

DIX ANS DE LOI SUR LE TRIBUNAL FÉDÉRAL

DIX ANS DE LOI SUR LE TRIBUNAL FÉDÉRAL

Edité par
François Bohnet et Denis Tappy

CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Helbing Lichtenhahn

unine

UNIVERSITÉ DE
NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

www.unine.ch/droit

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite et requiert l'accord préalable écrit des éditeurs.

ISBN 978-3-7190-3953-0

© 2017 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

Avant-propos

Il y a dix ans, le 1^{er} janvier 2007, entrait en vigueur la loi sur le Tribunal fédéral (LTF). Les soussignés ont saisi l'occasion de ce jubilé pour organiser un colloque sur cette importante loi de procédure. Le présent ouvrage réunit cinq contributions de spécialistes du domaine présentées lors de la journée organisée à Neuchâtel le 23 janvier 2017 par les Facultés de droit des Universités de Lausanne et Neuchâtel. Les exposés se penchent sur le recours en matière civile, en lien avec le Code de procédure civile suisse, sur diverses questions relatives au recours en matière de droit public, sur le recours en matière pénale ainsi que sur l'importante question des décisions sur frais pouvant faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral.

Ce n'est pas le lieu de retracer en détail la genèse de la LTF. Rappelons simplement que les premiers travaux, entrepris dès les années 1980 et centrés sur la volonté de décharger le Tribunal fédéral, avaient finalement échoué en votation populaire le 1^{er} avril 1990. Ils avaient été repris quelques années plus tard, dans une perspective un peu différente : compte tenu d'une réforme de la justice au niveau constitutionnel ayant finalement débouché sur la modification de plusieurs articles de la Constitution fédérale par votation du 12 mars 2000, il s'agissait en effet dès lors d'essayer à la fois de décharger le Tribunal fédéral et d'améliorer la protection judiciaire des droits en Suisse. Dans ce cadre nouveau, le législateur a notamment adopté le 17 juin 2005 la LTF, conçue cependant comme un élément d'un ensemble de réformes procédurales et judiciaires : celles-ci ont aussi compris notamment la création de trois juridictions fédérales inférieures (le Tribunal fédéral des brevets, le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal administratif fédéral), de profonds remaniements du Ministère public de la Confédération et de ses auxiliaires, en particulier la police fédérale, ainsi que les unifications des procédures civiles et pénales, effectives depuis le 1^{er} janvier 2011.

Les innovations ainsi survenues depuis 2007, ajoutées aux imperfections que la pratique est susceptible de révéler dans toute loi nouvelle, rendaient opportune une évaluation de la LTF après quelques années d'application. Le Parlement en avait admis le principe en votant le 21 juin 2007 un postulat Pfisterer en ce sens. Menée sur cinq ans par un groupe constitué par l'Office

fédéral de la justice, ladite évaluation a débouché sur un rapport du Conseil fédéral du 30 octobre 2013 (FF 2013 8143), puis sur un projet de modification de la LTF et un rapport explicatif de l'Office fédéral de la Justice mis en consultation en novembre 2015. Les résultats de cette procédure de consultation sont encore en cours de dépouillement.

Il aurait dès lors sans doute été trop tôt pour présenter de façon détaillée aux praticiens les modifications ainsi proposées, qui pourraient encore passablement évoluer, certaines ayant d'ores et déjà suscité de vives oppositions. Aussi les diverses contributions ci-après portent-elles essentiellement sur la LTF et son interprétation par la jurisprudence dans son état actuel, mais présentent chaque fois que cela paraît opportun les conséquences que pourraient avoir les innovations en question. Bornons-nous à les résumer ici très synthétiquement en indiquant que le projet de l'Office fédéral de la justice propose de modifier assez sensiblement la liste des affaires de droit public dans laquelle un recours ordinaire au Tribunal fédéral est normalement exclu, d'exclure aussi en principe un tel recours en matière de mesures provisionnelles ainsi que, dans les affaires pénales, un recours concernant une contravention sanctionnée d'une amende de moins de CHF 5'000.-. Le recours constitutionnel subsidiaire, qui permet aujourd'hui de saisir quand même notre cour suprême de griefs de violation des droits constitutionnels dans la plupart des cas soustraits aux recours ordinaires serait par ailleurs supprimé, mais en contrepartie serait généralisée une possibilité exceptionnelle de saisir le Tribunal fédéral dans les affaires ainsi normalement soustraites à sa connaissance s'il se pose une question juridique de principe ou si le cas apparaît particulièrement important pour d'autres motifs.

Les Facultés de droit des Universités de Lausanne et Neuchâtel et le CEMAJ tiennent à remercier ici les auteurs et les participants au colloque, ainsi que Mme Sylvia Staehli et l'équipe du secrétariat de la formation continue pour l'élaboration du manuscrit et l'organisation de la journée.

François Bohnet et Denis Tappy

Sommaire

| | |
|---|-----|
| FRANÇOIS BOHNET CPC et LTF - L'examen du Code de procédure civile suisse par le Tribunal fédéral | 1 |
| DENIS TAPPY Le Tribunal fédéral et les décisions en matière de frais judiciaires, avances, dépens et indemnités d'assistance judiciaire | 37 |
| YVAN JEANNERET et ANDRÉ KUHN Aspects pénaux de la LTF – Du passé au futur | 81 |
| ETIENNE POLTIER Les actes attaquables et la légitimation à recourir en matière de droit public | 123 |
| FRANÇOIS CHAIX Les motifs du recours en matière de droit public | 187 |

Abréviations

| | |
|-----------------|---|
| a | ancien |
| ad | à |
| AIEP | Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision |
| al. | alinéa(s) |
| aOJ / aOJF | Voir OJ |
| AP-LTF | Avant-Projet de révision de la LTF du 4 novembre 2015 |
| aPPF | Ancienne loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale |
| art. | article(s) |
| ATAF | Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral |
| ATF | Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral |
| BK ZPO [auteur] | GÜNGERICH/STACHER (coord.), ALVAREZ <i>et al.</i> , Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, vol. 1 : Art. 1-149 ZPO, vol. II : Art. 150-352 – Art. 400-406 ZPO, vol. III : Art. 353 – 399 und Art. 407 ZPO |
| BSK | Basler Kommentar |
| BSK BGG | NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, Basler Kommentar zu Bundesgerichtsgesetz, 2 ^e éd., Bâle 2011 |
| CC | Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210) |
| CEDH | Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101) |
| CF | Conseil fédéral suisse |
| cf. | <i>confèr</i> |

Abréviations

| | |
|-------------------|---|
| ch. | chiffre(s) |
| CHF | franc(s) suisse(s) |
| CO | Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Code des obligations) (RS 220) |
| CPC [auteur] | BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, Code de procédure civile commenté, Bâle 2011 |
| Commentaire LTF | CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRESARD/AUBRY GIRARDIN, Commentaire de la LTF, 2 ^e éd., Berne 2014 |
| comp. | comparer |
| consid. | considérant(s) |
| CP | Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0) |
| CPC | Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272) |
| CPP | Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0) |
| CR | Commentaire romand |
| Cst. | Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101) |
| DC | Droit de la construction |
| DEP | Droit de l'environnement dans la pratique |
| DPM _{in} | Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 20 juin 2003 (RS 311.1) |
| éd. | édition/éditeur(s) |
| ex. | exemple |
| FF | Feuille fédérale |
| fr. | français |

Abréviations

| | |
|-----------|--|
| in | dans |
| infra | ci-dessous |
| JT ou JdT | Journal des Tribunaux |
| LAgr | Loi fédéral du 29 avril 1998 sur l'agriculture (RS 910.1) |
| LAMal | Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance maladie (RS 832.10) |
| LApEl | Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (RS 734.7) |
| LAT | Loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (RS 700) |
| LAVI | Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.5) |
| LCR | Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01) |
| LDA | Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (Loi sur le droit d'auteur, RS 231.1) |
| LDFR | Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural (RS 211.412.11) |
| LEaux | Loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (RS 814.20) |
| LEg | Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité, RS 151.1) |
| let. | lettre(s) |
| LFAIE | Loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (RS 211.412.41) |
| LFINMA | Loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (RS 956.1) |

Abréviations

| | |
|-------|--|
| LHand | Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (Loi sur l'égalité pour les handicapés, RS 151.3) |
| LHID | Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (RS 642.14) |
| lit. | lettre(s) |
| LLCA | Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (RS 935.61) |
| LMI | Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (RS 943.02) |
| LN | Loi fédérale du 29 septembre 1952 sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse (Loi sur la nationalité, RS 141.0) |
| LOAP | Loi fédérale du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (RS 173.71) |
| LP | Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1) |
| LPD | Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1) |
| LPE | Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (RS 814.01) |
| LPers | Loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (RS 172.220.1) |
| LPN | Loi fédérale du 1 ^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (RS 451) |
| LRens | Future loi fédérale sur le renseignement |
| LRS | Loi fédérale sur les résidences secondaires (RS 702) |

Abréviations

| | |
|--------------|---|
| LRTV | Loi fédérale du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision (RS 784.40) |
| LSu | Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (Loi sur les subventions, RS 616.1) |
| LTAF | Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (RS 173.32) |
| LTF | Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110) |
| LTFB | Loi fédérale du 20 mars 2009 sur le Tribunal fédéral des brevets (RS 173.41) |
| LTV | Loi fédérale du 20 mars 2009 sur le transport des voyageurs (RS 745.1) |
| n. | note |
| N | numéro(s) |
| Nb | Nombre |
| NZZ | Neue Zürcher Zeitung |
| Oeaux | Ordonnance du 28 octobre 1998 sur la protection des eaux (RS 814.201) |
| OELP | Ordonnance du 23 septembre 1996 sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.35) |
| OJ ou OJF | Ancienne loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire |
| p. | page(s) |
| PA | Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021) |
| Pacte ONU II | Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2) |

Abréviations

| | |
|---------|---|
| PCF | Loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (RS 273) |
| PJA | Pratique juridique actuelle |
| RC | Responsabilité civile |
| RDAF | Revue de droit administratif et fiscal |
| réf. | référence(s) |
| rés. | résumé |
| RO | Recueil officiel du droit fédéral |
| RS | Recueil systématique du droit fédéral |
| RSJ | Revue suisse de jurisprudence |
| RSPC | Revue suisse de procédure civile |
| RTF | Règlement du 20 novembre 2006 du Tribunal fédéral (RS 173.110.131) |
| SJ | Semaine judiciaire |
| spéc. | spécialement |
| s. / ss | et suivant(e) / et suivant(e)s |
| supra | ci-dessus |
| TAF | Tribunal administratif fédéral |
| TF | Tribunal fédéral |
| TMC | Tribunal des mesures de contrainte |
| TVA | Taxe sur la valeur ajoutée |
| vol. | volume |
| ZBl | Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht |

