cit  Chiovenda Principii)

COSTANTINO GIORGIO, Contributo allo studio del litisconsorzio necessario, Naples 1979

DENTI VITTORIO, Appunti sul litisconsorzio necessario, Riv. dir. proc. 1959 14ss

- Sentenza inutiliter data e litisconsorzio necessario, Giur. it. 1961, I, 1, 629ss

FABBRINI GIOVANNI, "Litisconsorzio". Enciclopedia del diritto, vol. XXIV, Milan 1974, 810ss (cit  Fabbrini)

FAZZALARI ELIO, Istituzioni di diritto processuale, 5   d. Padoue 1989

- Litisconsorzio necessario e azione di filiazione legittima, Giur. compl. Cass. civ. 1946, II 2, 338ss

FORMIGGINI ALDO, Il rappresentante comune delle azione indivisibili, Studi in onore di Tito Carnacini, Milan 1983, 231ss

GIONFRIDA, Riflessioni sulla estinzione parziale del processo per inattivit  delle parti e sulla riassunzione parziale del processo interrotto, in caso di litisconsorzio facoltativo, Riv. dir. proc. civ. 1964 535ss

JUDICA GIOVANNI, Impugnative contrattuali e pluralit  di interessati, Pubblicazioni dell'Universit  di Pavia, Padoue 1973

LANCELOTTI FRANCO, Sul concorso delle azioni, Studi in onore di Tito Carnacini, Milan 1983, 373ss

LIEBMAN ENRICO TULLIO, Manuale di diritto processuale civile, 4   d., 1980-1987

LOBIN YVETTE, Traduction du code de procédure civile italien, La pensée universitaire, Aix-en-Provence 1960

MANDRIOLI CRISANTO, Corso di diritto processuale civile, Turin 1985 (cit  Mandrioli)

MESSA, In tema di litisconsorzio necessario, Monitore dei tribunali 1912

MICHEL, In tema di effetti della mancata integrazione del contraddittorio in caso di litisconsorzio, Giur. compl. cass. civ. 1946 I 45ss

PAVANINI, Il litisconsorzio nei giudizi divisorii, Padoue 1948

PETROCELLI, Il litisconsorzio necessario nel giudizio divisorio, Foro it. 1969 I 521ss

PISANI PROTO, Litisconsorzio facoltativo e separazione di cause, Riv. dir. proc. 1968 136ss

- Litisconsorzio necessario e diritti anteriormente quesiti, Riv. dir. proc. 1966 480ss

- Dell'esercizio dell'azione in: Commentario del cod. di proc. civ. diretto da Enrico Allorio, Turin 1973, 1098ss
- REDENTI ENRICO/CARNACINI TITO/VELLANI MARIO, Diritto processuale civile, 3e éd. Milan 1980
- REDENTI ENRICO, Il giudizio civile con pluralità di parti, 2e éd. Milan 1960
- Pluralità di parti nel processo civile romano. Archivio giuridico vol. 79 1907
- SATTA SALVATORE, Sul litisconsorzio necessario, Rivista italiana scienze giuridiche 1955-56, 49ss
- Diritto processuale civile, 11e éd., Padoue 1992
- Commentario al codice di procedura civile, 1957-1971
- TARANTO, Nuovo indirizzo giurisprudenziale in tema di litisconsorzio necessario nelle divisione ereditarie. Giur. It. 1967, I 1, 879ss
- TARZIA GIUSEPPE, Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado, Milan 1972
- L'estensione degli effetti degli atti processuali nel litisconsorzio facoltativo, Riv. dir. proc. 1970 22ss
- TOMEL, Alcuni rilievi in tema di litisconsorzio necessario, Riv. dir. proc. 1980 669ss
- VOCINO, Su alcuni concetti e problemi del diritto processuale civile. Riv. trim. dir. proc. civ. 1970 634ss, 1052ss, 1445ss, 1971 481ss

INDEX

(CS: consorité simple, CN: consorité nécessaire)

A

Abus de droit 164, 166 n. 59, 174, 202, 211, 310, 495

Accélérée (procédure), voir **procédure accélérée**

Acquiescement à la demande (CS) 313ss, (CN) 388, 466ss

- qualité du consort pour acquiescer (CS) 313, (CN) 466

- qualité de l'adversaire commun pour acquiescer (CS) 314, (CN) 468

- dépens en cas d'...(CS) 314

- principe de la relativité de l'...313

Acquiescement au jugement, voir **recours (renonciation au)**

Acte de non-conciliation, voir **autorisation de citer**

Actes d'administration (CN) 334

Actes de disposition (CS) 40ss, 187, 189, (CN) 334ss, 354, 387, 389, 391, 408, 411, 416,

419, 420, 427, 434, 449, 456, 464, 465, 466, 469

- voir également **acquiescement**, **désistement**, **transaction**, **présomption de représentation**

Actes de procédure

- contenu (CS) 204, 211ss, (CN) 405ss

- nombre d'exemplaires 203ss, 396ss

- principe de la relativité des...186

- réception des...(CS) 199ss, (CN) 396ss, voir également **mandataire ad significationem**

Actio duplex 22

Actions collectives 99ss

Action commune

- principe de l'...(CS) 185, 188, (CN) 334ss, 386ss

- les exceptions à l'...(CN) 343ss

Action condamnatoire (CN) 337

Action constatatoire (CN) 338, 359, 361, 362

Action constitutive (CN) 338

Action formatrice (CN) 359

Action reconventionnelle, voir **demande reconventionnelle**

Action récursoire, voir **appel en cause**, **rapports internes des consorts**

Action révocatoire 41

Actions d'état (recours) 433

Actions de groupe 100ss

Addition des valeurs litigieuses, voir **valeur litigieuse par addition des valeurs**

Administrateur de la succession 378

- action en dommages intérêts contre l'...359

Adoption (action en annulation de l'...) 358, 438, 487

Adresse de notification, voir **mandataire ad significationem**

Adversaire commun

- marche du procès (CS) 192ss, (CN) 391ss

- voir également **acquiescement**, **allégation des faits**, **aveu judiciaire**, **cautio judicatum solvi**, **conclusions**, **consorité alternative**, **consorité éventuelle**, **dénonciation d'instance**, **désistement d'action**, **désistement d'instance**, **exceptions de procédure**, **exécution du jugement**, **interrogatoire**, **intervention accessoire dépendante et indépendante**, **intervention principale**, **objections**, **recours joint**, **réforme**, **transaction**

