

**PROJET 2020 DE RÉVISION DU CODE
DE PROCÉDURE CIVILE: PLAIDOYER
POUR LA JURISPRUDENCE**

par

François BOHNET

Professeur à l'Université de Neuchâtel,
avocat

et

Julitte SCHALLER

Collaboratrice scientifique et doctorante
à l'Université de Neuchâtel

Tiré à part de la Semaine Judiciaire 2020 II 189 ss



**PROJET 2020 DE RÉVISION DU
CODE DE PROCÉDURE CIVILE :
PLAIDOYER POUR LA JURISPRUDENCE**

par

François BOHNET
Professeur à l'Université de Neuchâtel,
avocat

et

Julitte SCHALLER
Collaboratrice scientifique et doctorante
à l'Université de Neuchâtel

I. INTRODUCTION

Le Code de procédure civile suisse fêtera bientôt les dix ans de son entrée en vigueur. Depuis le 1^{er} janvier 2011, diverses motions ont été adoptées par les Chambres fédérales, de même qu'un postulat qui a été accepté par le Conseil national¹. C'est sur cette base que le Conseil fédéral a préparé un avant-projet de révision du Code de procédure civile, intitulé assez pompeusement «*Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité*», mis en consultation le 2 mars 2018.

Pour ce qui est de «*la praticabilité*» de la loi, l'avant-projet ne proposait pas de réexamen approfondi des mécanismes du code, mais se limitait à un pot-pourri d'adaptations visant à satisfaire diverses doléances (en matière de coordination des procédures, de conciliation, de procédures du droit de la famille, de droit de refuser de collaborer des juristes d'entreprise, etc.) faites sans réflexion d'ensemble. Ces modifications codifiaient la jurisprudence, respectivement s'en écartaient, ou encore adaptaient certaines règles légales pour tenter de mieux s'accommoder aux exigences de la pratique.

¹ Rapport AP-CPC, p. 6 ss ; Message P-CPC, FF 2020 p. 2612 ss.

Concernant «*l'applicabilité*» du code, il s'agissait pour le Conseil fédéral de revoir le système d'avance de frais et de règlement des frais et surtout d'améliorer la protection judiciaire en matière de dommages collectifs, voire dispersés. L'action des organisations était développée dans l'avant-projet pour permettre l'octroi de dommages-intérêts ou la remise du gain. Par ailleurs, un nouvel instrument était proposé, celui de la transaction de groupe.

Le projet du 26 février 2020 reprend, mais plus timidement, les modifications qui viseraient à améliorer «*la praticabilité*» en ajoutant de nouvelles dispositions au sujet de la vidéoconférence, envisagées peu avant la pandémie dans le cadre des affaires relevant du commerce international. En revanche, en ce qui concerne une prétendue meilleure «*applicabilité*» du code, le projet, qui parle désormais d'«*application du droit*» (mauvaise traduction de la «*Rechtsdurchsetzung*»), ce sera essentiellement pour plus tard, sauf en matière d'avance de frais et de règlement des frais : le Conseil fédéral a décidé de scinder le projet et de traiter séparément la protection collective des droits², repoussant à une date indéterminée l'introduction de ces nouveaux outils. Il s'agit de la deuxième tentative législative avortée au sujet de l'exercice collectif des droits, après le projet de loi sur les services financiers (LSFin).

Disons-le d'emblée : le projet n'est pas bon. Les modifications proposées sont souvent inutiles ou mal pensées et posent plus de problèmes qu'elles n'en résolvent. A vrai dire, plus on lit le texte proposé, plus on mesure à quel point l'équilibre du CPC est précaire et risque d'être remis en cause en cas de modifications à la va-vite. Et on se rend compte combien est irremplaçable le travail minutieux de la jurisprudence.

II. APPROCHE PROPOSÉE PAR LE CONSEIL FÉDÉRAL

Le projet du 26 février 2020 a pour objectif une révision du CPC faite de modifications ponctuelles. Il s'agit parfois d'un simple toilettage, d'autres fois de codifier la jurisprudence, ou à l'inverse de s'en distancer, et enfin de résoudre des inconvénients pratiques. A cet égard, retiennent l'attention les modifications proposées en matière d'avance de frais, de compétence du tribunal de commerce, de conciliation préalable, de coordination des procédures (cumul, demande reconventionnelle et appel en cause), de transmission des actes en cas d'incompétence, de procédure de droit de la famille et de devoir de collaborer des juristes d'entreprise.

Si l'on peut comprendre que le Conseil fédéral souhaite éviter un éparpillement des révisions, de même qu'un réexamen du code en

² Message P-CPC, FF 2020 p. 2630 s.

profondeur³, le projet reste dans la ligne de l'avant-projet et propose souvent des modifications bâclées, sans tenir compte attentivement de leurs conséquences. C'est d'ailleurs le peu de réflexion de l'avant-projet sur la protection collective des droits qui a poussé le Conseil fédéral à scinder le projet en deux, remettant à plus tard des modifications qui ont été vivement critiquées.

III. RÉSULTAT DE LA PROCÉDURE DE CONSULTATION

Le principe d'une révision du CPC a été de manière générale accepté par les participants à la procédure de consultation. L'avant-projet a toutefois été jugé insuffisant sur différents points, en particulier concernant les règles sur les frais visant à faciliter l'accès à la justice et l'exercice collectif des droits⁴. Comme déjà relevé, ce dernier domaine sera finalement traité séparément pour ne pas risquer le rejet du projet dans son ensemble. Les autres dispositions de l'avant-projet ont été globalement maintenues dans le projet, mais ont souvent été quelque peu remaniées ou partiellement abandonnées, voire abandonnées en fonction des critiques et des demandes lors de la procédure de consultation. A noter toutefois que la majorité des faiblesses de l'avant-projet⁵ n'ont pas été réglées dans le projet.

IV. TOILETTAGE DU CPC

Le toilettage du code n'est, hélas, pas un franc succès. Prenons deux exemples.

A. Notion de « proposition de décision »

L'avant-projet et le projet prévoient de remplacer l'expression de « *proposition de jugement* » par celle de « *proposition de décision* ». Certes, le code utilise le mot « *décision* » plutôt que « *jugement* », mais l'expression « *proposition de jugement* », un peu surprenante de prime abord, est entrée dans la pratique et permet de distinguer la proposition de jugement de l'autorité de conciliation de ses propres décisions (art. 212 CPC). La modification envisagée est donc probablement une fausse bonne idée, et une simple recherche dans le texte du code permet de constater que le mot « *jugement* » figure à d'autres endroits

³ Message P-CPC, FF 2020 p. 2615.

⁴ Synthèse consultation AP-CPC, p. 7 s.; Message P-CPC, FF 2020 p. 2617 s.

⁵ BOHNET, p. 31 ss.

dans le texte⁶, aux art. 54 al. 1 CPC (principe de publicité des débats), 73 al. 2 CPC (intervention principale; seulement dans la version française) et même 407b CPC (disposition transitoire concernant l'entretien de l'enfant). De plus, le mot « *Urteil* » est employé dans l'expression « *Urteilsberatung* » (délibérations) dans un grand nombre de dispositions. Le CPC emploie du reste beaucoup d'expressions dans des acceptions non techniques, voire même discutables. Autant dire qu'il est inutile de modifier la terminologie du code de manière si ponctuelle, surtout s'il ne s'agit pas de s'attaquer à la nature du prononcé concerné. A cet égard, l'on peut s'étonner que la distinction entre les ordonnances d'instruction et les autres décisions, figurant à l'art. 319 let. b CPC et, implicitement, aux al. 1 et 2 de l'art. 321 CPC n'ait pas, elle, fait l'objet d'une clarification, alors même que ces deux notions sont incertaines et entraînent une relative insécurité quant à la durée du délai de recours, de dix ou de trente jours⁷.

B. Actes de procédure en matière de consorité nécessaire

Mentionnons également l'art. 70 al. 2 P-CPC en matière de consorité nécessaire (partie du dispositif visant à améliorer la coordination des procédures), qui dispose que « *Les actes de procédure accomplis en temps utile par l'un des consorts valent pour ceux qui n'ont pas agi, à l'exception de l'introduction d'appels et de recours* ». Il s'agirait donc de clarifier le texte français en ajoutant expressément l'appel. Ces termes sont à nouveau trompeurs : il faudrait parler de voies de recours, conformément à la dénomination du titre 9 du code. A défaut, cette « précision » pourrait laisser entendre que l'introduction d'une demande en révision, voie de droit exceptionnelle figurant au chapitre 3 dudit titre 9, pourrait valoir pour tous les consorts. De plus, l'art. 70 al. 2 CPC est muet, dans les trois langues, sur l'introduction des demandes et des demandes d'interprétation⁸. La jurisprudence a pourtant déjà réglé en partie la question : « *Pour le dépôt d'un recours, comme pour l'ouverture de l'action en justice, tous les consorts nécessaires doivent agir ensemble* »⁹. Quelle est donc l'utilité d'une modification réalisée sans vue d'ensemble ?

⁶ Au contraire du rapport explicatif sur l'avant-projet, p. 24, le Message, FF 2020 p. 2633, le relève d'ailleurs.

⁷ Voir, par exemple, TF, arrêt 4A_475/2018 du 12 septembre 2019, RSPC 2020 7 et la note de G. JÉQUIER, p. 12 ss, qui tente une classification.

⁸ BOHNET, p. 32.

⁹ ATF 142 III 782 c. 3.1.2, RSPC 2017 8.

V. CODIFICATION DE LA JURISPRUDENCE

La jurisprudence est abondante en matière de procédure civile. Chaque année, une trentaine d'arrêts sont publiés au recueil officiel et une foule d'arrêts non publiés apporte des précisions sur divers points de procédure. Est-il dès lors opportun de n'en «*codifier*» que quelques-uns? Comment déterminer quels arrêts le méritent? Un tel choix demeure sans aucun doute subjectif et sujet à discussion. Il n'est, de plus, pas évident de transcrire dans la loi toutes les nuances d'une jurisprudence. Le risque est grand de la figer et de rendre plus complexe encore toute adaptation ultérieure¹⁰.

A. Voie de droit en cas de motif de récusation

Le projet prévoit de codifier la jurisprudence selon laquelle «Le recours est ouvert en cas de découverte d'un motif de récusation après la clôture de la procédure, à la notification de la décision; la révision est subsidiaire»¹¹. L'art. 51 al. 3 P-CPC retient ainsi que «Si un motif de récusation n'est découvert qu'après la clôture de la procédure et que plus aucune autre voie de recours n'est ouverte, les dispositions sur la révision sont applicables».

Le texte proposé maintient la notion de «*clôture de la procédure*», considérée comme peu précise par l'arrêt topique¹², et n'exprime pas clairement que la récusation doit être demandée par la voie de droit ouverte sur le fond, alors même que les motifs d'appel et de recours (art. 310 et 320 CPC) sont muets en matière de récusation. Aucun article de loi ne précise quelle «*autre voie de droit*» doit être empruntée en matière de récusation lorsque la procédure est close, mais que la décision n'est pas encore entrée en force. Certes, on peut considérer qu'une décision rendue par un juge qui devait se récuser constitue une violation de la loi au sens des art. 310 let. a CPC (appel) et 320 let. a CPC (recours), mais le code prévoit pour certaines hypothèses des voies spécifiques: le déni de justice, par exemple, relève du recours (art. 319 let. c CPC), de même que la contestation portant sur les seuls frais (art. 110 CPC). De plus, l'ATF 139 III 466 laissait ouverte la question des motifs ne résultant pas de la décision attaquée (c. 3.4 *in fine*). Qu'en serait-il notamment d'un fait postérieur au jugement, survenant pendant le délai de recours (par exemple, un juge commente sa décision avec des remarques problématiques sur une partie, dans un document qu'une partie découvre au dossier, ou bien un juge fait une

¹⁰ Voir d'ailleurs le Rapport AP-CPC, p. 12.

¹¹ ATF 139 III 466, JdT 2015 II 439, RSPC 2014 157.