CPC et LTF

L'examen du Code de procédure civile suisse par le Tribunal fédéral

par

François Bohnet

Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat

| | |
|---|----|
| I. Introduction | 3 |
| II. Objet et motifs du recours au Tribunal fédéral..... | 3 |
| III. Interprétation du CPC..... | 5 |
| IV. Valeur litigieuse de la cause..... | 6 |
| A. Généralités..... | 6 |
| B. Examen des dispositions sur la proposition de jugement et la décision de l'autorité de conciliation | 7 |
| C. Examen des dispositions sur la procédure simplifiée..... | 8 |
| D. Examen des dispositions sur la nature du litige et la valeur litigieuse..... | 9 |
| E. Examen des dispositions en matière de frais..... | 9 |
| V. Auteur de la décision attaquée..... | 10 |
| VI. Nature de la décision attaquée..... | 12 |
| A. Généralités | 12 |
| B. Décision finale..... | 12 |
| C. Décisions préjudicielles et incidentes..... | 18 |
| 1. En matière de compétence et de récusation | 18 |
| <i>a. Généralités</i> | 18 |
| <i>b. Compétence locale</i> | 19 |

| | |
|---|----|
| <i>c. Compétence matérielle</i> | 19 |
| <i>d. Compétence fonctionnelle</i> | 20 |
| <i>e. Litispendance</i> | 21 |
| 2. Autres décisions préjudicielles et incidentes | 21 |
| <i>a. Décisions susceptibles d'entraîner un dommage irréparable</i> | 22 |
| i. Préjudice juridique..... | 23 |
| ii. Impossibilité de réparation ultérieure..... | 23 |
| iii. Préjudice irréparable nié..... | 24 |
| iv. Préjudice irréparable admis..... | 24 |
| v. Cas non tranchés | 29 |
| <i>b. Décisions susceptibles d'aboutir à une décision finale et permettant d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse</i> | 31 |
| D. Mesures provisionnelles | 32 |
| VII. Conclusion | 35 |

I. Introduction

1. Depuis l'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse le 1^{er} janvier 2011, le Tribunal fédéral a rendu un nombre important de décisions qui clarifient la portée des dispositions de cette nouvelle loi. On recense déjà près de 150 arrêts publiés au recueil officiel, sur des questions variées allant de la compétence matérielle des tribunaux de commerce à l'instruction de l'appel, des frais de première instance aux voies d'exécution.
2. On l'aura compris : la masse d'arrêts rendus est le signe que le Tribunal fédéral remplit la tâche qui est la sienne d'assurer une application uniforme du droit fédéral – dont fait désormais partie la procédure civile – sur l'ensemble du territoire helvétique. Un examen plus minutieux montre cependant que si certains thèmes sont largement débattus par le Tribunal fédéral, d'autres le sont sensiblement moins. Est-ce en raison de l'absence de contentieux les concernant ou de la marge de manœuvre laissée au juge par le Code de procédure civile suisse ? Oui dans bien des cas. Dans d'autres néanmoins, la réponse pourrait résider dans les mécanismes de la LTF et les ouvertures à recours qu'elle offre, voire dans l'application faite de ces dispositions par le Tribunal fédéral. C'est là l'objet de notre contribution.

II. Objet et motifs du recours au Tribunal fédéral

3. La procédure civile contentieuse, comprise comme un ensemble de moyens à la disposition des particuliers par l'Etat pour leur permettre d'obtenir la consécration de leurs droits privés lorsqu'ils sont contestés¹ relève comme telle du droit public². L'objet du procès est en revanche, par définition, une *prétention civile* matérialisée par une conclusion rattachée à un complexe de faits³. Lorsque la matière est

¹ FRANÇOIS BOHNET, Procédure civile, 2^e éd. Neuchâtel 2014, p. 1 N 4.

² ATF 62 II 217, consid. 1a, qui cite le célèbre ouvrage de KONRAD HELLWIG, System des Zivilprozessrechts I, Leipzig 1912, p. 25 ss ; BOHNET, Procédure civile (n. 1), p. 7 s., et les réf.

³ ATF 139 III 126, consid. 3.2.2-3.2.3, RSPC 2013 206 ; TF 4A_439/2014 du

civile, c'est en principe le recours en matière civile des art. 72 ss LTF qui est ouvert.

4. Par matière civile, on entend l'ensemble du droit privé⁴, y compris les matières qui s'y rattachent, par exemple le CPC⁵. Est seule déterminante, pour apprécier le caractère civil ou non d'une cause, la nature juridique de l'objet du litige, défini par la prétention du demandeur et les faits invoqués à son appui⁶. En vertu du principe de l'unité de la procédure⁷, la voie de recours contre une décision en matière d'*assistance judiciaire* est déterminée par le litige principal⁸. Ainsi, ce contentieux est considéré comme matière civile lorsqu'il est lié à une cause civile⁹.
5. Le contrôle des dispositions du CPC se fait donc essentiellement par le biais du *recours en matière civile* (art. 72 ss LTF). Le *recours constitutionnel subsidiaire* (art. 113 ss LTF) n'intervient que lorsque la valeur litigieuse utile (art. 74 al. 1 LTF) n'est pas atteinte et que l'une des exceptions prévues par l'art. 74 al. 2 LTF (question juridique de principe ; instance cantonale unique) n'est pas donnée.
6. La *violation des dispositions du CPC* peut être invoquée dans un recours en matière civile (art. 95 let. a LTF). Seule peut l'être l'application arbitraire (portant atteinte à l'art. 9 Cst.) des dites normes ou la

16 février 2015, RSPC 2015 233.

⁴ Voir ATF 120 II 412, consid. 1b ; TF 4C.162/2005 du 18 mai 2005, RSPC 2006 392, 396 ; CORBOZ, in : Commentaire LTF, art. 72 N 14 ss ; BSK BGG-KLETT/ESCHER, Art. 72 N 4 ; YVES DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral commentaire, Berne 2008, art. 72 N 2078 ; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Petit commentaire de la constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/ Genève 2003, art. 122 N 4.

⁵ TF 4A_221/2015 du 23 novembre 2015, consid. 3.2 : « Mit der Beschwerde in Zivilsachen kann die Verletzung von Bundesrecht (Art. 95 lit. a ZPO) und damit auch der erwähnten Normen der Zivilprozessordnung geltend gemacht werden ».

⁶ ATF 135 III 483, RSPC 2009 284.

⁷ ATF 134 V 138, consid. 3.

⁸ ATF 135 I 265, consid. 1.2.

⁹ TF 5A_72/2007 du 5 avril 2007, RSPC 2007 382 ; dans ce sens : CORBOZ, in : Commentaire LTF, art. 72 N 17 ; YVES DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral commentaire, Berne 2008, art. 72 N 2080.

violation d'autres droits constitutionnels lorsque le recours porte sur des mesures provisionnelles (art. 98 LTF) ou que la voie de droit ouverte est celle du recours constitutionnel subsidiaire (art. 116 LTF). Il convient dans ce cas de motiver soigneusement et d'argumenter de manière précise la violation constitutionnelle invoquée (principe d'allégation, art. 106 al. 2 LTF)¹⁰.

III. Interprétation du CPC

7. L'interprétation des normes du CPC répond aux critères usuels (interprétation littérale, systématique, historique et téléologique¹¹). Il n'existe pas de hiérarchie entre les méthodes d'interprétation, mais bien plutôt une approche pragmatique et pluraliste¹². Les travaux préparatoires ont cependant un poids particulier, le Code de procédure civile étant récent¹³. Dans plusieurs arrêts récents, l'interprétation téléologique a clairement pris le dessus¹⁴, le Tribunal fédéral relevant du reste que le législateur a entendu, selon le Message, « renoncer à régler le moindre détail et éviter les longueurs inutiles »¹⁵.
8. Il faut à notre avis favoriser une interprétation du Code qui assure une application uniforme de ses dispositions. Lorsque le législateur n'a pas entendu accorder de marge de manœuvre au tribunal, il ne se justifie pas d'admettre des pratiques (souvent héritées de l'ancien droit cantonal) s'écartant du texte de la loi. Ces pratiques portent par

¹⁰ En matière de mesures provisionnelles, voir TF 5A_229/2014 du 14 mai 2014, consid. 3 ; ATF 134 II 349, consid. 3.

¹¹ ATF 140 III 315, consid. 5.2.1 ; 139 III 457, consid. 4.4.

¹² ATF 140 III 315, consid. 5.2.1 et les réf.

¹³ ATF 139 III 457, consid. 4.4 ; 139 III 78, consid. 5.4.3 ; 139 III 98 consid. 3.1 ; 138 III 694, consid. 2.4.

¹⁴ Voir TF 5A_6/2016 du 15 septembre 2016, destiné à la publication, qui retient que la Cour d'appel peut rendre d'abord un dispositif puis un arrêt motivé, alors même que l'art. 318 al. 2 CPC prévoit expressément que la décision est rendue motivée. Voir aussi TF 4A_160/2016 du 1^{er} septembre 2016, destiné à la publication, qui admet le recours d'un intervenant accessoire même en cas de refus de la partie qu'il soutient, et ce malgré le texte de l'art. 76 al. 2 CPC, s'il est un intervenant accessoire dit indépendant.

¹⁵ TF 4A_160/2016 du 1^{er} septembre 2016, consid. 2.3.5, FF 2006 6855.

définition atteinte à l'accès à la justice, puisqu'elles imposent aux parties et à leur(s) mandataire(s) une connaissance de spécificités cantonales, compliquent la réalisation du droit et empêchent de surcroît une application uniforme du droit, lorsqu'elles ne portent pas atteinte à la sécurité du droit. Le Tribunal fédéral a cependant admis qu'une Cour d'appel, perpétuant en cela ses traditions cantonales, notifie tout d'abord un dispositif, puis dans un second temps la décision motivée, malgré le texte clair (dans les trois langues) de l'art. 318 al. 2 CPC aux termes duquel « *L'instance d'appel communique sa décision aux parties avec une motivation écrite* »¹⁶. Il considère qu'une communication antérieure du dispositif ne crée pas d'inconvénient, et qu'interdire cette pratique ne favoriserait « *ni la rapidité de l'administration de la justice, ni la sécurité du droit ou la cohésion de la jurisprudence* »¹⁷. Pour autant que cette manière d'interpréter la loi doive, dans un cas concret, prendre le dessus sur les autres méthodes d'interprétation (ce qui, dans l'espèce, semble contestable), c'est selon nous et quoi qu'il en soit la réflexion inverse qui devait être menée : or on ne voit pas en quoi une telle pratique serait en faveur d'une justice rapide, sûre et cohérente. Bien au contraire, elle suscite de nombreuses interrogations du justiciable et du mandataire non coutumier de cette pratique. Elle est du reste à l'origine de complications juridiques et judiciaires, attestées par l'arrêt du Tribunal fédéral dont il est ici question.

IV. Valeur litigieuse de la cause

A. Généralités

9. Le recours en matière civile est à disposition en matière *non pécuniaire* (art. 74 al. 1 LTF, *a contrario*¹⁸). Il est ouvert sans exigence de valeur litigieuse lorsque la cause relève d'une *instance cantonale unique* (art. 74

¹⁶ TF 5A_6/2016 du 15 septembre 2016, destiné à la publication. Sur cet arrêt : FRANÇOIS BOHNET, Dispositif de la Cour d'appel sans motivation ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_6/2016, Newsletter DroitMatrimonial.ch novembre 2016.