Aide judiciaire, voir **assistance judiciaire**

Allégation des faits (CS) 227ss, (CN) 415ss

- allégations des consorts (CS) 188, 227, (CN) 389, 415

- allégations nouvelles (CS) 232, (CN) 416

- allégations de l'adversaire commun (CS) 232, (CN) 417

- allégués retirés (CS) 245, (CN) 425

- Allégations omises (CS) 227, 232, (CN) 415

- contradictions dans l'allégation des faits communs (CS) 228, (CN) 415

Alliance avec l'un des consorts (juge) (CS) 218, (CN) 409

Appel en garantie, voir intervention forcée

Appel en cause 94ss

- d'un consort simple à son partenaire 240

- source de consorité simple 171

- recours en cas d'...271

- voir également intervention forcée

Appel incident, voir recours joint

Appointement d'une audience, voir audience

Apports de preuves, voir preuves

Appréciation des preuves, voir preuves

Arbitraire 68, 245, 258, 270, 425, 429, 509

Arrêt (effets de l'...) (CS) 282ss, (CN) 440ss

Art. 4 Cst 209, 494, 497, 509

Art. 58 Cst 509

Art. 59 Cst 162, 168, 183, 209, 210, 212, 376, 462, 513

- et l'intervention principale 484

- et l'obligation indivisible 483

- et la consorité 479

- et la consorité alternative 483

- et la consorité évenuelle 483

- et la consorité nécessaire 481

- et la solidarité passive 479

- et le Beweisnotstand 483

- et le for cantonal de la consorité passive 480

- les exceptions à l'...481

- portée intracantonale ? 494

Art. 7/2a LF Cartels 487

Art. 260 LP 365ss

Assemblée générale (action en annulation d'une décision de l'...) 44, 46, 469

Assignation de jugement commun (déclaration en) 95

Assistance judiciaire 535ss, 547, 564

- *bénéficiaire de l'AJ* 535

-- associés (société simple) 536

-- cessionnaire de l'objet litigieux 536

-- cohéritier 536

-- consort nécessaire 536

-- consort simple 536

-- créancier cessionnaire LP 260 536

-- demandeurs à l'action en paternité 536

-- personne morale 535

-- personne physique 535

-- propriétaire en main commune 536

-- sociétés en commandite 535

-- sociétés en nom collectif 535

- *chances de succès*

-- en général 538

-- consort nécessaire 539

-- consort simple 539

-- examen en fonction de tiers 539

-- renonciation aux prétentions sans...539

- *indigence* 536

-- situation financière du consort 537

-- coïndivis resté étranger à la procédure 538

-- devoir d'entretien de tiers en faveur du consort

--- CC 640 538

--- époux 537

--- parenté (dette alimentaire) 538

--- parents envers l'enfant 537

--- représentant des héritiers 538

- principe de la personnalité de l'...536
- *procédure* 537, 539
- condamnation aux frais et dépens du consort bénéficiaire de l'...540
- Attestation de force exécutoire**, voir exécution du jugement
- Attraction**
 - de compétence, voir compétence, compétence ratione valoris
 - de procédure 115ss
- Audience**
 - appointment d'une (CS) 188, (CN) 390
 - de conciliation, voir conciliation
 - report d'une (CS) 188, (CN) 390
 - audiences communes (CS) 245, (CN) 425
- Audition**
 - des parties, voir interrogatoire
 - des témoins, voir témoignage
- Augmentation**
 - des conclusions, voir conclusions (modification des)
 - du nombre de parties, voir inclusion d'un tiers dans la procédure, Parteibeitritt
- Autorisation de citer** (après conciliation) (CS) 206, (CN) 400
- Autorité de la chose jugée**, voir chose jugée
- Avance de frais**, voir frais
- Aveu extrajudiciaire** (CS) 256
- Aveu judiciaire** (CS) 253ss, (CN) 427ss
 - qualité de l'adversaire commun pour avouer (CS) 255ss, (CN) 429ss
 - qualité du consort pour avouer (CS) 253ss, (CN) 427ss
 - forme de l'...254
 - objet de l'aveu (CS) 253ss, (CN) 255ss
 - principe de la relativité de l'...254
 - qualité du mandataire commun pour avouer (CS) 254
 - qualité du partenaire pour avouer (CS) 254
 - rétractation de l'...254
- Avocat d'office**
 - choix de l'...en cas de consorité 541
 - droit du consort à l'assistance d'un...540
 - honoraires de l'...en cas de consorité 542

B

- Bail**
 - colodataires d'un...365
 - colodataires solidaires d'un...129
 - cosignataires d'un...339
- Belladung** voir mise en cause
- Beweisnotstand** 76, 341
- BGB 2039** 345ss
- Bilan**
 - action en constatation du...365
 - action tendant à l'établissement du...365
- Bonne foi entre consorts** (CS) 187, (CN) 389
- Brevet** (action en annulation d'un...) 339
- Buts de la consorité** (CS) 65ss, (CN) 69ss

C

- Capacité d'ester en justice** (CS) 111, (CN) 329
- Capacité de partie** (CS) 111, (CN) 329
- Capacité de postulation** (CS) 111, (CN) 329

Cautio judicatum solvi 543ss

- à fournir par l'adversaire commun 546
- à fournir par un consort (CS) 212, 544, (CN) 544
- en cas de consorité, sources légales:
 - procédure cantonale 543
 - procédure fédérale 543
- montant (CS) 546, (CN) 547
- sanction 547

CC 648/1 343

CC 253 485

CC 538 486, 487

CC 656 338

CC 692 339

CC 762 360

CC 774 363

CC 841 363

CC 906 363

Cessation de troubles (action en) 340, 343, 360, 363

Cession de l'objet du litige (CS) 168ss, (CN) 376ss

Chances de succès, voir assistance judiciaire

Chefs de la demande, voir conclusions, valeur litigieuse

Chose jugée

- autorité de la... (CS) 215, 285, 317, 319, (CN) 471
- exception de... (CS) 213, 313 (CN) 372, 411, 404
- extension de la... (CS) 218
- force de (CS) 282, 305 (CN) 455, 471
- partielle (CS) 213, 281
- relativité de la... 317

Citations, voir notifications

- en conciliation, voir conciliation

Clause attributive de compétence, voir prorogation de for

CO 205 340

CO 550/2 364

CO 761 486

Coindivis (procès entre) 336, 360

Communication de pièces, voir production de pièces

Communauté (liquidation de la) 326, 473

Communauté de biens 335, 357, 379

Communauté

- de droits 123ss
- (fin de la) (CS) 326 (CN) 473

Communauté héréditaire 335, 358ss

- voir également représentant des cohéritiers

Comparution

- défaut de..., voir défaut
- personnelle (CS) 205 (CN) 400

Compensation (CS) 216 (CN) 408

Compétence

- les demandes doivent relever du même tribunal (CS) 114ss
- intercantonale, voir art. 59 Cst, fors de droit fédéral
- voir for, incompétence

Compétence fonctionnelle 162, 166

Compétence matérielle

- *en fonction de la valeur des causes*, voir valeur litigieuse
- *en fonction de la nature des causes*
 - tous les consorts relèvent du même tribunal (CS) 511, (CN) 511, 514
 - une partie des consorts remplit les conditions de saisine d'une juridiction spéciale 511
 - consorité simple active: attraction de...511
 - consorité simple passive 511: attraction devant la juridiction ordinaire 512, attraction devant la juridiction spéciale 513, pas d'attraction 512
 - consorité nécessaire: attraction devant la juridiction ordinaire 514, attraction devant la juridiction spéciale 514
- règles cantonales sur la...et la consorité 511
- ...en droit matériel 510
- ...en procédure fédérale 509
- règles de...dispositives 509
- règles de...impératives 509
- règles fédérales sur la...et la consorité 509
- prorogation de...532