¹² ATF 139 III 466, consid. 3.4, JdT 2015 II 439, RSPC 2014 157.

remarque sur la faiblesse de la position d'une partie lorsqu'on lui demande la motivation de la décision). Autant dire que le texte proposé ne règle pas toutes les questions et se révèle finalement assez inutile.

B. Restitution et perte définitive du droit

La modification proposée à l'art. 149 P-CPC en matière de restitution n'est pas plus convaincante: «Le tribunal donne à la partie adverse l'occasion de s'exprimer et statue définitivement sur la restitution, à moins que le refus de restitution n'entraîne la perte définitive du droit». Que faut-il comprendre par «perte définitive du droit»? Vise-t-on seulement le droit matériel prétendu, ou également les moyens juridiques, les exceptions de procédure ou de droit civil et encore le droit d'alléguer ou de proposer des preuves? De manière contradictoire à l'objectif de codification du projet de modification du CPC, seule la lecture de la jurisprudence ou du Message accompagnant le projet de révision permet de saisir plus ou moins la portée du principe posé. Par «perte du droit» («*Rechtsverlust*»), la jurisprudence fait référence à une menace de «*definitiver Verlust der Klage oder eines Angriffsmittels*»¹³, ce que le Conseil fédéral a traduit par «perte définitive d'une prétention ou de la possibilité de faire valoir un droit»¹⁴. Tout d'abord, il est étonnant que la terminologie — plus claire — utilisée par le Tribunal fédéral et traduite dans le Message ne soit pas reprise dans la loi. De surcroît, et quoi qu'il en soit, cette notion devrait encore être précisée concernant les cas figurant ci-dessus. Enfin, on doit encore s'interroger sur la différence entre «la perte définitive d'une prétention ou de la possibilité de faire valoir un droit» et les notions qui semblent proches de préjudice difficilement réparable de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC et préjudice irréparable de l'art. 93 al. 1 let. a LTF. Nul doute que l'adoption de l'une de ces deux notions aurait permis de mieux clarifier la problématique sans ajout d'une nouvelle notion juridique indéterminée.

VI. MODIFICATION DE LA JURISPRUDENCE

Lorsque la jurisprudence est modifiée par la voie légale, il est nécessaire d'examiner attentivement les effets de cette révision et de contrôler que les dispositions légales sont bien coordonnées.

¹³ ATF 139 III 478 c. 1 et 6, ainsi que les arrêts du Tribunal fédéral 4A_260/2016 du 5 août 2016, c. 1.1, et 5A_964/2014 du 2 avril 2015, c. 2.3.

¹⁴ Message P-CPC, FF 2020 p. 2656.

A. Transmission de l'acte au tribunal compétent

L'avant-projet comportait une disposition problématique, l'art. 60a AP-CPC, en matière de transmission au tribunal compétent d'une «*demande formée au mauvais tribunal*», qui a été retirée du projet après avoir été très critiquée lors de la consultation¹⁵. Cet article était non seulement mal rédigé, mais il n'était pas coordonné avec l'art. 143 al. 1^{bis} AP-CPC. L'art. 143 al. 1^{bis} P-CPC a été remanié et est à présent formulé de la manière suivante : «*Les actes remis dans les délais mais adressés par erreur à un tribunal suisse manifestement incompétent sont réputés remis en temps utile. Lorsqu'un autre tribunal suisse est manifestement compétent, le tribunal incompétent les lui transmet d'office*». Cette nouvelle disposition a pour but de répondre à la jurisprudence qui ne permet une telle transmission que si l'acte est faussement adressé au tribunal de jugement et non à l'autorité de recours¹⁶, en l'élargissant apparemment non seulement à toute autorité pour les voies de recours, mais aussi à tout acte¹⁷.

La disposition proposée lève le doute sur l'application de la règle lorsque le tribunal compétent est à l'étranger. Mais de nombreux problèmes demeurent. Qu'entend-on par «*tribunal manifestement incompétent*»? Sans doute faudrait-il, dans le silence des textes, se référer à la jurisprudence consacrée à l'examen de sa compétence par l'autorité de conciliation¹⁸. La règle signifie-t-elle que lorsque le tribunal n'était pas manifestement incompétent, mais qu'un prononcé d'incompétence intervient, ce n'est pas cet art. 143 al. 1^{bis} P-CPC qui s'applique, mais l'art. 63 CPC? Seule certitude : cette question n'a pas été examinée avec soin.

A lire la première phrase de l'art. 143 al. 1^{bis} P-CPC, le délai est respecté dès l'instant où le tribunal saisi est manifestement incompétent. La deuxième phrase ne s'appliquerait en revanche que lorsqu'un autre tribunal suisse est manifestement compétent. Que faire de l'acte dans un tel cas? Le Message retient que ce n'est qu'en présence d'une autorité manifestement incompétente *et* d'une autorité manifestement compétente que l'obligation de transmettre les actes prévaudra¹⁹. Il reste muet en revanche sur l'hypothèse d'une autorité saisie manifestement

¹⁵ Synthèse consultation AP-CPC, ch. 5.6, p. 17 s. ; Message P-CPC, FF 2020 p. 2655. Voir aussi BOHNET, p. 32.

¹⁶ ATF 140 III 636, RSPC 2015 147.

¹⁷ Message P-CPC, FF 2020 p. 2655.

¹⁸ ATF 139 III 273 ; TF 4A_191/2019 du 5 novembre 2019.

¹⁹ Message P-CPC, FF 2020 p. 2655 : « l'obligation de transmettre les actes vaudra uniquement s'ils doivent être transmis à un tribunal suisse [...] et seulement si un autre tribunal suisse est manifestement compétent.

incompétente sans qu'il n'existe (dans l'esprit de celle-ci ?) une autorité manifestement compétente. Peut-on véritablement parler d'une « *amélioration de la praticabilité* » avec un tel texte ?

Par ailleurs, la règle vaut-elle aussi lorsqu'aucune question de délai ne se pose spécifiquement (le délai de prescription, de dix ans, ne court que depuis six mois par exemple) ? De plus, la notion d'erreur demeure sujette à débat : est-elle objective ou subjective ? L'avocat qui aurait dû savoir que le tribunal saisi n'était pas compétent bénéficie-t-il ou non de cette disposition ?

A notre avis, il est préférable de laisser la jurisprudence 140 III 636 évoluer à son rythme, plutôt que de risquer de remettre en cause l'équilibre entre l'art. 63 et l'art. 143 CPC.

B. Expertise privée

Selon la jurisprudence, une expertise privée n'est pas considérée comme étant un moyen de preuve : elle n'est ni une expertise (elle n'en remplit pas les conditions), ni un titre ; il s'agit donc d'une « *déclaration de partie* » qui permet à l'intéressé de préciser ses allégués²⁰.

L'avant-projet et le projet renversent ce raisonnement, qui d'ailleurs nous semblait discutable²¹. Ainsi, l'art. 177 P-CPC modifie la définition du titre : « *Les titres sont des documents propres à prouver des faits pertinents, tels les écrits, les dessins, les plans, les photographies, les films, les enregistrements audios, les fichiers électroniques, les données analogues et les expertises privées des parties* ». L'énumération n'est pas bien structurée : une expertise privée est un écrit et devrait donc figurer comme exemple d'« *écrits* ».

Reste la question de la force probante de ce titre. Le Message P-CPC nous éclaire à ce sujet : « *Les expertises privées ou fournies par les parties resteront bien entendu soumises au principe de la libre appréciation des preuves par le tribunal au sens de l'art. 157 CPC et leur force probante dans le cas concret dépendra de toutes les circonstances à prendre en compte (par ex. les liens entre la partie et l'expert, les circonstances de l'attribution du mandat, la procédure et le déroulement de l'expertise, la compétence de l'expert, etc.)* »²².

Dans ce contexte, aurait-il également fallu mentionner les déclarations écrites des témoins ? Si l'on admet qu'elles sont propres à prouver

²⁰ ATF 141 III 433, c. 2.

²¹ Voir TREZZINI / BOHNET, L'expertise privée selon l'ATF 141 III 433 – Une preuve imparfaite issue d'un concept imparfait, RDS 2017 I 367.

²² Message P-CPC, FF 2020 p. 2659 s.

des faits pertinents, c'est uniquement la question de l'appréciation de leur portée par le juge qui se pose ensuite.

VII. MODIFICATION DE LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL DE COMMERCE

Actuellement, quatre cantons ont un tribunal de commerce qui juge des litiges commerciaux en instance unique cantonale, sur la base de l'art. 6 CPC²³. Cette disposition a fait l'objet de nombreuses discussions dès son entrée en vigueur, et les tribunaux ont souvent dû en discuter la portée²⁴. La jurisprudence du Tribunal fédéral a précisé bon nombre de points²⁵. A l'occasion de la révision du CPC, le Conseil fédéral a décidé d'améliorer cette disposition sur trois points: (A) précision et développement des conditions prévues par l'art. 6 al. 2 CPC au sujet de la définition du litige commercial, (B) codification de la jurisprudence prévoyant qu'en cas de consorité simple, la compétence du tribunal de commerce est exclue s'il n'est compétent pour juger que de certaines actions ou prétentions (art. 6 al. 6 P-CPC) et, enfin, le Conseil fédéral a prévu une nouvelle possibilité pour les cantons, inscrite à l'art. 6 al. 4 P-CPC, d'attribuer certains litiges commerciaux internationaux au tribunal de commerce, si les parties ont donné leur accord (cf. chap. XII. A. ci-dessous)²⁶.

A. Définition du litige commercial

Le projet propose quelques adaptations des conditions pour qu'un litige puisse être qualifié de commercial et ainsi être soumis au tribunal de commerce²⁷.

L'art. 6 al. 2 let. a CPC reste inchangé, l'activité commerciale d'une partie au moins doit être concernée²⁸.

L'art. 6 al. 2 let. b CPC énonce comme condition qu'un recours au Tribunal fédéral doit pouvoir être intenté contre la décision, c'est-à-dire que la valeur litigieuse minimale de l'art. 74 al. 1 LTF doit être atteinte. Cependant, la jurisprudence retient qu'en cas de litige de droit

²³ Argovie, Berne, St-Gall et Zurich; BUCHER, p. 4.

²⁴ Message P-CPC, FF 2020 p. 2634.

²⁵ ATF 137 III 563; ATF 138 III 471; ATF 138 III 694, JdT 2015 II 247; ATF 139 III 67; ATF 139 III 457; ATF 140 III 155; ATF 140 III 355; ATF 140 III 409; ATF 140 III 550; ATF 141 III 527; ATF 142 III 96; ATF 142 III 515; ATF 142 III 623; ATF 143 III 495.

²⁶ Message P-CPC, FF2020 p. 2634 s.

²⁷ Message P-CPC, FF 2020 p. 2635.

²⁸ Message P-CPC, FF 2020 p. 2635.

du bail ou du travail, pour lesquels la valeur litigieuse prévue par l'art. 74 al. 1 let. a LTF est de 15'000 francs, c'est la procédure applicable qui a la priorité sur la compétence matérielle du tribunal de commerce. Ainsi, le fait que la procédure simplifiée soit applicable en vertu de l'art. 243 al. 1 et 2 CPC exclut la compétence du tribunal de commerce²⁹. Le Conseil fédéral propose dans son projet de relier directement la compétence du tribunal de commerce fondée sur l'al. 2 à la valeur litigieuse de 30'000 francs³⁰. La jurisprudence mentionnée continuera à s'appliquer lorsque le canton a attribué au tribunal de commerce les litiges mentionnés à l'art. 6 al. 4 CPC pour lesquels une valeur litigieuse minimale n'est pas exigée³¹.

L'art. 6 al. 2 let. c P-CPC énonce la troisième condition de la manière suivante: «*les parties sont inscrites comme entités juridiques au registre du commerce suisse ou dans un registre étranger équivalent*». Seule modification: l'utilisation de la terminologie «*entités juridiques*», qui vise à reprendre celle inscrite à l'art. 2 let. a de l'ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce et à éviter toute controverse quant à la personne inscrite simplement comme organe³². C'est la même adaptation qui est faite à l'art. 6 al. 3 P-CPC³³.