¹⁷ TF 5A_6/2016 du 15 septembre 2016, consid. 4.1.6

¹⁸ Par exemple : atteinte à la personnalité, voir ATF 127 III 481, consid. 1a.

al. 2 let. b LTF), de certaines autorités en matière de poursuite pour dettes et de faillite ou du Tribunal fédéral des brevets (art. 74 al. 2 let. b à e LTF)¹⁹.

10. En matière pécuniaire, le recours en matière civile est ouvert contre les décisions finales de la dernière instance cantonale lorsque la valeur des conclusions restées litigieuses devant l'autorité précédente (art. 51 al. 1 let. a LTF) atteint CHF 30'000.- (art. 74 al. 1 let. a LTF), respectivement CHF 15'000.- dans les litiges en matière de droit du bail et du travail (art. 74 al. 1 let. b LTF).
11. Les règles de procédure ne présentent pas, comme telles, de valeur litigieuse. La valeur de la prétention invoquée est donc déterminante. L'exigence de la valeur litigieuse a-t-elle des incidences sur le contrôle des dispositions du CPC par le Tribunal fédéral ? Cela pourrait être le cas lorsqu'une disposition de procédure est rattachée par nature à une prétention n'atteignant pas la valeur litigieuse utile comme nous le verrons.

B. Examen des dispositions sur la proposition de jugement et la décision de l'autorité de conciliation

12. La proposition de jugement concerne les litiges relatifs à la loi sur l'égalité et divers litiges en droit du bail, indépendamment de la valeur litigieuse (art. 210 al. 1 let. a et b CPC). Elle est également possible lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 5'000.- (art. 210 al. 1 let. c CPC). Lorsqu'une question de procédure se pose en lien avec une proposition de jugement, le recours en matière civile peut donc être ouvert si la valeur litigieuse utile est atteinte (art. 74 al. 1 LTF). S'il s'agit d'un cas concernant une affaire ne dépassant pas CHF 5'000.-, cette voie de droit ne sera ouverte que si la cause soulève une question juridique de principe (art. 74 al. 2 let. a LTF). Comme les questions procédurales sont les mêmes que l'on se trouve dans un litige relevant de l'art. 210 al. 1 let. a, b ou c CPC, l'institution de la

¹⁹ Voir par exemple ATF 138 III 2 pour le tribunal statuant en tant qu'instance cantonale unique sur les litiges portant sur les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale.

proposition de jugement peut être examinée sans restriction particulière par le Tribunal fédéral²⁰.

13. En revanche, la procédure de décision, qui exige une requête en ce sens du demandeur (art. 212 CPC), suppose une valeur litigieuse ne dépassant pas CHF 2'000.-. Dès lors, la voie du recours en matière civile n'est pas aisée lorsque l'art. 212 CPC est en jeu. Le Tribunal fédéral a récemment admis une question juridique de principe le concernant, compte tenu entre autres de la problématique de la valeur litigieuse²¹.

C. Examen des dispositions sur la procédure simplifiée

14. L'ouverture à recours se pose en particulier pour les règles de la procédure simplifiée, celle-ci ne s'appliquant en principe que si la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.- (art. 243 al. 1 CPC). Cependant, un recours en matière civile est possible lorsque la cause jugée en procédure simplifiée présente une valeur litigieuse atteignant exactement CHF 30'000.-, ou un minimum de CHF 15'000.- en matière de bail et de travail (art. 74 al. 1 let. b CPC). Le recours en matière civile est aussi ouvert lorsque la cause est soumise à la procédure simplifiée indépendamment de la valeur litigieuse (art. 343 al. 2 CPC) et que celle-ci atteint ou dépasse CHF 30'000.-.
15. Dès lors, on ne peut pas retenir que les dispositions du Code de procédure civile consacrées à la procédure simplifiée ne peuvent pas faire l'objet d'un examen par le Tribunal fédéral en raison d'une valeur litigieuse nécessairement insuffisante. En effet, lorsque la valeur litigieuse est trop faible dans un cas particulier, le recours en matière civile reste à disposition si le litige soulève une question juridique de principe (art. 74 al. 2 let. a LTF). A défaut, le recours constitutionnel

²⁰ Voir par exemple TF 4A/47_2016 du 3 octobre 2016, destiné à la publication, sur la possibilité pour l'autorité de conciliation de rendre une proposition de jugement sur la question de la « requalification » d'un contrat de bail de durée déterminée en contrat de bail de durée indéterminée.

²¹ TF 4A_105/2016 du 13 septembre 2016, destiné à la publication, consid 1.3. L'arrêt retient que l'autorité de conciliation peut librement revenir sur son intention de rendre une décision et délivrer en lieu et place une proposition de jugement ou une autorisation de procéder.

subsidaire est également ouvert et permet un examen de la disposition de procédure sous l'angle de l'arbitraire (art. 116 LTF).

D. Examen des dispositions sur la nature du litige et la valeur litigieuse

16. Lorsque le litige porte sur la possibilité d'interjeter un appel compte tenu du *calcul de la valeur litigieuse* (plus ou moins CHF 10'000.-, art. 308 al. 2 CPC), le prononcé de la Cour d'appel, qu'il déclare la demande irrecevable pour ce motif ou qu'il entre en matière et se prononce au fond, ne peut pas faire l'objet d'un recours en matière civile faute d'atteindre la valeur litigieuse de CHF 30'000.-, respectivement de CHF 15'000.- en matière de bail ou de travail (art. 74 al. 1 let. a LTF). Est réservée l'hypothèse d'une question juridique de principe (art. 74 al. 2 let. a LTF). A nouveau, seul le recours constitutionnel subsidiaire est ouvert, pour application arbitraire – et donc contraire à l'art. 9 Cst. – du CPC. Comme les dispositions concernant la valeur litigieuse s'appliquent à toutes les causes patrimoniales, elles peuvent faire l'objet d'un contrôle par le biais du recours en matière civile dès l'instant où la valeur litigieuse utile est atteinte.
17. En revanche, si une partie affirme devant le Tribunal fédéral que le litige est de *nature non pécuniaire*, le recours en matière civile est à notre avis ouvert (art. 74 al. 1 LTF, *a contrario*) alors même que l'autorité cantonale supérieure aurait jugé que la cause était de nature patrimoniale et que la valeur litigieuse utile n'était pas atteinte. Cette condition de recevabilité revêt la nature de fait de double pertinence, puisqu'il s'agit de la question litigieuse²².

E. Examen des dispositions en matière de frais

18. En matière de frais, le recours en matière civile est recevable contre une décision finale lorsque les conclusions encore en cause devant l'autorité précédente atteignent la valeur litigieuse requise, même si les *dépens* faisant l'objet exclusif du recours restent en dessous de la

²² Comp. sur cette question, TF 4A_109/2015 du 23 septembre 2015, consid. 1, RSPC 2015 52.

valeur litigieuse minimale²³. Il en va de même lorsque seuls les frais judiciaires, inférieurs à cette valeur, sont contestés, par exemple en matière de répartition. On songe au cas d'une décision donnant entièrement raison à une partie mais répartissant les frais par moitié en vertu de l'art. 107 CPC, prévoyant une répartition en équité dans diverses hypothèses.

19. En revanche, si les frais font seuls l'objet d'un recours au niveau cantonal, puis au Tribunal fédéral, la valeur litigieuse est celle des frais. Le recours en matière civile suppose alors une question juridique de principe si la valeur litigieuse minimale d'espèce n'est pas atteinte²⁴.

V. Auteur de la décision attaquée

20. Le recours en matière civile est ouvert contre les décisions prises par les *autorités cantonales de dernière instance* et le Tribunal fédéral des brevets (art. 75 al. 1 et 2 LTF). Celles-là doivent être des tribunaux supérieurs statuant en principe sur recours (art. 75 al. 2 LTF)²⁵.
21. Il peut s'agir d'une *instance unique* lorsqu'une loi fédérale le prévoit (art. 75 al. 2 let. a LTF). C'est en particulier le cas de l'art. 5 CPC, entre autres pour les causes en matière de propriété intellectuelle (let. a) ou de concurrence déloyale (let. d, lorsque la valeur litigieuse dépasse CHF 30'000.-) et de l'art. 7 CPC pour les tribunaux statuant en tant qu'instance cantonale unique sur les litiges portant sur les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale selon la Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie²⁶. C'est également le cas lorsque le droit cantonal institue un tribunal de commerce dans le cadre prévu par l'art. 6 (art. 75 al. 2 let. b LTF) ou encore lorsque les parties ont saisi directement le tribunal supérieur compte tenu d'une valeur litigieuse d'au moins CHF 100'000.- (art. 75 al. 2 let. c LTF).

²³ ATF 137 III 47.

²⁴ Comp. TF 5A_352/2013 du 22 août 2013, consid. 1, non reproduit in ATF 139 III 358, RSPC 2014 15.

²⁵ ATF 137 III 424, consid. 2.1 et 2.2 : à moins que le tribunal supérieur n'ait rendu une décision incidente dans le cadre d'une procédure de recours.

²⁶ ATF 138 III 2 pour Zurich.

22. Un recours direct au Tribunal fédéral contre le prononcé d'une autorité ou d'un tribunal inférieur ne se conçoit en principe pas²⁷. Dès lors, alors même que le CPC indiquerait qu'un prononcé de première instance est définitif, il est possible de recourir à l'instance cantonale supérieure si, faute d'ouverture à recours, la partie en cause devrait perdre définitivement son droit ou son moyen. Le Tribunal fédéral le retient spécifiquement en matière de refus de restitution en cas de défaut (art. 149 CPC), y compris lorsque celui-ci provient de l'autorité de conciliation²⁸. On peut aussi citer la contestation de la répartition des frais et dépens en cas de décision de non-retour à meilleure fortune, lorsque seule est litigieuse la répartition des frais et dépens de la procédure de première instance²⁹.
23. La question de l'auteur de la décision attaquée et de la recevabilité du recours en matière civile a donné l'occasion au Tribunal fédéral de trancher le moment déterminant pour l'application du nouveau ou de l'ancien droit de procédure devant lui (art. 405 al. 1 CPC). Il a retenu que la remise d'un dispositif écrit vaut communication, celle-ci n'étant pas reportée à la remise d'une expédition motivée³⁰. Une décision remise avant le 1^{er} janvier 2011 restait dès lors soumise à l'ancien droit, celui-ci prévoyant dans le canton de Vaud une instance cantonale unique pour les causes à partir d'une certaine valeur litigieuse.
24. La question de l'épuisement des voies de recours cantonales en matière de mesures superprovisionnelles est abordée dans le chapitre consacré aux mesures provisionnelles³¹.

²⁷ Quant à l'effet de cette règle sur les anciennes décisions cantonales sur recours, rendues en 2011 par une autorité cantonale inférieure, ATF 137 III 238 ; TF 5A_407/2011 du 5 août 2011, RSPC 2011 494, avec note de NICOLAS PELLATON.

²⁸ ATF 139 III 478.

²⁹ ATF 138 III 130.