Compétence ratione valoris (attraction de...) 527, 530ss

- voir également valeur litigieuse

Compétence territoriale 477ss

- consorité par voie de jonction 162
- compétence intracantonale 489ss
- prorogation de...477
- titres de...493
- unité de...114, 477
- voir également for

Complètement du jugement, voir interprétation du jugement

Computation des délais, voir délais

Cconciliation (CS) 111, 157, 158, 205ss, (CN) 330, 374, 399ss

- acte de non... (CS) 206 (CN) 400
- audience de...(CS) 205 (CN) 400
- citation en...(CS) 205, (CN) 400
- compétence du juge de la...(CS) 205 (CN) 399
- voir également autorisation de citer

Conclusions (CS) 235ss (CN) 419ss

- modification (CS) 241 (CN) 354, 420
- diminution (CS) 241 (CN) 420
- immutabilité des...176
- interprétation (CS) 241, 242
- ...nouvelles (CS) 176 (CN) 420
- rectification (CS) 242 (CN) 420

Conclusions civiles

- cumul de...et pénales 104
- et consorité 104 (CS) 105 (CN) 105

Conclusions de l'adversaire commun (CS) 156, 237ss (CN) 420ss

- conclusions communes (CS) 237 (CN) 420
- conclusions individuelles (CS) 237 (CN) 421
- conclusions condamnatoires (CS) 238 (CN) 237
- conclusions constatatoires (CS) 238 (CN) 237
- conclusions dans l'intervention principale 238, 421
- conclusions subsidiaires (CS) 238
- conclusions nouvelles (CS) 244 (CN) 420
- voir également consorité alternative, consorité éventuelle

Conclusions des consorts nécessaires 419ss

- conclusions communes 419
- conclusions individuelles 419
- consorité nécessaire formelle 419
- rectification 423

Conclusions des consorts simples 156, 235ss

- conclusions de même nature 135
- conclusions chiffrées 235
- conclusions communes 235
- conclusions individualisées 235
- conclusions libératoires 237
- conclusions nouvelles 241
- conclusions pécuniaires 235
- conclusions subsidiaires 235, 237
- vice de forme dans les...236

Conclusions entre consorts (CS) 231, 238ss (CN) 419

- conclusions condamnatoires ? 240 n. 44
- conclusions constatatoires 238 n. 33
- conclusions récursoires 238
- conclusions subsidiaires 238
- forme 238

- procédure fédérale (CS) 238
- procédures cantonales (CS) 238

Conclusions distinctes économiquement 524, voir également valeur litigieuse

Conditions de jonction (CS) 119ss (CN) 333ss

Conditions de procès (CS) 111ss (CN) 329ss, voir également recevabilité

Confusion de parties 326

Connexité 122ss

- for de la...491
- jonction de causes pour...87
- voir demande reconventionnelle, intervention forcée

Consortité

- définition 35ss
- nature juridique 71ss
- qualification juridique 73ss
- sources légales 27ss
- types 39ss

Consortité active 45

Consortité alternative 47, 52, 158, 171, 271

- conclusions de l'adversaire commun 237
- division pour opportunité 322
- effet dévolutif du recours 280
- effet suspensif du recours 281
- jugement partiel en cas de...319
- répartition des frais et des dépens entre les consorts 53, 241
- voir également art. 59 Cst, litispendance, valeur litigieuse

Consortité conditionnelle, voir consortité éventuelle

Consortité éventuelle 47ss, 158

- allégation des faits 232
- conclusions de l'adversaire commun 238
- division pour opportunité 322
- effet dévolutif du recours 280
- effet suspensif du recours 281
- jugement partiel 319
- voir également art. 59 Cst, litispendance, valeur litigieuse

Consortité facultative, voir consortité simple

Consortité impropre, voir consortité simple formelle

Consortité initiale 47, (CS) 152 (CN) 373

Consortité légale 47

Consortité mixte 46, 163 n. 34

Consortité multiple 46

Conсорité nécessaire 42ss, 47, 327ss

- active 373
- passive 374
- but 69ss
- cas de...357ss
- droit de la famille 357ss
- droit des obligations 363ss
- droit des poursuites: art. 260 LP 365ss
- droit des successions 358ss
- droits réels 361ss
- conditions 333ss
- sanctions 350ss
- conditions de recevabilité 329ss
- effets 385ss
- en droit privé cantonal 28
- exception de...350ss, 408
- fin 463ss
- naissance 373ss
- qualification juridique 74ss

Conсорité nécessaire formelle

- notion 43ss
- faculté des parties 373
- mise en cause 381
- intervention accessoire indépendante 383
- pouvoirs de procédure des consorts 390
- qualité pour agir reconventionnellement 411
- allégation des faits 415

Conсорité nécessaire matérielle, voir consорité nécessaire**Conсорité originaire 27, (CS) 152 (CN) 373****Conсорité par voie de jonction 88, (CS) 139, 159ss (CN) 375****Conсорité passive 45****Conсорité procédurale, voir consорité simple formelle****Conсорité reconventionnelle 46, (CS) 179ss, 221ss (CN) 384, 411ss****Conсорité simple 39ss, 107ss**

- exception de...29, 73, 151, 236
- active 155
- passive 156
- buts 65ss
- conditions de recevabilité 109, 111ss, 155, 162
- sanctions 117ss
- conditions de jonction 109, 119ss
- champ d'application 119ss
- conditions objectives 120, 123ss
- conditions relatives à la marche du procès et au prononcé du jugement 121, 139ss
- conditions relatives au coût de la procédure 121, 141
- conditions subjectives 121, 137ss
- sanctions 141ss
- faculté des parties 151
- effets 185ss
- en 2ème instance 261
- en droit matériel 27
- fin 309ss
- naissance 151ss
- par voie de jonction 159ss
- qualification juridique 73ss
- sources légales 27ss

Conсорité simple formelle 41ss

Consortité simple matérielle 40ss

-- exception d'incompétence 210

-- récusation du juge 218

Consortité subséquente 47, (CS) 152 (CN) 373

Consortité vraie, voir consortie nécessaire, consortie simple matérielle

Constitution fédérale (projet de) 480

Contrat simulé 337

Convention de Lugano 477, 480

Convention de procédure

- naissance de la consortie (CS) 152 (CN) 384

- fin de la consortie (CS) 326 (CN) 474

Convention sur parts héréditaires 379

Copropriété

- ordinaire 361

- *par étages 361*

-- action relative à la constitution d'un droit réel sur les parties communes dans la PPE 362

-- action tendant à inscrire un droit de gage sur les parties communes dans la PPE 362

-- extension des parties communes dans la PPE 361

-- partage de la PPE 362

Créance de l'hoirie (action tendant à faire constater l'existence d'une...) 359

Créances partielles 235

Créanciers solidaires 235

Cumul d'actions pénales 103

Cumul subjectif d'actions, voir terminologie

Cumul objectif de demandes

- comparé à la consortie 83

- dans le cadre de la consortie simple 85

D

Débiteurs solidaires 237

Décès d'un consort (CS) 297 (CN) 457

Décision finale (OJF 48) 278, 438, 474

Déclinatoire, voir incompétence (exception d'...)