L'art. 6 al. 2 let. d P-CPC vise à lever les incertitudes quant à la compétence du tribunal de commerce en matière de droit du travail et de droit du bail, en éliminant ces domaines de la compétence du tribunal de commerce³⁴. Il existe actuellement une jurisprudence très fournie qui tente de délimiter ces compétences³⁵. Il est ressorti de la procédure de consultation qu'il était plus adéquat de retirer ces domaines du champ de compétence du tribunal de commerce, plutôt que de légiférer au sujet du droit d'option prévu à l'art. 6 al. 3 CPC³⁶. A noter qu'il subsisterait de toute façon une compétence du tribunal de commerce en droit du bail et du travail lors de concours d'actions si une prétention fondée sur les mêmes faits juridiques se base sur le droit du travail ou du bail et sur d'autres fondements juridiques³⁷.

²⁹ Message P-CPC, FF 2020 p. 2635; ATF 143 III 137 c. 2; 139 III 457 c. 4.

³⁰ Message P-CPC, FF 2020 p. 2635 s.

³¹ Message P-CPC, FF 2020 p. 2635 s.

³² ATF 140 III 409 c. 2.

³³ Message P-CPC, FF 2020 p. 2636.

³⁴ Message P-CPC, FF 2020 p. 2636 s.

³⁵ Message P-CPC, FF 2020 p. 2636 s.; ATF 138 III 694 c. 2; ATF 139 III 457 c. 3; ATF 140 III 155 c. 4.

³⁶ Message P-CPC, FF 2020 p. 2637 s.; Synthèse consultation, p. 16.

³⁷ Message P-CPC, FF 2020 p. 2638.

B. Compétence du tribunal de commerce en cas de consorité

Le CPC ne traite pas de la question de la compétence du tribunal de commerce et du tribunal ordinaire en cas de consorité passive. Il en est résulté des disparités cantonales³⁸. L'art. 6 al. 6 P-CPC tente d'y remédier : *« lorsque les actions concernent des Consorts qui ne sont pas tous inscrits comme entité juridique au registre du commerce suisse ou dans un registre étranger équivalent, le tribunal de commerce est compétent uniquement s'il l'est pour toutes les actions »*. Le texte français est assez maladroit, avec sa répétition du mot « action » (dans le sens de « Klage »). Ce qui est déterminant, c'est la compétence du tribunal de commerce à l'égard de tous les Consorts demandeurs ou défendeurs. Cette compétence résulte d'ores et déjà de l'al. 3 pour les Consorts actifs, puisque celui-ci prévoit que *« le demandeur peut agir soit devant le tribunal de commerce soit devant le tribunal ordinaire, si toutes les conditions sont remplies mais que seul le défendeur est inscrit au registre du commerce suisse ou dans un registre étranger équivalent »*. Inutile donc de traiter de la consorité active, contrairement à ce que soutient le Message³⁹. On peut s'interroger encore sur d'autres points. Le tribunal de commerce perd-il sa compétence lorsque potentiellement plusieurs Consorts simples passifs pourraient être impliqués, ou seulement lorsque la demande a été effectivement dirigée contre de tels Consorts ? Manifestement, la règle ne vise que les Consorts effectivement en cause. Mais il est surprenant que le tribunal de commerce perde sa compétence à l'égard de ceux des Consorts simples pour lesquels il est en principe compétent : ces Consorts pourraient être attaqués seuls. Le demandeur pourrait donc réintroduire une nouvelle demande devant le même tribunal sans le ou les Consorts pour lesquels le tribunal de commerce n'est pas compétent. Ne devrait-on d'ailleurs pas, dans ce contexte, appliquer la règle envisagée par l'art. 143 al. 1^{bis} P-CPC aux seuls Consorts simples passifs qui ne peuvent être attirés devant le tribunal de commerce, son incompétence étant alors manifeste ? Par ailleurs, la règle ne crée que de manière indirecte une compétence du tribunal ordinaire, ce qui démontre que la problématique est en réalité mal résolue : c'est l'élargissement de la compétence du tribunal ordinaire qui doit être réglée. Une restriction de la compétence subjective du tribunal de commerce n'a pas à être prévue par le CPC.

³⁸ Message P-CPC, FF 2020 p. 2640.

³⁹ Message P-CPC, FF 2020 p. 2640.

VIII. COORDINATION DES PROCÉDURES

A. Consortié

Un certain nombre de nouvelles dispositions auraient pour but d'améliorer «*la praticabilité*» du CPC, notamment en facilitant la coordination des procédures. Nous avons déjà évoqué l'art. 70 al. 2 P-CPC en matière de *consortie nécessaire*⁴⁰ et le peu d'intérêt de la modification proposée. Quant à l'art. 71 P-CPC en matière de *consortie simple*, il modifie la structure de la disposition actuelle pour préciser que celle-là n'est possible que lorsque le même tribunal est compétent à raison de la matière⁴¹, comme le Tribunal fédéral l'a déjà établi en retenant l'existence d'une condition implicite⁴². Aucune nouveauté de ce côté-là, sauf si l'on considère que le nouvel al. 6 de l'art. 6, dont on vient de traiter, implique en réalité une restriction de la compétence subjective du tribunal de commerce. Dans une telle situation, le tribunal ordinaire devrait aussi traiter des prétentions des consorts entrant normalement dans la compétence du tribunal de commerce, que celui-ci ne peut toutefois pas traiter en raison de la présence d'au moins un consort passif n'entrant pas dans sa juridiction. Une telle situation contreviendrait alors directement à cet art. 71 P-CPC. Quant aux adaptations substantielles proposées dans l'avant-projet, elles ont été critiquées dans la procédure de consultation et dès lors abandonnées. Autant dire qu'en matière de consortie, les adaptations sont inutiles ou ne tiennent pas compte des autres propositions du projet.

B. Appel en cause

Concernant l'appel en cause, le projet vise à codifier la jurisprudence rendue en la matière. L'art. 81 al. 1 P-CPC améliore dès lors la structure de la disposition en détaillant les hypothèses visées («*en invoquant les prétentions qu'il estime avoir contre lui ou dont il craint d'être l'objet de sa part*») et les conditions de l'appel en cause, telles qu'elles ont été fixées dans l'ATF 139 III 67. Cet arrêt doit cependant être consulté pour comprendre la notion de connexité posée à l'art. 81 al. 1 let. a P-CPC. Quant à l'art. 82 al. 1 P-CPC, il est modifié pour prévoir, en dérogation à la jurisprudence actuelle⁴³, que le dénonçant n'a pas à chiffrer ses conclusions «*si elles portent sur la prestation que le dénonçant serait condamné à fournir dans la procédure principale*». Il devrait toujours

⁴⁰ *Supra*, p. 192.

⁴¹ Message P-CPC, FF 2020 p. 2642 s.

⁴² ATF 138 III 471, c. 5.

⁴³ ATF 142 III 102. c. 3.1-3.3, 4-5, 6.

le faire si en revanche il s'en écarte d'une manière ou d'une autre. Faut-il véritablement prévoir une hypothèse supplémentaire à celles prévues à l'art. 85 CPC ?

C. Cumul d'actions

En matière de cumul d'actions, la formulation de l'art. 90 AP-CPC a été rejetée par la majorité des participants à la procédure de consultation⁴⁴. Cette disposition a donc été remaniée en ce sens que le Conseil fédéral renonce à une refonte complète de cette institution⁴⁵. L'art. 90 al. 1 CPC ne sera dès lors pas modifié et l'art. 90 al. 2 P-CPC, comme le reconnaît le Message⁴⁶, reprend un principe qui découle d'ores et déjà de l'art. 93 al. 1 CPC et la jurisprudence⁴⁷ : « *Le cumul d'actions est également admis lorsque la compétence à raison de la matière ou la procédure est différente du seul fait de la valeur litigieuse. Si des procédures différentes sont applicables, les prétentions sont jugées en procédure ordinaire* ». La disposition sème même un certain trouble parce qu'elle semble impliquer que le principe ne découle plus de l'art. 93 al. 1 CPC (en lien avec l'art. 4 al. 1 CPC pour la compétence matérielle). En bref, la modification proposée est au mieux inutile, au pire elle est erronée.

D. Demande reconventionnelle

L'art. 224 al. 1^{bis} P-CPC en matière de demande reconventionnelle répète la loi actuelle et se calque sur la jurisprudence. Il prévoit en effet à sa lettre a. que celle-là est possible lorsque la prétention invoquée reconventionnellement relève de la procédure simplifiée du seul fait de la valeur litigieuse, alors que la demande principale est jugée dans la procédure ordinaire. Ici également, la règle découle à notre sens d'ores et déjà du texte actuel de la loi⁴⁸. L'art. 94 al. 1 CPC prévoit en effet que « *Lorsque la demande principale et la demande reconventionnelle s'opposent, la valeur litigieuse se détermine d'après la prétention la plus élevée* ». Quant à la lettre b., elle reprend l'ATF 143 III 506, c. 4, en autorisant une demande reconventionnelle visant à faire constater l'inexistence de la dette lorsque la demande porte sur une *partie de la prétention*. Seule l'action partielle au sens étroit et visant une seule et

⁴⁴ Synthèse consultation AP-CPC, ch. 5.13, p. 26 s.

⁴⁵ Message P-CPC, FF 2020 p. 2645 s.

⁴⁶ Message P-CPC, FF 2020 p. 2646.

⁴⁷ ATF 142 III 788 c. 4.

⁴⁸ Le Tribunal fédéral n'a pas encore tranché : ATF 143 III 506 consid. 3.2.4.

même prétention est visée⁴⁹. Or, en matière de précision des conclusions, la jurisprudence a depuis peu été élargie à toute action partielle⁵⁰. La nouvelle disposition légale va-t-elle bloquer une même évolution en matière de demande reconventionnelle? Si par exemple un employé demande 30'000 francs de bonus pour les années 2016 à 2019, sur un total de 200'000 francs (complexe de prétentions demandé à titre partiel), le défendeur ne peut-il pas agir en constatation négative? La fixation législative risque de bloquer cette évolution contrairement au but de la révision.

Soyons clairs : le projet n'apporte aucune nouveauté en matière de coordination des procédures, sous réserve de la question du chiffrage des conclusions de l'appelant en cause. On ne peut donc manifestement pas parler d'une amélioration de la praticabilité du code à cet égard.

IX. CONCILIATION PRÉALABLE

A. Elargissement des pouvoirs de l'autorité de conciliation

Le Message relève que la procédure de conciliation s'est avérée très efficace depuis l'entrée en vigueur du CPC : elle permet un règlement de 50 % à 80 % des litiges⁵¹. Il est dès lors prévu d'élargir le pouvoir de l'autorité de conciliation.

Cette autorité pourra soumettre une *proposition de décision* pour des litiges dont la valeur litigieuse va jusqu'à 10'000 francs (art. 210 al. 1 let. c P-CPC). Faut-il véritablement changer la loi sur ce point? La question mérite d'être posée. C'est n'est en tout cas pas l'inflation des dix dernières années qui justifie l'augmentation du montant. Par ailleurs, il faut que la somme demeure modeste, au vu du but de l'institution. On pourrait sinon tout aussi bien proposer 20'000, voire 30'000 francs. Le fait que la limite de l'appel soit fixée à 10'000 francs pourrait donner une assise à cette solution.

B. Amende d'ordre

L'autorité de conciliation pourra *punir la partie qui ne comparât pas* (et n'est pas représentée, si la représentation est admise) d'une amende d'ordre de 1'000 francs au plus, comme le prévoit l'art. 206 al. 4 P-CPC. Cette nouvelle disposition n'indique pas expressément que les conditions

⁴⁹ Message P-CPC, FF 2020 p. 2667 *in fine*.

⁵⁰ ATF 144 III 452, qui renverse l'ATF 142 III 683.