³⁰ ATF 137 III 127. Voir aussi ATF 137 III 130 : un jugement motivé rendu en instance unique par voie de circulation est réputé *communiqué* au sens de l'art. 405 al. 1 CPC à la date d'expédition.

³¹ *Infra*, N 64.

VI. Nature de la décision attaquée

A. Généralités

25. Un procès n'est autre qu'une succession d'actes, ponctuée par diverses ordonnances et autres décisions, avant que n'intervienne la décision finale mettant fin à l'instance, soit par un prononcé sur le fond, soit par une décision d'irrecevabilité (art. 236 al. 1 CPC).
26. Les décisions rendues en cours de procédure ne peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral que dans des cas limités, celui-ci ne devant en principe examiner chaque cause qu'à une seule occasion, en fin de procédure (art. 90 LTF). Cela n'est pas sans incidence en matière de contrôle des dispositions de procédure, dont certaines sont naturellement liées à des prononcés en cours d'instance. Il conviendra de se pencher sur cette problématique, après avoir examiné le sort des décisions finales.

B. Décision finale

27. Le recours en matière civile est ouvert contre les décisions finales (art. 90 LTF) rendues dans ce domaine (art. 72 LTF) en dernière instance cantonale par le tribunal supérieur (art. 75 LTF). La décision finale est celle qui met fin à la procédure, que ce soit pour un motif tiré du droit matériel ou de la procédure³². Tel n'est pas, entre autres, le cas du prononcé :
 - qui renvoie la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle instruction ou décision au sens des considérants³³, à moins que la décision de renvoi ne laisse plus aucune marge de manoeuvre au premier juge et scelle le sort de la procédure, de sorte qu'il faut considérer qu'elle constitue matériellement une décision finale³⁴ ;

³² ATF 133 III 629, consid. 2.2.

³³ Parmi d'autres : ATF 136 II 165, consid. 1.1 ; 135 V 141, consid. 1.1.

³⁴ C'est le cas si la Cour d'appel renvoie la cause au premier juge pour qu'il constate que la procédure est devenue sans objet et qu'il raye la cause du rôle, voir TF 4A_616/2013 du 16 juin 2014, consid. 1.1, non publié in ATF 140 III 227.

- qui admet un recours contre une décision d'irrecevabilité ;
 - qui rejette un recours contre une décision admettant la recevabilité ;
 - qui admet ou rejette une requête de mesures provisionnelles lorsque celle-ci doit, en cas d'admission, faire l'objet d'une procédure au fond dans un délai imparti³⁵.
28. De telles décisions sont incidentes au sens des art. 92 et 93 LTF, si bien qu'un recours à leur encontre suppose que les conditions supplémentaires de recevabilité posées par ces dispositions soient remplies³⁶.
29. Il n'est partant pas surprenant que nombre de décisions du Tribunal fédéral se prononçant sur la portée d'une disposition de procédure soient intervenues contre des décisions d'irrecevabilité confirmées ou retenues par l'instance cantonale supérieure puisqu'alors, la décision est finale. Tel est en particulier le cas lorsque l'absence d'une condition de recevabilité de la demande au sens de l'art. 59 CPC, du recours ou de l'appel a été retenue. On peut citer les exemples suivants :
- Irrecevabilité de la demande faute de *compétence locale*³⁷ ou *matérielle*³⁸.
 - Irrecevabilité d'une requête de cas clair pour cause de *litispendance* devant le même tribunal³⁹.
 - Irrecevabilité d'une demande pour cause d'*autorité de la chose jugée* (art. 59 al. 2 let. e CPC). Le Tribunal fédéral a précisé, suite à un recours contre un prononcé d'irrecevabilité, que la motivation du premier jugement était déterminante pour fixer la portée de l'autorité de chose jugée de cette décision. Les éléments de fait

³⁵ ATF 134 I 83, consid. 3.1 ; 137 III 324, consid. 1.1 ; TF 4A_478/2011 du 30 novembre 2011, consid. 1.1.

³⁶ *Infra*, N 44 ss.

³⁷ Par exemple : ATF 137 III 311, RSPC 2011 363 ; TF 4A_575/2013 du 11 mars 2014.

³⁸ Par exemple : ATF 137 III 563.

³⁹ TF 4A_141/2013 du 22 août 2013, consid. 2.2.1, RSPC 2013 46.

qui, éventuellement à tort, n'ont ni été jugés ni mentionnés dans la motivation, ne sont pas touchés par l'autorité de la chose jugée si bien que, en l'espèce, la demande devait être déclarée recevable⁴⁰.

- Irrecevabilité d'un recours faute de paiement de l'*avance de frais* alors que le recourant avait demandé l'assistance judiciaire. Le Tribunal fédéral retient qu'un tribunal ne peut exiger du recourant le paiement d'une avance de frais tant qu'il n'a pas statué sur sa requête d'assistance judiciaire⁴¹.
- Irrecevabilité du recours formé contre une *autorisation de procéder*⁴². Pour le Tribunal fédéral, celui qui veut soutenir que l'autorité de conciliation devait tenir le demandeur pour défaillant et rayer la cause du rôle selon l'art. 206 CPC ne peut faire valoir ce moyen que devant le juge de première instance, comme cause d'irrecevabilité de la demande.
- Irrecevabilité d'une demande déposée selon l'instance cantonale supérieure après l'*échéance du délai pour agir* suite à la délivrance de l'autorisation de procéder (art. 209 CPC). Le Tribunal fédéral a pu trancher, à cette occasion, la question de la suspension de ce délai durant les *féries* (art. 145 CPC), en retenant la suspension⁴³.
- Le *maintien de la litispendance* par le dépôt d'une nouvelle demande devant le tribunal compétent (art. 63 CPC) : le demandeur doit déposer l'acte qu'il a adressé au tribunal incompétent en original au tribunal qu'il tient pour compétent, accompagné, cas échéant, d'une traduction dans la langue officielle du canton compétent. En l'occurrence, irrecevabilité de la demande déposée après l'échéance du délai pour introduire une libération de dette, l'art. 63 CPC ne pouvant être invoqué faute d'identité entre les actes⁴⁴.

⁴⁰ ATF 142 III 210, RSPC 2016 306.

⁴¹ ATF 138 III 163, consid. 4.2.

⁴² ATF 140 III 227, consid. 3.

⁴³ ATF 138 III 615.

⁴⁴ ATF 141 III 481, consid. 3.2.4, RSPC 2016 5.

- Irrecevabilité de l'appel ou du recours pour *vice de forme*⁴⁵. Le Tribunal fédéral a ainsi pu préciser la portée des art. 311 et 321 CPC, ainsi que des art. 58 et 132 CPC en instance d'appel et de recours⁴⁶.
 - Irrecevabilité de l'appel faute du respect du *délai pour recourir*. le Tribunal fédéral a jugé non arbitraire d'appliquer le délai de 10 jours prévu par l'art. 314 CPC dans les causes soumises à la procédure sommaire à un appel contre des mesures provisionnelles soumises en 2^e instance au CPC en vertu de l'art. 405 CPC, mais qui avait été jugées en première instance selon un ancien droit cantonal (art. 404 CPC) qui prévoyait pour elles une procédure accélérée et non pas sommaire⁴⁷.
 - Irrecevabilité de la requête de cas clair faute de situation juridique claire au sens de l'art. 257 CPC⁴⁸.
 - L'irrecevabilité de la requête de *cas clair* est le seul prononcé possible lorsque celle-ci ne remplit pas les conditions de cette procédure. Un prononcé de mal fondé de la requête de cas clair n'est pas prévu par l'art. 257 CPC⁴⁹.
 - La qualité pour recourir de l'*intervenant accessoire* (et appelé en cause par le demandeur) contre une décision rejetant les prétentions du demandeur⁵⁰.
30. Relevons aussi que la décision par laquelle le juge refuse de délivrer une motivation écrite au sens de l'art. 239 al. 2 CPC, faute de demande dans le délai légal, est finale au sens de la LTF et du CPC⁵¹.

⁴⁵ Parmi d'autres : ATF 137 III 671 ; 138 III 374, consid. 4.3.1 ; 142 I 93, consid. 8.2 ; TF 5A_82/2013 du 18 mars 2013, consid. 3.2 (pour le recours).

⁴⁶ TF 5A_488/2015 du 21 août 2015, consid. 3.2.2, RSPC 2015 512.

⁴⁷ ATF 138 I 49, consid. 7.

⁴⁸ ATF 138 III 123.

⁴⁹ ATF 140 III 315.

⁵⁰ ATF 142 III 271.

⁵¹ TF 5D_160/2014 du 16 janvier 2015, RSPC 2015 243.

31. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se pencher sur de nombreuses dispositions du CPC lors de recours contre des décisions admettant ou rejetant une prétention. Citons par exemple :

- Le *défaut de représentation valable* par un administrateur de fait d'une personne morale à l'audience de conciliation (art. 204 al. 1 CPC), cette autorité devant pouvoir déterminer à l'audience si la représentation est valable ou non⁵². Cette question a été tranchée à l'occasion de l'examen d'une décision au fond, car les tribunaux cantonaux avaient admis la validité de la représentation et donc de l'autorisation de procéder et avaient dans la même décision admis la demande.
- La question de l'admissibilité de *faits ou moyens de preuve nouveaux* au sens des art. 229 (première instance)⁵³ et 317 CPC (appel)⁵⁴.
- La question de la *modification des conclusions*⁵⁵.
- Les exigences en matière d'*allégation* et de *motivation* de la demande au sens des art. 55 (maxime des débats) et 221 al. 1 let. d CPC (présentation des allégués dans la demande, en particulier en procédure ordinaire)⁵⁶.
- Les exigences en matière de *fardeau de la contestation* au sens de l'art. 150 al. 1 CPC⁵⁷.
- Le *droit de réplique* spontané au stade du recours⁵⁸.

⁵² ATF 141 III 159, RSPC 2015 291.

⁵³ ATF 140 III 312, RSPC 2014 538 (possibilité d'alléguer à deux reprises).

⁵⁴ ATF 141 III 569, consid. 2.3.3 (maxime inquisitoire et faits nouveaux) ; 142 III 413, consid. 2.2.3-2.2.5 (dernier moment auquel des faits et moyens de preuve nouveaux peuvent être invoqués ou produits dans la procédure d'appel). Voir aussi ATF 138 III 252 (second échange d'écritures) ; 138 III 374 (administration des preuves en appel).

⁵⁵ TF 5A_16/2016 du 26 mai 2016, consid. 5.

⁵⁶ TF 4A_197/2014 du 27 novembre 2014, consid. 7.3.2-7.3.3 non publié in ATF 140 III 602, RSPC 2015 114 ; 4A_299/2015 du 2 février 2016, consid. 2 non publié in ATF 142 III 84, RSPC 2016 192 ; 4A_33/2015 du 9 juin 2015, RSPC 2015 499.

⁵⁷ ATF 141 III 433, RSPC 2016 33.

⁵⁸ Parmi d'autres : ATF 142 III 48, consid. 4.1.1, RSPC 2016 143.