Défaut (CS) 287ss (CN) 443ss

- *tous les consorts sont défaillants (CS) 287ss (CN) 444ss*

- *un seul consort est défaillant (CS) 260, 288 (CN) 445ss*

-- GE (CS) 291 (CN) 453

-- VD (CS) 289 (CN) 445

-- VS (CS) 288

-- BE, JU (CS) 290

-- ZH, BE, LU, SZ, OW, AR, AG, SG, TI, VS, JU (CN) 445ss

-- procédure fédérale, autres cantons (CS) 292

-- autres cantons (CN) 454

Défendeur (notion) 21

Défense commune (CS) 207

Défense d'office, voir avocat d'office

Défense individuelle (CS) 207

Déguerpissement (action en...) 41

Délais (CS) 295ss (CN) 455ss

-- computation (CS) 295 (CN) 455

-- fixation (CS) 223, 295 (CN) 455

-- observation (CS) 295 (CN) 455

-- restitution (CS) 296 (CN) 390, 456

-- prolongation (CS) 224, 296, 506 (CN) 390, 456

Demande

- mémoire de...commun (CS) 155 (CN) 373

- modification de la...326

- principe de la relativité de la...186

Demande commune (CS) 155ss (CN) 373ss

Demande reconventionnelle

- à l'origine de la consorité 87 (CS) 179ss, 221ss (CN) 384, 411ss, voir également tierce-reconvention

- comparée à la consorité 85

- dans le cadre de la consorité 87 (CS) 221ss (CN) 411ss

-- qualité du consort pour agir (CS) 221 (CN) 411

-- qualité du consort pour défendre (CS) 221 (CN) 411

-- qualité du partenaire pour défendre (CS) 221

-- valeur litigieuse (CS) 221 (CN) 412

- fin de la consorité (CS) 326

Demandes additionnelles 176

Demandes séparées (CS) 155, 164

Demandeur (notion) 21

Déni de justice 270, 566

Dénonciation de litige, voir dénonciation d'instance

Dénonciation d'instance

- dans le cadre de la consorité (CS) 167, 169 (CN) 355, 384

-- d'un consort à l'adversaire commun (CS) 224

-- d'un consort à son partenaire (CS) 223, 240

-- de l'adversaire commun à un des consorts (CS) 224

- source de consorité ? 95 (CS) 171 (CN) 376, 384

- au sens large, voir intervention forcée

- proprement dite 94ss

Dépens 566ss

- distraction de...569

- mandataire commun 563

- mandataires distincts 563

Désaveu (action en) 339, 357, 389, 397, 404, 411, 412, 425, 438, 464, 467, 471, 487, 552, 559

Désistement (CS) 309ss (CN) 388ss

- principe de la divisibilité du...309, 312

Désistement d'action (CS) 312ss (CN) 465ss

- qualité de l'adversaire commun pour se désister (CS) 313 (CN) 466

- qualité du consort pour se désister (CS) 312 (CN) 465

-- acceptation du défendeur commun (CS) 312

- effets (CS) 313 (CN) 465

Désistement d'instance (CS) 309ss (CN) 463ss

- qualité de l'adversaire commun pour se désister (CS) 311 (CN) 465

-- acceptation de chaque codéfendeur (CS) 311 (CN) 465

-- après succession de parties (CS) 168

- qualité du consort pour se désister (CS) 309 (CN) 463

-- après acceptation du défendeur commun (CS) 309

-- après acquiescement du défendeur commun (CS) 309

-- après demande reconventionnelle du défendeur commun (CS) 310, 311

-- lorsque le procès porte sur les rapports internes des consorts (CS) 310

- effets (CS) 310 (CN) 463ss

- frais et dépens (CS) 310

Déterminations des codéfendeurs (CS) 230 (CN) 403ss, 415ss

Dettes de la succession (action en constatation de l'existence ou l'inexistence d'une...) 336, 359

Dettes des coindivis 336, 337, 357, 359

Disjonction de causes, voir division de causes

Dispositif du jugement, voir interprétation du jugement, résolutions juridictionnelles du litige, frais

Disposition claire de la procédure 246

Distraction des dépens, voir dépens

Divisibilité de l'Instance (principe de la) 185, 186

- voir marche du procès (CS)

- voir péremption d'instance

Division de causes (CS) 208 (CN) 473

- conventionnelle (CS) 325

- exception de... (CS) 207

- pour opportunité 157, 207, 218, 222, 296, 321

-- champ d'application 321

-- conditions 322

-- effets 325

-- frais 325

-- modalités formelles 323

-- en procédure fédérale 321

-- en procédure cantonale 321

Divorce (action en modification du jugement de...) 358

Domaine agricole (action tendant à l'attribution d'un...) 361

Domicile

- de notification, voir mandataire ad significationem

- des consorts, voir actes de procédure (contenu)

Doppelseitige Klage 22

Dossier

- unique 189

- après division de causes 325

- consultation du... (CS) 186 (CN) 390

Drittweiterklage, voir tierce-reconvention

Droit d'émption (titulaires d'un) 339

Droit d'être entendu 151, 163, 192, 200, 208, 219, 245, 251, 252, 324, 381, 387, 403, 409,

427, 434, 440, 441, 445, 448, 454, 459, 497, 511, 514, 533, 556

Droit de propriété (action en constatation d'un...) 338

Droit indivisible 335

Droit matériel (consortité en) 27 (CS) 27 (CN) 27

Droit privé cantonal (consortité en) 28

Dualité des parties (principe de la...) 22

- et la consortité 76

E

Echanges d'écritures, voir allégations des faits, rapports internes des consorts, défaut

Economie de procédure (CS) 65ss (CN ?) 69

Edition de pièces (CS) 256 (CN) 429

Effet

- de l'arrêt, voir recours

- de la consortité (CS) 185ss (CN) 385ss

- dévolutif du recours, voir recours

- suspensif du recours, voir recours

Egalité des armes (principe de l...) 67, 181, 192, 296, 543, 544

Einlassung, voir entrée en matière sur le fond, prorogation de for tacite, présomption de représentation

Election de domicile 212, 506

Emoluments, voir frais

Entrée en force du jugement, voir résolution juridictionnelle du litige

Entrée en matière sur le fond 156, 296, 374, 479

Entretien viager (action en annulation d'un acte d...) 359

Evocation en garantie, voir intervention forcée 95

Exceptio plurium litisconsortium 350ss, 408

Exception de chose jugée, voir chose jugée

Exception de consortité, voir consortité simple (exception de), exceptio plurium litisconsortium

Exception de division de causes 142**Exception de litispendance, voir litispendance****Exceptions de procédure (CS) 207ss (CN) 403ss**

- qualité du consort pour formuler des... (CS) 207 (CN) 403
- exceptions des consorts
 - exceptions communes (CS) 208 (CN) 403
 - exceptions personnelles (CS) 207 (CN) 403
- de l'adversaire commun (CS) 209 (CN) 403
- ordre des... (CS) 207