⁵¹ Message P-CPC, FF 2020 p. 2625; Rapport AP-CPC, p. 10 ss.

d'une telle amende ne sont plus celles fixées par la jurisprudence du Tribunal fédéral⁵². En effet, selon le rapport et le Message, le défaut ne devra plus obligatoirement perturber le déroulement de la procédure (art. 128 al. 1 CPC), relever de la mauvaise foi ou constituer un procédé téméraire⁵³. Cette modification vise à inciter le défendeur à participer à l'audience, afin qu'une discussion puisse intervenir. C'est une des petites nouveautés intéressantes du projet, mais qui naturellement ne fait pas l'unanimité.

C. Conciliation facultative

L'autorité de conciliation pourra également traiter (*conciliation facultative*) des cas prévus à l'art. 5 al. 1 let. b et d à i CPC (cartels, concurrence déloyale, etc.), ainsi qu'aux art. 6 et 8 CPC (tribunal de commerce ; action directe devant le tribunal supérieur), si le demandeur dépose une requête en ce sens auprès d'elle (art. 199 al. 3 P-CPC). Le Conseil fédéral souhaite ainsi permettre un moyen simple d'interrompre la prescription dans des affaires pour lesquelles une poursuite n'est pas à disposition, faute de for en Suisse⁵⁴. La même règle s'applique pour les cas visés à l'art. 5 al. 1 let. a et c CPC (propriété intellectuelle devant l'instance cantonale unique et usage des raisons de commerce), mais pour compliquer un peu les choses, uniquement si la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs, sans qu'aucune explication ne soit fournie quant à la raison de cette exigence. On ne comprend pas plus la raison pour laquelle la même solution n'est pas retenue pour les litiges devant le Tribunal fédéral des brevets et l'instance cantonale unique compétente pour les litiges portant sur les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale. A noter enfin que le Message ne précise pas qu'il reviendra aux cantons de désigner l'autorité compétente.

D. Exclusion de la conciliation

L'art. 198 al. 1 CPC dresse une liste des exceptions au principe de la conciliation préalable. Le projet prévoit de la compléter. La lettre f. nouvelle résulte de la jurisprudence⁵⁵ : la procédure devant le tribunal qui statue en tant qu'instance cantonale unique sur les litiges portant sur les *assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale* n'est

⁵² ATF 141 III 265 c. 3-5.

⁵³ Message P-CPC, FF 2020 p. 2664 s. ; Rapport AP-CPC, p. 66.

⁵⁴ Message P-CPC, FF 2020 p. 2663.

⁵⁵ ATF 138 III 558 c. 4.

pas précédée d'une conciliation. Paradoxalement, le projet ne prévoit pas de la rendre facultative, comme il le fait pour les litiges devant le tribunal de commerce ou l'instance cantonale unique (remplacement de l'art. 198 al. 1 let. f CPC par l'art. 199 al. 3 P-CPC)⁵⁶.

Les questions relatives à l'*entretien et le sort des enfants* seraient également jugées sans procédure préalable de conciliation suivant le projet (let. b^{bis}). Le nouveau texte va plus loin que celui introduit en 2015⁵⁷ et le simplifie, puisque celui-ci prévoyait cette solution seulement si un parent s'était adressé à l'autorité de protection de l'enfant avant l'introduction de la demande. La solution proposée est raisonnable. Il ne reste plus qu'à souhaiter qu'un jour prochain, la même autorité sera compétente pour statuer sur le sort des enfants, qu'ils soient issus de parents mariés ou non mariés. Relevons que le texte pourrait être amélioré pour unifier les expressions utilisées: «*b^{bis}. dans les procédures concernant l'entretien et le sort des enfants*».

Lorsque le demandeur obtient des *mesures provisionnelles avant procès*, le tribunal lui fixe un délai pour agir au fond. Dans ce cas, il n'y a pas de préalable de conciliation (let. h; raison pour laquelle le projet supprime à l'art. 209 al. 4 CPC, concernant le délai de validité de l'autorisation de procéder, la réserve faite pour les délais judiciaires prévus par des dispositions spéciales). Le projet prévoit d'élargir cette exception aux actions jointes et connexes. Le but est de permettre au demandeur qui obtient l'*inscription provisoire d'une hypothèque légale* (artisans et entrepreneurs; charges de la PPE) d'éviter de devoir passer par la procédure de conciliation préalable pour le paiement, alors qu'il agit directement devant le tribunal pour l'inscription définitive. La nouvelle règle devrait permettre au demandeur d'attaquer également le débiteur de la créance dans la même procédure lorsqu'il n'y a pas d'identité avec le débiteur du gage. Cette question est en effet controversée en jurisprudence⁵⁸.

Le préalable de conciliation est désormais expressément exclu devant le *Tribunal fédéral des brevets* (let. i). Le droit en vigueur ne l'indique pas, alors qu'une telle exclusion est logique, vu qu'une conciliation séparée n'a pas lieu pour les affaires relevant de la propriété intellectuelle devant l'instance cantonale unique (art. 5 al. 1 let. a et 198 al. 1 let. f CPC). Relevons cependant qu'il serait judicieux de prévoir son

⁵⁶ *Supra*, p. 203.

⁵⁷ RO 2015 4299 ss.

⁵⁸ Voir TC VD, JdT 2013 III 99, qui nuance l'arrêt TC VD, JdT 2012 III 12 c. 4c; OGer ZH du 17 septembre 2014 ZR 113/2014 N 80, p. 271; OGer BE du 25 juin 2015, ZK 15 153.

caractère facultatif, comme le retient l'art. 199 al. 3 P-CPC pour les causes devant l'instance cantonale unique⁵⁹.

X. FRAIS ET ASSISTANCE JUDICIAIRE

Les dispositions prévues par l'avant-projet prévoyant la limitation de l'avance de frais à la moitié des frais judiciaires présumés (art. 98 al. 1 AP-CPC) ont été vivement critiquées par les cantons lors de la procédure de consultation. S'ils considèrent que les règles actuelles peuvent se révéler problématiques, les dispositions de l'avant-projet impliquent une charge financière supplémentaire trop importante pour eux⁶⁰.

Le Conseil fédéral a donc décidé de maintenir les dispositions de l'avant-projet, mais en prévoyant diverses exceptions au principe de la limitation de l'avance de frais à la moitié des frais judiciaires présumés⁶¹.

Ainsi, l'art. 98 al. 1 P-CPC prévoit, comme dans l'avant-projet, que le tribunal ou l'autorité de conciliation peuvent exiger du demandeur une avance à concurrence de la moitié des frais judiciaires présumés. Le nouvel art. 98 al. 2 P-CPC énonce les *exceptions* et prévoit la possibilité de demander une avance à concurrence de la totalité des frais judiciaires présumés dans les cas suivants :

- pour les procédures visées à l'art. 6, al. 4, let. c P-CPC (demande devant le tribunal de commerce en cas d'accord entre les parties et valeur de 100'000 francs) et à l'art. 8 CPC, (action directe devant l'instance supérieure) (let. a) ;
- pour la procédure de conciliation (let. b) ;
- pour la procédure sommaire, à l'exception des mesures provisionnelles, et des litiges relevant du droit de la famille visés aux art. 271, 276, 302 et 305 (let. c) ;
- pour la procédure de recours (let. d).

Lorsque l'une des exceptions de l'art. 98 al. 2 P-CPC entre en ligne de compte, le système est le même que dans le CPC actuel : l'avance peut concerner la totalité des frais judiciaires présumés, les frais judiciaires sont compensés avec les avances et la partie perdante doit verser à la partie qui a eu gain de cause les avances qu'elle aurait éventuellement versées (art. 111 P-CPC).

⁵⁹ *Supra*, p. 203.

⁶⁰ Message P-CPC, FF 2020 p. 2617 ss ; Synthèse consultation, p. 8 ss.

⁶¹ Message P-CPC, FF 2020 p. 2619.

Dans les autres cas, l'avance peut concerner au plus la moitié des frais judiciaires présumés (art. 98 al. 1 P-CPC) et elle est restituée à la partie qui l'a versée si elle a obtenu gain de cause. Dans cette éventualité, c'est le canton qui a une créance envers la partie qui a perdu et qui n'a pas dû faire d'avance (art. 111 al. 1, 2^e et 3^e phr. P-CPC). Si la partie qui a dû verser l'avance perd, les frais sont compensés (art. 111 al. 1, 1^{re} phr. *in fine* P-CPC), comme dans le système actuel, mais elle devra compléter le montant, vu que l'avance ne comprenait en principe que la moitié des frais judiciaires présumés. C'est à nouveau une créance que le canton aura envers cette partie.

L'objectif de cette modification est de rendre moins pénible l'accès à la justice. L'impact au niveau de la prise en charge finale (art. 111 al. 1 et 2 P-CPC) n'est pas négligeable, comme on vient de le voir. C'est ainsi à l'Etat de supporter l'indigence d'une partie si elle n'a pas dû verser d'avance et qu'elle perd (sauf dans les cas prévus par l'art. 98 al. 2 P-CPC). Il en va de même en ce qui concerne la moitié des frais qui n'ont pas été avancés.

Le régime envisagé ne nous paraît pas satisfaisant. Les diverses exceptions proposées, justifiées de manière peu convaincante⁶², compliquent nettement ce nouveau système déjà contestable comme tel. En pratique, il ne sera pas évident pour les particuliers de s'y retrouver. Sur le fond, il est surprenant que l'Etat doive se charger du recouvrement des frais. C'est particulièrement dérangeant lorsque le demandeur estime ses chances de gain excellentes, mais que la partie adverse n'a pas de moyens financiers. Le demandeur pourra agir sans crainte quant aux conséquences en matière de frais judiciaires. En effet, s'il gagne, son avance lui sera remboursée, et il reviendra à l'Etat de tenter de récupérer son dû. A notre avis, il est normal que le demandeur supporte l'indigence de sa partie adverse. C'est un risque avec lequel il faut compter au moment d'envisager ou de poursuivre un procès⁶³. A notre sens, s'il existe bien un problème concernant les frais, il porte sur la disparité des tarifs cantonaux et la manière de déterminer la valeur litigieuse déterminante.

Il convient encore de relever que le message ne précise pas si la règle fixée à l'art. 98 al. 1 P-CPC (qui vise tous les frais judiciaires au sens de l'art. 95 al. 2 CPC) vaut également pour l'avance des *frais d'administration des preuves*, ou si l'art. 102 CPC, non modifié par le projet, s'applique à titre de règle spéciale, ce qu'il conviendrait de retenir pour des questions pratiques et financières évidentes.

⁶² Message P-CPC, FF 2020 p. 2649-2652.

⁶³ BOHNET, p. 35.

En matière d'*assistance judiciaire*, relevons que l'art. 118 al. 2 P-CPC prévoit de permettre son octroi en matière de *preuve à futur*, en dérogation à la jurisprudence du Tribunal fédéral⁶⁴.

XI. DROIT DE REFUSER DE COLLABORER POUR LES JURISTES D'ENTREPRISE

Au contraire des avocats inscrits dans un registre cantonal ou au tableau, les juristes d'entreprise ne sont pas soumis à l'art. 321 CP et ne bénéficient pas du droit de refuser de collaborer prévu par le Code de procédure civile (art. 163 al. 1 let. b et 166 al. 1 let. b; art. 160 al. 1 let. b CPC). C'est l'initiative parlementaire Markwalder 15.409 «*Protection du secret professionnel des juristes d'entreprise*» qui est à l'origine de la tentative de créer un droit spécial de refus de collaborer pour les juristes d'entreprise dans l'avant-projet et le projet de révision du CPC (nouvel art. 160a P-CPC). Cette disposition a été très contestée lors de la procédure de consultation, et elle a été simplement rejetée par sept cantons et neuf organisations, mais elle demeure telle quelle dans le projet de révision⁶⁵.

Selon cette disposition, les parties et les tiers ne sont pas soumis à l'obligation de collaborer en ce qui concerne l'activité du service juridique interne d'une entreprise, si les conditions suivantes sont réunies : l'activité en cause serait considérée comme spécifique à l'exercice de sa profession si elle était exécutée par un avocat (let. a) et la personne qui dirige le service juridique est titulaire d'un brevet cantonal d'avocat ou remplit dans son Etat d'origine les conditions professionnelles requises pour exercer en tant qu'avocat (let. b). L'al. 2 prévoit que l'exception prévue à la let. b s'applique par analogie aux documents échangés avec le service juridique interne d'une entreprise.