- La force probante d'une *expertise privée* qui, d'après le Tribunal fédéral, n'est pas un titre au sens de l'art. 177 CPC⁵⁹.
32. La question des *frais*, examinée de manière détaillée par DENIS TAPPY dans le présent ouvrage⁶⁰, a également fait l'objet de nombreux arrêts du Tribunal fédéral, entre autres à l'occasion de recours contre la décision finale⁶¹. Rappelons que la valeur litigieuse déterminante est celle des conclusions restées litigieuses devant la dernière instance cantonale⁶² et que le caractère final doit être reconnu à une décision qui ne statue que sur les frais, en confirmant son prononcé au fond⁶³.
 33. On constate ainsi que le recours contre la décision finale permet l'examen des dispositions de procédure, que la décision déclare la demande irrecevable (avec à la clé l'examen des dispositions relatives aux conditions de recevabilité) ou se prononce au fond (d'où l'examen de questions très larges de procédure).
 34. Il est cependant manifeste que l'*irrecevabilité*, souvent liée à une problématique procédurale, contraint la partie frappée par un tel prononcé final à remettre en cause l'interprétation faite de la disposition ayant entraîné ladite irrecevabilité.
 35. Le lien est moins direct en cas de rejet au *fond*. A ce stade, les vices procéduraux invoqués concerneront soit une recevabilité admise à tort, soit, avant tout, le droit d'être entendu (droit de réplique spontané), le fardeau de l'allégation, de la motivation ou de la contestation, les faits ou preuves nouveaux, la modification des conclusions ou encore le droit à la preuve. En revanche, les dispositions de procédure de nature plus « organisationnelle » ayant donné lieu à une décision en cours d'instance (jonction ou division de cause, suspension, pouvoir de représentation, validité des actes des parties, administration des preuves, etc.) pourront plus difficilement

⁵⁹ ATF 141 III 433, RSPC 2016 33.

⁶⁰ DENIS TAPPY, *Le Tribunal fédéral et les décisions en matière de frais judiciaires, avances, dépens et indemnités d'assistance judiciaire*.

⁶¹ Pour des exemples récents : ATF 141 III 426, RSPC 2016 11 ; 142 III 110, RSPC 2016 115.

⁶² *Supra*, N 10.

⁶³ TF 5A_619/2015 du 21 décembre 2015, consid. 1 non publié in ATF 142 III 110.

être remises en cause avec le jugement au fond, leur influence sur le prononcé étant moins évidente. Rappelons, à cet égard, que la violation dénoncée doit avoir eu une influence sur le résultat, en particulier pour les règles de procédure qui n'ont pas de but propre, hormis les hypothèses de garanties formelles comme le droit d'être entendu⁶⁴.

36. Dans ces cas, c'est au stade de la décision prise en cours d'instance que le recours doit avant tout être envisagé, comme examiné dans les lignes qui suivent.

C. Décisions préjudicielles et incidentes

1. En matière de compétence et de récusation

a. Généralités

37. Aux termes de l'art. 92 al. 1 LTF, les décisions préjudicielles et incidentes qui sont *notifiées séparément* et qui portent sur la compétence ou sur une demande de récusation peuvent faire l'objet d'un recours. L'alinéa 2 de cette disposition précise que ces décisions ne peuvent plus être attaquées ultérieurement. De nombreuses décisions admettant la compétence ou statuant sur un cas de récusation sont ainsi déferées au Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile en vertu de l'art. 92 LTF. Cette disposition se justifie par des motifs d'*économie de procédure* puisqu'elle vise des « questions qui

⁶⁴ TF 5A_619/2015 du 21 décembre 2015, consid. 3.2 non publié in ATF 142 III 110 : « Selbst wenn die Vorinstanz eine Norm unrichtig angewendet haben sollte, führt dies freilich noch nicht eo ipso zur Aufhebung eines angefochtenen Entscheids: Die gerügte Rechtsverletzung muss sich vielmehr auf das Entscheidungsergebnis ausgewirkt haben (...) Dies gilt insbesondere bei Verletzungen des Verfahrensrechts, ist dieses doch nie Selbstzweck: Die fehlerhafte Anwendung einer Norm der ZPO kann nur dann zur Gutheissung eines Rechtsmittels führen, wenn diese für den Ausgang des Verfahrens kausal war, ausser der verletzten Regel komme formelle Natur zu (...). Für Rügen, mit denen geltend gemacht wird, der Sachverhalt sei in Verletzung einer Norm der ZPO festgestellt worden, sieht Art. 97 BGG dieses Kausalitätserfordernis ausdrücklich vor ».

doivent être tranchées immédiatement sans attendre l'issue de la cause au fond »⁶⁵.

38. Par compétence au sens de l'art. 92 LTF, on entend tant la compétence locale, matérielle que fonctionnelle⁶⁶.

b. Compétence locale

39. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion, par le biais de recours contre des décisions déclarant une demande irrecevable faute de compétence locale ou, au contraire, admettant sa compétence, de délimiter la portée de nombreuses dispositions portant sur le for⁶⁷. L'ouverture à recours est dans ces cas donnée, que la compétence soit admise ou niée, selon l'art. 92 LTF dans le premier cas, selon l'art. 90 LTF dans le second⁶⁸.

c. Compétence matérielle

40. La jurisprudence est abondante en matière de compétence matérielle, en particulier du Tribunal de commerce⁶⁹. Le Tribunal fédéral s'est penché sur la compétence du Tribunal de commerce tant contre des décisions admettant que refusant sa compétence⁷⁰.

⁶⁵ ATF 133 VI 288, consid. 2.1.

⁶⁶ ATF 138 III 558, consid. 1.3.

⁶⁷ Par exemple, ATF 138 III 555 : recours contre une décision incidente admettant la compétence en matière de mesures provisionnelles ; TF 4A_4/2015 du 9 mars 2015 : recours contre une décision incidente admettant la compétence, la prorogation de for invoquée par le défendeur n'étant pas valide ; ATF 137 III 311, RSPC 2011 363 : recours contre une décision niant un for en cas de cumul et concours d'actions.

⁶⁸ Pour un exemple où le prononcé a été l'irrecevabilité en première instance puis la recevabilité en appel : TF 4A_592/2014 du 25 février 2015.

⁶⁹ Pour un aperçu de jurisprudence : FRANÇOIS BOHNET, CPC annoté, Neuchâtel 2016, art. 6 N 6.

⁷⁰ Par exemple, ATF 138 III 694 : recours (rejeté) contre une décision admettant la compétence du Tribunal de commerce en matière de consommation (art. 92 LTF) ; ATF 137 III 563 : recours (admis) contre une décision niant la compétence du Tribunal de commerce en matière d'inscription d'une hypothèque légale provisoire

d. Compétence fonctionnelle

41. Par compétence fonctionnelle, le Tribunal fédéral vise la compétence d'un tribunal ou d'une cour relativement à une même cause⁷¹. Si un appel est adressé à l'autorité de 1^{re} instance, celle-ci est incompétente fonctionnellement. Il en va de même si cette autorité reçoit une demande de conciliation qui relève de la compétence d'une autre autorité. Le Tribunal fédéral voit également une question de compétence fonctionnelle dans la saisine du juge de 1^{re} instance sans préalable de conciliation⁷². Porte aussi sur la compétence fonctionnelle la décision par laquelle un tribunal considère que la conciliation préalable est valablement intervenue⁷³. Un recours direct est donc ouvert et doit être exercé immédiatement (art. 92 al. 1 et 2 LTF) contre un prononcé qui retient qu'une personne morale était valablement représentée à l'audience de conciliation⁷⁴ ou que l'autorité de conciliation était compétente matériellement⁷⁵. En revanche, le fait de refuser de juger séparément la question de la validité d'une autorisation de procéder ne constitue pas encore un prononcé sur la compétence fonctionnelle⁷⁶. Le juge décide, selon son appréciation, s'il entend se prononcer séparément sur cette question (art. 60 CPC). Un refus n'entraîne pas de dommage irréparable puisqu'en cas de perte du procès au fond, l'absence de conciliation préalable pourra être soulevée⁷⁷. La question de savoir si l'acte d'un

des artisans et entrepreneurs (art. 90 LTF).

⁷¹ ATF 138 III 558, consid. 1.3 ; 123 III 67, consid. 1, JdT 1997 I 601.

⁷² ATF 138 III 558, consid. 1.3, concernant la question de savoir si une conciliation préalable doit intervenir dans les litiges portant sur les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale lorsque les cantons ont prévu une instance cantonale unique selon l'art. 7 CPC.

⁷³ TF 4A_28/2013 du 3 juin 2013, consid. 1.1, non publié à l'ATF 139 III 273 ; 4A_387/2013 du 17 février 2014, consid. 1, non publié à l'ATF 140 III 70.

⁷⁴ TF 4A_387/2013 du 17 février 2014, consid. 1, non publié à l'ATF 140 III 70.

⁷⁵ TF 4A_28/2013 du 3 juin 2013, consid. 1.1, non publié à l'ATF 139 III 273.

⁷⁶ TF 5A_427/2014 du 16 juin 2014, consid. 1.2.

⁷⁷ TF 5A_427/2014 du 16 juin 2014, consid. 1.3.

demandeur constitue ou non une requête de conciliation ne relève pas non plus de la compétence fonctionnelle⁷⁸.

e. Litispendance

42. La jurisprudence assimile les décisions statuant sur le moyen tiré de la litispendance à des décisions en matière de compétence. Le Tribunal fédéral le retient ainsi pour la décision incidente prononçant la suspension de la procédure dans l'attente que la compétence du tribunal saisi en premier soit établie. En revanche, il ne le retient pas pour une décision de suspension destinée à prévenir des solutions divergentes sur des questions connexes⁷⁹.
43. La notion de litispendance peut donc être examinée immédiatement, tant lorsqu'elle est admise que refusée.

2. Autres décisions préjudicielles et incidentes

44. Les autres décisions préjudicielles et incidentes ne peuvent faire l'objet d'un recours en matière civile que si elles peuvent causer un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF) ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 93 al. 1 let. b LTF). La possibilité d'attaquer les décisions incidentes représentant l'exception, le Tribunal fédéral retient qu'elle est remplie de manière restrictive⁸⁰.
45. La plupart des décisions de procédure sont incidentes au sens de la LTF. Nombreuses sont celles qui ne pourront être attaquées devant le Tribunal fédéral en cours d'instance que si le premier critère de l'art. 93 al. 1 LTF est rempli. Quant au second critère⁸¹, il ouvrira le

⁷⁸ TF 4A_479/2012 du 13 novembre 2012, consid. 1.2.

⁷⁹ TF 4A_341/2013 du 18 novembre 2013, consid. 1.2 et les réf. ; ATF 138 III 190, consid. 5.

⁸⁰ TF 5A_315/2012 du 28 août 2012, consid. 1.2 ; 4A_21/2011 du 4 avril 2011, consid. 1.1, RSPC 2011 335.