Exécuteur testamentaire 378

- action en responsabilité contre l'... 359

Exécution du jugement (CS) 284, 305ss (CN) 461ss

- compétence du juge de l'... (CS) 306 (CN) 462
- consorité dans la phase d'... (CS) 112, 306 (CN) 330, 461
- effet suspensif partiel en cas d'... (CS) 305
- exécution proprement dite (CS) 307 (CN) 461
- force exécutoire partielle (CS) 306
- exécution provisoire (CS) 307 (CN) 462
- difficulté d'... 69, 341
- frais d'exécution (CS) 308 (CN) 462
- impossibilité d'... 341
- jugement partiel (CS) 305
- jugements inexécutables simultanément (CS) 307
- mise en cause possible en cas d'...? (CN) 461
- qualité de l'adversaire commun pour requérir l'... (CS) 307 (CN) 461
- qualité du consort pour requérir l'... (CS) 306 (CN) 461
- qualité du consort pour requérir l'attestation de force exécutoire (CS) 305 (CN) 461
- sursis à l'... (CS) 307 (CN) 462
- titre exécutoire (CS) 305 (CN) 461

Exemplaires (nombre d'...), voir actes de procédure**Expert**

- qualité du consort pour fonctionner comme... (CS) 257 (CN) 429

F**Faculté des parties**

- consorité simple 151
- consorité nécessaire formelle 373

Faillite d'un consort (CS) 297 (CN) 456**Faits**

- admis 245, 425
- avoués, voir aveu
- allégations des..., voir allégations des faits
- constants 245, 425
- contestés 245, 425
- non constants 245, 425
- notoires 245, 425
- nouveaux, voir allégation des faits
- pertinents, voir instruction du procès

Fiduciaires (communauté des...) 335, 363**Fin de la consorité (CS) 309ss (CN) 463ss****Fixation**

- des frais, voir frais
- des délais, voir délais

For

- prorogation de..., voir prorogation de for

For au choix du demandeur 499

- For cantonal de la consorité passive** 489ss
 - champ d'application territorial et temporel 493
 - conditions d'application 490
 - existence de la consorité 490
 - consorité simple formelle 491
 - consorité simple matérielle 491
 - et for jurisprudentiel de la consorité nécessaire 489
 - les solutions cantonales 496ss
 - mise en oeuvre 490sa
 - nature juridique 495ss
 - portée intercantonale 479, 490, 493
- For de la connexité** 491
- For de la consorité active** 491
- For de la majorité des consorts** 498
- For du premier tribunal saisi** 499
- For dispositif** 501
- For exclusif** 496
- For facultatif** 495
- For fixé par une instance supérieure** 496
- For général** 495
- For impératif** 501
- For jurisprudentiel de la consorité nécessaire passive** 483
- For personnel** 496
- For spécial** 495
- Force de chose jugée, voir chose jugée**
- Formalisme excessif** 203, 270, 277
- Formalité essentielle** 213, 406
- Fors de droit fédéral (CS)** 485ss (CN) 486ss
- Forum praeventionis** 485
- Forum rei sitae** 487, 498
- Frais**
 - *avance de*...549
 - (CS) actes communs 549, actes individuels 549
 - (CN) 549
 - sanction 549
 - fixation des...et dépens 564
 - jugement sur les...565
 - jugement partiel sur les....566
 - liste de...565
 - recours contre la décision sur les frais (CS) 566 (CN) 566
 - *répartition des*...550
 - procédure fédérale 550
 - procédure cantonale 550
 - *les consorts obtiennent gain de cause* 561
 - créance par tête ou proportionnelle 562
 - solidarité active 562
 - *tous les consorts ont succombé* 551
 - répartition conjointe 557
 - répartition par tête 557
 - répartition proportionnelle 558
 - consorité simple formelle 558
 - responsabilité subsidiaire 556
 - solidarité passive 551
 - attaque ou défense conjointe 553
 - consorité matérielle 552
 - consorité nécessaire 552
 - débiteurs solidaires 553
 - rapports internes des consorts 555

- *un consort succombe, l'autre consort obtient gain de cause* 560
- répartition proportionnelle 560
- solidarité ? 560

G

Garantie

- appel en..., voir intervention forcée
 - des défauts 339, 363
 - du for du domicile, voir art. 59 Cst
- Gestion d'affaires** 347, 435, 440

H

Héritiers, voir communauté héréditaire, représentant des héritiers

Hoirie, voir communauté héréditaire

Honoraires, voir dépens

I

Identité de parties (CS) 214 (CN) 404

Immutabilité du litige, voir inclusion d'un tiers dans la procédure

Incidents (CS) 218 (CN) 409

Inclusion d'un tiers dans la procédure (CS) 173, 175 (CN) 379

Incompétence

- exception d'...(CS) 207, 209, 479, 528 (CN) 452
- décision sur exception d'...(CS) 210
- décision sur exception d'...après modifications des conclusions (CS) 241
- exception d'...ratione loci (CS) 209
- exception d'...ratione valoris (CS) 210

Indépendance des consorts (principe de l'...) 185

Indice dans l'appréciation des preuves (CS) 255, 258 (CN) 430

Indigence, voir assistance judiciaire

Indivisibilité de l'instance (principe de l') (CS) 185, 188 (CN) 334ss, 386ss

Indivision de famille 335, 357, 379, 396

Informalités, voir actes de procédure (contenu), vice de forme

Inhabilité du juge (CS) 218ss (CN) 409ss

Inobservation d'un délai, voir délais

Instance

- parties à l'...21
- suspension de l'instance, voir suspension du procès
- désistement d'..., voir désistement d'instance
- reprise de l'...après suspension, voir reprise de l'instance
- divisibilité de l'..., voir divisibilité de l'instance
- indivisibilité de l'..., voir indivisibilité de l'instance

Instruction du procès (CS) 245ss (CN) 425ss

Intérêt

- for fixé par une instance supérieure 497
- condition de recevabilité (CS) 111, 272 (CN) 329, 390

Intérêts des parties

- consorité par voie de jonction 164
- particuliers des consorts (CS) 190ss (CN) 390, 417

Interprétation des conclusions, voir conclusions

Interprétation du jugement

- qualité pour requérir l'...(CS) 283, 556 (CN) 440, 556
- compétence du juge de l'...(CS) 284 (CN) 440

Interrogatoire (CS) 188ss (CN) 425ss**- à requête (CS) 251ss (CN) 426**

-- qualité de l'adversaire commun pour requérir l'interrogatoire d'un ou de consorts (CS) 252 (CN) 427

-- qualité du consort pour requérir l'interrogatoire du partenaire (CS) 251 (CN) 425ss

--- consort simple formel 250

--- consort simple matériel 250

-- qualité du consort pour requérir l'interrogatoire de l'adversaire commun (CS) 251 (CN) 426