De nombreux débats ont eu lieu en lien avec l'initiative parlementaire 15.409 Markwalder, avant que le Conseil fédéral choisisse cette solution de l'art. 160a AP-CPC, seule possibilité selon lui de trouver un compromis qui puisse être accepté⁶⁶. Il explique qu'elle garantira aux juristes d'entreprise une protection du secret dans les procès civils et que cette garantie sera adaptée à leur profession et à leurs activités spécifiques au sein du service juridique interne d'une entreprise. Selon le Conseil fédéral, cette modification aura comme conséquence indirecte de supprimer les désavantages procéduraux des entreprises suisses dans des procédures judiciaires à l'étranger, comme aux Etats-Unis

⁶⁴ ATF 140 III 12, JdT 2016 II 293.

⁶⁵ Synthèse consultation, p. 13 s. et 35 s.; Message P-CPC, FF 2020 p. 2656 s.

⁶⁶ Rapport AP-CPC, p. 62.

par exemple, du fait que nous n'avons pas une telle protection actuellement⁶⁷.

Les avis exprimés sur cette disposition lors de la procédure de consultation ont été très variés. Les participants favorables à ce nouvel article invoquent le besoin de coordination avec les procédures étrangères (en évitant que les entreprises suisses soient désavantagées), la protection du service juridique des entreprises (afin que les collaborateurs puissent s'exprimer librement dans les documents qu'ils préparent), le fait qu'une telle protection dispensera les entreprises de la nécessité de recourir à un avocat et enfin la nature de compromis de la solution proposée qui intervient au terme de longs débats, débutés il y a plus de dix ans avec le très controversé avant-projet de loi sur les juristes d'entreprise, datant de 2009 et classé en 2010⁶⁸. Il est proposé d'adopter une disposition du même ordre dans les procédures administrative et pénale et d'inclure les juristes des assurances de protection juridique⁶⁹. Enfin, certains participants proposent de biffer la let. b de l'art. 160a AP-CPC, car les conditions qu'elle prévoit ne sont pas pertinentes alors que la let. a serait suffisante⁷⁰.

Les participants défavorables à l'art. 160a AP-CPC soulignent la différence entre l'avocat indépendant et le juriste d'entreprise soumis comme employé à un rapport de subordination. Le service juridique d'une entreprise n'est d'ailleurs pas une entité si particulière qu'elle nécessiterait un traitement spécial. De plus, il est contradictoire de prévoir une obligation de collaborer pour l'entreprise, mais non pour son service juridique. Des risques d'abus sont à craindre et le travail de la justice sera rendu plus complexe, les entreprises pouvant plus facilement cacher des faits. Par ailleurs, la situation particulière de certaines entreprises n'est pas un élément suffisant pour une révision du CPC, un règlement au niveau de l'entraide internationale étant plus adéquat à cet égard⁷¹.

Le Conseil fédéral reconnaît que l'on peut douter de la nécessité de cette nouvelle norme et renonce à toute extension⁷². Son objectif est de supprimer les désavantages procéduraux que connaissent les entreprises suisses à l'étranger⁷³.

⁶⁷ Rapport AP-CPC, p. 62.

⁶⁸ Synthèse consultation, p. 13 s. et 35.

⁶⁹ Synthèse consultation, p. 35 s.

⁷⁰ Synthèse consultation, p. 35.

⁷¹ Synthèse consultation, p. 14. et 35.

⁷² Message P-CPC, FF 2020 p. 2656 s.

⁷³ Message P-CPC, FF 2020 p. 2656 s.

Le projet de nouvelle norme n'est pas convaincant. Il laisse trop de points ouverts⁷⁴. Cette disposition ne s'appliquerait qu'en matière civile, l'obligation de collaborer des entreprises et des juristes d'entreprise restant inchangée en matière pénale et administrative. Un tel traitement particulier limité à la procédure civile est difficilement justifiable, que l'on soit en faveur ou contre un droit de refuser de collaborer pour les juristes d'entreprise. Le projet de loi sur les juristes d'entreprise (LJE), abandonné en 2010, prévoyait une telle protection du secret dans tout type de procédure. Les objectifs poursuivis étaient les suivants, selon OURAL : « (i) une amélioration de l'efficacité de la compliance au sein des entreprises et une bonne circulation de l'information ; (ii) une amélioration de l'attractivité de la Suisse en tant que siège d'entreprises ; (iii) la responsabilisation des entreprises et l'amélioration de leur image »⁷⁵. Il semble que l'objectif de l'art. 160a P-CPC soit uniquement de ne pas défavoriser les entreprises suisses dans les procédures (principalement civiles) à l'étranger, notamment aux Etats-Unis, en raison du fait que la protection accordée par les tribunaux américains est limitée à celle dont ces entreprises ont droit dans leur pays d'incorporation⁷⁶. Soit un consensus est trouvé pour régler différemment le devoir de collaborer des juristes d'entreprise dans les procédures en Suisse, qu'elles soient civiles, pénales ou administratives, soit il faut renoncer à modifier les règles applicables⁷⁷.

Faut-il par ailleurs, en cas de nouveau régime, prévoir une autorité de surveillance pour les juristes d'entreprise ? Peut-on véritablement prévoir de nouveaux privilèges sans imposer des devoirs ? L'avant-projet de loi sur les juristes d'entreprise (LJE), prévoyait des obligations professionnelles et la création d'une autorité de surveillance, comme il en existe à l'étranger⁷⁸. OURAL relève qu'il existe par exemple en Belgique, une Loi créant un institut des juristes d'entreprise, adoptée le 1^{er} mars 2000. Cet institut a notamment pour tâche d'établir les règles de déontologie régissant l'activité de juriste d'entreprise et d'en assurer le respect (art. 2)⁷⁹. En Espagne, les avocats et les juristes d'entreprises doivent être libres et indépendants lorsqu'ils exercent leur profession

⁷⁴ OURAL, p. 126.

⁷⁵ OURAL, p. 133 ; voir aussi BAUMANN, p. 468 ss.

⁷⁶ OURAL, p. 131 s. ; HONEGGER / FORSTMOSER, p. 151 ss ; sur l'opportunité d'une distinction entre avocats d'affaires et avocats intervenant en justice en lien avec le secret professionnel, voir GIACOMINI, p. 103 ss.

⁷⁷ Voir aussi OURAL, p. 131 ; STUCKI, p. 38.

⁷⁸ Art. 4 du projet de LJE ; OURAL, p. 131 s.

⁷⁹ OURAL, p. 131 s. ; Site Internet : « http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2000030188&table_name=loi ».

(art. 27 al. 4 du *Estatuto General de la Abogacía Española*⁸⁰). La surveillance est effectuée par «*Los Colegios de Abogados*» (art. 27 al. 5). Aux Etats-Unis, toute personne qui veut exercer une profession juridique (même les juristes d'entreprise) doit faire l'objet d'une inscription au barreau et par conséquent respecter les règles de cet organisme⁸¹.

Manifestement, ce projet de révision du CPC n'est pas le lieu pour une telle réflexion.

XII. MISE EN VALEUR AU NIVEAU INTERNATIONAL DE LA SUISSE ET DE SON SYSTÈME JURIDIQUE

Dans son projet, le Conseil fédéral a prévu un certain nombre de modifications ponctuelles dans l'organisation judiciaire, bien que celle-ci soit de la compétence des cantons⁸². L'objectif visé — aucunement envisagé dans l'avant-projet — est «*que la Suisse ne se contente pas d'être l'une des places les plus sollicitées en matière d'arbitrage international, mais qu'elle s'affirme et se positionne également de façon plus générale en tant que haut lieu de la justice commerciale internationale*»⁸³. Ainsi, (A) le projet crée d'une part des bases légales pour que les cantons puissent mettre en place des tribunaux ou des chambres spécialisés dans les affaires de commerce international, s'ils le souhaitent (art. 6 al. 4 let. c P-CPC; voir aussi le projet de nouvel art. 5 al. 3 let. c LDIP)⁸⁴. D'autre part, le Conseil fédéral propose des adaptations ponctuelles dans la conduite des procès. Tout d'abord, si le droit cantonal le prévoit, (B) une autre langue nationale ou l'anglais pourront être utilisés si toutes les parties en font la demande (art. 129 al. 2 P-CPC; voir aussi le projet de nouvel art. 42 al. 1^{bis} LTF)⁸⁵. Ensuite, (C) la modification des dispositions régissant les preuves permettra l'utilisation de la vidéoconférence lors de l'audition de témoins, de l'interrogatoire des parties, ainsi que de la présentation de rapports d'experts (art. 170a, 187 al. 1 3^e phr. et al. 2,

⁸⁰ OURL, p. 131 s.; Site Internet: «<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2001-13270>».

⁸¹ OURL, p. 131 s.; Rapport explicatif de la LJE, p. 9.

⁸² Message P-CPC, FF 2020 p. 2627 ss; voir aussi BUCHER, p. 4 s.

⁸³ Message P-CPC, FF 2020 p. 2628.

⁸⁴ Message P-CPC, FF 2020 p. 2628 s.

⁸⁵ Message P-CPC, FF 2020 p. 2628 s.

et 193 P-CPC)⁸⁶. Ce sera au législateur cantonal d'adapter ses tarifs de frais, afin de tenir compte des particularités de l'affaire⁸⁷.

A. Litiges commerciaux internationaux

L'art. 6 al. 4 CPC permet aux cantons de soumettre certains litiges au tribunal de commerce. Le projet prévoit une nouvelle catégorie de litiges qui pourront lui être soumis, à certaines conditions (art. 6 al. 4 let. c P-CPC) :

1. Le litige doit concerner l'activité commerciale d'une partie au moins. Il s'agit d'un rappel de la condition inscrite à l'art. 6 al. 1 CPC, à la différence qu'ici, la notion d'activité commerciale est plus large : la partie ne doit pas obligatoirement être inscrite au registre du commerce suisse comme entité juridique, ni dans un registre équivalent⁸⁸.
2. La valeur litigieuse doit être de 100'000 francs au moins. Le litige doit donc être de nature patrimoniale et il convient de se référer, concernant cette notion, à l'art. 91 CPC et aux principes qui en découlent. Le montant de 100'000 francs correspond à celui fixé par l'art. 8 CPC permettant d'agir devant un tribunal supérieur⁸⁹.
3. Les parties doivent avoir donné leur accord. Ce consentement n'est pas soumis à des prescriptions de forme particulières et peut par exemple intervenir par acceptation tacite, comme c'est le cas pour l'art. 8 CPC. S'il existe entre les parties une convention prévoyant un for en Suisse auprès d'un tribunal de commerce et que le canton compétent à raison du lieu dispose d'un tribunal de commerce, alors on pourra admettre qu'il y a consentement des parties⁹⁰. Il s'agit d'une nouveauté, étant donné que, jusqu'à présent, la compétence matérielle du tribunal de commerce a toujours été soustraite au pouvoir de disposer des parties⁹¹.
4. Au moment où l'accord est conclu, une partie au moins doit avoir son domicile, sa résidence habituelle ou son siège à l'étranger. Cette condition doit être remplie quand le tribunal de commerce examine sa compétence matérielle. Ainsi, il est nécessaire qu'il existe un lien

⁸⁶ Message P-CPC, FF 2020 p. 2628 s.

⁸⁷ Message P-CPC, FF 2020 p. 2628 s.

⁸⁸ Message P-CPC, FF 2020 p. 2639.

⁸⁹ Message P-CPC, FF 2020 p. 2639.

⁹⁰ Message P-CPC, FF 2020 p. 2639.

⁹¹ BUCHER, p. 5.

d'extranéité, comme c'est le cas en matière d'arbitrage international. Un tribunal de commerce devra donc admettre sa compétence s'il est habilité par son canton à trancher des litiges internationaux et que le litige concerné contient un lien suffisant avec l'étranger⁹².