⁸¹ Pour un exemple de procédure jugée longue et coûteuse, voir TF 4A_21/2011 du 4 avril 2011, consid. 1.2, RSPC 2011 335.

recours contre des décisions incidentes ne portant pas sur une question de compétence dans des situations assez rares. C'est le cas de décisions portant sur la recevabilité et admettant que les conditions de l'art. 59 CPC sont réunies. On pense par exemple aux décisions incidentes rejetant le moyen tiré l'absence d'intérêt à agir en constat.

a. Décisions susceptibles d'entraîner un dommage irréparable

46. Selon la jurisprudence⁸², un préjudice irréparable n'est réalisé que lorsque la partie recourante subit un préjudice de nature juridique (i), qui ne peut pas être ultérieurement réparé, ou entièrement réparé, par une décision finale qui lui serait favorable (ii).
47. Le Tribunal fédéral statuant en principe sur une décision sur recours (à moins d'un prononcé d'une instance cantonale unique⁸³), il convient de déterminer sur la base de quelle décision le risque de dommage irréparable s'analyse lorsque l'instance supérieure a déclaré le recours irrecevable. Dans cette hypothèse, la jurisprudence retient qu'elle s'apprécie par rapport à la *décision de première instance*⁸⁴.
48. Sur le plan procédural, il incombe au recourant de *démontrer l'existence d'un tel préjudice* lorsque celui-ci n'est pas d'emblée évident⁸⁵. Cette argumentation doit figurer dans le recours. Une éventuelle réplique n'a pas pour fonction de remédier aux lacunes de l'acte dans lequel les moyens, de fait ou de droit, du recourant doivent figurer⁸⁶.

⁸² ATF 134 III 188 consid. 2.2 ; parmi beaucoup d'autres : TF 4D_58/2014 du 17 octobre 2014, consid. 1.3.

⁸³ *Supra*, N 21.

⁸⁴ ATF 148 III 80, consid. 1.2 ; 137 III 380, consid. 1.2.2. Voir aussi TF 5A_233/2011 du 5 août 2011.

⁸⁵ ATF 148 III 80 consid. 1.2 ; 137 III 522, consid. 1.3.

⁸⁶ TF 4A_197/2015 du 15 juillet 2015, consid. 3, et les réf.

i. Préjudice juridique

49. Avec l'exigence du préjudice juridique, on exclut le simple inconvénient matériel résultant, par exemple, d'un accroissement de la durée et des frais de la procédure⁸⁷.
50. Il n'y a par exemple pas de dommage juridique en matière procédurale si le recourant fait valoir qu'il *devra déposer inutilement un mémoire de réponse sur le fond*, et qu'il devra, peut-être inutilement, subir l'inconfort et les frais d'un voyage à Genève dans l'éventualité où le juge instructeur ordonnerait un interrogatoire personnel des parties⁸⁸. Il n'y a pas non plus de dommage juridique en cas de décision imposant à une partie de *traduire* certaines parties d'un document en déterminant les passages utiles⁸⁹.
51. Par ailleurs, la jurisprudence retient que le *prononcé accessoire sur les frais et dépens*, contenu dans une décision incidente, n'est pas de nature à causer un préjudice juridique irréparable⁹⁰.

ii. Impossibilité de réparation ultérieure

52. L'impossibilité de réparer ultérieurement le préjudice, entièrement ou partiellement, assure au Tribunal fédéral, à des fins d'économie de procédure, un examen unique des griefs en fin de cause. A ce moment, il est certain que la partie recourante subit effectivement un dommage définitif, y compris eu égard à des décisions incidentes, dont l'examen est possible avec la décision finale aux conditions de l'art. 93 al. 3 LTF⁹¹.

⁸⁷ ATF 138 III 333, consid. 1.3.1 ; 138 III 190, consid. 6 ; 137 III 380, consid. 1.2.1 ; 134 III 188, consid. 2.2 ; 133 III 629, consid. 2.3.1 ; 131 I 57, consid. 1.

⁸⁸ TF 4A_440/2011 du 21 octobre 2011, consid. 2, RSPC 2012 125.

⁸⁹ TF 4A_657/2012 du 20 novembre 2012, consid. 2.2, RSPC 2012 155.

⁹⁰ ATF 138 III 46, consid. 1.2.

⁹¹ ATF 134 III 188, consid. 2.2 ; parmi beaucoup d'autres : TF 5A_164/2016 du 4 avril 2016, consid. 2.2.

iii. Préjudice irréparable nié

53. Un préjudice irréparable est en particulier nié par le Tribunal fédéral lorsque la question tranchée par la décision incidente de première instance *peut être soulevée à l'appui d'un recours contre la décision finale* (art. 93 al. 3 LTF)⁹².
54. L'exemple type est la *décision en matière de preuve*. Dans ce cas, la question des preuves refusées ou admises à tort⁹³ ou celle de la manière d'administrer une preuve⁹⁴ pourra en principe être examinée avec la décision au fond⁹⁵. Exceptionnellement, quand la preuve est destinée à se perdre (par exemple un témoin malade dont on refuse l'audition ou l'administration d'une preuve touchant un secret d'affaires⁹⁶), le risque de dommage irréparable est admis⁹⁷.
55. Il en va de même de la décision par laquelle l'instance cantonale supérieure *renvoie la cause* au premier juge⁹⁸.

iv. Préjudice irréparable admis

56. Le Tribunal fédéral a retenu l'existence d'un risque de préjudice juridique irréparable en matière procédurale dans les cas suivants :

⁹² ATF 148 III 80, consid. 1.2 et les réf.

⁹³ Par exemple le fait d'ordonner une expertise, voir TF 4A_390/2009 du 20 octobre 2009, consid. 1.2.

⁹⁴ Par exemple la question de l'accès sans restriction à des pièces compte tenu d'un secret d'affaires TF 4A_425/2014 du 11 septembre 2014, consid. 1.3.4 : « le fait de devoir mener une procédure sur le fond pendant un ou deux ans sur la base d'une connaissance limitée des pièces ne constitue pas un préjudice irréparable ».

⁹⁵ TF 4A_390/2009 du 20 octobre 2009, consid. 1.2 ; ATF 99 Ia 437, consid. 1.

⁹⁶ TF 1C_247/2009 et 249/2009 du 8 juillet 2009, RSPC 2009 399.

⁹⁷ TF 5A_315/2012 du 28 août 2012, consid. 1.2.1 ; 4A_478/2011 du 30 novembre 2011, RSPC 2012 213 ; 4A_64/2011 du 1^{er} septembre 2011, consid. 3 ; 4A_195/2010 du 8 juin 2010, consid. 1.1.1 ; 5A_603/2009 du 26 octobre 2009, consid. 3.1.

⁹⁸ TF 4A_21/2011 du 4 avril 2011, consid. 1.1, RSPC 2011 335, qui renvoie à l'ATF 122 I 39, consid. 1a/bb ; TF 4A_479/2013 du 11 octobre 2013, RSPC 2014 156, dans une affaire de demande mal motivée et de défaut ; cf. également *supra*, N 27.

- Lorsqu'une ordonnance d'instruction *supprime l'audience de conciliation* prévue en cas de demande unilatérale de divorce (art. 291 CPC)⁹⁹. Dans ce cas, en effet, il n'est plus possible de revenir ultérieurement en arrière, le vice de procédure étant définitivement consommé. Notons qu'en reconnaissant le risque de préjudice irréparable, le Tribunal fédéral admet nécessairement l'existence d'un risque de dommage difficilement réparable au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC, d'où l'ouverture du recours devant l'instance cantonale¹⁰⁰.
- Il en va de même de la décision incidente qui *exige le dépôt d'une réponse écrite avant l'audience de conciliation* prévue en matière de procédure de divorce. Dans ce cas, le dommage irréparable réside déjà dans le fait de devoir déposer une réponse avant une demande entièrement motivée au sens de l'art. 291 al. 3 CPC. De plus, le refus de déposer une réponse pourrait entraîner la suppression de l'audience de conciliation ou alors la déchéance du droit de déposer ultérieurement une réponse¹⁰¹.
- Cause un préjudice irréparable la décision qui *interdit à une partie d'être représentée par un certain avocat* en raison d'un conflit d'intérêts, puisque cette interdiction ne pourra plus être réparée par la décision finale, après que le procès se soit entièrement déroulé avec un autre mandataire¹⁰². Le Tribunal fédéral retient que la condition de l'intérêt digne de protection au sens de l'art. 89 al. 1 let. c LTF est remplie lorsque la décision attaquée admet qu'une partie soit représentée par un avocat qui avait auparavant été le mandataire de l'autre partie¹⁰³. Il nie en revanche que la condition du préjudice irréparable est remplie lorsqu'une partie fait valoir que l'autre est représentée par une personne n'entrant pas dans

⁹⁹ ATF 137 III 380, consid. 1.2.4.

¹⁰⁰ ATF 137 III 380, consid. 2.

¹⁰¹ TF 5A_871/2011 du 12 avril 2011, consid. 1 non reproduit in ATF 138 III 366.

¹⁰² TF 4D_58/2014 du 17 octobre 2014, consid. 1.3.

¹⁰³ TF 1B_7/2013 du 14 mars 2013, consid. 1.2.1 ; ATF 138 II 162, consid. 2.5.2. Pour des développements, voir FRANÇOIS BOHNET, *Conflits d'intérêts de l'avocat et qualité pour recourir du client et de son adversaire : derniers développements*, RSJ 2014 237.

les *catégories de mandataires reconnues* par l'art. 68 CPC¹⁰⁴. Ce dernier arrêt ne tient pas compte du fait que, une fois la procédure tenue avec le représentant en question, il n'est plus possible de revenir en arrière (comme il le relève pourtant en cas d'exclusion de l'avocat¹⁰⁵) et que le refus de retenir un intérêt digne de protection (art. 76 al. 1 let. b CPC) ou un risque de dommage irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF) revient à considérer que les règles sur la représentation, qui constituent pourtant des conditions de recevabilité lorsqu'elles portent la demande¹⁰⁶, ne concernent que la partie représentée. Or les règles de l'instance ont été instituées pour les parties au procès¹⁰⁷ et chaque partie doit, en bonne doctrine, pouvoir s'en prévaloir.

- Le Tribunal fédéral retient également que la décision incidente par laquelle le premier juge impose à une *personne morale* d'être *représentée au procès par un organe qu'elle désigne* et non par le représentant de son choix (membre du conseil d'administration, directeur, fondé de procuration ou mandataire commercial avec pouvoir exprès pour plaider, qui ont personnellement connaissance des faits de la cause) entraîne un préjudice irréparable, « dès lors que la question de savoir si une autre personne ou d'autres personnes auraient pu également représenter la société ne pourra pratiquement pas être soulevée avec la décision finale »¹⁰⁸.

¹⁰⁴ TF 4A_436/2015 du 17 mai 2016, consid. 1.2.2 : « Cette question sur la validité de la représentation du demandeur pourra être revue avec la décision finale ». On peine cependant à déterminer si l'analyse du Tribunal fédéral se fonde uniquement sur la question du risque de dommage irréparable ou si elle prend aussi en compte la question de l'intérêt digne de protection au sens de l'art. 76 al. 1 let. b CPC.

¹⁰⁵ TF 4D_58/2014 du 17 octobre 2014, consid. 1.3.