- d'office (CS) 250 (CN) 427

-- faits communs (CS) 250

-- faits personnels (CS) 251

- modalités formelles (CS) 253 (CN) 427

- en cas de consorité en procédure fédérale (CS) 249 (CN) 425

- en cas de consorité en procédure cantonale (CS) 249 (CN) 425

- refus de déposer d'un consort 253

Intervention

- comparée à la consorité 89

- source de consorité (CS) 169 (CN) 383

- dans le cadre de la consorité (CS) 222ss (CN) 354, 412

Intervention accessoire dépendante

- comparée à la consorité 89ss

- source de consorité ? 89ss

-- source de consorité simple ? 170

- dans le cadre de la consorité (CS) 222ss (CN) 412

-- d'un consort en faveur de l'adversaire commun (CS) 224, 240 (CN) 412

-- d'un consort en faveur du partenaire (CS) 223 (CN) 412

-- de plusieurs tiers en faveur d'une partie principale (CS) 222 (CN) 412

-- d'un tiers en faveur de consorts (CS) 222 (CN) 412

Intervention accessoire indépendante

- comparée à la consorité 90

- et consorité nécessaire formelle 92

- source de consorité ? 91 (CS) 169 (CN) 383

- dans le cadre de la consorité (CS) 225ss (CN) 413

-- d'un consort en faveur du partenaire (CS) 225 (CN) 413

-- d'un tiers en faveur de consorts (CS) 222, 225 (CN) 413

Intervention à titre de consort, voir intervention accessoire indépendante

Intervention forcée 95ss

- comparée à la consorité 95

- dans le cadre de la consorité 98

- source de consorité 97

Intervention principale 47, 158

- comparée à la consorité 92

- source de consorité 93, consorité légale 94 (CS) 93, 170 (CN) 93, 375, 383

- dans le cadre de la consorité (CS) 225 (CN) 421

Intimé voir recours

Irrégularité, voir actes de procédure, exceptions de procédure, vice de forme

J**Jonction de causes 151, 156, 159ss**

- à effets limités 87, 162

- comparée à la consorité 87ss

- conditions 161ss

- effets 166ss

- en procédure cantonale 159

- en procédure fédérale 159

- modalités 164ss

- pour connexité 87

- pour opportunité 87
- recours contre la décision de...165
- source de consorité (CS) 159ss (CN) 352, 375

Jonction de recours 164

Juge

- inhabilité du..., voir inhabilité du juge
- pouvoirs du...(CS) 192 (CN) 390
- récusation du..., voir récusation du juge

Jugement

- contradictoire, voir défaut
- contumacial, voir défaut
- jugement réputé contradictoire, voir défaut
- dispositif du...317, 565
- entrées en force du...(CS) 263, 317 (CN) 455, 471
- exécutabilité du...(CS) 282, 305 (CN) 461
- exécution du..., voir exécution du jugement
- interprétation du..., voir interprétation du jugement
- notification du...(CS) 318 (CN) 397
- opposabilité du...(CS) 471
 - par défaut, voir défaut
 - partiel (CS) 278, 318 (CN) 474
- conditions 319
- consorité simple formelle 319
- consorité simple matérielle 319
- effets 319
- décision finale (OJF 48) ? 278
- modalités formelles 319

Jugements contradictoires (risque de) 68

L

LCR 84 485

LDIP 477

Légitimation (défaut de...) voir objections, exceptio plurium litisconsortium

Legs (action en délivrance d'un) 487

Libération de dette (action en) 358

Libre appréciation des preuves, voir preuves

Lieu de commission du délit (for du...) 481, 483

Liquidateur (action tendant à la désignation d'un) 364

Litiges à caractère collectif 99

Litige à deux parties et la consorité 76

Litispendance (CS) 157 (CN) 374

- différée 49
- exception de...(CS) 213, 311, 312 (CN) 372, 405
- fin de la...(CS) 310 (CN) 471
- immédiate 50

LP 260 365

M

Main commune (principe de la...) 334

Main-levée

- qualité pour requérir la...(CN) 358 n. 22, 362
- qualité pour défendre dans la...(CN) 358 n. 22, 406
- titre de...305, 315, 556

Mandataire ad litem (CS) 193ss (CN) 393ss
 - comparé au représentant des cohéritiers 395
 - désignation (CS) 197 (CN) 393
 - intérêts contradictoires (CS) 197 (CN) 394
 - plusieurs... (CS) 195
 - pouvoirs (CS) 198 (CN) 394
Mandataire ad significationem (CS) 199, 295 (CN) 396
 - désignation (CS) 200 (CN) 396
 - en procédure fédérale 199
 - en procédure cantonale 199
 - pouvoirs 201
 - rapport avec mandataire ad litem 199
Marche du procès (CS) 185 (CN) 385
 - en procédure fédérale (CS) 185 (CN) 385
 - en procédure cantonale (CS) 185 (CN) 385
Marriage
 - action en annulation de... 339, 357
 - action en interdiction de... 357, 420
 - action en nullité de... 419, 486
Masse successorale
 - action en annulation d'un titre dont dépend la constitution de la... 359
 - action en constatation de l'état de la... 359
Maxime d'office 141, 165, 245, 252, 254, 329, 350, 405, 425, 429, 543
Maxime des débats 227, 228, 254, 257
Maxime inquisitoire 257
Maximes procédurales différentes (simultanéité d'application au même procès de...) 110
Mémoire commun (CS) 230 (CN) 374, voir également actes de procédure
Mémoires séparés (CS) 231
Mesures conservatoires, voir mesures provisoires
Mesures provisionnelles, voir mesures provisionnelles
Mesures provisoires (CS) 111, 158 (CN) 330, 344, 355, 359, 375
 - dommage résultant des... 158
 - frais 158
Mise en cause (Beiladung)
 - comparée à la consorité 98
 - en procédure cantonale 380
 - en procédure fédérale 380
 - et consorité nécessaire 98, 432
 - et consorité nécessaire formelle 98
 - et consorité simple 98
 - dans l'exécution du jugement (CN) 461
 - source de consorité 171 (CN) 355, 379ss
 - devant le TF (recours) (CN) 432
 - voir également intervention forcée
Mise hors de cause d'un consort 213
Modification des conclusions, voir conclusions
Moyens particuliers d'attaque ou de défense (CS) 190ss (CN) 390

N

Naissance de la consorité (CS) 151ss (CN) 373ss
Nature juridique de la consorité 71ss
Nature de l'affaire 341
Nature juridique de la consorité 71ss
Notifications (CS) 156, 157, 201, 202, 318 (CN) 374, 396, 397, 440
Nul ne plaide par procureur 211, 349

Nullité

- de mariage, voir mariage
- voir conditions de recevabilité (sanctions), conditions de jonction (sanctions), vices de forme

O

Objections (CS) 217ss (CN) 408ss

- des consorts (CS) 218, (CN) 408
- à caractère variable (CS) 218
- communes (CS) 217 (CN) 408
- individuelles (CS) 217 (CN) 408
- de l'adversaire commun (CS) 218 (CN) 408

Objet du litige (modification de l'...) 263

Obligation

- de comparaître, voir conciliation, comparution personnelle, défaut
- de produire des pièces, voir production de pièces

Obligation cumulative 237

Obligation indivisible 335

Obligations partielles 237

Observations sur recours, voir recours

Offres de preuves, voir preuves

Opportunité

- voir consorité alternative, consorité éventuelle, division de causes pour opportunité, jonction de causes pour opportunité, suspension du procès

Ordre public 197, 384, 394, 459, 495, 505

P

Pacte successoral

- action en annulation d'un...360
- action tendant à la validation ou l'invalidation d'un...339

Parenté avec l'un des consorts

- témoin (CS) 233, 249 (CN) 425
- juge (CS) 218 (CN) 409

Part au gain (droit à la...) 360

Partage

- action en...360, 486
- action en annulation de...486

Parteilbeteiligung (CS) 173ss (CN) 379ss

Parties

- pluralité de..., voir consorité (définition de la, nature juridique de la)
- dualité des...22
- qualité de...21
- ...principales 71
- substitution de..., voir substitution de parties
- tierces...72