B. Langue de la procédure

En matière de langue, l'art. 129 CPC suit les pratiques cantonales: les affaires sont conduites dans la langue officielle du canton. Lorsqu'ils en ont plusieurs, c'est aux cantons de régler leur utilisation. Selon le Conseil fédéral, cette règle est trop stricte dans notre société actuelle: «*Elle inhibe les cantons dans leurs efforts de rendre la Suisse plus active et plus attrayante comme haut lieu international du règlement de différends en matière civile et commerciale, développement que le Conseil fédéral voit d'un bon œil*»⁹³. En effet, il découle de l'art. 129 CPC qu'il est interdit d'utiliser une autre langue que la ou les langues officielles du canton⁹⁴. Les cantons sont également liés par l'art. 70 al. 2 Cst. régissant la détermination des langues officielles⁹⁵. Cela implique que pour une procédure, on ne peut utiliser ni une autre langue nationale que la ou les langue(s) officielle(s) du canton, ni une langue étrangère comme l'anglais⁹⁶. Le Conseil fédéral le regrette, particulièrement dans des cantons qui sont situés proches des frontières linguistiques ou cantonales⁹⁷.

Le Conseil fédéral propose dès lors d'ajouter un deuxième alinéa à l'art. 129 CPC, qui ne figurait pas dans l'avant-projet: «*Si le droit cantonal le prévoit, une autre langue nationale ou l'anglais peuvent être utilisés si toutes les parties en font la demande*».

Les cantons pourront donc légiférer s'ils le souhaitent et prévoir dans leur loi d'organisation judiciaire l'utilisation d'autres langues, que ce soit pour toutes les procédures ou uniquement pour les procédures ayant un caractère international⁹⁸. Pour protéger les parties, toutes devront être d'accord avec le choix de la langue⁹⁹. Cette «*demande*» pourra être

⁹² Message P-CPC, FF 2020 p. 2639 s.

⁹³ Message P-CPC, FF 2020 p. 2653 s.

⁹⁴ Message P-CPC, FF 2020 p. 2653 s.

⁹⁵ Message P-CPC, FF 2020 p. 2654.

⁹⁶ Message P-CPC, FF 2020 p. 2654.

⁹⁷ Message P-CPC, FF 2020 p. 2654.

⁹⁸ Message P-CPC, FF 2020 p. 2654.

⁹⁹ Message P-CPC, FF 2020 p. 2655.

faite au moment de l'introduction de la procédure ou par une convention *ad hoc* conclue auparavant, telle qu'une convention de for¹⁰⁰.

Cette modification a pour conséquence l'introduction d'un nouvel art. 42 al. 1^{bis} LTF: «Lorsqu'une procédure en matière civile a été menée en anglais devant l'autorité précédente, les mémoires peuvent être rédigés en anglais». Pour ce qui est de la procédure et des décisions du Tribunal fédéral, elles se feront toujours dans une langue officielle, conformément à l'art. 54 LTF¹⁰¹. Cela correspond à ce qui est prévu par le projet de modification de la LDIP et de la LTF en matière d'arbitrage international (art. 77 al. 2^{bis} P-LTF)¹⁰². En revanche, le projet de modification du CPC va plus loin que ce qui est prévu actuellement devant le Tribunal fédéral des brevets: «L'anglais peut être utilisé avec l'accord du tribunal et des parties. Les jugements et les décisions relatives à la procédure sont toujours rédigés dans une langue officielle» (art. 36 al. 3 LTBF)¹⁰³.

C. Audition par vidéoconférence

De manière assez inattendue, le projet de modification du CPC introduit la possibilité de faire des auditions par vidéoconférence. L'avant-projet ne traitait pas du tout de cette question, et elle n'a dès lors pas pu être débattue lors de la procédure de consultation. C'est regrettable, car les dispositions envisagées ne font qu'esquisser une solution. Il ne fait pas de doute qu'elles vont être repensées, compte tenu de la crise actuelle liée au COVID-19.

L'objectif du Conseil fédéral de positionner la Suisse en tant que haut lieu de la justice commerciale internationale¹⁰⁴ est désormais relégué en arrière-plan en matière de vidéoconférence. Avec la crise actuelle, on constate à quel point ces dispositions sont insuffisantes. Les auditions par vidéoconférence doivent être réglementées de manière détaillée et uniforme¹⁰⁵. L'Ordonnance du 16 avril 2020 instaurant des mesures en lien avec le coronavirus dans le domaine de la justice et du droit procédural (Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural) a

¹⁰⁰ Message P-CPC, FF 2020 p. 2654 s.

¹⁰¹ Message P-CPC, FF 2020 p. 2655.

¹⁰² BUCHER, p. 9 s.

¹⁰³ BUCHER, p. 9 s.

¹⁰⁴ Message P-CPC, FF 2020 p. 2628.

¹⁰⁵ Pour une analyse détaillée, voir BOHNET / MARIOT. Voir également DANIEL KETTIGER, *Gerichtsverhandlungen Anhörungen und Einvernahmen mittels Videokonferenz*, Jusletter 4 mai 2020.

fait un premier pas dans cette direction en prévoyant des modalités techniques à son art. 4.

L'introduction de l'art. 170a P-CPC et la modification des art. 187 et 193 CPC permettraient certes l'audition des témoins, des experts et des parties par vidéoconférence, mais il reviendrait aux cantons de créer ce type de structures s'ils le souhaitent, compte tenu de leur compétence en matière d'organisation des tribunaux¹⁰⁶. On risque donc de se retrouver avec des réglementations fort différentes d'un canton à un autre, voire une absence de mise en œuvre de ces règles.

XIII. EXÉCUTION DIRECTE ET PROTECTION DE LA PARTIE QUI SUCCOMBE

En matière de prétentions autres qu'en argent, le demandeur peut requérir du tribunal de jugement qu'il ordonne dans son prononcé des mesures d'exécution. Il peut ainsi obtenir une *exécution directe* au sens de l'art. 337 al. 1 CPC et bénéficier rapidement de la protection de ses droits reconnus¹⁰⁷. Le texte de loi est peu clair sur le moment auquel la requête doit intervenir. Certains auteurs appliquent les règles du code sur la présentation des faits et des conclusions¹⁰⁸, d'autres admettent que la requête intervienne jusqu'à la clôture des débats¹⁰⁹. En revanche, il est clair que de par sa définition même, l'exécution directe doit figurer dans le dispositif du jugement¹¹⁰.

Quant à la partie qui succombe, elle ne peut dans un tel cas que demander la suspension de l'exécution auprès du tribunal de l'exécution, à des conditions strictes (art. 337 al. 2 CPC)¹¹¹. La partie qui succombe est, certes, protégée par l'effet suspensif lorsque la décision est susceptible d'appel¹¹². Mais certains prononcés sont immédiatement exécutoires, à l'image des mesures provisionnelles (art. 315 al. 4 let. b CPC) et des décisions qui sont susceptibles de recours (et non d'appel) au sens de l'art. 325 al. 1 CPC. La partie qui succombe peut bien entendu requérir l'octroi de l'effet suspensif (art. 325 al. 2 CPC)¹¹³, mais la décision

¹⁰⁶ Message P-CPC, FF 2020 p. 2628.

¹⁰⁷ Message P-CPC, FF 2020 p. 2668.

¹⁰⁸ Par exemple : Commentario CPC-Trezzini, art. 236 N 20.

¹⁰⁹ Par exemple : CR CPC-TAPPY, art. 236 N 21.

¹¹⁰ CR CPC-TAPPY, art. 236 N 21.

¹¹¹ BUCHER, p. 15.

¹¹² Message P-CPC, FF 2020 p. 2668 ; BUCHER, p. 15.

¹¹³ BUCHER, p. 15.

peut se faire attendre, et dans l'intervalle l'exécution du jugement peut aller de l'avant¹¹⁴.

Le Conseil fédéral propose dès lors d'ajouter un al. 4 à l'art. 236 CPC, qui permettrait à la partie perdante de requérir la suspension de l'exécution au tribunal de jugement, lorsqu'elle risque de subir un dommage difficilement réparable. Le juge pourrait du reste suspendre d'office l'exécution, et ce jusqu'à la décision de la juridiction de recours ou jusqu'à l'échéance du délai de recours si nul n'a formé de recours¹¹⁵. Si nécessaire, il pourrait ordonner des mesures provisionnelles ou la fourniture de sûretés¹¹⁶.

Le Message précise, sans que cela ne ressorte nullement du texte de loi, qu'il n'y aura pas de suspension de l'exécution s'il s'avère que la partie succombante ne recourt pas ou si elle ne requiert pas l'octroi de l'effet suspensif¹¹⁷. Cela semble signifier que, contrairement aux conclusions relatives aux mesures d'exécution de l'al. 3 (exécution directe), celles visant à la suspension de l'exécution interviendraient après le prononcé. Le mécanisme proposé surprend. Il remet en cause le principe de dessaisissement (*Unabänderlichkeit*), en donnant un pouvoir au tribunal de jugement après son prononcé, pouvoir nié par le Tribunal fédéral¹¹⁸. Les compétences respectives du juge d'appel ou de recours et du juge de l'exécution sont remises en cause. L'articulation entre les différentes compétences s'en trouve compliquée de manière inadéquate.

L'art. 239 al. 2^{bis} P-CPC reprend le même mécanisme pour la décision communiquée sans motivation écrite, compte tenu du laps de temps pouvant s'écouler entre le moment où le dispositif de la décision a été rendu et celui où la motivation est remise¹¹⁹. L'art. 336 al. 3 P-CPC précise en effet qu'une décision communiquée sans motivation écrite (art. 239 CPC) est exécutoire si le recours contre la décision n'a pas d'effet suspensif et que le tribunal n'a pas suspendu l'exécution (art. 239 al. 2^{bis} P-CPC)¹²⁰. Le choix opéré n'est peut-être pas le bon. On pourrait aussi prévoir que la décision n'est exécutoire qu'une fois le délai pour demander la motivation échu ou à la notification de la motivation, à moins que le tribunal de jugement en décide autrement

114 Message P-CPC, FF 2020 p. 2668 ; BUCHER, p. 15.

115 Message P-CPC, FF 2020 p. 2668.

116 Message P-CPC, FF 2020 p. 2668.

117 Message P-CPC, FF 2020 p. 2668.

118 ATF 142 III 695 RSPC 2017 49 ; ATF 139 III 120 c. 2.

119 Message P-CPC, FF 2020 p. 2669 ; BUCHER, p. 15 s.

120 Message P-CPC, FF 2020 p. 2669 et 2682 ; BUCHER, p. 15 s.

(en particulier pour les mesures provisionnelles). Cela éviterait à nouveau les confusions sur les compétences respectives du tribunal de jugement et les autorités de recours, celles-ci étant compétentes lorsque la décision non motivée aurait été déclarée immédiatement exécutoire.

On notera encore que dans son avant-projet, le Conseil fédéral avait envisagé d'imposer un délai de quatre mois à partir de la communication de la décision pour rendre la motivation (art. 239 al. 2 AP-CPC). Il a renoncé à inscrire cette règle dans le projet, vu les résultats négatifs qui sont ressortis de la procédure de consultation à ce sujet¹²¹.

XIV. CLÔTURE DE LA PROCÉDURE SANS DÉCISION AU FOND

Le but du nouvel intitulé du chapitre 6, titre 3 sur la procédure ordinaire, ainsi que de l'art. 242 P-CPC, est de mettre en exergue une évidence : le fait de rayer l'affaire du rôle est une décision. Mais rayer l'affaire du rôle n'intervient pas chaque fois que la procédure se clôt sans décision au fond. Le nouveau texte oublie la décision d'irrecevabilité (art. 236 al. 1 CPC). A nouveau, la modification proposée obscurcit le texte plutôt qu'elle ne l'améliore.