¹⁰⁶ TF 4A_87/2012 du 10 avril 2012, RSPC 2012 306.

¹⁰⁷ Sur le lien d'instance, voir ATF 130 III 396, consid. 1.2.3, JdT 2005 II 87 ; FRANÇOIS BOHNET/STEPHEN BERTI, *Le lien d'instance (Prozessrechtsverhältnis)* ou l'essence du procès civil suisse – und ein Plädoyer für eine zivilprozessuale Grammatik, RSPC 2011 75.

¹⁰⁸ ATF 141 III 80, consid. 1.4.

- La décision par laquelle le tribunal considère que la cause doit être *conduite en procédure simplifiée* plutôt qu'ordinaire cause également un dommage irréparable puisque la demande, dans cette procédure, est soumise à des exigences de forme allégées, le recourant faisant du reste valoir que celles de la procédure ordinaire n'étaient pas remplies en l'espèce¹⁰⁹.
- En cas de contestation d'une *ordonnance de suspension*, lorsque le recourant expose et motive à satisfaction¹¹⁰ que celle-ci va entraîner une violation du principe de la célérité, en d'autres termes du droit de tout justiciable à ce que sa cause soit jugée dans un délai raisonnable, garanti par l'art. 29 al. 1 Cst.¹¹¹. La jurisprudence semble même retenir, dans ce cas, une *exception à l'exigence du dommage irréparable*. On peut aussi y voir l'existence avérée d'un préjudice juridique irréparable, compte tenu de cette violation d'une garantie formelle. Ce principe n'a pas été élargi aux autres garanties formelles de procédure. En particulier, une violation du droit d'être entendu, concrétisée par une décision incidente (décision qui refuse un droit de réplique par exemple), ne peut pas être attaquée pour la simple raison qu'elle viole le droit d'être entendu. Cette violation pourra être invoquée avec le jugement final. En revanche, le refus de suspendre la procédure dans l'attente d'un prononcé au pénal ne cause pas de dommage irréparable si le recourant peut invoquer les faits nouveaux dans le cours de la procédure, malgré l'absence de suspension¹¹².
- Le refus de l'*assistance judiciaire* est susceptible de causer un dommage irréparable selon la jurisprudence¹¹³. Les arrêts non publiés rendus en matière civile citent la jurisprudence développée

¹⁰⁹ TF 5A_689/2012 du 3 juillet 2013, consid. 1.1. non reproduit in ATF 139 III 368.

¹¹⁰ A défaut, si le recourant ne démontre pas à satisfaction que la suspension litigieuse risque objectivement de différer le jugement final au-delà de ce qui est raisonnable, son recours est irrecevable, voir ATF 138 III 190, consid. 6 ; TF 4A_542/2009 du 27 avril 2010, consid. 4.2.

¹¹¹ ATF 134 IV 43, consid. 2.5 ; TF 5A_276/2010 du 10 août 2010, RSPC 2011 27.

¹¹² TF 4A_241/2008 du 15 août 2015, consid. 1.4.

¹¹³ TF 5D_57/2011 du 8 décembre 2011, consid. 1.1, RSPC 2012 200 ; 5A_855/2013 du 18 mars 2014, consid. 1.

en matière de procédure pénale, selon laquelle « on conçoit mal qu'après la reprise de l'instruction, le prévenu puisse se trouver dans la même situation que s'il avait été d'emblée assisté, par exemple pour l'audition de témoins ou l'administration d'autres preuves »¹¹⁴. Quant au changement d'avocat d'office imposé par l'autorité suite à un conflit d'intérêts, il entraîne également un dommage irréparable puisque la partie est privée de son avocat¹¹⁵. Tel n'est en revanche pas le cas du refus de changement d'avocat d'office. En effet, selon une jurisprudence qui semble toujours d'actualité en matière civile, « sauf circonstances spéciales, l'atteinte à la relation de confiance n'empêche pas, dans une telle situation, une défense efficace ; c'est pourquoi la partie ne subit pas un dommage de nature juridique »¹¹⁶.

- La décision qui *impose des sûretés* cause un dommage irréparable si celle-ci empêche le recourant d'accéder à la justice. Elle doit donc démontrer qu'elle est privée des ressources nécessaires¹¹⁷.
- Est aussi susceptible de causer un dommage juridique irréparable la décision qui rejette une *requête de sûretés*¹¹⁸. Il existe en effet, dans ce cas, un risque que le recourant ne puisse recouvrer les dépens qui lui ont été accordés. Dès lors, l'octroi de l'assistance judiciaire, qui fait barrage à l'octroi de sûretés, peut être remis en cause par l'adversaire jusque devant le Tribunal fédéral et ce même s'il n'a pas eu la possibilité de participer à la procédure portant sur l'octroi de l'assistance judiciaire¹¹⁹.

¹¹⁴ ATF 133 IV 335, consid. 4 ; 129 I 129, consid. 1.1.

¹¹⁵ ATF 133 IV 335, consid. 4.

¹¹⁶ ATF 135 I 261, consid. 1.2 ; 133 IV 335, consid. 4 ; 126 I 207, consid. 2b. En matière pénale, voir en revanche ATF 138 IV 161 et 139 IV 113 et par exemple, TF 1B_424/2015 du 2 février 2016, consid. 1.2.

¹¹⁷ TF 4A_589/2014 du 1^{er} juin 2014, consid. 4, et les réf. Décision qui contraste de manière surprenante avec la jurisprudence en matière de séquestre, voir N 62 et les réf.

¹¹⁸ TF 4A_290/2008 du 4 mai 2009, consid. 3.3.

¹¹⁹ TF 4A_612 et 614/2013 du 25 août 2014, consid. 4.1.

v. Cas non tranchés

57. C'est sur la base de cette jurisprudence que l'on peut s'interroger sur *d'autres hypothèses* de risques de préjudice irréparable en matière de décisions de procédure :

- Sauf circonstances très particulières, le *refus d'un second échange d'écritures* ou d'un *droit de réplique* par exemple ne sera pas jugé comme susceptible de causer un préjudice juridique irréparable, dès lors que le recourant peut faire valoir la violation de son droit d'être entendu avec la décision finale. Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de retenir que le fait d'être privé à tort de la possibilité d'amplifier ses conclusions et d'alléguer des faits et moyens de preuve nouveaux pertinents ne cause pas un dommage irréparable, ces violations pouvant être invoquées directement dans le recours contre la décision au fond¹²⁰. Le recourant pourrait éventuellement soutenir qu'il entendait alléguer dans son acte des faits qui auraient dû être soumis aux témoins d'ores et déjà proposés et qu'une deuxième audition n'aura pas la même portée¹²¹. L'hypothèse inverse, à savoir la prise en compte d'une duplique malgré le retard de son auteur, ne cause pas un dommage irréparable à la partie adverse, qui pourra le cas échéant faire valoir cet argument dans un recours contre la décision finale¹²².
- En revanche, il y a, à notre sens, un risque de préjudice irréparable lorsque le tribunal exige d'une partie qu'elle *rectifie sa demande ou sa réponse* sous menace de sa non prise en considération au sens de

¹²⁰ TF 5A_936/2014 du 9 décembre 2014, consid. 1.3.

¹²¹ Comp. ATF 133 IV 335, consid. 4 ; 129 I 129, consid. 1.1 concernant l'audition de témoins avec l'avocat de son choix. Voir aussi TF 4A_644/2016 du 14 novembre 2016, consid. 3.2 : « La décision refusant de prolonger le délai imparti une énième fois à la recourante pour déposer ses répliques ne cause en principe pas de dommage irréparable à l'intéressée puisque cette dernière, à supposer que la décision finale à venir lui donne tort, pourra former un recours contre cette décision (...). Et l'on ne voit pas, contrairement à ce qui pourrait être éventuellement le cas dans l'hypothèse d'un refus d'admettre des moyens de preuve offerts, en quoi la recourante risquerait de ne plus pouvoir alléguer, alors, les faits nécessaires à sa cause qu'elle dit ne pas avoir suffisamment énoncés dans ses trois demandes ».

¹²² TF 4A_171/2013 du 16 mai 2014, consid. 2.2.

l'art. 132 al. 1 CPC¹²³. En effet, dans cette hypothèse, si l'intéressé modifie l'acte comme requis par le tribunal, il ne peut plus revenir sur cette question au stade de la décision finale. Si, en revanche, il refuse de modifier son acte, la conséquence peut être très préjudiciable (irrecevabilité de la demande et possible déchéance ; irrecevabilité de la réponse et défaut pouvant entraîner l'admission de la demande sur la base de l'art. 223 CPC). Comme relevé ci-dessus, le Tribunal fédéral a retenu que le refus de déposer une réponse en invoquant le fait que celle-ci n'est pas prévue à ce stade de la procédure, refus pouvant entraîner la déchéance du droit de déposer ultérieurement une réponse, est constitutif d'un préjudice irréparable¹²⁴. Ce cas et ceux que nous envisageons ici sont très proches. Le Tribunal fédéral avait d'ailleurs admis, sous l'empire de l'art. 87 al. 2 OJ – sur lequel se calque l'art. 93 al. 1 let. a LTF¹²⁵ –, l'ouverture du recours de droit public contre une décision préjudicielle qui fixait un délai au demandeur pour reformuler les conclusions de sa demande. Dans cette affaire, le demandeur faisait valoir que l'acte qu'il avait déposé remplissait les conditions de la loi et qu'il avait le droit de poursuivre sa procédure sur cette base-là. Le Tribunal fédéral a considéré qu'un recours contre un tel prononcé était ouvert puisque le demandeur était empêché de conduire sa procédure sur la base d'un acte que celui-ci considérait comme remplissant les exigences légales. Sur le fond, il est parvenu à la conclusion que les exigences posées par le premier juge étaient excessives et que l'acte remplissait en l'occurrence les exigences de formes imposées par la loi¹²⁶. La problématique de la forme des actes n'est pas anodine. Les pratiques cantonales sont parfois très divergentes à cet égard (certains tribunaux maintiennent les

¹²³ FRANÇOIS BOHNET, Code de procédure civile, année une : premiers jalons en place, Plaidoyer 6/2011. L'autorité de recours en matière civile du canton de Vaud admet pour sa part un risque de préjudice difficilement réparable au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC, voir arrêt PT14.044585-160544155 du 9 mai 2016, consid. 1.2.

¹²⁴ TF 5A_871/2011 du 12 avril 2011, consid. 1 non reproduit in ATF 138 III 366.

¹²⁵ TF 4A_585/2013 du 13 mars 2014, consid. 1.2 ; ATF 135 III 127, consid. 1.2.

¹²⁶ ATF 102 Ia 96, consid. 3 ; FRANÇOIS BOHNET/PHILIPPE CONOD, Bail et procédure civile suisse : premiers développements, 18^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2012, p. 224 N 36.

exigences de l'ancien droit cantonal, parfois très formel) et refuser d'entrer en matière sur un recours formé sur cet aspect au stade de la décision incidente empêchera, de fait, une unification des usages cantonaux, chaque juge pouvant, de fait, imposer sa propre pratique, si aucun contrôle du Tribunal fédéral ne peut intervenir.