Passage nécessaire 339, 363

Passé-expédient, voir désistement d'action

Paternité (action en) 248, 310, 317, 320, 358, 485, 549

Péremption d'instance (CS) 300ss (CN) 459ss

Perpetuatio fori 310, 325, 494, 528

Pièces (production de...), voir production de pièces

Plainte LP (CN) 435

Pluralité

- de plaideurs, voir consorité (définition de la...)
- de parties, voir consorité (définition de la..., nature juridique de la...)
- de mandataires, voir mandataire ad litem

Pouvoirs

- action tendant au retrait des pouvoirs (CN) 364
- du juge (CS) 192 (CN) 390
- du mandataire ad litem, voir mandataire ad litem
- du mandataire ad significacionem, voir mandataire ad significacionem

Préliminaire de conciliation, voir conciliation

Prescription

- exception de...217
- interruption de la...206, 310
- d'ordre...189

Présomption de représentation (CS) 190, 193, 229, 290, 296, 311 (CN) 329, 354, 383, 389, 397, 403, 408, 409, 411, 415, 419, 420, 428, 434, 436, 438, 439, 440, 445ss, 455, 457, 464, 465, 467, 469, 505, 506

Prestation indivisible 235, 237

Prétentions

- obligationnelles 337
- réelles 337, 359

Preuves

- admissibilité des...(CS) 245 (CN) 425
- administration des...(CS) 245ss (CN) 425ss
- appréciation des...(CS) 245, 255, 257, 258 (CN) 429
- par titres (CS) 256 (CN) 429
- par expert (CS) 257 (CN) 429
- principe de la commune appréciation des...258
- proposition des...(CS) 233 (CN) 390, 415
- renonciation à l'offre de...233
- testimoniales (CS) 245ss (CN) 425

Preuves à futur (CS) 158 (CN) 344, 359, 375

Principe

- de la dualité des rôles 22
 - de la relativité des actes de procédure 186
 - de la représentation fictive, voir présomption de représentation
 - de la personnalité de l'assistance judiciaire, voir assistance judiciaire
- Privatstrafklage** (consortité et...) 104

Procédure

- attraction de...115ss
- même procédure (demandes relevant de la...) 112ss
- régularité de la...(CS) 208 (CN) 390

Procédure accélérée (CS) 112 (CN) 330

Procédure cantonale (consortité en...) 28

Procédure commerciale (CS) 112 (CN) 330

Procédure commune (principe de la...) (CS) 188 (CN) 386

Procédure de conciliation, voir conciliation

Procédure disciplinaire 391

Procédure de sommation (CS) 112 (CN) 330

Procédure écrite 114

Procédure fédérale (consortité en...) 27

Procédure gracieuse (consortité en...) 21

Procédure incidente (CS) 208ss (CN) 409ss

Procédure orale 114

Procédure pénale (consortité en) 103

Procédure prud'homale (CS) 112 (CN) 330

Procédure sommaire (CS) 111 (CN) 330

Procédures formellement différentes (application concurrente de...) 112

Procès directs devant le TF, voir valeur litigieuse

Procès-verbaux 189, 253

Procuration, voir mandataire ad litem

Production de pièces

- qualité du consort pour requérir la... (CS) 256 (CN) 429
- d'un tiers (CS) 256
- du partenaire (CS) 256

Prolongation de délais, voir délais

Prorogation de compétence 477, 485

Prorogation de for

- caractère d'exclusivité de la... 502
- clause de... (champ d'application) 501
- effets de la... (CS) 502ss (CN) 505ss
- prorogation conventionnelle 501
- prorogation expresse 501
- conditions 501
- forme 501
- prorogation tacite (CS) 505 (CN) 506
- rapports avec le for cantonal de la consorité passive 503

Provisionnelles (mesures), voir mesures provisoires

Provisoires (mesures), voir mesures provisoires

Prozessstandschaft, voir substitution processuelle

Prud'hommes, voir procédure prud'homale

Q

Qualification juridique de la consorité (CS) 73 (CN) 74

Qualité pour agir ou pour défendre

- défaut de... (CS) 217 (CN) 345, 351ss
- erreur sur la... (CS) 167 (CN) 377

Qualité de partie 21, voir dualité des parties, recevabilité (conditions de...)

Qualité pour recourir, voir recours

R

Rapport (action en...) 487

Rapports internes des consorts 224, 238ss, 319, 323, 271, 278, 280, 281, 285, 310, 312

- frais 555ss, 564

Ratification d'un acte de procédure (CN) 388

Recevabilité

- conditions de... (CS) 111ss (CN) 329ss
- de la consorité (CS) 119ss (CN) 333ss

Reconnaissance (action en contestation de la) 358, 412, 487

Recours (CS) 261ss (CN) 431ss

- conclusions (CS) 278 (CN) 434
- conditions formelles (CS) 277 (CN) 437
- consorité devant l'instance de... (CS) 261
- délai (CS) 277 (CN) 437
- effet dévolutif (CS) 280 (CN) 438
- effet suspensif (CS) 280 (CN) 438
- dommage résultant de l'effet suspensif 281
- frais et les dépens (actions d'état) (CN) 440
- intervention accessoire devant l'instance de... (CS) 262, 272 (CN) 432
- jonction de... 64
- mise en cause devant le TF (CN) 432
- observations sur... (CN) 438
- ouvertures à... (CS) 278
- principe de la personnalité des voies de... 262
- recours commun (CS) 261, 277
- recours distincts dont la jonction n'est pas requise (CS) 277

- recours distincts dont la jonction est requise (CN) 432
- renonciation au... (CS) 281, 320 (CN) 438, 439, 472
- retrait du... (CS) 282, 320 (CN) 438, 472

Recours collectifs, voir actions de groupe

Recours en réforme

- commun contre des décisions cantonales distinctes (CS) 261
- valeur litigieuse 261
- décision finale (OJF 48), voir décision finale

Recours joint (CS) 273ss (CN) 437ss

- qualité du consort pour être intimé dans un... (CS) 275 (CN) 437
- qualité du consort pour former le recours joint (CS)
- en cas de recours de l'adversaire commun (CS) 273
- en cas de recours principal du partenaire (CS) 274
- qualité du consort pour former le recours joint (CN) 437

Recours LP (CN) 435

Recours principal

- intérêt pour recourir (CS) 272
- qualité de l'adversaire commun pour être intimé (CS) 264
- *qualité du consort pour être intimé* (CS) 262
- en cas de conclusions récursoires 264
- en procédure genevoise 264
- par l'adversaire commun 262
- par le partenaire 263
- *qualité du consort pour être intimé* (CN) 436
- *qualité du consort pour recourir* (CS) 261 (CN) 431ss
- relativement aux frais et dépens (CS) 566 (CN) 436, 566
- relativement à une question de procédure qui le concerne exclusivement (CN) 435
- relativement à une question de procédure qui touche tous les consorts (CN) 435