Le Conseil fédéral prévoit de modifier également l'art. 241 al. 3 CPC en instaurant la possibilité d'introduire un recours contre cette décision de radiation du rôle. En effet, actuellement, seule la question des frais de procédure peut être invoquée dans un recours contre une telle décision, selon la jurisprudence ; pour invoquer d'autres motifs, notamment un vice du consentement, il faut utiliser la voie de la révision (art. 328 al. 1 let. c CPC)¹²². Cette proposition a toutefois fait l'objet de vives critiques lors de la procédure de consultation¹²³. Il a été invoqué qu'il n'était pas justifié de s'écarter de la jurisprudence du Tribunal fédéral, car la voie de la révision est suffisamment satisfaisante¹²⁴. Nous rejoignons cet avis.

¹²¹ Message P-CPC, FF 2020 p. 2669.

¹²² Message P-CPC, FF 2020 p. 2670 s.

¹²³ Synthèse consultation, p. 42 s. ; Message P-CPC, FF 2020 p. 2670 s.

¹²⁴ Synthèse consultation, p. 42 s.

XV. PROCÉDURE DE DROIT DE LA FAMILLE

A. Procédure de divorce

Le projet propose de soumettre le divorce à la *procédure simplifiée* (art. 288 al. 2; 291 al. 3 P-CPC). Il est surprenant d'envisager une telle évolution sans réflexion approfondie sur les spécificités de la procédure ordinaire et simplifiée. Le Message se contente de retenir que la procédure sera ainsi facilitée pour les parties non représentées, en particulier en cas de divorce partiellement contradictoire. Quant aux procédures complexes, en particulier en matière de liquidation du régime matrimonial, il suffirait pour les gérer, selon le Message, d'ordonner un second tour d'écritures, éventuellement possible en procédure simplifiée¹²⁵. C'est faire abstraction des différences entre ces deux procédures en matière de présentation des actes, de précision des allégations et des moyens de preuve. Les arguments avancés au profit de la procédure simplifiée pourraient l'être dans tous les domaines du droit impliquant des particuliers: litige relatif à la construction d'une villa, la vente d'un bien immobilier, la réparation du dommage suite à un accident, etc. Prenons l'exemple d'une demande en divorce déposée sans motivation et se limitant, quant au régime matrimonial, à demander au juge de constater que celui-ci est liquidé. Selon le Message, les parties seraient simplement citées aux débats suite à l'échec de la conciliation, ou plus rarement un échange d'écritures serait ordonné. Il ne serait pas soumis aux exigences de forme de la procédure ordinaire. La réponse pourrait évoquer de nombreux biens sans indication détaillée des preuves, et il reviendrait au juge d'organiser cette procédure. On ne peut donc pas dire, sans examen approfondi, que «*ces innovations amélioreront nettement la praticabilité du CPC dans la procédure de divorce contradictoire*»¹²⁶.

B. Procédure simplifiée

Selon l'art. 295 CPC, «*La procédure simplifiée s'applique aux procédures indépendantes*». Le projet complète cette disposition en indiquant «*...concernant les enfants ainsi qu'à leurs demandes d'aliments*». D'après le Message¹²⁷, la règle visera désormais¹²⁸ également les pro-

¹²⁵ Message P-CPC, FF 2020 p. 2673.

¹²⁶ Message P-CPC, FF 2020 p. 2673.

¹²⁷ Message P-CPC, FF 2020 p. 2674.

¹²⁸ Le Tribunal fédéral le niait en tout cas en matière de dette alimentaire, voir ATF 139 III 368, c. 2 et 3.

cédures concernant l'enfant majeur, «*même si le texte de loi ne l'exprime plus aussi explicitement que le texte de l'avant-projet*». Il nous semble que le texte proposé n'apporte comme tel aucune nouveauté. Il dit en plus de mots et de manière peu claire ce que le texte actuel entend d'ores et déjà dire, puisque les demandes d'aliments peuvent être des procédures indépendantes. A notre avis, une solution simple serait de compléter le texte du titre 7 pour préciser qu'il vise les enfants mineurs et majeurs : «*Procédure applicable aux enfants mineurs et majeurs dans les affaires de droit de la famille*».

La procédure simplifiée sera applicable à toutes les demandes concernant les enfants (mineurs ou majeurs) qui sont menées en dehors de procédures de droit matrimonial, y compris, compte tenu du renvoi de l'art. 329 al. 3 CC, aux actions en matière de dette alimentaire envers les parents.

C. Maxime inquisitoire

Le remplacement dans la version française de l'art. 296 CPC, du verbe «*établir*» par «*examiner*», n'est pas très heureux, dans la mesure où cette modification ne permet pas véritablement de rendre la nuance souhaitée (entre maxime inquisitoire et maxime inquisitoire sociale, qui va moins loin), même si elle s'inspire de l'art. 254 ch. 1 aCC (mais l'art. 145 aCC utilisait le verbe «*établir*», alors que dans la version alémanique de ces deux dispositions, le verbe «*erforschen*» était utilisé). Il faudrait plutôt utiliser le verbe «*rechercher*», qui exprime mieux la différence.

D. Appel et appel joint

L'avant-projet de révision proposait de fixer un *délai d'appel* de trente jours contre les ordonnances de mesures protectrices¹²⁹. Le projet renonce à cette modification, qui aurait pourtant été bienvenue au vu de l'importance pratique indéniable de ces mesures, le régime arrêté pouvant être déterminant pour plusieurs années. De plus, les parties doivent parfois attendre de nombreux mois avant la notification du prononcé, et un délai de recours et de réponse un peu plus long n'aurait pas prolongé de manière sensible la procédure au vu du temps de traitement des appels.

En revanche, le projet maintient la solution de l'avant-projet autorisant l'*appel joint* (art. 314 al. 2 P-CPC). Cette proposition est à saluer, compte tenu de l'enchevêtrement des conclusions des parties et du fait qu'il est fréquent qu'aucune d'elles n'obtienne entièrement gain de

¹²⁹ Art. 314 al. 2 AP-CPC. Etrangement, l'avant-projet ne prévoyait pas la même règle pour les mesures provisionnelles en procédure de divorce, voir BOHNET, p. 35.

cause, mais qu'elles seraient peut-être disposées à se satisfaire de la décision, s'il en va de même pour l'adversaire.

E. Faits et moyens de preuves nouveaux

Le projet prévoit enfin expressément la possibilité de faire valoir des faits et des moyens de preuves jusqu'aux délibérations de l'appel sur les points pour lesquels la maxime inquisitoire s'applique (art. 317 al. 1^{bis} P-CPC). La jurisprudence a déjà retenu cette solution¹³⁰.

XVI. MOTIVATION DE LA DÉCISION SUR APPEL ET SUR RECOURS

Les art. 318 al. 2 et 327 al. 5 CPC imposent que les décisions sur appel ou sur recours soient motivées. Le projet propose d'abroger ces deux alinéas, pour décharger les instances de recours¹³¹. La motivation immédiate deviendrait facultative et le mécanisme de l'art. 239 al. 1 CPC s'appliquerait. A notre avis, le délai pour demander la motivation sera celui de l'art. 112 al. 2 LTF, ce que le message ne relève pas. On peut s'interroger sur la pertinence de cette solution qui risque d'engendrer souvent de longs délais de motivation, comme on le voit en pratique pour les décisions de première instance.

XVII. PROTECTION COLLECTIVE

L'art. 89 CPC actuel, concernant l'action des organisations, a été qualifié d'«*impraticable*» par les autorités et est resté lettre morte¹³². L'avant-projet de révision du CPC prévoyait, pour y remédier, une série de modifications consacrées à la protection collective des droits. Il était ainsi prévu de développer l'action des organisations (art. 89 AP-CPC) et d'introduire un nouvel instrument, celui de la transaction de groupe (art. 352a ss AP-CPC). Lors de la procédure de consultation, les participants ont vivement critiqué ces nouvelles dispositions, raison pour laquelle il a été jugé préférable de scinder le projet de révision du CPC et de traiter les modifications concernant la protection collective

¹³⁰ ATF 144 III 349. Voir en revanche ATF 138 III 625 c. 2.1, qui exclut d'appliquer par analogie l'art. 229 al. 3 CPC en cas de maxime inquisitoire sociale.

¹³¹ Message P-CPC, FF 2020 p. 2681.

¹³² Rapport AP-CPC, p. 13.

séparément. Pour le Conseil fédéral, il s'agissait d'éviter un éventuel rejet du projet dans sa totalité¹³³.

C'est à nouveau la vue d'ensemble qui a fait défaut lors de la préparation de l'avant-projet. Le rapport explicatif l'accompagnant ne faisait qu'un exposé très succinct sur le système d'actions collectives dans nos pays voisins¹³⁴. Il suffisait pour comprendre qu'un développement dans ce domaine en Suisse permettrait une meilleure protection du justiciable. Mais cet exposé n'était pas satisfaisant d'un point de vue strictement juridique. Il aurait été précieux de faire une étude approfondie, en analysant précisément les conséquences de chaque disposition envisagée, par comparaison avec les résultats obtenus au niveau international. De nombreux pays sont bien avancés dans ce domaine et leur expérience nous aurait été profitable.

Par conséquent, les nouveaux outils prévus par l'avant-projet n'ont pas été réglementés de manière suffisamment détaillée et la simple lecture de ces dispositions évoque de très nombreuses questions non résolues, comme le démontrent les avis exprimés lors de la procédure de consultation. Les opinions des participants ont été très variées.

Les effets positifs pour les particuliers et pour les PME ont été évoqués par certains: «*économie de procédure, concurrence saine et lutte contre la situation d'impunité du responsable qui pourrait sinon compter sur le fait qu'il ne pourra être poursuivi, incitation à un comportement correct et meilleure application du droit matériel ou encore avantage pour la place économique suisse du fait de la sécurité juridique accrue*»¹³⁵. Les propositions de l'avant-projet ont aussi été appréciées compte tenu de leur nature modérée, avec des limites excluant les abus et une augmentation importante des procédures qui pourrait avoir un effet négatif sur l'économie: l'avant-projet ne permet ni les dommages punitifs, ni la rémunération des avocats liée au résultat du procès¹³⁶. Dans la ligne européenne, il se distancie des *class actions* à l'américaine¹³⁷. Le système de l'*opt in* a ainsi été préféré au système de l'*opt out*¹³⁸: ceux et celles qui veulent participer à la procédure doivent s'annoncer. Pour certains, il aurait fallu aller plus loin, en prévoyant une action en remise du gain réalisé grâce à l'acte illicite, et un système

¹³³ Communiqué du Conseil fédéral aux médias du 26 février 2020.

¹³⁴ Rapport AP-CPC, p. 22 ss.

¹³⁵ Synthèse consultation AP-CPC, p. 11.

¹³⁶ Synthèse consultation AP-CPC, p. 11.

¹³⁷ Synthèse consultation AP-CPC, p. 11.

¹³⁸ Synthèse consultation AP-CPC, p. 11.

d'actions collectives en droit pénal et en droit de la concurrence¹³⁹. Un participant propose d'insérer une clause permettant d'évaluer la situation cinq ans après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, vu l'imprévisibilité de leurs conséquences actuellement¹⁴⁰.

Pour d'autres, le CPC, qui est récent, a fait un choix et il n'est pas nécessaire de changer de cap¹⁴¹. Les dispositions de l'avant-projet risqueraient d'impacter négativement la situation des entreprises, qui seraient souvent défenderesses dans ce type de procédures. Il y aurait également trop d'effets négatifs sur l'économie et l'investissement, et donc sur les consommateurs de manière indirecte, car les prix augmenteraient fatalement, suite au report du coût des risques procéduraux accrus¹⁴². Du point de vue procédural, ces nouveaux outils d'origine anglo-saxonne poseraient problème au niveau de la qualité pour agir, car le droit suisse est fondé sur l'action individuelle et l'avant-projet proposait d'autoriser des associations poursuivant leurs propres buts à agir, sans tenir compte des spécificités de chaque cas¹⁴³. Malgré les garde-fous prévus par l'avant-projet, ces participants craignent les dérives et les abus qui ont lieu dans les pays anglo-saxons, par exemple encourager le responsable à obtempérer lors d'une transaction afin d'éviter une action collective en justice¹⁴⁴. De plus, l'*opt in* est certes un garde-fou, mais il empêche tout de même le règlement des cas de dommages dispersés¹⁴⁵. Les instruments de coordination actuels, améliorés par l'avant-projet (mais auquel le projet renonce en grande partie !), seraient du reste suffisants, et il existe également un ombudsman dans certains domaines permettant de régler des litiges collectifs ; la digitalisation favoriserait aussi le regroupement des lésés par eux-mêmes, notamment grâce à la technologie des blockchains facilitant la cession de prétentions¹⁴⁶. Les participants font encore allusion au risque de surcharge du système judiciaire, ainsi qu'au grand nombre d'actions (individuelles ou groupées, en parallèle à des actions intentées par des organisations) à gérer par les entreprises¹⁴⁷.