58. Quoiqu'il en soit, de nombreuses questions procédurales ne pourront que très rarement faire l'objet d'un recours recevable au stade de la décision incidente, parce que les magistrats sont très libres dans l'organisation du procès (art. 124 ss CPC) et que celle-ci n'entraîne en principe pas de dommage irréparable. Par exemple, le fait d'ordonner le dépôt de pièces au demandeur avant le dépôt de la réponse n'engendre pas de dommage irréparable, l'autre partie ayant toujours le droit de se prononcer sur cette réponse en vertu de son droit d'être entendu¹²⁷.
59. A notre connaissance, bien des tribunaux, faisant usage de la souplesse du Code, maintiennent leurs anciennes pratiques. Ainsi, les délais de réponse, le cas échéant de réplique et de duplique, sont souvent calqués sur ceux accordés sous l'ancien droit et les audiences ressemblent souvent passablement à celles que l'on connaissait auparavant. Un tribunal qui avait, avant 2011, l'habitude de citer une seule audience de débats principaux, prévue pour l'audition de l'ensemble des témoins, plaidoiries et jugement, maintiendra en principe cette pratique, tout comme le tribunal devant lequel se succédaient plusieurs audiences espacées de plusieurs mois continuera de procéder ainsi.

b. Décisions susceptibles d'aboutir à une décision finale et permettant d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse

60. La condition de l'art. 93 al. 1 let. b LTF sera rarement remplie. Il faut pour cela que « la procédure probatoire, par sa durée et son coût, s'écarte notablement des procès habituels. Si l'administration des preuves doit se limiter à entendre les parties, à leur permettre de produire des pièces et à procéder à l'interrogatoire de quelques témoins, un recours immédiat n'est pas justifié ; il en va différemment

¹²⁷ TF 4A_531/2013 du 17 décembre 2013, consid. 1.5, RSPC 2014 240.

s'il faut envisager des mesures telles qu'une expertise complexe, plusieurs expertises, l'audition de très nombreux témoins ou encore l'envoi de commissions rogatoires dans des pays lointains »¹²⁸. Autant dire que cette ouverture à recours n'est pas celle qui permet un contrôle effectif de dispositions procédurales. En principe, les règles concernées, soit avant tout celles portant sur les conditions de recevabilité (art. 59 CPC), seront surtout examinées lorsque le prononcé est une non-entrée en matière.

D. Mesures provisionnelles

61. L'ouverture du recours en matière civile à l'encontre de décisions en matière de mesures provisionnelles est *doublement limitée*. Quant aux griefs tout d'abord : seule la violation des droits constitutionnels peut être invoquée (art. 98 LTF), si bien que c'est l'application arbitraire des dispositions du CPC en matière de mesures provisionnelles qui sera avant tout prétendue. Quant à l'exigence d'un risque de préjudice irréparable ensuite : à moins que la décision ne soit considérée comme finale¹²⁹, seul un tel risque ouvre la voie du recours en matière civile¹³⁰.

¹²⁸ ATF 134 III 426, consid. 1.3.2 ; 133 III 629, consid. 2.1. et 2.4.2 ; TF 2C_111/2011 du 7 juillet 2011, consid. 1.1.3 in SJ 2012 I 97.

¹²⁹ On le retient lorsque la procédure est autonome et ne requiert pas de validation des mesures en cas d'admission, voir ATF 134 I 83, consid. 3.1 et les réf. ; TF 4A_762/2011 du 16 avril 2012, consid. 1.2., RSPC 2012 314. C'est le cas des mesures de réglementation, comme les mesures protectrices (ATF 133 III 393, consid. 4) et les mesures provisionnelles dans le cadre d'un divorce (ATF 134 III 426, consid. 2.2). C'est également le cas de la preuve à futur : celle-ci n'a pas à être validée en cas d'admission, si bien que la décision la refusant est finale, alors que celle l'admettant est incidente car cette procédure se poursuit jusqu'à ce que la preuve soit administrée (ATF 138 III 46, consid. 1.1). Pour des réflexions sur ce thème, voir DENIS TAPPY, Les mesures provisionnelles en matière civile dans le nouveau système de recours au Tribunal fédéral, RSPC 2007 102.

¹³⁰ ATF 137 III 324 ; TF 4A_478/2011 du 30 novembre 2011, consid. 1.1, RSPC 2012 213 : « En ne permettant le recours que pour violation des droits constitutionnels (art. 98 LTF), le législateur a au contraire manifesté la volonté de se montrer restrictif, tant il est évident qu'il n'est guère opportun que le Tribunal fédéral doive se prononcer sur un état de fait complexe à un stade préliminaire, alors que l'on ignore quel pourrait être le résultat d'une administration complète des preuves dans le procès sur le fond ».

Cela vaut tant en cas d'admission des mesures provisionnelles qu'en cas de rejet¹³¹. A cet égard, il incombe à la partie recourante d'indiquer de manière détaillée en quoi elle se trouve menacée d'un préjudice juridique irréparable par la décision de mesures provisionnelles qu'elle conteste, sauf si ce point découle manifestement de la décision attaquée ou de la nature de la cause¹³². A défaut, le recours est irrecevable¹³³.

62. On admet par exemple qu'un blocage, même temporaire, de valeurs patrimoniales constitue un préjudice juridique irréparable¹³⁴. Il en va de même d'une décision d'interdiction qui risque de faire perdre des parts de marché à la partie recourante qui entend lancer un nouveau produit sur le marché, dommage qui pourra difficilement être réparé à l'issue de la procédure¹³⁵. La même jurisprudence considère, en revanche, qu'une société bien implantée sur le marché, « qui verrait sa requête de mesures provisionnelles rejetée pourrait relativement facilement démontrer l'impact de la concurrence illicite sur son chiffre d'affaires et son bénéfice et donc obtenir des dommages-intérêts en conséquence, le cas échéant sous l'angle de l'art. 42 al. 2

¹³¹ TF 4A_9/2013 du 18 juin 2013, consid. 5 : « elle vise non seulement le recours dirigé contre une décision accordant des mesures provisionnelles, mais aussi celui dirigé contre une décision de refus (arrêt 4A_478/2011 du 30 novembre 2011, consid. 1.1, SJ 2012 I 468) ».

¹³² ATF 137 III 324, consid. 1.1 ; TF 4A_36/2012 du 26 juin 2012, consid. 1.2.

¹³³ TF 4A_440/2011 du 21 octobre 2011, consid. 2, RSPC 2011 125 : « Il paraît effectivement extrêmement difficile de démontrer le développement économique auquel une partie aurait pu prétendre sur la base d'un produit qui n'a finalement pas pu être lancé au moment choisi. Le résultat du lancement d'un nouveau produit dépend de multiples facteurs, rattachés à une période donnée, comme les moyens mis en œuvre pour la production, la commercialisation et la publicité, ainsi que la réaction du public, qui dépend elle-même des possibilités alternatives, voire de la conjoncture à un moment déterminé » ; ATF 134 I 83, consid. 3.1 ; 137 III 324, consid. 1.1.

¹³⁴ TF 5A_901/2011 du 4 avril 2012, consid. 1, RSPC 2012 410 ; ATF 128 II 353 consid. 3 ; 126 I 97, consid. 1b ; 96 I 629.

¹³⁵ TF 4A_36/2012 du 26 juin 2012, consid. 1.3.1, RSPC 2012 412 ; ATF 130 II 149, consid. 1.1 ; 127 II 132, consid. 2b ; TF 2A.206/2001 du 24 juillet 2001, consid. 3c, qui renvoie à l'ATF 125 II 613, consid. 6b.

CO », si bien que le risque de dommage irréparable ne serait pas admis facilement dans ce cas¹³⁶.

63. Notons encore que la jurisprudence retient que la décision qui refuse l'*inscription provisoire d'une hypothèque légale* des artisans et entrepreneurs au sens de l'art. 961 al. 1 ch. 1 CC constitue une décision finale au sens de l'art. 90 LTF. Faute d'inscription à titre provisoire, le droit de requérir l'hypothèque s'éteint par péremption en vertu de l'art. 839 al. 2 CC. Au contraire, la décision qui autorise l'inscription provisoire d'une telle hypothèque légale est incidente au sens de l'art. 93 LTF, puisqu'elle ne constitue qu'une étape vers l'inscription définitive. Sa nature est celle d'une mesure conservatoire, ordonnée provisoirement¹³⁷.
64. Les *mesures superprovisionnelles* sont soumises à un régime propre. Les prononcés les concernant n'épuisent pas les voies de recours cantonales au sens de l'art. 75 al. 1 LTF, puisque la procédure provisionnelle se poursuit devant l'autorité saisie afin d'obtenir le remplacement des mesures superprovisionnelles par des mesures provisionnelles. Le Tribunal fédéral retient par ailleurs que l'exclusion du recours se justifie aussi par le fait que la procédure de mesures provisionnelles sera plus rapide que l'obtention d'un prononcé sur recours¹³⁸. A titre d'exception, il entre en matière en cas de dommage irréparable¹³⁹, ce qu'il a admis lorsque le juge refuse la *suspension superprovisionnelle de la poursuite* (art. 85a al. 2 LP) si la faillite du poursuivi risque d'être prononcée¹⁴⁰. Le Tribunal fédéral l'admet aussi en matière d'*inscription provisoire d'hypothèque légale* (art. 961 al. 3 CC), compte tenu du risque de péremption du droit faute d'inscription opérée au journal du registre foncier dans le délai légal (art. 839 al. 2 CC)¹⁴¹.

¹³⁶ TF 4A_36/2012 du 26 juin 2012, consid. 1.3.2, RSPC 2012 412.

¹³⁷ ATF 137 III 589 ; TF 5A_509/2011 du 18 octobre 2011, consid. 1.2.2, RSPC 2012 135, et les réf.

¹³⁸ ATF 137 III 417, consid. 1.2 ; TF 5A_554/2014 du 21 octobre 2014, consid. 3.2.

¹³⁹ Le Tribunal fédéral ne mentionne pas cette notion, mais on peut s'y référer à notre sens.

¹⁴⁰ TF 5A_473/2012 du 17 août 2012, consid. 1.2.1.

¹⁴¹ TF 5A_508/2012 du 28 août 2012, consid. 3.1, RSPC 2013 81, et les réf.

VII. Conclusion

65. Le Tribunal fédéral clarifie peu à peu le sens et la portée des dispositions du Code de procédure civile suisse. Si, parfois, la valeur litigieuse peut être un frein à l'examen de dispositions spécifiques de procédure, globalement le Tribunal fédéral dispose des outils nécessaires pour assurer une application uniforme du CPC dans les cantons. Il faut cependant que l'interprétation faite du « dommage juridique irréparable » de l'art. 93 al. 1 let. a LTF et de l'« intérêt digne de protection » de l'art. 76 al. 1 let. b LTF ne soit pas trop restrictive, faute de quoi diverses exigences en matière de forme des actes et de représentation conventionnelle pourraient conserver des teintes très locales et représenter un frein manifeste à la circulation des mandataires professionnels et à un accès égalitaire à la justice en matière civile.