Rectification de qualités 167, 356, 377

Récusation

- *d'un témoin* 233
- *du juge* (CS) 192, 218, 219 (CN) 390
- effets de la... (CS) 220 (CN) 409
- qualité du consort pour requérir la récusation du... (CS) 219 (CN) 409
- recours contre la décision refusant la... (CS) 219 (CN) 409

Réforme (CS) 243, 315 (CN) 354, 429

- déclarée par l'adversaire commun (CS) 243 (CN) 423
- des consorts (CS) 243
- conclusions communes 243
- conclusions personnelles 243
- faits communs 243
- faits personnels 243
- des consorts (CN) 423
- allégués communs 423
- conclusions 423
- source de consorité ? (CS) 177 (CN) 354

Réforme (recours en), voir recours en réforme

Registre foncier (action en constatation ou en rectification du) 362

Règle essentielle de la procédure 208, 250

Relief, voir défaut

Réponse

- commune (CS) 156, 231
- commune à des demandes séparées (CS) 152, 231
- droit de... (CS) 113

Réponses séparées à une demande commune (CS) 156, 231

Représentant ad litem, voir mandataire ad litem

Représentant ad significationem, voir mandataire ad significationem

Représentant des cohéritiers (CC 602/3) 353, 395ss, 406, 419

Représentation (CS) 187, 188, 193ss (CN) 335, 360, 393ss

- action tendant au retrait des pouvoirs de... (CN) 364
- conventionnelle (CS) 194
- d'office, voir avocat d'office
- des consorts en procédure fédérale (CS) 193 (CN) 393
- des consorts en procédure cantonale (CS) 193 (CN) 393
- fictive, voir présomption de représentation
- légale (CS) 194
- présomption de..., voir présomption de représentation
- voir mandataire ad litem, nul ne plaide par procureur

Reprise de l'instance après suspension (CS) 300 (CN) 458

Restitution de délais, voir délais

Réquisitions de procédure (CS) 188 (CN) 390

- avance de frais 549

Retrait

- de la demande, voir désistement d'instance
- du recours, voir recours

Revendication (action en...) 337, 359, 361, 362

Revision (recours en...), valeur litigieuse) 529

S

Servitude

- action en constatation d'une...338
- action en radiation d'une...339
- action tendant à l'établissement d'une servitude sur une parcelle en copropriété...362

Significations, voir notifications

Société

- action en dissolution de la...44, 364
- action tendant à l'admission dans la...364
- action tendant à l'exclusion de la...364
- fusion de sociétés...378

Société anonyme (action en annulation d'une décision de l'assemblée générale de la...) 44, 469

Société en commandite 335, 363

Société en nom collectif 335, 363

Société simple 335, 363

Solidarité, voir art. 59 Cst, bail, créanciers solidaires, débiteurs solidaires, frais, main-levée, transaction judiciaire, valeur litigieuse

Substitution processuelle (Prozessstandschaft) 72, 448

Succession de parties

- avec transfert du droit invoqué (CS) 168 (CN) 377
- dans le cadre de la consorité (CS) 167 (CN) 354
- fin de la consorité (CS) 326 (CN) 473
- source de consorité (CS) 167, 173 (CN) 376
- sans transfert du droit invoqué (CS) 168 (CN) 376

Succession entre vifs à titre particulier 168

Succession universelle

- à cause de mort (CS) 168 (CN) 377
- entre vifs (CS) 168 (CN) 378

Sujets de l'instance 21ss

Sûretés

- voir cautio judicatum solvi
- voir exécution du jugement (exécution provisoire)

Suspension du procès (CS) 164, 173, 192, 207, 210, 218, 260, 297, 547 (CN) 378ss

- suspension conventionnelle (CS) 300 (CN) 458
- suspension judiciaire pour opportunité (CS) 298 (CN) 456
- suspension légale (CS) 297 (CN) 456
- effets (CS) 299 (CN) 456

T

Taux du ressort, voir valeur litigieuse

Témoignage (CS) 164, 245, 310, 314, 315 (CN) 425

- audition du témoin (CS) 249 (CN) 425
- récusation du témoin 233
- qualité du consort pour témoigner en faveur du partenaire (CS) 245
- consort simple formel (CS) 247
- consort simple matériel (CS) 247
- qualité du consort pour témoigner en faveur du partenaire (CN) 425
- consort nécessaire formel 425
- consort nécessaire matériel 425
- refus du consort simple de témoigner (CS) 249 (CN) 425
- valeur du témoignage (CS) 257ss (CN) 429ss

Tentative de conciliation, voir conciliation

Terminologie 53

Testament (action en annulation d'un...) 360, 467

Tierce-reconvention

- dans le cadre de la consorité (CS) 222
- ...éventuelle 180
- source de consorité (CS) 179ss (CN) 384ss

Tiers

- inclusion d'un...dans la procédure (CS) 173ss (CN) 379
- voir témoignage
- voir expert
- voir transaction judiciaire

Transaction judiciaire (CS) 218, 314ss (CN) 388, 468ss

- consentement d'un tiers non partie (CS) 315
- frais et dépens en cas de... (CS) 315
- principe de la relativité de la... 314
- exception au principe de la relativité de la... 314
- qualité du consort pour transiger (CS) 314 (CN) 468
- qualité de l'adversaire commun pour transiger (CS) 314 (CN) 468
- titre de mainlevée à l'égard du codébiteur solidaire resté en dehors de la procédure ? (CS) 315

Tribunal

- de commerce, voir procédure commerciale, compétence matérielle à raison de la nature des causes
- de prud'hommes, voir procédure prud'homale, compétence matérielle à raison de la nature des causes

Types de consorité 39ss

U

Ultra petita 235

Unification de la procédure civile

- consorité dans le projet d'... 27
- for de la consorité dans le projet d'... 489

Urgence 335, 344ss, 355, 359, 375, 389, 394, 397, 401, 419, 433, 458, 506

V

Valeur litigieuse

- *par addition des valeurs* 518ss
- champ d'application de la règle 520
- consorité active 523
- consorité alternative 526
- consorité éventuelle 526
- consorité formelle 527
- consorité matérielle 526, 527
- consorité mixte 524
- consorité nécessaire ? 526
- consorité nécessaire matérielle 525
- consorité passive 523
- consorité régulière 520
- consorité simple formelle 212, 526, 527
- obligation indivisible 526
- solidarité 525, 526
- effets de l'addition
- consorité initiale devant l'instance de recours 529
- jonction de recours en réforme distincts 529
- procès directs 528
- procès sur recours 262, 528
- *consorité par voie de jonction* 166, 517
- *demande en interprétation* 529
- *déclinatoire ratione valoris*, voir exceptions de procédure
- *en fonction de chaque prétention* 237, 515ss
- *modification de la...* 531ss
- procès directs 531
- procès sur recours 532
- procès directs devant le Tribunal fédéral 516, 519
- recours en réforme 261, 515, 519, 527
- recours en réforme commun contre des décisions cantonales séparées 517
- recours en révision 529
- Vente immobilière** (nullité d'une) 339
- Vérité matérielle** (principe de la) 254 n. 82
- Vice de forme** 208
- exception tirée d'un...(CS) 211ss (CN) 405ss

Z

Zweiparteiensystem 22