¹³⁹ Synthèse consultation AP-CPC, p. 10-11.

¹⁴⁰ Synthèse consultation AP-CPC, p. 11.

¹⁴¹ Synthèse consultation AP-CPC, p. 12.

¹⁴² Synthèse consultation AP-CPC, p. 12.

¹⁴³ Synthèse consultation AP-CPC, p. 12.

¹⁴⁴ Synthèse consultation AP-CPC, p. 12.

¹⁴⁵ Synthèse consultation AP-CPC, p. 12.

¹⁴⁶ Synthèse consultation AP-CPC, p. 12.

¹⁴⁷ Synthèse consultation AP-CPC, p. 12.

On le voit, les résultats de la procédure de consultation ont été très contrastés. Manifestement, l'avant-projet doit être remanié, voire même être repris *ab initio*, pour ce qui est de la protection collective.

Espérons que le futur projet saura tenir compte du fait que l'on ne peut pas simplement greffer de nouveaux instruments sur un système juridique sans procéder à toutes les adaptations nécessaires à leur application. Il s'agira de coordonner la composante individuelle de la procédure civile suisse avec la composante collective de l'action des organisations et de la transaction de groupe. Nous pensons notamment aux questions relatives à l'examen de la situation particulière de chaque personne composant le groupe, à la manière de déterminer le préjudice de chaque individu et le montant de la réparation, à la répartition de ce montant entre les personnes formant le groupe, aux exigences strictes d'allégations et d'offres de preuve¹⁴⁸, et enfin à la manière d'intégrer les membres du groupe au stade de la demande et la procédure à suivre ensuite. Il sera également nécessaire de prévoir une meilleure coordination entre l'action des organisations et la transaction de groupe. D'une manière générale, il faudrait envisager de passer par une phase de tests, afin de pouvoir préparer une loi qui s'intégrerait correctement dans notre système juridique et, surtout, qui serait praticable.

La seule modification dans le domaine de la protection collective qui figure dans le projet de révision du CPC est celle de l'art. 94a P-CPC. Cette disposition ne se trouvait pas dans l'avant-projet. Elle prévoit que lorsque l'action est intentée par une organisation et que les parties n'arrivent pas à s'entendre sur la valeur litigieuse ou que le montant qu'elles avancent est manifestement erroné, le tribunal détermine la valeur litigieuse selon sa libre appréciation, en fonction de l'intérêt de chaque membre du groupe concerné et de l'importance de l'affaire. Actuellement, le tribunal se réfère aux art. 91-94 CPC pour déterminer la valeur litigieuse lors d'une action d'une organisation, plus particulièrement à l'art. 91 CPC. Le problème est qu'en s'appuyant sur l'intérêt collectif des personnes concernées, comme c'est le cas à l'heure actuelle, le montant de la valeur litigieuse peut être relativement élevé, de même pour les frais de procédure qui s'ensuivent. L'art. 94a P-CPC permettra donc au tribunal de se référer non pas à l'intérêt collectif ou à l'intérêt cumulé des intérêts individuels, mais plutôt à l'intérêt de chaque membre du groupe concerné et à l'importance de l'affaire, lorsqu'il doit déterminer lui-même la valeur litigieuse¹⁴⁹. A notre avis, cette nouvelle disposition aura pour avantage de rendre un petit peu moins difficile l'accès à la justice en cas d'actions intentées

¹⁴⁸ Art. 55 al. 1 CPC ; ATF 127 III 365 c. 2b ; TF 4A_281/2017 du 22 janvier 2018 c. 4.1.

¹⁴⁹ Message P-CPC, FF 2020 p. 2647 s. ; BUCHER, p. 6.

par une organisation. Mais ce n'est, somme toute, que mettre un pansement sur une jambe de bois.

XVIII. INFORMATION SUR LE FINANCEMENT DU PROCÈS

L'art. 400 al. 2 CPC prévoit que le Conseil fédéral met des formules d'acte à la disposition des justiciables. Le Conseil fédéral souhaite que des informations soient désormais disponibles concernant les frais, l'assistance judiciaire et les possibilités d'obtenir un financement pour mener le procès. A lire le Message, le Conseil fédéral vise le financement par une entreprise spécialisée, payée au résultat¹⁵⁰. Est-ce vraiment le rôle du Conseil fédéral que de faire de la publicité pour ce type d'entreprise privée ? L'idée est très critiquable. Il revient à ces organismes de faire connaître leurs services, dont l'utilité est très relative dans notre pays et dont l'offre est limitée à des cas très particuliers, loin des litiges ordinaires. Du reste, il en va ainsi pour les assurances de protection juridiques, les divers organismes offrant une couverture à leur membre et même le barreau.

XIX. CONCLUSION

Le projet de révision du CPC n'est pas une réussite. De nombreuses modifications proposées sont inutiles (en particulier en matière de coordination des procédures, les nouveautés prévues par l'avant-projet ayant été abandonnées) ou sèment le trouble dans la réglementation actuelle (par exemple la question du respect des délais en cas d'incompétence et les modifications proposées en matière de suspension de l'exécution). Certaines des nouveautés substantielles n'ont pas été bien réfléchies (consortité et compétence du tribunal de commerce ; transmission du dossier en cas d'incompétence manifeste ; services juridiques des entreprises ; procédure simplifiée pour le divorce) ou bien coordonnées (transmission d'office et maintien de la litispendance ; conciliation facultative et exclusion de la conciliation), d'autres sont critiquables à notre sens (limitation de l'avance de frais et répartition des frais ; informations par le Conseil fédéral sur les organismes de financement du procès).

De son côté en revanche, le Tribunal fédéral a réalisé un important travail de clarification du code, largement réussi. Le législateur serait donc bien inspiré de ne pas s'immiscer dans cette casuistique peu à peu

¹⁵⁰ Message P-CPC, FF 2020 p. 2683 s.

établie, et de n'intervenir que lorsqu'une modification de la loi s'impose manifestement, et non pour répondre à un agenda politique.

Faire le tri parmi les nombreuses modifications proposées n'est pas évident et reste partiellement subjectif. C'est sans doute la clarification des compétences du tribunal de commerce qui pourrait demeurer de ce projet, de même que le renforcement de la conciliation, les clarifications sur la portée de la procédure simplifiée concernant les enfants (mineurs et majeurs), et l'appel joint en matière matrimoniale. Mais sur ces points également, le texte devra encore être amélioré.

BIBLIOGRAPHIE

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul NOM DE L'AUTEUR.

Message du Conseil fédéral relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit) du 26 février 2020 (cité: Message P-CPC 2020)

Rapport explicatif relatif à la modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité) du 2 mars 2018 (cité: Rapport AP-CPC 2018)

Rapport explicatif d'avril 2009 concernant l'avant-projet de Loi fédérale sur les juristes d'entreprise (LJE)

Révision du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité) – Synthèse des résultats de la procédure de consultation du 29 janvier 2020 (cité: Synthèse consultation AP-CPC)

BAUMANN ALEXANDER J., Zeugnisverweigerungsrecht für Unternehmensjuristen – Nötige Verankerung eines Geheimnisschutzes in den Prozessrechten des Bundes, ST 6–7/07, p. 466 ss

BOHNET FRANÇOIS, Avant-projet de révision du CPC: vite fait, (pas très) bien fait, Plaidoyer 2018/4 p. 31 ss

BOHNET FRANÇOIS / MARIOT SANDRA, La vidéoconférence et le projet de révision du CPC, RSPC 2020 p. 179 ss

BOHNET FRANÇOIS / HALDY JACQUES / JEANDIN NICOLAS / SCHWEIZER PHILIPPE / TAPPY DENIS, Commentaire romand Code de procédure civile, 2^e éd., Bâle 2019 (cité: CR CPC-Auteur)

BUCHER RENATO, Übersicht über die Teilrevision der Zivilprozessordnung, jusletter du 6 avril 2020

COCCHI BRUNO / TREZZINI FRANCESCO / BERNASCONI GIORGIO A. / VERDA CHIOCCHETTI FRANCESCA, Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC) del 19 dicembre 2008, Lugano 2017 (cité: Commentario CPC-AUTEUR)

GIACOMINI SERGIO, Le point de mire du Conseil FSA, Revue de l'avocat 1/2017, p. 103 ss

HONEGGER PETER / FORSTMOSER PETER, Zeugnisverweigerungsrecht für Unternehmensjuristen – Eine Notwendigkeit im internationalen Kontext, Revue de l'avocat 4/2017, p. 151 ss

OURAL MIGUEL, L'[in]effectivité du secret professionnel – Peut-on protéger le produit du travail du service juridique dans les procédures ?, RSDA 2019 p. 126 ss

STUCKI BLAISE, En quête d'enquêtes: enquêtes internes et confidentialité, PJA 2019 p. 29 ss

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	189
II.	APPROCHE PROPOSÉE PAR LE CONSEIL FÉDÉRAL.....	190
III.	RÉSULTAT DE LA PROCÉDURE DE CONSULTATION.....	191
IV.	TOILETTAGE DU CPC.....	191
	A. Notion de « proposition de décision »	191
	B. Actes de procédure en matière de consortité nécessaire	192
V.	CODIFICATION DE LA JURISPRUDENCE	193
	A. Voie de droit en cas de motif de récusation.....	193
	B. Restitution et perte définitive du droit.....	194
VI.	MODIFICATION DE LA JURISPRUDENCE.....	194
	A. Transmission de l’acte au tribunal compétent	195
	B. Expertise privée.....	196
VII.	MODIFICATION DE LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL DE COMMERCE	197
	A. Définition du litige commercial.....	197
	B. Compétence du tribunal de commerce en cas de consortité.....	199
VIII.	COORDINATION DES PROCÉDURES	200
	A. Consortité	200
	B. Appel en cause.....	200
	C. Cumul d’actions.....	201
	D. Demande reconventionnelle	201
IX.	CONCILIATION PRÉALABLE	202
	A. Elargissement des pouvoirs de l’autorité de conciliation	202
	B. Amende d’ordre.....	202
	C. Conciliation facultative.....	203
	D. Exclusion de la conciliation.....	203
X.	FRAIS ET ASSISTANCE JUDICIAIRE	205
XI.	DROIT DE REFUSER DE COLLABORER POUR LES JURISTES D’ENTREPRISE.....	207

XII.	MISE EN VALEUR AU NIVEAU INTERNATIONAL DE LA SUISSE ET DE SON SYSTÈME JURIDIQUE	210
	A. Litiges commerciaux internationaux	211
	B. Langue de la procédure.....	212
	C. Audition par vidéoconférence.....	213
XIII.	EXÉCUTION DIRECTE ET PROTECTION DE LA PARTIE QUI SUCCOMBE.....	214
XIV.	CLÔTURE DE LA PROCÉDURE SANS DÉCISION AU FOND	216
XV.	PROCÉDURE DE DROIT DE LA FAMILLE	217
	A. Procédure de divorce	217
	B. Procédure simplifiée	217
	C. Maxime inquisitoire.....	218
	D. Appel et appel joint	218
	E. Faits et moyens de preuves nouveaux	219
XVI.	MOTIVATION DE LA DÉCISION SUR APPEL ET SUR RECOURS	219
XVII.	PROTECTION COLLECTIVE	219
XVIII.	INFORMATION SUR LE FINANCEMENT DU PROCÈS.....	223
XIX.	CONCLUSION.....	223
	BIBLIOGRAPHIE.....	225
